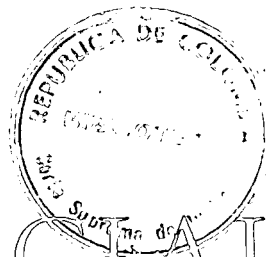
REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".
(Siete Partidas: Partida 1ª, Titulo I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

TOMO CXLVIII

PRIMERA PARTE

SALAS CIVIL Y LABORAL

Nos. 2378 a 2389

Bogotá, Colombia. Enero a Diciembre de 1974

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXLVIII

PRIMERA PARTE

SALAS CIVIL Y LABORAL

BOGOTA, D. E. - TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA - 1977

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

SALA PLENA

Doctor José Enrique Arboleda Valencia, *Presidente*
Doctor Luis Enrique Romero Soto, *Vicepresidente*
Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Alfonso Peláez Ocampo, *Presidente*
Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

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

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Luis Carlos Pérez, *Presidente*
Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario Di Filippo
Humberto Barrera Domínguez
Alvaro Luna Gómez
Luis Eduardo Mesa Velásquez
Luis Carlos Pérez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Roncallo Acosta
José María Velasco Guerrero

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor José Eduardo Gnecco C., *Presidente*
Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

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

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Eustorgio Sarria, *Presidente*
Doctor Luis F. Serrano, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

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

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil

Hernán Prieto Rincón, Sala Penal

Ignacio Gómez Z., Sala Laboral

María Teresa Garcés de Angel, Sala Constitucional desde mayo 2 de 1974

Rodolfo Mora Mora, hasta mayo 1º de 1974

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

1º El doctor Federico Estrada Vélez, reemplazó al doctor Luis Carlos Pérez, quien renunció a partir del 15 de octubre de 1974.

2º Entre el 15 de octubre y el 5 de diciembre de 1974, fecha esta última en que se posesionó el doctor Estrada Vélez, ocupó la Magistratura interinamente, el doctor Luis Carlos Zambrano.

3º El doctor Jesús Bernal Pinzón reemplazó al doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, quien renunció el día 4 de noviembre de 1974, y

4º El doctor Luis Enrique Romero Soto reemplazó en la Presidencia de la Sala de Casación Penal al doctor Luis Carlos Pérez.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL:	DR. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR LABORAL:	DR. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR PENAL:	DR. HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR CONSTITUCIONAL:	DRA. MARIA TERESA GARCES DE ANGEL

TOMO CXLVIII — Bogotá Colombia — Enero a Diciembre de 1974 — Números 2378 a 2389

Sala de Casación Civil

FILIACION NATURAL

Pruebas: el juez debe intervenir decididamente en busca de la verdad. Demanda: debe contener los hechos sustanciales en que sustenta su petición y de los cuales no puede salirse el fallador. — No se requiere precisar las fechas entre las cuales existieron las relaciones sexuales.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 17 de mayo pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales al desatar la segunda instancia en este proceso ordinario suscitado por Lucrecia, Olga Cecilia y Blanca Nubia Castaño frente a los herederos de Marco Tulio Jaramillo.

I

El litigio

1. Ante el Juez Civil del Circuito de Riosucio y obrando como representante legal de las menores Lucrecia, Olga Cecilia y Blanca Nubia Castaño, la madre natural de éstas, Marta Teresa Castaño Hidalgo, demandó a María Josefa Jaramillo de Jaramillo y a Gloria Inés y María Luz Mariela Garzón, en su calidad de herederas de Marco Tulio Jaramillo, para que se declarase que éste es el padre natural de aquellas menores, quienes, por tanto, tienen la calidad de herederas suyas.

2. Como fundamento fáctico de la pretensión se afirmó que, promediado el año de 1964, Marco Tulio y Marta Teresa "empezaron a hacer vida marital extraconyugal en la población de Filadelfia"; que como fruto de esa unión María Teresa dio a luz a Olga Cecilia el 12 de septiembre de 1965; a Blanca Nubia, el 30 de marzo de 1967; y a Lucrecia, el 19 de septiembre de 1968; que las relaciones sexuales entre Marco Tulio y Marta Teresa se prolongaron hasta la muerte del concubinario, acaecida el 16 de noviembre de 1970; que éste, desde el nacimiento de cada una de las nombradas menores hasta su óbito, les dio trato de hijas naturales suyas.

3. Con oposición de la parte demandada se adelantó la primera instancia, que culminó con sentencia absolutoria, la que, por apelación interpuesta por las demandantes, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales por medio del fallo calendado el 17 de mayo postrero, contra el que las mismas interpusieron el recurso de casación.

III

Fundamentos de la sentencia del ad quem

Exprésase en ésta que la pretensión de paternidad natural se funda, según los hechos de la demanda, en que entre la madre y el demandado existieron relaciones sexuales durante la época en que se operó la concepción de las demandantes y en que respecto a éstas se cumplen los elementos integrantes de la posesión notoria de hijas naturales de Marco Tulio Jaramillo; además, que como en el alegato final se invocó también la causal 5ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, atinente a que el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante embarazo y parto indica certeramente la paternidad, será menester estudiar las tres dichas causales, pues en tratándose de procesos de filiación natural "lo lógico es que en la demanda se enuncien todas aquellas presunciones que el demandante considere tener a su favor entre las enumeradas en el artículo 5º de la Ley 75 de 1968, sin que en ello incida el que con posterioridad se demuestre una o más de las emitidas en el libelo inicial".

Acometiendo el estudio de la presunción fundada en relaciones sexuales, dice el Tribunal que no basta demostrar que éstas ocurrieron, sino que es menester acreditar también que su acontecer sucedió en la época en que, según la regla contenida en el artículo 92 del Código Civil, debió realizarse la concepción del hijo que reclama su paternidad, y que "sólo sabiendo cuándo principiaron y cuándo terminaron los hechos que contribuyeron a configurar las relaciones sexuales, es posible saber si ellas existieron en la época en que se presume de derecho la concepción". Asevera luego que estudiadas las declaraciones de Francisco Luis Obando, Pedro Pablo Franco, Guillermo Cárdenas y Javier Antonio Rivera, es forzoso concluir que "todos los testigos nombrados hablan explícita e implícitamente de que el causante Jaramillo y Marta Teresa Castaño hicieron vida marital durante algún tiempo, llegando hasta aseverar algunos de ellos como resultado de ese estado de cosas el nacimiento de las menores para quienes se demanda la paternidad"; que, empero, como "ninguno determina o precisa con claridad la época en que tales relaciones se sucedieron", no puede hacerse el pronunciamiento solicitado. De lo cual concluye, entonces, el Tribunal, después de hacer una glosa sobre lo que cada testigo declara, que, "como se ve, no es posible, con afirmaciones tan vagas, precisar la época en la cual se desarrollaron las relaciones sexuales y de otra índole de que hablan los testigos, entre el causante Jaramillo y la señora Marta Teresa Castaño...". Agrega el ad quem que los testigos, en relación con el trato personal y social que Marco Tulio Jaramillo hubiera dado a Marta Teresa, "no concretan la naturaleza de ese trato, ni mucho menos la intimidad ni la continuidad que lo caracterizara".

En lo referente a la presunción que ciméntase en posesión notoria del estado civil, afirma el sentenciador que no existe prueba plena de sus elementos constitutivos y que, respecto a las menores Blanca Nubia y Lucrecia, desde luego que nacieron en 1967 y 1968, ni siquiera se cumple el requisito de que la posesión haya durado

por un quinquenio como mínimo, según lo impera el artículo 9º de la Ley 75 de 1968.

Finalmente, en cuanto al trato social y personal dado a la madre durante embarazo y parto, el fallador dice que no existe prueba de los hechos constitutivos del mismo para tenerlo como indicativo de paternidad, como quiera que "los testigos hacen muy poca referencia a él", y apenas algunos "aluden al médico que atendía a la demandante en los partos, pero sin especificar mayores detalles ni dar razón de sus dichos sobre el particular".

Remata la sentencia declarando que "no está demostrado ninguno de los hechos que permiten fundar la declaratoria judicial de paternidad demandada".

III

La demanda de casación

Esta contiene un solo cargo contra la sentencia que se reseñó, fundado en la causal primera y que se hace consistir en quebranto, por falta de aplicación, del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, "por falta de apreciación de la prueba testimonial".

Desenvolviendo su ataque expresa el censor que no puede exigirse "en gentes de ignorancia supina, que únicamente piden el médico para el caso del parto" que "estén pendientes del artículo 92 del Código Civil para poder demostrar con sus afirmaciones el estado de gravidez, en tres oportunidades, de una mujer unida extraconyugalmente con un hombre en un tiempo de seis años". Que el Tribunal aceptó que "todos los testigos" afirman que Marta Teresa Castaño y Marco Tulio Jaramillo hicieron vida marital, pero que como "ninguno precisa o determina con claridad la época en que tales relaciones se sucedieron" y tampoco "concretan la naturaleza del trato" personal y social, ni puntualizan si en él existió intimidad y continuidad, no otorgó poder de convicción a "la prueba testimonial para dar por probada alguna de las presunciones de paternidad en que se basó la demanda". Que el Tribunal sin razón exige que los declarantes "sostuvieran el día, la hora, el sitio y la manera en que tuvo ocurrencia el romance entre los concubinarios y que afirmaran sin ambages y sin ningún respeto por la verdad haber presenciado las relaciones íntimas".

Concretando el yerro fáctico expresa que el sentenciador pasó por alto el aparte de la declaración de Pedro Pablo Franco quien relata cómo Marco Tulio Jaramillo y Marta Teresa Castaño "estuvieron viviendo un lapso de tiempo como de unos siete años en el caserío de La Felisa" y quien precisa: "en ese tiempo nacieron las tres niñas cuyo nombre no recuerdo y que fueron hijas de los mencionados Tulio Jaramillo y Marta Teresa Castaño". Que dejó de apreciar también que el testigo Francisco Luis Obando declara que, siendo empleado del ferrocarril en La Felisa, pudo "constatar que Tulio Jaramillo hacía vida marital con Marta Castaño" en ese lugar; que las tres demandantes "nacieron en ese matrimonio que no sería legítimo porque no eran casados por la Iglesia", que por cuanto Marta Teresa "vivía era con él directamente" puede afirmar, como todo el mundo, que las tres demandantes son hijas de Tulio Jaramillo, la mayor de las cuales "está ajustando ahora los siete años", la otra cinco y la menor tres.

De lo cual concluye que el denunciado error de hecho cometido por el Tribunal en el análisis de la prueba de testigos, lo condujo a la violación indirecta, por falta de aplicación, del artículo 6º, numeral 4º, de la Ley 75 de 1968.

IV

Consideraciones de la Corte

1. El objeto de los procedimientos, como lo declara llanamente el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Este principio de hermenéutica del derecho procesal compasa plenamente con la finalidad del derecho que es alcanzar la justicia en las relaciones que surgen entre las personas. Movida por tal ideal y acogiendo los nuevos rumbos de la legislación civil colombiana, la Corte se ve obligada a reclamar expresamente de los jueces y magistrados el cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes de procedimiento, relativamente a la debida y efi-

caz producción de las pruebas, en especial de la testimonial, y a exhortarlos con vehemencia para que ejerzan, con segura autoridad, la importante facultad de decretar, siempre que ello sea menester, pruebas de oficio para que se alcance la realización del derecho material debatido.

No es posible que frente a la radical reforma que contienen las nuevas leyes de enjuiciamiento civil, continúe la inveterada pasividad de nuestros jueces. Ante los imperativos del nuevo Código de Procedimiento, es necesario desterrarla para que el juez, conservando la imparcialidad que debe guardar frente a las partes, tome partido en favor de la justicia, interviniendo decisivamente en la búsqueda de la verdad, para que sus fallos se funden en la realidad, en la verdad histórica, y no, como antes, en una simple verdad formal.

2. Enseña el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, en forma clara y minuciosa, cómo debe el juez interrogar al testigo y, entre otras muchas cosas, le manda que exija al declarante "que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento". Y en el punto 3º del mencionado artículo aconseja vigorosamente al juez para que ponga "especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo", es decir para que se viertan con fidelidad los hechos de que el declarante tiene conocimiento y no se omita detalle de los mismos que tenga importancia para su apreciación y valoración. Quiere pues el nuevo ordenamiento, como siempre lo exigió el estatuto derogado, que el testimonio sea responsivo, exacto y completo; y apuntando a este objetivo, la misma norma comentada ordena: "no se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella".

3. Sin embargo, como puede acontecer que al rendirse la declaración, el juez no capte inmediatamente las vaguedades, incoherencias y faltas de sentido que la exposición del tercero pueda contener, y que por ello quede asentada así la versión de los hechos investigados, la ley expresamente facultó al fallador para que pueda "en cualquier momento ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones" (artículo 228-4 ibídem). Este mismo principio, y ya para toda clase de medios de convicción, aparece consagrado en el artículo 180 precedente. Allí se estatuye: podrán decretarse pruebas de oficio en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

4. Si el juez de primera instancia, pues, no cumple con sus deberes en relación con la producción de la prueba de testigos o no ejerce las facultades que tiene para lograr que las declaraciones de terceros sean responsivas, exactas y completas, el ad quem tiene el deber de procurar ese objetivo, pues, sin grave menoscabo del ideal de justicia, no puede eludir el ejercicio de las facultades que en el mismo sentido tiene. Limitarse a desechar la prueba sin antes haber hecho las gestiones procesales conducentes al logro de las explicaciones y aclaraciones que sean necesarias en concepto del fallador, sería retornar a um pretérito superado y sólo implicaría conservar sistemas que las corrientes modernas aconsejaron abolir por encontrarlos perjudiciales para la labor de dispensar justicia.

5. La Corte, pues, renueva su exhortación para que jueces y magistrados, con firmeza y buen tino, hagan uso de la facultad que les otorgan los artículos 180 y 228 apuntados.

6. Descendiendo a la especie de esta litis se tiene que el Tribunal, según las conclusiones a que llegó en su sentencia compendiada atrás, dio por demostrado que Marco Tulio Jaramillo y Marta Teresa Castaño no sólo tuvieron relaciones sexuales, sino que vivieron a la manera de los legítimamente casados, pues en el fallo se lee: "...todos los testigos nombrados hablan explícita e implícitamente de que el causante Jaramillo y Marta Teresa Castaño hicieron vida marital durante algún tiempo, llegando hasta aseverar algunos de ellos, como resultado de ese estado de cosas, el nacimiento de las menores para quienes se demanda la paternidad natural de aquél..." Con todo, no decretó la paternidad, simplemente porque, como lo consignó en su sentencia al cerrar el capítulo en que estudió la presunción apoyada

en relaciones sexuales, "no es posible, con afirmaciones tan vagas, precisar la época en la cual se desarrollaron las relaciones..." Para el Tribunal, pues, no es discutible la existencia del trato sexual alegado.

Encuentra la Corte que el ad quem incurrió en evidente error de hecho. En efecto, a pesar de haber visto que los testigos citados exponen sobre la vida marital que llevaron el causante Jaramillo y la madre de las menores Castaño, dejó de ver que, al unísono, afirmaron también que éstas nacieron cuando ya transcurría ese trato carnal público y estable, lo cual necesariamente entraña, al menos para los dos demandantes que nacieron últimamente, que su concepción ocurrió cuando existían las relaciones amatorias entre su madre y su concubinario Jaramillo.

El testigo Pedro Pablo Franco afirma que en el poblado de La Felisa, por espacio "de unos siete años" estuvieron cohabitando Marco Tulio Jaramillo y Marta Teresa Castaño y que "en ese tiempo" de convivencia nacieron las tres demandantes "cuyos nombres no recuerdo y que fueron hijas de los mencionados" Jaramillo y Castaño. De la misma manera, el declarante Francisco Luis Obando Cárdenas asevera que "Tulio Jaramillo hacía vida marital con la señora Marta Castaño en el punto de La Felisa, correspondiente al municipio de Salamina"; que las tres demandantes "nacieron en ese matrimonio que no sería legítimo porque no serían casados por la Iglesia".

Brilla al ojo la conclusión de que si las tres menores demandantes nacieron durante el lapso en que su madre, ininterrumpidamente, hizo vida marital con Marco Tulio Jaramillo, necesariamente la concepción de las dos que nacieron últimamente tuvo que haberse efectuado cuando ya existía esa comunidad sexual. Con todo, no puede afirmarse lo mismo respecto de la que nació primero, es decir, de la mayor de las tres, por cuanto si los testigos sólo nos dicen que su nacimiento tuvo lugar cuando ya estaba iniciado el trato sexual, ninguna base probatoria existe para aseverar fundadamente que también su concepción ocurrió en la época en que se desarrollaban esas relaciones, pues de otro lado, no se sabe cuándo se iniciaron.

La afirmación del Tribunal de que los testigos no precisan la época en que las relaciones sexuales ocurrieron para confrontar si coincide con ellas la época de la concepción, es acertada únicamente en lo relativo a la mayor de las demandantes, es decir a Olga Cecilia Castaño, pues en el punto los testigos sólo suministran el dato de que nació, no de que fue concebida, durante el período en que dichas relaciones se desarrollaron. Mas como de las dos hijas restantes se dice que también nacieron en ese mismo lapso, y como la convivencia marital se prolongó desde antes de nacer la primera de las tres hijas hasta después del alumbramiento de la tercera, síguese ineludiblemente que la concepción de las dos nacidas últimamente, coincide con el tiempo en que Marta Teresa y Marco Tulio convivían ya como marido y mujer.

No cometió, pues, yerro evidente el Tribunal relativamente a la apreciación de que la época de la concepción de Olga Cecilia haya coincidido con la en que su madre cohabitaba con el presunto padre. Error en que sí incidió en relación con las otras dos demandantes, yerro fáctico que lo condujo a dejar de aplicar la norma del artículo 6º, numeral 4º, de la Ley 75 de 1968, lo cual obliga a casar la sentencia recurrida y a pronunciar la de reemplazo, mas dejando incólume lo resuelto por el ad quem en relación con la menor Olga Cecilia, pues respecto a lo debatido por la misma, el Tribunal no incurrió en error evidente, como se dejó visto.

7. Antes de proceder a lo último, la Corte, en cumplimiento de su misión unificadora de la jurisprudencia, rectifica algunas apreciaciones del Tribunal, así:

a) En tratándose de demanda en que se pide la declaración de paternidad natural, el demandante está obligado a señalar en su libelo los hechos que, según la Ley 75 de 1968, son constitutivos de las distintas presunciones en que se funde la paternidad que demanda, pues si luego se demuestran los de una que no fue invocada en la demanda, el fallador no podrá, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, reconocer la paternidad, ya que, como lo tiene sentado la Corte, los hechos del libelo demandador son los mojones que demarcan el campo del litigio e individualizan la pre-

tensión, señalándole al demandado el preciso terreno al que se le cita. Si se pudiera, como lo dice el ad quem, dictar el fallo con apoyo en presunción no invocada en el libelo incoativo del proceso, simplemente porque los hechos en que se estriba quedaron probados con posterioridad al momento en que se trabó la relación procesal, con ello se sorprendería al demandado y se quebrantaría frontalmente el principio de la congruencia en los fallos consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, pues su último inciso sólo es aplicable en tratándose de hechos "modificativos o extintivos" del derecho sustancial sobre el que verse el proceso, mas no sobre los "constitutivos" del mismo. En definitiva, tanto hoy como frente al estatuto procesal abolido, el fallador no tiene facultad para decidir la controversia con estribo en hechos sustanciales que no fueron expuestos en la demanda como causa petendi, aunque se hayan probado plenamente y alegado antes de la sentencia;

b) Tampoco es ajustado a los principios legales el que "sólo sabiendo cuándo principiaron y cuándo terminaron los hechos que contribuyeron a configurar las relaciones sexuales, sea posible saber si ellas existieron en la época en que se presume de derecho la concepción".

En efecto, para declarar la paternidad natural con apoyo en la existencia de trato carnal entre la madre y el supuesto progenitor durante la época en que, según el artículo 92 del Código Civil, debió tener lugar la concepción del demandante, no se requiere que los testigos que deponen sobre los hechos que permiten conjeturar la ocurrencia de ese trato carnal, expresen con precisión o digan también, señalando los respectivos días, cuándo se iniciaron o cuándo terminaron dichas relaciones sexuales. Nada importa para el caso, como ordinariamente suele acontecer, que los testigos desconozcan el día en que el trato carnal tuvo inicio o aquel en que cesó temporal o definitivamente. Lo importante, según lo imperado por la ley en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, es que la convivencia sexual que haya temido la madre con aquel a quien señálase como progenitor, coincida con cualquiera de los días que integran el período en que debió producirse la concepción del hijo cuya paternidad se investiga. La norma citada no exige que se determinen las fechas entre las cuales existieron las relaciones sexuales; su exigencia se limita a que se demuestre plenamente que el trato carnal aconteció, y que el tiempo en que él tuvo ocurrencia coincida, al menos en parte, con el período en que el hijo fue concebido. Como lo ha dicho la Corte, un testigo bien puede ser sabedor del trato carnal que una pareja haya tenido en determinado tiempo, que es el que a él le consta, aunque no tenga noticia del día en que se inició o de aquel en que cesó. Lo que es decisivo, se repite, es que durante cualquier día de los que forman el período de la concepción del hijo, hayan existido las dichas relaciones sexuales entre su madre y el hombre a quien se señala como progenitor. Por último, nada aprovecha a la causa de quien demanda la paternidad el que se acrediten las fechas en que comenzaron y terminaron unas relaciones sexuales, si, asimismo, no se comprueba que ellas existieron también durante el período en que, de derecho, se presume la concepción del hijo.

V

Sentencia de reemplazo

Apareciendo, pues, como quedó dicho al despachar el cargo, que existe prueba plena de que cuando fueron concebidas las menores Blanca Nubia y Lucrecia Castaño, su madre, Marta Teresa Castaño, hacía vida marital con Marco Tulio Jaramillo, es menester concluir que se presume la paternidad de éste, y, por tanto, debe declarársele padre de dichas dos menores. Del mismo modo, como no está acreditado que la otra demandante, la menor Olga Cecilia Castaño, hubiera sido concebida cuando tales relaciones sexuales se desarrollaban, ya que sólo se probó que había nacido cuando aquéllas existían, mas no que hubiera sido concebida en la misma época, necesario será desechar la demanda en el punto.

VI

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, calendada el 17 de mayo del año postrero, y, actuando como tribunal de instancia,

Resuelve:

1º Revócase la sentencia de 29 de septiembre de 1972, pronunciada en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio.

2º Declárase que Marco Tulio Jaramillo Jaramillo es el padre natural de Blanca Nubia y Lucrecia Castaño, hijas de Marta Teresa Castaño Hidalgo, nacidas en el caserío de La Felisa del municipio de Salamina, el 30 de marzo de 1967 y el 19 de septiembre de 1968, respectivamente.

En consecuencia, Blanca Nubia y Lucrecia Castaño, en su calidad de hijas naturales, son legitimarias de su padre premuerto Marco Tulio Jaramillo.

3º Respecto a la demandante Olga Cecilia Castaño no se hace la misma declaración contenida en el punto 2º anterior.

4º Condénase a los demandados a pagar a las demandantes Blanca Nubia y Lucrecia Castaño las costas de las dos instancias de este proceso, mas sólo en cuantía de un sesenta y seis por ciento (66%). Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RECURSO DE REVISION

Finalidad del recurso. — Presupuestos de la causal 1ª del artículo 542 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se procede a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Leopoldo Pulido Rodríguez contra la sentencia de 28 de junio de 1967, proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario que, frente al recurrente y a Rafael Pulido Rodríguez, instauró Teodosio Pulido Bulla para que se declararan revocadas las donaciones que éste hizo a aquéllos.

I

Antecedentes

1. Teodosio Pulido Bulla y María Elena Rodríguez Vanegas, quienes contrajeron entre sí matrimonio católico en la población cundinamarquesa de Bojacá el 21 de noviembre de 1957, legitimaron a los siguientes seis hijos por ellos procreados antes de su unión connubial: Rafael, María Teresa, Beatriz, Leopoldo, Inés y Cecilia; cuyos nacimientos ocurrieron, respectivamente, el 5 de diciembre de 1929, el 29 de agosto de 1931, el 20 de agosto de 1933, el 18 de diciembre de 1937, el 22 de abril de 1943 y el 15 de junio de 1946.

Antes de esta unión Pulido Bulla estuvo casado con Anaís Calderón, matrimonio en el cual se procreó a María Elena Pulido Calderón, cuyo nacimiento ocurrió el 3 de noviembre de 1903.

2. Durante los años de 1941 y 1944 Teodosio Pulido hizo en favor de sus hijos Rafael y Leopoldo Pulido, entonces naturales, estas donaciones:

a) Mediante la escritura número 1769 de 4 de junio de 1941, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, el dominio de los siguientes inmuebles: 1º La casa número 14-79 y 14-97 de la avenida 12 de la ciudad de Funza; 2º El predio rural denominado "El Carrizal", ubicado en la jurisdicción de ese mismo municipio; 3º Tres lotes de terreno que forman hoy uno solo, denominado "San Rafael", situado en la vereda de "Siete Trojes", del mismo municipio de Funza; 4º El predio denominado "El Bonete", junto con la casa en él construida, situado en la vereda "El Cacique" de esa misma jurisdicción municipal; 5º El terreno denominado "Rozo", situado dentro de la jurisdicción del municipio de Cota, con cabida de 14 fanegadas, y 6º El fundo rural denominado "Santa Lucía", situado en el municipio de Madrid. Todos estos inmuebles están comprendidos dentro de los linderos especiales que en ese título se consignan, y

b) Por medio de la escritura pública número 2527 de 4 de julio de 1944, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, el derecho a la nuda propiedad del predio denominado "San Rafael", parte de la antigua hacienda "La Culebrera", ubicado en el municipio de Cota, con extensión superficiaria de 31 fanegadas, 839 varas cuadradas, comprendido dentro de las alindaciones que allí se consignan.

3. Expresó el donante en la escritura número 254 de 26 de junio de 1957, pasada en la Notaría Unica de Chía, que por causa de injuria grave de los donatarios "revocó en todas sus partes" la donación contenida

en la escritura primeramente citada, es decir, la de 4 de junio de 1941, la que, dijo, "en consecuencia queda sin ningún valor ni efecto".

Pero posteriormente el donante, aclarando la situación así creada, mediante la escritura pública número 489 de 28 de noviembre de 1958, otorgada también en la notaría de Chía, manifestó que era su voluntad que quedara "vigente en todas y cada una de sus partes, tanto la escritura pública de donación número mil setecientos sesenta y nueve (1769) de cuatro (4) de junio de mil novecientos cuarenta y uno (1941), otorgada en la Notaría Cuarta (4ª) de Bogotá, como la donación en ella contenida por hallarse ajustada en un todo a lo legal y voluntariamente hecho".

4. Afirmando que los donatarios habían injuriado, ultrajado y faltado al respeto al donante, a su esposa María Elena Rodríguez y a sus hijos Beatriz, Inés y Cecilia Pulido, mediante escrito repartido al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá el 1º de septiembre de 1959, Teodosio Pulido Bulla demandó en proceso ordinario de mayor cuantía a Rafael y Leopoldo Pulido Rodríguez, para que se revocaran las donaciones hechas por el primero a los segundos, contenidas en las escrituras números 1769 de 4 de junio de 1941, Notaría 4ª de Bogotá, 2527 de 4 de julio de 1944, Notaría 1ª de Bogotá y 489 de 28 de noviembre de 1958, otorgada en la notaría de Chía; y para que, consecuencialmente, se condenase a los demandados a restituirle los bienes donados, junto con los frutos por éstos producidos desde julio de 1956, "fecha en que comenzaron a perpetrarse los hechos ofensivos".

5. Con oposición de los demandados se adelantó la primera instancia del proceso, la que culminó con sentencia de 27 de septiembre de 1961, mediante la cual el juzgado del conocimiento, que lo fue el Octavo Civil del Circuito de Bogotá, denegó todas las peticiones de la demanda y absolvió a los demandados de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ellos.

Estimó el juzgador a quo, y en esta consideración apoyó su fallo absolutorio, que "las injurias, maltratos y ultrajes", invocados como causa petendi de la pretensión, no estaban en este caso acreditados en legal forma, "esto es, por medio de una sentencia penal ejecutoriada que haya investido de la calidad de atentado tales hechos, y que ese atentado se haya traducido en lesiones o en el delito de injuria".

Como el demandante apelara de esta sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó, mediante la suya de 18 de noviembre de 1964, por la cual además impuso las costas procesales al apelante.

6. Esta misma parte interpuso casación contra el fallo de segundo grado, por virtud de la cual la Corte, luego de haberlo casado, como tribunal de instancia revocó la sentencia proferida el 27 de septiembre de 1961 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar dispuso:

"1º Absuélvase al demandado Rafael Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez de los cargos formulados en la demanda.

"2º Declárase que Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez cometió contra sus padres Teodosio Pulido Bulla y María Elena Rodríguez de Pulido injuria grave en sus personas y en su honor, y por ello ha incurrido en causal de ingratitud.

"3º Como consecuencia de la determinación anterior, decláranse revocadas las donaciones que hizo Teodosio Pulido Bulla a Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, 'por medio de las escrituras públicas números 1769 de 4 de junio de 1941 y 2527 de 4 de julio de 1944, Notarías Cuarta y Primera de Bogotá, respectivamente, y la 489 de 28 de noviembre de 1958, Notaría Unica de Chía'; y en tal virtud restituida al patrimonio del mismo Teodosio Pulido Bulla la cuota que por éste le había sido transferida mediante las donaciones en referencia al nombrado Leopoldo Rodríguez Pulido en cada uno de los bienes sobre que tales donaciones versaron. Se advierte que los actos contenidos en los instrumentos públicos citados quedan vigentes respecto de Rafael Rodríguez Pulido, únicamente en cuanto a la cuota que a éste le fue donada.

"4º Comuníquese a los Notarios 4º y 1º de Bogotá, al notario de Chía y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad para que hagan las anotaciones en los libros correspondientes, sobre revocación de la donación hecha por

Teodosio Pulido Bulla a Leopoldo Rodríguez Pulido.

"5º Ofíciese igualmente al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá para que cancele la inscripción de la demanda que dio origen a este pleito.

"6º Condénase a Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez a pagar la mitad de las costas de primera instancia".

7. La Corte, como fundamentos de su sentencia, expuso en síntesis las siguientes consideraciones:

a) Que es de la competencia del juez civil calificar hechos posiblemente constitutivos de ilícitos penales "y el poder proferir la decisión respectiva, siempre que no se halle configurada la comisión de un delito, pues entonces sólo podrá adelantarse el juicio hasta colocarlo en estado de proferir sentencia, en acatamiento a lo previsto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal";

b) Que como en el caso sub lite los agravios imputados en la demanda a los donatarios, respecto del donante, si bien merecen el calificativo de graves, no implican sin embargo la comisión de un delito, no hay obstáculo para proferir fallo civil;

c) Que como en el proceso no hay prueba plena de la ingratitud del demandado Rafael Pulido Rodríguez se imponía su absolución; y que, en cambio, sí existe la demostración de la de Leopoldo Rodríguez Pulido o Pulido Rodríguez, con los testimonios rendidos por Luis Felipe Bello, Fernando A. Botero y Juana Cristina de Carreño, quienes narran hechos injuriosos ocurridos en agosto de 1959.

Analizando estas declaraciones dijo la Corte en la sentencia cuya revisión hoy se pretende, que dichos testigos, "En el mes de agosto de 1959, sin recordar el día, llegaron a casa de los esposos Pulido-Rodríguez, situada en las afueras de Funza, conducidos por el chofer Luis Guayana, con el objeto de negociar un automóvil usado que tenían en dicha casa. Cuando salió Leopoldo al patio de la habitación, su madre María Elena Rodríguez le pidió las llaves del carro para mostrarlo a los visitantes. Aquél se negó a entregarlas y por el contrario, arrebatándole un pequeño palo que llevaba su madre en la mano con el fin de arriar ganado, le dio de garrotazos en la parte superior del cuerpo. Como don Teodosio saliera a ver lo ocurrido, Leopoldo se le lanzó y de una cachetada y un empujón lo derribó al suelo, de donde fue levantado por los señores Botero y Bello, conduciéndolo a una pieza de la casa. De palabra ultrajó a sus padres diciéndoles 'hijos de puta' y a su madre le lanzó otros ultrajes, como 'nochera, malparida', que no le dejaba vender el carro. A Teresa, hermana del demandado Leopoldo, también la ultrajó de palabra y de obra".

III

El recurso de revisión

1. Leopoldo Pulido Rodríguez, quien fuera uno de los demandados en el proceso ordinario de revocación de las donaciones, mediante escrito de 27 de junio de 1969, propuso este recurso extraordinario contra la sentencia de 28 de junio de 1967, proferida por la Corte Suprema de Justicia para dirimir la controversia.

En la respectiva demanda solicitó que, con citación de Rafael Pulido Rodríguez, de Pedro Martín Quiñones y María Elena Rodríguez viuda de Pulido, como albaceas en la sucesión de Teodosio Pulido Bulla; y de los herederos de éste, Teresa Pulido de Peñalosa, Beatriz, Inés y Cecilia Pulido Rodríguez y Elena Pulido Calderón de Melo, representada ésta por su heredero Policarpo Melo, se invalide la sentencia impugnada y, "en consecuencia, se confirme la absolución de Leopoldo Pulido Rodríguez de todos los cargos que se le formularon en la demanda inicial del pleito".

2. En apoyo de su pretensión, el recurrente invocó la primera de las causales de revisión que consagraba el artículo 542 del anterior Código Judicial, la que consistía en recobrar, después de pronunciada la sentencia, "piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida".

3. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el recurrente invocó como causa petendi los que pueden sintetizarse así:

a) Que como según la afirmación del demandante contenida en el hecho quinto de su libelo, los hechos ofensivos, reveladores de la ingratitud, "ocurrieron antes del mes

de junio de 1956", tal confesión implica que tales hechos, si realmente existieron, "tuvieron lugar en un tiempo anterior al primer día del mes de junio de 1956";

b) Que "un día de 1968" el recurrente, por razón de registro de la escritura de protocolización, encontró que su padre Teodosio Pulido Bulla, quien lo había demandado en el proceso ordinario, había otorgado testamento cerrado ante el Notario Segundo de Bogotá, por medio de la escritura número 2292 de 1958; y que en dicho testamento, escrito el 30 de abril del mismo año, instituyó a su hijo Leopoldo como asignatario de parte de su herencia mediante la cláusula 6ª de su memoria, al decir que "son legitimarios míos... los hijos legitimados habidos en María Elena Rodríguez Vanegas";

c) Que además el testador Pulido Bulla, después de haber relacionado en la cláusula 7ª de su memoria las donaciones hechas a sus hijos Rafael y Leopoldo Pulido, mediante la cláusula octava de su testamento expresó: "La donación hecha a favor de Rafael Pulido Rodríguez fue revocada por causas legales en escritura otorgada ante el notario de Chía. Como estas donaciones exceden en mucho al cupo máximo de la legítima que corresponde a cada uno de los donatarios, estimado el conjunto de mis bienes, por lo que respecta a Leopoldo Pulido Rodríguez, constituye esa donación, pues la hecha a Rafael carece de todo valor legal, una efectiva anticipación y pago real de su legítima y mejora que debe tenerse en cuenta para la distribución del patrimonio que yo dejare al morir";

d) Que este testamento, redactado por su autor desde el 30 de abril de 1958, quedó desde entonces en poder de la heredera Teresa Pulido de Peñalosa, quien después de la muerte del testador, ocurrida el 15 de agosto de 1962, procedió a practicar las diligencias propias de la apertura, la que a la postre se hizo el 21 de noviembre del año de 1963, habiéndose protocolizado el 23 de octubre de 1965 y registrada la escritura de protocolización "en el año de 1958, después de haberse dictado la sentencia de la honorable Corte";

e) "Salta a la vista, —dice el recurrente en el hecho 9º de su demanda— que en principio el citado testamento fue retenido por el propio señor demandante, Teodosio Pulido Bulla, con el fin de no hacerlo conocer del demandado Leopoldo Pulido Rodríguez ni de nadie, no obstante que en el texto de ese instrumento le hacía la asignación hereditaria que podía echar por tierra las pretensiones de este juicio". Y agrega que después de la muerte del testador, "el testamento pasó a ser desconocido por mi cliente por fuerza mayor consistente en la imposibilidad de abrirlo; y que, abierto el testamento, fue retenido, desde el retiro del juzgado hasta la protocolización por el apoderado de la contraparte de Leopoldo Pulido Rodríguez";

f) Que por obra de esta fuerza mayor y de dicha retención del testamento, Leopoldo Pulido Rodríguez no tuvo oportunidad de presentarlo como prueba en el proceso ordinario que contra él seguía su padre Teodosio Pulido Bulla, puesto que cuando éste murió el 15 de agosto de 1962 el negocio "se encontraba al despacho del Magistrado sustanciador del Tribunal para dictarse la sentencia, precluida ya toda oportunidad probatoria; y que, cuando el apoderado del demandante decidió hacer la protocolización del testamento, en 23 de octubre de 1965, el expediente se encontraba al despacho del honorable Magistrado de esta Corte, en espera del fallo de casación", y

g) Que teniendo en cuenta todos estos antecedentes hay que concluir, con aplicación de lo establecido por los artículos 1030, 1473 y 1485 del Código Civil, que Teodosio Pulido Bulla perdonó las ofensas de su hijo y donatario Leopoldo Pulido Rodríguez, "si fue que tales ofensas existieron".

Añade en el punto el recurrente que "la demanda nos dice, con fuerza de confesión judicial, que esas ofensas ocurrieron antes del mes de junio de 1956"; pero que como el 30 de abril de 1958, al otorgar su testamento, el donante consigna disposiciones en favor del presunto ofensor al reconocerle su legítima rigorosa, debe concluirse que se produjo el perdón tácito de las supuestas ofensas.

4. Por cuanto el recurso extraordinario se interpuso dentro de la oportunidad indicada entonces por el artículo 543 del Código Judicial, y al escrito respectivo se acompañó la consignación por $ 200.00 que

exigía el texto 544 ibídem, la Corte luego de haber recibido el expediente del juzgado de origen, mediante el auto del 29 de noviembre de 1969 admitió la demanda y ordenó correrla en traslado a los demandados.

Diligenciado el emplazamiento de los herederos de Policarpo Melo García, causahabiente de la demandada Elena Pulido de Melo, como ninguno se presentó, designóseles curador ad litem, a quien se le hizo notificación personal del auto admisorio y quien, previos su aceptación y el discernimiento del cargo, se opuso a la pretensión del recurrente y exigió la prueba de los hechos alegados en la demanda.

Los demás demandados, quienes también recibieron notificación personal del auto admisorio, no contestaron la demanda, salvo Pedro Martín Quiñones quien expresó que, por no haber aceptado ni ejercido el cargo de albacea que le imputa el recurrente, "me abstengo de referirme al fondo mismo de la cuestión planteada, precisamente porque fui extraño a la contienda donde se dictó el fallo que se acusa".

5. Por auto de 26 de julio pasado se abrió el término de pruebas. Dentro de él el recurrente solicitó y fueron practicadas las siguientes:

a) El interrogatorio absuelto por las demandadas María Elena Rodríguez viuda de Pulido, María Teresa Pulido de Peñalosa, Beatriz Pulido de Ramos, Cecilia Pulido de Martínez e Inés Pulido de Delgado, quienes aceptaron los hechos que en torno al otorgamiento del testamento de Teodosio Pulido Bulla, su apertura, protocolización y registro se afirmaron en la demanda;

b) Copia del acta de defunción de Teodosio Pulido Bulla, ocurrida en esta ciudad el 15 de agosto de 1962, expedida por el Notario Séptimo del Circuito de Bogotá;

c) Copia de la escritura pública número 2292 de 5 de mayo de 1958, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 36 de 1931, y

d) Copia de la escritura pública número 3992 de 23 de octubre de 1965, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá, mediante la cual se protocolizaron allí las diligencias de apertura y publicación del testamento de Teodosio Pulido Bulla.

De este instrumento se infiere que el testamento se otorgó el 5 de mayo de 1958 (fecha de la escritura número 2292); que la heredera Teresa Pulido de Peñalosa, por medio de apoderado, lo presentó para su apertura al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá el 8 de noviembre de 1962, es decir, algo menos de 3 meses después de la muerte del testador; que las diligencias pertinentes duraron desde entonces y hasta el 21 de noviembre del año siguiente, fecha en que se abrió; que la actuación fue retirada del juzgado el 4 de marzo de 1964 para protocolizarla en la Notaría Segunda; y que la protocolización solamente se hizo el 23 de octubre de 1965 y no en la Notaría Segunda sino en la Novena.

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, toda la ritualidad del recurso extraordinario, ha llegado el momento de decidirlo y a ello se procede ya que no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

IIII

Consideraciones de la Corte

1ª Base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos es la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada, que los legisladores han reconocido y aceptado mediante la consagración positiva del principio de la cosa juzgada. Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo definitivo, el anterior postulado 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 que se endereza a quebrantar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es, pues, invalidar por injusta una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho.

La revisión es un recurso de naturaleza extraordinaria y por ende sólo procede en casos igualmente extraordinarios. Dada pues su naturaleza, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y se demuestre, por parte legítima, alguna de las causales expresas y limitativamente previstas en la ley al efecto.

2ª La Ley 105 de 1931, que rigió en el país hasta el 30 de junio de 1971, al permitir mediante su artículo 542 la revisión de las sentencias ejecutoriadas, proferidas por la Corte Suprema o por un tribunal superior, en los casos excepcionales allí contemplados, consagraba con carácter extraordinario y criterio taxativo el recurso de revisión.

Y si bien es verdad que el nuevo estatuto procesal, en punto de revisión, amplió las causales para su procedencia; hizo susceptibles de este remedio no solamente las sentencias que ya lo eran, sino también las de los tribunales de arbitramento y las proferidas por todos los juzgadores, con excepción de las que dicten los jueces municipales en única instancia; y modificó en parte el trámite a seguir para decidirlo, también es cierto que conservó para el recurso de revisión el mismo carácter extraordinario y el criterio taxativo de las causas para su viabilidad.

3ª Por tratarse en el presente caso de un recurso interpuesto bajo la vigencia del Código Judicial anterior, son sus normas regulativas sobre la materia las que deben aplicarse para decidir la revisión pedida para la sentencia de 28 de junio de 1967, proferida por la Corte Suprema (Art. 699 del C. de P. C.).

Y según el artículo 542 de aquella codificación, procedía la revisión de una sentencia ejecutoriada de la Corte, entre otros casos, "si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida", que es precisamente el motivo invocado en el caso sub judice.

4ª Analizando el alcance del artículo 542 citado, dijeron la doctrina y la jurisprudencia patrias que la primera causal de revisión requería, para su procedencia, de los siguientes tres presupuestos, a saber: a) Que el documento se recobrara, esto es, que antes hubiera estado en poder de la parte que había interpuesto el recurso extraordinario; b) Que fuera decisivo para el caso, vale decir, que tuviera tal eficacia legal que fuera bastante para fallar el proceso en sentido distinto a como había sido resuelto, y c) Que el documento hubiera estado detenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

Refiriéndose a esta causal de revisión, dijo la Corte: "Recobrar, según la acepción gramatical, filológica y jurídica, equivale a adquirir lo que antes se poseía. No es, pues, lo mismo recuperar una prueba que producirla o mejorarla. El recurso extraordinario de revisión no es procedente para esto. De lo contrario, no habría jamás cosa juzgada, porque bastaría que el litigante vencido en un juicio, mejorara la prueba en el de revisión, o produjera otra. La prueba eficaz en revisión y desde el punto de vista que se está tratando, debe tener existencia desde el momento mismo en que se entabla la acción ordinaria. O, por lo menos, al tiempo de vencer el último término de prueba en el respectivo juicio ordinario. Mas no basta que la prueba exista para que la revisión sea viable, sino que es necesario para ello que haya sido imposible aducirla, o por un hecho independiente de las partes, o por un hecho doloso de la parte favorecida. El hecho independiente es la fuerza mayor, que está siempre condicionada por lo imprevisible a que no es posible resistir, por un elemento que se sale de la esfera de actividad que pueden controlar las partes... La retención por obra de la parte favorecida implica dos elementos: la existencia del documento que pueda servir de prueba, en poder de esa parte durante la tramitación del juicio ordinario, y la obra de esa parte en la retención... No es cualquier prueba que se recobre la que da lugar a la revisión. No. La prueba recobrada debe ser decisiva, o sea, que debe tener tal eficacia legal que hubiera sido bastante para fallar el litigio de una manera contraria o muy distinta a como fue resuelto" (LI bis, 215).

5ª Como ya está dicho, el recurrente Leopoldo Pulido Rodríguez alegó como fundamento de la revisión que ha incoado la causal primera que consagraba el artículo 542 del Código Judicial anterior, y la hizo con-

sistir en que por obra del demandante no pudo aportar como prueba, en el proceso ordinario en el que se pronunció la sentencia impugnada, el testamento que su padre Teodosio Pulido Bulla había otorgado anteriormente; y que este documento habría modificado la decisión tomada, puesto que, dice, al designarlo el testador heredero en la porción legalmente debida le estaba perdonando tácitamente las injurias que le imputó como fundamento para revocar las donaciones.

6ª Considera la Corte, por las razones que adelante consigna, que el referido testamento no fue recobrado por el recurrente, ni se trata de prueba decisiva; por lo tanto, que la causal de revisión invocada no existe por ausencia de sus elementos estructurales. En efecto:

a) Es indubitable que el proceso ordinario instaurado por Teodosio Pulido Bulla contra sus hijos Rafael y Leopoldo Pulido Rodríguez, tuvo origen en la demanda presentada el 31 de agosto de 1959; que para entonces el demandante ya había otorgado su testamento cerrado, pues lo hizo el 5 de mayo de 1958; y que el testador murió el 15 de agosto de 1962, cuando el referido proceso se encontraba esperando fallo de segunda instancia y, por ende, precluidas en él las oportunidades probatorias.

Y si el testador murió el 15 de agosto de 1962, por lo que antes de esta fecha Leopoldo Pulido no tuvo el testamento, no puede decirse ciertamente que éste lo recobró luego de haberse entablado la demanda contra él, o, por lo menos, después de haberse vencido la etapa de pruebas. El desconocimiento que del contenido del testamento tuvieron los asignatarios desde la fecha del otorgamiento y hasta la de publicación, se debió, como es obvio, a su carácter cerrado y no a obra del testador o de sus herederos.

b) Menos tiene ese documento categoría de prueba decisiva, hasta el punto de tener eficacia legal que hubiera sido bastante para fallar el litigio de manera distinta a como fue resuelto. Porque si el testador, después de haber otorgado su testamento, en el cual expresó que "los hijos legitimados habidos en María Elena Rodríguez Vanegas" son sus legitimarios, entre los cuales cita a Leopoldo Pulido, instauró contra éste proceso para revocar las donaciones y lo llevó hasta su muerte, estos actos constituyen la más clara demostración de que no tuvo intención de perdonarle las injurias que entonces alegó como fundamento de su pretensión.

Debe notarse, de otra parte, que si el testamento se otorgó el 5 de mayo de 1958 y la sentencia de la Corte, en armonía con la demanda, encontró plenamente demostrados los actos gravemente injuriosos del donatario, respecto del donante y de su cónyuge, ejecutados "en el mes de agosto de 1959", la institución de heredero de Leopoldo Pulido contenida en la memoria de su padre Teodosio Pulido no puede tener virtualidad alguna para perdonar agravios ocurridos posteriormente. El perdón tácito de que habla el artículo 1030 del Código Civil supone, como es lógico y racional, que las disposiciones testamentarias sean posteriores a los hechos que producen la indignidad de suceder, y no la inversa.

7ª De lo anteriormente discurrido fluye la conclusión de que el recurso de revisión aquí intentado carece de fundamento; y que, por ello la Corte, de conformidad con lo que estatuía el artículo 547 del Código Judicial anterior, así debe declararlo, imponiendo al recurrente las costas causadas, las que deben pagarse con el valor de la caución prestada.

No procede, empero, hacer condenación por perjuicios, puesto que las normas regulativas del recurso de revisión, vigentes cuando se formuló el presente, no autorizaban imponer dicha pena en la sentencia respectiva.

8ª Considerando la cuantía del negocio, la gestión realizada por el curador ad litem designado para los demandados desconocidos y los factores indicados por el Decreto número 2265 de 1969, estima la Corte que la remuneración definitiva correspondiente a dicho auxiliar de la justicia es de $ 4.000 y en esta suma la fija.

Pero como a dicho curador, por auto de 20 de junio último, se le señaló para gastos la suma de $ 1.000.00, en el evento de que los hubiera recibido, el saldo que de tal cantidad quedare después de la comprobación de las inversiones necesarias se abonará al monto de sus honorarios.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Declárase infundado el recurso de revisión interpuesto por Leopoldo Pulido Rodríguez contra la sentencia de veintiocho (28) de junio de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario que, contra el recurrente y Rafael Pulido Rodríguez, había instaurado Teodosio Pulido Bulla.

Segundo. Señálase la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) como remuneración del curador ad litem.

Tercero. Condénase al mismo recurrente Leopoldo Pulido Rodríguez a pagar a los demandados las costas causadas en este proceso de revisión, y

Cuarto. Procédase inmediatamente por la Secretaría a devolver el expediente al juzgado de origen.

Revalide el recurrente el papel común gastado en la actuación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

FILIACION NATURAL

Petición de herencia: no puede considerarse implícita en la investigación de paternidad natural, pero sí acumularse las dos pretensiones.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 15 de marzo de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario instaurado por Blanca Libia Suárez frente a los herederos de Arturo Velásquez Escobar.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 30 de mayo de 1969 la citada Blanca Libia Suárez demandó ante el entonces Juzgado Primero Civil Municipal de Medellín a la "sucesión" de Arturo Velásquez Escobar, "representada" por Auxilio Velásquez de Saldarriaga, en su doble carácter de heredera y albacea con tenencia y administración de bienes; por los menores impúberes Carlos Mario, María Teresa, Gabriel Jaime y Ana Catalina Saldarriaga Velásquez, representados legalmente por su padre legítimo Francisco Saldarriaga Ramírez; y por María Zuluaga viuda de Velásquez, en su calidad civil de cónyuge sobreviviente del causante, en procura de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

"Primera. Que se declare que Blanca Libia Suárez, de las condiciones civiles dichas, hija de María Suárez, bautizada en la Iglesia Parroquial de Amagá el ocho de abril de mil novecientos veintiocho (1928), es hija natural del señor Arturo Velásquez Escobar.

"Segunda. Que se declare que Blanca Libia Suárez es heredera legitimaria del señor Arturo Velásquez Escobar fallecido en Medellín el día 24 de noviembre de 1968.

"Tercera. Que como consecuencia de la anterior declaración Blanca Libia Suárez tiene derecho a concurrir con los demás herederos legitimarios del señor Velásquez Escobar en la proporción legal, tanto en las legítimas como en las demás porciones de la herencia que a ellos correspondiere, bien por no haberse dispuesto testamentariamente de ellas, o bien porque habiéndolo hecho, las disposiciones no fueron acordes a la ley o fueron ineficaces.

"Cuarta. Que se ordene tomar nota al margen de la partida de nacimiento de Blanca Libia Suárez sobre su calidad de hija natural del señor Arturo Velásquez Escobar.

"Quinta. Que se declare que Blanca Libia Suárez tiene derecho a usar el apellido de su padre natural señor Arturo Velásquez Escobar.

"Sexta. Que se condene en costas a los demandados si se opusieren".

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

Que Arturo Velásquez Escobar, muerto en la ciudad de Medellín el 24 de noviembre de 1968, mantuvo durante el tiempo comprendido entre los años 1920 y 1936, relaciones sexuales estables y notorias con María Suárez quien a la sazón era soltera; que fruto de esas relaciones fue el nacimiento de la demandante, ocurrido en el mes de marzo de 1928; que durante el em-

barazo y el parto Velásquez Escobar atendió personal y socialmente a María "como a su mujer"; que desde el nacimiento de Blanca Libia y hasta la muerte de Arturo Velásquez; éste reconoció siempre a aquélla como hija natural suya y en tal condición la trató, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; que en ella la presentó a sus amigos y vecinos; que mediante la escritura pública número 3244, otorgada el 2 de julio de 1968 en la Notaría 6ª de esa ciudad, el causante otorgó su testamento abierto en el cual instituyó como herederos suyos a su hija legítima Auxilio Velásquez de Saldarriaga y a los hijos de ésta Carlos Mario, María Teresa, Gabriel Jaime y Ana Catalina Saldarriaga Velásquez; que en ese mismo instrumento designó como albacea principal con tenencia y administración de bienes a la primera de las personas aquí nombradas; y que los demandados "tienen ahora los bienes de la herencia y los que pertenecen a la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento del señor Velásquez Escobar".

3. En sus contestaciones a la demanda los demandados, después de negar los hechos en ella invocados, salvo los atinentes al óbito del causante, su matrimonio con María Zuluaga, al otorgamiento del testamento y a la institución de herederos en éste contenida, los cuales aceptaron, se opusieron a todas las pretensiones de la demandante, agregando que la madre de ésta "ha convivido con muchos hombres" y que lo hizo "por los días a que se refieren los episodios de la demanda".

4. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Primero Civil del Circuito de Medellín, le puso fin con sentencia de 13 de abril de 1972, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda e impuso las costas procesales a la demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, el que, luego de haber agotado el trámite correspondiente a la instancia, incluso la apertura y práctica de pruebas, por sentencia de 15 de marzo de 1973, previa la infirmación del fallo apelado, resolvió:

"1. Declárase que Blanca Libia Suárez hija de María Suárez, bautizada en la Iglesia Parroquial de Amagá el ocho de abril de mil novecientos veintiocho (1928) es hija natural del finado Arturo Velásquez Escobar.

"2. Se declara que Blanca Libia Suárez es heredera legitimaria del señor Arturo Velásquez Escobar fallecido en Medellín el día 24 de noviembre de 1968.

"3. Como consecuencia de la declaración anterior Blanca Libia Suárez tiene derecho a concurrir con los demás herederos legitimarios del señor Velásquez Escobar en la proporción legal, pero únicamente en las legítimas, por haber el causante dispuesto en su memoria testamentaria de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición.

"4. Se ordena tomar nota al margen de la partida de nacimiento de Blanca Libia Suárez de su calidad de hija natural del señor Arturo Velásquez Escobar.

"5. Declárase que la señora Blanca Libia Suárez tiene derecho a usar el apellido de su padre natural Arturo Velásquez Escobar.

"6. Condénase a los demandados a restituir a Blanca Libia Suárez como heredera de Arturo Velásquez Escobar, los bienes relictos que como legitimaria le corresponden en las legítimas, más los frutos de los bienes que se le adjudiquen a partir del 9 de septiembre de 1969, fecha en que quedó notificado el auto admisorio de la demanda, no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad. Los frutos se liquidarán por el procedimiento indicado en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

"7. Se condena en costas a los demandados, en ambas instancias, proporcionalmente a la cuantía de sus derechos y en favor de la actora".

III

Motivación de la sentencia impugnada

1. Luego de afirmar que en el presente caso es pertinente proferir sentencia de mé-

rito por hallarse presentes todos los presupuestos del proceso, inicia el Tribunal las consideraciones de su fallo notando que para sustentar sus pretensiones la demandante acude a dos de las presunciones de paternidad natural consagradas en la Ley 75 de 1968: la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre durante el embarazo y el parto; y la posesión notoria del estado de hijo, a que aluden los numerales 4º y 6º del artículo 6º de dicho estatuto legal.

2. Y después de desechar la primera, la que no encuentra demostrada suficientemente con la prueba testifical aducida, acomete el ad quem el estudio de la segunda presunción de paternidad alegada: dice, al respecto, que "en el caso sub judice se ha demostrado la posesión notoria del estado de hijo natural de Blanca Libia Suárez en relación al causante Arturo Velásquez Escobar", y que con fundamento en ella procede hacer la declaración de paternidad deprecada.

Para fundar su conclusión el Tribunal cita, extractando su contenido, las declaraciones rendidas por Juan Crisóstomo Londoño, Ramón Antonio Vélez, Natividad de Jesús García, Luis Conrado Gómez, Ramón Alberto Pérez, Espíritu Zapata, Rafael Antonio Holguín, Eleázar Pérez, Ángel Custodio García, Eleázar Peláez, María Cristina Salinas, Luisa Aurora Pérez, Jesús María García y Hermelinda Jaramillo. En la tarea valorativa de la prueba testifical, afirma el sentenciador de segundo grado que de ella "es fácil deducir un buen acopio de indicios que sustentan la presunción de paternidad natural de Arturo Velásquez Escobar con respecto a Blanca Libia Suárez, por tener ella en relación a su presunto padre natural el estado de posesión notoria".

3. Refiriéndose a la excepción de plurium constupratorum oportunamente alegada por los demandados, asevera el Tribunal que ella es improcedente cuando se demuestra la posesión notoria del estado de hijo, "ya que el padre por actos positivos y por más de cinco años acogió al hijo como suyo".

4. Finalizando la motivación de su fallo, dice el ad quem que como el testador dispuso de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejoras en favor de sus descendientes legítimos, la demandante sólo puede concurrir "a la sucesión de su padre en la parte que le corresponda como legitimaria".

Considera el sentenciador, además, que como de conformidad con el artículo 1323 del Código Civil a la petición de herencia deben aplicarse las normas regulativas de la reivindicación, en lo pertinente, los demandados están obligados a restituir a la demandante "los frutos como poseedores de mala fe, a partir de la contestación de la demanda porque una vez entablada la relación jurídico-procesal no puede invocarse que la sucesión demandada estuviera poseyendo de buena fe lo que en parte le pertenecía a otro".

IIII

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandados. En la demanda respectiva los recurrentes le formulan cinco cargos: el primero con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y los cuatro restantes dentro del ámbito de la primera, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Primer cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de no guardar la necesaria congruencia con las pretensiones deducidas en la demanda incoativa del proceso.

2. En desenvolvimiento del cargo, el censor, después de transcribir las súplicas formuladas por la demandante en el libelo inicial y las decisiones contenidas en la parte resolutiva del fallo del Tribunal, asevera que una ligera labor de parangón entre ellas "arroja un ostensible desacoplamiento de aquéllas frente a éstas, pues sin el menor esfuerzo se encuentra tomada en la sentencia una resolución que no es eco y proyección de petición que aparezca incluida en la demanda".

Explanando este postulado, añade el impugnador que mientras en su demanda la

actora concreta y limita sus pretensiones de tal a obtener las declaraciones de que es hija natural de Arturo Velásquez Escobar, de que es heredera de éste y que, en consecuencia, tiene derecho a concurrir con los demás legitimarios en la distribución de la herencia, en la sentencia, además de hacerse en su favor todas estas declaraciones, se resuelve "algo que constituye una novedad dentro del proceso, algo que quedó por fuera de la relación procesal y que por lo mismo constituía materia enteramente ajena al litigio: la condena a los demandados a restituir bienes y frutos de la herencia".

Continuando en el desarrollo de la censura, el recurrente, luego de concretar, con apoyo en citas jurisprudenciales, la finalidad de la pretensión de petición de herencia y de afirmar que ésta, dada su autonomía, no puede considerarse implícita en la petición de filiación natural, expresa que por consiguiente no le es dado a los juzgadores, en casos como el presente, hacer declaraciones que no les han sido pedidas y que no pueden considerarse como algo accesorio o como consecuencia natural de lo que se ha suplicado expresamente.

3. Rematando la formulación del cargo el censor, después de transcribir el contenido del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, afirma que la sentencia por él impugnada está afectada por el vicio de incongruencia, al haber fallado extra petita en cuanto condenó a los demandados a hacer una restitución de bienes y de frutos no solicitada en la demanda.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Es hoy verdad averiguada que al Estado corresponde no sólo el poder de someter a su jurisdicción a quienes necesitan componer un conflicto de intereses surgido entre ellos, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para alcanzar la realización de los derechos subjetivos. Este deber se satisface, en cada caso, con el pronunciamiento de una sentencia, a través del proceso que surge por virtud del poder jurídico de acción.

El proceso civil contiene una relación jurídica que la doctrina ha denominado relación jurídico-procesal, la que, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista. Constituida dicha relación, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez.

2ª Del anterior postulado emerge como consecuencia natural y obvia el principio de la congruencia del fallo, positivamente consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el cual preceptúa que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

Como esta norma procesal establece un determinado comportamiento del juez al proveer, la inobservancia de ella por parte de éste implica un vicio de actividad que se traduce en el pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión, en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones (mínima petita).

Este yerro in procedendo puede repararse, generalmente, a través del recurso ordinario de apelación, y, excepcionalmente, mediante el extraordinario de casación, desde luego que en nuestro sistema procesal impera también 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 supuesto no se persigue reformar una resolución dictada en la sentencia sino proveer sobre pretensiones oportunamente formuladas y no decididas en ella, el fallo incongruente por el aspecto dicho puede hoy ser adicionado por el mismo juez que lo profirió (Art. 311 C. de P. C.).

3ª Para reparar a través del recurso extraordinario de casación el agravio que tal vicio de actividad infiera a las partes, el legislador tiene establecida como causal que goza de autonomía y a la que la ley ha investido de individualidad propia, el motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado (Art. 368-2 ibídem).

Pero como son las peticiones de los litigantes las que delimitan la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación tiene que buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos ostensible desacoplamiento de aquélla frente a éstas, ora sea porque el fallo resuelva sobre lo que no fue impetrado; ora porque otorgue más de lo pedido; o ya porque al decidir omita, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo.

4ª En el caso de este proceso, como se infiere al parangonar las pretensiones aducidas por la demandante con las decisiones contenidas en la parte dispositiva del fallo de segundo grado, es palmar la falta de conformidad entre las unas y las otras.

En efecto, al paso que la actora limita sus pretensiones a obtener las declaraciones de que es hija natural del causante, de que, en consecuencia, es heredera de éste y por lo mismo tiene derecho a concurrir con los demás legitimarios en la distribución de la herencia; la sentencia, además de acceder a todas estas súplicas, resuelve, mediante el ordinal 6º, condenar a los demandados a restituir a aquélla bienes de la masa herencial y los frutos por éstos producidos; es decir, que al pronunciar esta disposición resolvió sobre una cuestión que por no estar pedida no fue materia del debate judicial.

Y siendo ello así, como en realidad lo es, el Tribunal ha debido limitarse en su fallo a declarar la paternidad natural demandada, si se daban los supuestos legales para su procedencia; y no llegar hasta pronunciarse sobre una petición de herencia que no fue demandada, como lo hizo, incurriendo con tal conducta en error in procedendo al sentenciar extra petita.

5ª Es verdad que, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones, no incurre en el vicio de incongruencia el fallo que toma decisiones no pedidas explícitamente, siempre que éstas constituyan un complemento obligado de las pretensiones invocadas y resueltas, porque dado ese carácter debe el juzgador ordenarlas aun de oficio. No es sin embargo el presente, por las razones que adelante se consignan, uno de dichos casos.

6ª La petición de herencia, que según lo estatuye el artículo 1321 del Código Civil es la acción que corresponde a quien prueba su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, para que se adjudique a él y se le restituyan las cosas hereditarias, es por naturaleza acción de condena. Y si bien ella presupone como antecedente lógico y jurídico el reconocimiento de heredero, puesto que el derecho cuya tutela impetra dimana de esta calidad, no puede considerarse implícita en la investigación de la paternidad natural, que es fundamentalmente declarativa, desde luego que ésta, en sí misma considerada, sólo busca el reconocimiento de una calidad civil, con las naturales consecuencias que de allí se desprenden.

Dada su íntima conexidad, por razones de economía procesal estas dos pretensiones pueden, cuando así lo quiera el demandante, acumularse en una misma demanda, caso en el cual es deber del juzgador decidir en su sentencia sobre la petición de herencia, si encuentra próspera la de estado civil a la que aquélla viene agregada consecuencialmente.

Y como la acumulación de pretensiones en la misma demanda depende de la exclusiva discreción del actor, nada impide entonces que el hijo natural, por una o por otra razón, prescinda de la petición de herencia si sólo aspira a obtener la declaración correspondiente, o sea definir su estado civil, si no tiene en mientes, ni pretende, ser llamado inmediatamente a la herencia de su presunto padre. En tal supuesto no le es permitido al juzgador pronunciarse sobre la petición de herencia, como tampoco le sería dado decidir el estado

civil cuando sólo se aduce por el demandante la acción patrimonial, puesto que en tales eventos esos aspectos no constituyen el objeto de la demanda, que es el linde que al sentenciador le está vedado rebasar.

Si, pues, se trata de acciones que por su finalidad asumen naturaleza diferente, la una no puede considerarse implícita en el ejercicio de la otra; la aducción de la filiación natural no conlleva necesariamente la pretensión de petición de herencia, y como ésta es completamente independiente de aquélla, para su decisión por el juez se requiere expresa postulación del demandante.

7ª Viene de todo lo dicho la conclusión de que el Tribunal quebrantó con su sentencia el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, y que, por tanto es fundado el cargo que por incongruencia se le formuló.

V

Sentencia sustitutiva

Resulta de lo expuesto que por la prosperidad del cargo primero la sentencia recurrida extraordinariamente habrá de casarse; pero como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en la censura despachada se ha hecho a la condena de restitución de bienes y de frutos contenida en ese fallo, impugnación que se repite y expresamente se limita y concreta a ello en los demás cargos formulados, la sentencia de reemplazo ha de reproducir todas las demás decisiones del Tribunal que no fueron impugnadas.

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 quince (15) de marzo de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando como tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de trece (13) de abril de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín.

Segundo. Declárase que Blanca Libia Suárez, hija de María Suárez, bautizada en la Iglesia Parroquial de Amagá el ocho (8) de abril de mil novecientos veintiocho (1928), es hija natural del finado Arturo Velásquez Escobar.

Tercero. Se declara que Blanca Libia Suárez es heredera legitimaria del señor Arturo Velásquez Escobar, fallecido en Medellín el día 24 de noviembre de 1968.

Cuarto. Como consecuencia de la declaración anterior Blanca Libia Suárez tiene derecho a concurrir con los demás herederos legitimarios del señor Velásquez Escobar en la proporción legal, pero únicamente en las legítimas, por haber el causante dispuesto en su memoria testamentaria de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición.

Quinto. Se ordena tomar nota al margen de la partida de nacimiento de Blanca Libia Suárez de su calidad de hija natural del señor Arturo Velásquez Escobar.

Sexto. Declárase que Blanca Libia Suárez tiene derecho a usar el apellido de su padre natural Arturo Velásquez Escobar.

Séptimo. Se condena en costas a los demandados, en ambas instancias, proporcionalmente a la cuantía de sus derechos y en favor de la actora.

Octavo. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Alfonso Peláez Ocampo, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Ernesto Cediel Angel, Conjuez.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SIMULACION

Cosa juzgada: excepción de mérito que puede proponerse también como previa; el auto que resuelve ésta no tiene autoridad de cosa juzgada. — Cuando la sentencia no falla sobre la perentoria, hay incongruencia por citra petita. — Acumulación de pretensiones: el juez al fallar, debe seguir el orden propuesto por el actor.

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

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que, fechada el 28 de marzo del año pasado, pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el proceso ordinario iniciado por Emilio Cardona Cardona frente a Germán Zafra Gómez.

I

Antecedentes

1. El 18 de agosto de 1969, Cardona solicitó al Juzgado 3º Civil del Circuito de Pereira que, previos los trámites correspondientes a un proceso ordinario de mayor cuantía y con audiencia de Zafra, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) "Que es nulo, de nulidad absoluta, por simulación, por haber faltado el consentimiento, el objeto y la causa real, el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura pública número 1766, pasada en la Notaría 2ª de Pereira el 10 de julio de 1962...", en el cual el demandante "dijo vender" al demandado "una finca territorial denominada 'La Beneficencia', situada en el paraje de 'Alto Cauca', jurisdicción del municipio de Marsella";

b) Que se cancele el respectivo registro y que para restablecer "las cosas al aspecto que tenían antes de celebrarse dicho contrato", se ordene al demandado restituir a Cardona "la mencionada finca con sus frutos naturales y civiles percibidos y que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad desde fines de 1963 en adelante", así como también a pagarle la cantidad de $ 20.000.00 "como indemnización de los perjuicios que le causó con la retención indebida de la finca".

En subsidio de las anteriores súplicas, pidió que se hiciesen estas otras:

(i) "Que está resuelto por falta de pago del precio, el contrato de compraventa" mencionado en la letra a) anterior, debiéndose en consecuencia cancelar "dicha escritura y su registro"; y

(ii) Que el demandado debe devolver a Cardona el inmueble sobre que versó el referido contrato, junto con "los frutos vencidos y los perjuicios resultantes de la no devolución de la finca y de la escritura de la misma".

2. Rituado debidamente este proceso, el juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por medio de sentencia cuya parte resolutiva fue del siguiente tenor:

"1º Declárase inhibido este despacho para pronunciarse sobre la petición principal de la demanda y sus declaraciones consecuenciales, donde se suplica la nulidad absoluta por simulación... por falta del presupuesto procesal de 'demanda en forma'.

"2º No se accede a declarar la resolución de dicho contrato ni a las peticiones conse-

cuenciales, formuladas como petición subsidiaria en la demanda.

"3º Declárase probada la excepción de pago del precio, propuesta por el demandado en la contestación de la demanda y en consecuencia se le absuelve de todos los cargos que en ella se le formularon relacionados con la resolución del contrato de venta de la finca 'La Beneficencia'."

3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira dio remate a la segunda instancia, provocada por el demandante al apelar del fallo anteriormente mencionado, por medio de sentencia fechada el 7 de noviembre de 1970 que confirmó la del a quo, y en la que expresó estos conceptos en su parte motiva:

a) Que como se desprende de la simple lectura de la demanda, en ella se confunden por parte de Cardona los fenómenos de nulidad y de simulación, y

b) Que el "Tribunal no comparte la tesis del señor Juez Tercero Civil del Circuito de esta ciudad de declararse inhibido para fallar en el fondo la petición de la parte actora para que se declare que es simulado el contrato de compraventa contenido en la referida escritura pública número 1766 de 10 de julio de 1962, de la Notaría Segunda de Pereira, por el presupuesto procesal 'demanda en forma', porque demostrado el pago del precio hecho por el demandado Germán Zafra Gómez, esa declaración carecería de objeto. Sin embargo, como el demandado se conformó con la sentencia y no apeló de ella, debe entenderse que el recurso interpuesto por la parte actora es únicamente en lo desfavorable, es decir, que no puede desconocérsele el posible derecho que pueda derivar de la declaratoria de inhibición".

4. La parte perdidosa interpuso recurso de casación contra la sentencia anteriormente mencionada, el cual fue declarado desierto por esta corporación debido a que no se presentó en tiempo la demanda correspondiente.

III

El litigio

5. Así las cosas, Emilio Cardona, en demanda corregida y cuyo traslado se notificó al demandado Germán Zafra el 3 de noviembre de 1971, pidió que, previa la tramitación correspondiente a un proceso ordinario de mayor cuantía, se decretase lo siguiente:

a) "Que es absolutamente simulado el contrato de compraventa que se consignó en la escritura número 1766, extendida en la Notaría Segunda de Pereira el diez (10) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962), contrato por el cual el demandante "dijo transferir, a título de venta", al demandado, "el derecho de dominio sobre un predio rústico llamado 'La Beneficencia' ubicado en el paraje de Alto Cauca, jurisdicción del municipio de Marsella", cuyos linderos detalla;

b) "Que por haber sido y ser absolutamente simulado el contrato de compraventa antes indicado, el dominio sobre el aludido predio de 'La Beneficencia' no ha salido realmente del patrimonio" del demandante, debiendo Zafra devolverle su posesión, pagándole además los frutos naturales y civiles, "no solamente los percibidos por el mismo demandado desde que entró a ocupar este inmueble, sino los que el demandante Cardona hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo en su poder aquel fundo durante el citado tiempo", cancelándose consecuencialmente la inscripción de la escritura antes mencionada.

6. Como hechos que fundamentan la causa petendi se relacionan los siguientes:

a) Cardona y Zafra están casados con Julialba y Lucía o Lucy Gutiérrez, hermanas legítimas entre sí, matrimonios éstos que, por espacio de seis o siete años conservaron "buenas y estrechas relaciones", prestándole el demandado a su concuñado el demandante servicios "tales como manejarle unos vehículos automotores, transportarlo en éstos cuando y adonde quiera que Cardona necesitaba ir, cobrarle o pagarle cuentas con terceros y atender a muchos otros menesteres relacionados" con sus negocios, habiéndose ganado por su irreprochable comportamiento la más completa confianza;

b) En tal virtud y temiendo Cardona que "le sobreviniese una difícil situación en sus negocios, convino con Zafra en traspasarle los bienes tanto suyos como de su cónyuge, bienes éstos consistentes en un ca-

mión marca "Ford", modelo de 1955; un automóvil marca "De Soto"; dos porciones de terreno llamadas 'El Edén' y 'La Julia', ubicadas en jurisdicción de Marsella, transferencias que se efectuaron por medio de las escrituras públicas números 878 y 1157, otorgadas respectivamente en las Notarías Primera y Segunda de Pereira en los días 10 y 11 de mayo de 1963"; y la finca "La Beneficencia", cuya enajenación ficticia se realizó mediante la escritura número 1766, corrida en la Notaría Segunda de Pereira el 10 de julio de 1962", que viene siendo ocupada por el demandado desde el mes de mayo de 1965, por cuanto hasta entonces y a pesar del contrato de compraventa, la había venido administrando y usufructuando el vendedor;

c) El camión, el automóvil y las porciones de terreno "El Edén" y "La Julia" fueron traspasados por Zafra a terceras personas, así: el automóvil, a los hermanos Gabriel y Luis Ríos Ocampo quienes, como el anterior, entregaron el precio pactado a Cardona; "El Edén" a Mariela Villegas viuda de Alvarez; y "La Julia" a Elsy Drews de González, "en cumplimiento del pacto secreto que hacía parte del plan de simulación a que se ha hecho referencia", y

d) "Despejada desde fines de 1965 la situación de los negocios del señor Emilio Cardona C., le exigió éste a su concuñado Germán Zafra Gómez que, en cumplimiento del pacto reservado envuelto en el convenio de simulación y procediendo al igual que lo había hecho con los otros bienes mencionados, le restituyera el dominio sobre la finca denominada 'La Beneficencia', señalada en la primera súplica de esta demanda, pero el señor Zafra, violando el aludido pacto secreto o de confianza, se ha hecho renuente a devolver ese inmueble a su dueño verdadero, el señor Cardona, y lo retiene sin ningún derecho real y legítimo, sino en virtud de la referida transferencia ficticia".

7. El demandado, al contestar la demanda y luego de su corrección, en escritos en los que negó la mayor parte de los hechos y, por tanto, se opuso a que se hiciesen los pronunciamientos solicitados en ellas, interpuso como previa y también como perentoria la excepción de cosa juzgada, que fundamentó con las sentencias de primera y de segunda instancias de que se dio noticia en los numerales 2 y 3 anteriores, habiendo sido resuelta la previa por medio de auto calendado el 25 de febrero de 1972 en el que se "rechaza la excepción" de cosa juzgada alegada por el demandado, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira al resolver la alzada interpuesta por el excepcionante, por medio del suyo fechado el 19 de mayo siguiente.

8. Rituado debidamente el proceso, el a quo finalizó la primera instancia mediante fallo del 4 de noviembre de 1972, cuya parte resolutiva dice así:

"Primero. Se declara que es absolutamente simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura número mil setecientos sesenta y seis (1766) de diez (10) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962), otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Pereira, por la cual el señor Emilio Cardona C. declaró vender a Germán Zafra Gómez el derecho de dominio que el vendedor tiene en la finca denominada 'La Beneficencia', ubicada en el paraje de 'Alto Cauca', jurisdicción del municipio de Marsella, por la situación y linderos de que dan cuenta la mencionada escritura, la petición primera de la demanda y la inspección judicial practicada en el proceso. En consecuencia, tal contrato no ha producido efecto alguno contra el señor Emilio Cardona C., de cuyo patrimonio no ha salido el predio rústico precedentemente descrito".

Como consecuencia de la declaración anterior, se ordenó que la respectiva inscripción fuese cancelada en el registro de instrumentos públicos; que se restituyese por el demandado a Cardona el inmueble en referencia junto con sus frutos y como poseedor de mala fe; que se inscribiese la sentencia y que el demandado pagase las costas de la instancia.

Se nota que el fallador nada dijo en la parte resolutiva de su providencia en relación con la excepción perentoria interpuesta por el demandado, de que ya se dio noticia atrás, con el siguiente argumento que aparece en la motiva:

"La misma excepción de cosa juzgada fue propuesta por la parte demandada como perentoria. Mas despejada esta situación jurídica en las providencias de primera y

segunda instancia, fechadas el veinticinco de febrero y el diez y nueve de mayo de mil novecientos setenta y dos por el juzgado y el Tribunal Superior, se omitirá el estudio de esta oportunidad sobre dicha excepción".

9. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira desató la segunda instancia, debida a la apelación interpuesta contra la sentencia del a quo por el demandado Zafra, por medio de la suya fechada el 28 de marzo de 1973, que confirma la apelada y condena en costas al apelante, y en la que, ni en la parte motiva ni en la resolutiva, hace referencia a la tan mencionada excepción perentoria de cosa juzgada. El demandado, entonces, elevó el recurso extraordinario de que ahora se ocupa la Corte.

III

La sentencia acusada

10. Después de historiar detenidamente el proceso, empieza el fallador por referirse al anterior, relatado en los "antecedentes", concluyendo que dos consideraciones le impedían entonces al Tribunal confirmar la sentencia de primera instancia, como erradamente lo hizo, a saber:

a) "Si el Tribunal no podía decidir en el fondo sobre la petición principal, tampoco podía resolver sobre la petición subsidiaria porque sobre esta última sólo se decide cuando se falla en el fondo sobre la principal y no se accede a ella o se niega..." Ampliando el concepto, dice que se trata de dos pretensiones incompatibles entre sí, que sólo pueden proponerse como principal la una y subsidiaria la otra (Art. 82, numeral 2º, del C. de P. C.), no debiéndose fallar la subsidiaria —en el caso de resolución del contrato— sin negarse previamente la principal por providencia de mérito y no por sentencia inhibitoria, como sucedió;

b) Tampoco el Tribunal podía "declarar probada la excepción de pago porque esa declaración es consecuencia del pronunciamiento que se hiciera sobre resolución del contrato de compraventa", y "ya se vio que esta declaración subsidiaria no se podía hacer sin decidir en el fondo sobre la petición principal".

11. Como criterio esencial para el análisis de las pruebas allegadas al proceso, destinadas a demostrar la simulación absoluta alegada en él, manifiesta el ad quem que con anterioridad a la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil la doctrina jurisprudencial sostuvo invariablemente que, en los casos en que el demandante de la simulación fuese un tercero, gozaba de libertad probatoria; y que, cuando no lo era sino que, por el contrario, había sido uno de los contratantes, a falta de contraescritura sólo mediante la "confesión judicial de la contraparte, o un principio de prueba por escrito complementado con testimonios, indicios o medios de convicción semejantes" podía demostrarla, agregando que "actualmente también rige entre las partes una restricción probatoria similar a la del sistema anterior, que está explícitamente establecida para la declaración de terceros en el segundo inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, porque según éste 'cuando se trata de probar obligaciones originadas en contrato de convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto...'. Dicho en otras palabras, la falta de contraescritura privada para acreditar entre las partes la simulación del acto o contrato, constituye un indicio grave de la seriedad de éste. Como excepción a la restricción para admitir la prueba de testigos que establece el citado artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, aplicable también a la de indicios, en el mismo se preceptúa que no militará ese indicio grave en contra de la existencia o del pago de la obligación, cuando falte el acto escrito correspondiente, en aquellos eventos en 'que las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifique tal omisión'. La calificación de esas circunstancias corresponde hacerla al juzgador dentro de su discreta autonomía".

Amplía en seguida su exposición sobre el particular, diciendo que, según el parecer de un glosador de la arriba expuesta doctrina de la Corte, los artículos 187 y 232 del Código de Procedimiento Civil "lejos de

excluir la prueba testimonial o de indicios basados en testimonios, la acepta expresamente y sólo establece el último texto un indicio grave cuando falta toda constancia escrita, sea documento o simple principio de prueba escrita", no pudiéndose "decir que el sistema actual es 'similar' al anterior, cuando los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887 fueron derogados expresamente y el artículo 187 consagró el sistema de la libre valoración basada en las reglas de la sana crítica, cuando no se trate de prueba solemne", y termina su disquisición diciendo que para apreciar el mérito de los testimonios deben tenerse en cuenta la razón de la ciencia del dicho del testigo, su exactitud y la explicación que haga de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya tenido conocimiento de los hechos, sin que pueda admitirse como respuesta "la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella".

12. Pasa en seguida al examen de las pruebas allegadas por la parte demandante en relación con los hechos indicadores de los indicios tendientes a demostrar la simulación por él alegada, encontrando demostrados los siguientes:

a) Parentesco entre los contratantes. Afirma inicialmente que es el de segundo grado de afinidad, por estar casados con dos hermanas legítimas, Julialba y Lucía o Lucy Gutiérrez, para más adelante afirmar que Cardona y Zafra son concuñados, simplemente;

b) Estrechas relaciones de amistad. Las halla demostradas con las declaraciones rendidas por Arcesio Correa, Aníbal Henao Mejía, Alberto Angel Alvarez, Godofredo Ramírez y Manuel Gil Vargas, quienes informan que Zafra era diligente y cuidadoso en los servicios que prestaba a Cardona y que gozaba de la confianza de éste a tal punto que le manejaba sus vehículos, lo transportaba en ellos y lo acompañaba en los recorridos a las fincas y a los bancos, recogiéndole sumas de consideración en Pereira para llevárselas a su residencia de Marsella, aseveraciones éstas que encuentra corroboradas en la respuesta dada por el demandado a la cuarta pregunta del interrogatorio que en su oportunidad rindió;

c) Pobreza del comprador. La deduce el fallador de los testimonios rendidos por José Mauro Salazar, Leonardo Gómez Duque y Gonzalo Ballesteros, quienes dicen que antes del 10 de julio de 1962 ningún bien raíz le conocieron a Zafra, que era un trabajador honrado pero sin bienes de fortuna, lo cual se desprende también de la certificación expedida por el Tesorero de Rentas de Marsella;

d) Traspaso y devolución de vehículos. El demandante, dice el Tribunal, era dueño a principios de 1962 de un camión y de un automóvil, vehículos éstos de que era conductor el demandado, como se colige de lo declarado por Godofredo Ramírez Vásquez, Julio Vélez Bedoya, Arturo Villada L. y Leopoldo Gómez Duque, quienes agregan que fueron traspasados "en confianza" al demandado, el cual, mediante transferencias hechas a Gilberto Marín Restrepo y Gabriel y Luis Ríos Ocampo, respectivamente, los devolvió propiamente a Cardona con quien los compradores se entendieron para celebrar los aludidos negocios, confirmándose la declaración de María con el dicho del comisionista Jaime Osorio Gutiérrez. No admite el Tribunal la explicación dada por Zafra en el interrogatorio rendido sobre el particular, consistente ella en que el camión se lo compró a Cardona pagándolo con el producto de la venta de un "jeep" de su propiedad y con el empleo de algunos ahorros, ya que con la declaración de Gonzalo Restrepo Mejía, vendedor del mencionado "jeep", se demuestra que celebró el respectivo negocio con Cardona quien, además, al pagarle su precio le dio instrucciones para que el traspaso se lo hiciese a Zafra, que era su hombre de confianza, por estar muy "enredado";

e) Traspaso de inmuebles. El demandante enajenó a Zafra, continúa el fallador, la finca "La Beneficencia", mediante compraventa recogida en la escritura pública número 1766, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Pereira el 10 de julio de 1962, por un precio de $ 70.000.00 que el vendedor dijo tener recibidos así: $ 25.000.00, de contado; y $ 45.000.00 al hacerse cargo el comprador del pago de obligaciones de aquél para con la Compañía Cafetera de Manizales y la Agencia de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y

Minero de Marsella, por $ 15.000.00 y $ 30.000.00, respectivamente. Además, Julialba Gutiérrez de Cardona, cónyuge del demandante, vendió al mismo Zafra las fincas denominadas "El Edén" y "La Julia", como consta en las escrituras públicas números 817 y 1157, otorgadas en la Notaría Primera del Círculo de Pereira el 10 y el 11 de julio de 1963, por precios de $ 7.000.00 y $ 18.000.00, en su orden, que según en ellas se dice pagó el comprador de la siguiente manera: el de "El Edén", de contado; y el de "La Julia", de contado $ 3.000.00 y los $ 15.000.00 restantes al hacerse cargo de una deuda que por esa suma tenía contraída la vendedora con el Banco Cafetero. Estas fincas, continúa el Tribunal, fueron luego vendidas por Zafra a Mariela Villegas viuda de Alvarez y Elsy Drews de González, por $ 15.000.00 y $ 26.000.00, según lo demuestran las escrituras públicas números 326 y 2106, otorgadas respectivamente el 9 de septiembre y el 12 de agosto de 1964, en la Notaría Unica del Círculo de Marsella y en la Segunda del de Pereira.

El demandado explica el pago de los precios correspondientes a esos bienes de la siguiente manera, sigue diciendo el fallador: a) Respecto al de "La Beneficencia", entregando el camión que había adquirido de Cardona por $ 25.000.00, suma que, en el instrumento, se hizo figurar como entregada en dinero, y recogiendo las obligaciones de que se hizo cargo, junto con los intereses correspondientes; b) En cuanto al de "El Edén", empleando el producto de la venta del automóvil que anteriormente había comprado al mismo Cardona, y c) En lo que hace al de "La Julia", disponiendo del dinero ahorrado con anterioridad y recogiendo la obligación de que en el instrumento se dio cuenta. El Tribunal, sin embargo, no encuentra aceptables estas explicaciones, razonando al respecto así: de acuerdo con lo expresado en la letra d) anterior, el camión, que si bien es cierto estaba registrado a nombre de Zafra, fue vendido sin embargo por Cardona a Gilberto Marín Restrepo, recibiendo de él directamente su precio, que no fue de $ 25.000.00 sino de $ 37.000.00; y en cuanto al pago del valor de los contratos celebrados con la cónyuge del demandante, dice:

"Relacionando las transacciones comerciales llevadas a efecto por el señor Germán Zafra Gómez del mes de julio de 1963 en adelante... caben las siguientes observaciones:

"a) Si en esa fecha (julio de 1963) ya tenía la finca 'La Beneficencia' embargada y secuestrada por la Caja de Crédito Agrario de Marsella, ¿por qué no aparece abonando ningún valor a esta entidad con el producto de la venta del automóvil?

"b) Si un año después, en agosto de 1964, vendió la finca 'La Julia' por la suma de $ 26.000.00 y en septiembre del mismo año vendió el lote 'El Edén' por la suma de $ 15.000.00... ¿por qué no aparece abonando a la prenda agraria mediante la cual se le tenía secuestrada la finca 'La Beneficencia', no obstante que el valor de las ventas, sumando el precio del automóvil, asciende a $ 61.000.00?

"c) La respuesta es la siguiente: las explicaciones que el señor Germán Zafra da en el cuadro de posiciones que absolvió, respecto de las transacciones comerciales que se dejan relacionadas, no son ciertas. Los dineros procedentes de las ventas que se mencionan no los recibió el señor Germán Zafra Gómez para él sino para Emilio Cardona y se destinaron todos para cubrir obligaciones de éste y de su esposa Julialba Gutiérrez de Cardona, como lo expresan Mariela Villegas de Alvarez y Julio César Gómez Posada..."

Después de hacer otras consideraciones, remata el examen de la prueba presentada por el demandante con estos conceptos:

"De la prueba relacionada antes se deduce que el señor Germán Zafra Gómez intervenía en los negocios que celebraba con Emilio Cardona con los bienes que le había asegurado, pero únicamente porque esos bienes figuraban en su nombre, no porque realmente fueran de su propiedad. De lo contrario resultaría inexplicable que el señor Germán Zafra Gómez firmara las escrituras de venta de bienes inmuebles y los documentos de enajenación de los vehículos, no obstante que el dinero procedente de esas enajenaciones se lo entregaba a otras personas...

"También resultaría inexplicable que el señor Germán Zafra Gómez, quien en el año de 1961 no aparecía con bienes patrimo-

niales de ninguna naturaleza, resultara en los años de 1962 y 1963 comprando bienes a menos precio por valor superior a $ 120.000.00, sin dar una explicación satisfactoria de la procedencia de esos dineros. Y mucho más extraño resulta que al año siguiente aparezca el mismo Zafra Gómez haciendo transferencia de esos mismos bienes, excepto la finca 'La Beneficencia', por valores que se aproximan a los que aparece pagando por todos, sin que tampoco haya una explicación satisfactoria por parte del señor Zafra Gómez".

13. Entra luego el Tribunal, al examen de las pruebas allegadas por el demandado, y razona así:

a) En cuanto a la documental, expresa que establece "en principio", que el camión fue traspasado por Cardona a Zafra, pero que a ello se oponen las consideraciones hechas anteriormente (numeral 12, letra d); que para los abonos efectuados en cumplimiento de las obligaciones de que se hizo cargo Zafra se empleó no el préstamo que le otorgó el Banco del Comercio, sino lo recibido por las ventas de inmuebles y vehículos automotores y con los dineros que entregó el secuestre Serafín Restrepo; que el pago de la obligación que pesaba sobre "La Beneficencia" se "pudo haber hecho" con los frutos de esa finca; y que la inclusión de los bienes relacionados en la letra e) del numeral 12 anterior en la declaración de renta de Zafra, se debió al temor de "las sanciones y persecuciones de la Administración de Impuestos Nacionales", si así no hubiese procedido;

b) Y en cuanto a la testimonial, las siguientes son las conclusiones del estudio que de ella hace:

Angel Gómez Gómez se limita a informar que conoce a Zafra hace 15 años; que era conductor de vehículos automotores que decía eran de su propiedad, sin que esto le conste al testigo; y que "volteaba mucho con don Emilio Cardona, pero no sabe qué negocios tenía con él".

Julián Orozco Muriel dice que era administrador de "La Beneficencia", en un principio por cuenta de Cardona y luego por la de Zafra, quien compró dicha finca "hace unos ocho años", siendo a veces estorbado por el demandante a pesar de que el demandado era quien pagaba "los trabajadores, los impuestos y los seguros sociales", agregando que no le consta en qué condiciones compró Zafra la finca, pues no estuvo presente cuando se hizo ese negocio ni cuando se otorgó la escritura correspondiente, habiéndose visto obligado a demandar a Cardona por haberlo suspendido en el trabajo, afirmación esta última por la cual el Tribunal desestima la declaración reseñada, considerándola parcial.

Arquimedes Rodríguez P. afirma ser socio del almacén "Auto Jeep", en donde Zafra compraba repuestos para el "Willys", para un camión y para un automóvil, que pagaba muy cumplidamente. "Si se tiene en cuenta —comenta el fallador— que el señor Emilio Cardona le había asegurado simuladamente esos vehículos al señor Germán Zafra Gómez, se explica que éste comprara repuestos para los mismos".

Marco Fidel Buitrago V. y Paulino Tique informan que han colaborado durante cuatro años con Zafra, el primero como administrador y el segundo como simple trabajador de "La Beneficencia", y que por esa razón saben que aquél es quien cubre los gastos de administración, remunera a los trabajadores y cancela los seguros sociales; pero, dice el Tribunal, como declaran en enero de 1970, hay que admitir que iniciaron sus labores en 1966, "precisamente en la época en que el señor Zafra Gómez, según la demanda, resolvió apoderarse de dicha finca, desconociendo a su dueño señor Emilio Cardona", explicándose así que los testigos digan que no han conocido como dueño de ella a otra persona diferente a su mencionado patrón.

De todo lo cual deduce que "la prueba aportada por parte del demandado no desvirtúa la presentada por la parte actora, es decir, no aporta una explicación razonable sobre la forma como el señor Zafra Gómez, siendo un hombre sumamente pobre hasta el mes de julio de 1962, aparece adquiriendo bienes patrimoniales en ese mismo año y en 1963 por valor superior a ciento veinte mil pesos. En cambio, el señor Emilio Cardona, a quien por esa época se le tenía como hombre muy pudiente económicamente, aparece en total insolvencia. No hubo, pues, equilibrio entre los bienes que aparecen vendiendo y los valores equivalentes que debió recibir". Es decir, que

no encuentra demostrado el pago del precio del contrato.

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

14. Cuatro cargos formúlanse por el recurrente contra la sentencia acabada de sintetizar, de los cuales la Corte estudia únicamente el primero por estar llamado a prosperar y de conformidad con lo expuesto en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, inciso 1º. Esta censura se hace con base en la causal segunda del artículo 368 ibídem y se fundamenta de la siguiente manera:

a) El demandado en este proceso propuso la excepción de cosa juzgada, como previa y también como perentoria o de fondo; el fallador decidió el incidente motivado por la previa, en el sentido de rechazarla; y, por tal motivo, ni en primera ni en segunda instancia se estudió y resolvió la perentoria: en primera, por considerar el juez que la providencia que falló el incidente era definitiva y hacía inoficioso cualquier otro estudio en la sentencia; y en la segunda sin razonar nada al respecto, presumiendo el censor que, por esa misma causa, debe suponerse una semejanza de criterios entre ambos falladores;

b) Según doctrina de la Corte, "...la improsperidad de la cosa juzgada resuelta como cuestión incidental (Ricci), no impide o recorta la capacidad legal de la corporación, para efectuar nueva evaluación al momento de dictar sentencia de fondo y pronunciarse al respecto, ya ratificando su pensar inicial, ora modificándolo en providencia que, por su contenido y alcances y por clausurar normalmente el ciclo del proceso, por constituir su remate natural, es lo que técnicamente puede calificarse de sentencia vinculatoria. (73, 276)". Otro tanto, agrega el censor, sostienen los tratadistas nacionales sobre el particular;

c) En estas circunstancias —continúa el recurrente— "se está, por tanto, frente a un típico caso de fallo omisivo, ya que el Tribunal no estudió la excepción propuesta por el demandado, ni decidió expresamente en la parte resolutiva, como era su deber, y, antes bien, confirmó la sentencia de primera instancia en la que deliberadamente omitió el a quo estudiar esa excepción. Y por sabido se tiene que una de las hipótesis de inconsonancia se da en la de fallo omisivo o citra petita".

Se considera

15. Se fundamenta este cargo, pues, en que la sentencia acusada nada resolvió sobre la excepción perentoria propuesta por el demandado al dar contestación al libelo de corrección de la demanda inicial.

Tal excepción —la de cosa juzgada— evidentemente es de mérito por cuanto con ella persigue el demandado la declaratoria de inexistencia del derecho alegado por su contraparte, a pesar de su aparente nacimiento y en razón, precisamente, de ese hecho impeditivo. Excepción que, por lo tanto y en principio, debe proponerse en el escrito de contestación a la demanda (Art. 92 C. de P. C., Num. 3º); pero que, además, puede igualmente plantearse como previa (Art. 97, ibídem, inciso final), caso en el cual su proposición debe hacerse al tiempo con dicha contestación pero en escrito separado y razonado (Art. 98). Como ya se tiene dicho, en la forma indicada procedió Zafra: interpuso la excepción en referencia como previa y como perentoria, punto éste en el que no han disentido las partes.

16. Dos problemas, en consecuencia, debe resolver previamente la Corte para calificar la prosperidad o la improsperidad de la causal alegada y en estudio, a saber: a) Las providencias interlocutorias que rechazan la excepción previa de cosa juzgada impiden, sí o no, que en la sentencia definitiva se resuelva, en un sentido o en otro, sobre ese particular, es decir, que se falle sobre esa misma excepción pero ya no como previa sino como perentoria?, y b) En el caso de autos, es decir, cuando el fallador nada resuelve en su sentencia sobre la excepción perentoria propuesta, se produce, sí o no, incongruencia?

A. La doctrina jurisprudencial de la Corte, coincidente con la de autores nacionales y extranjeros, se pronuncia por la negativa a la primera interrogación propuesta a este respecto. En efecto, reafirmando con-

ceptos anteriores, tiene dicho esta corporación:

"Mas también es cierto que si la autoridad de la cosa juzgada se atribuye a decisiones distintas de las que ponen fin a los litigios, ocurriría que el juez pudiera prejuzgar antes de proferir su fallo definitivo. El Tribunal cambió en su sentencia una apreciación hecha en su auto. Eso fue todo. Obrando de esta manera no ha reproducido un litigio ni violado la presunción legal de verdad que justifica la cosa juzgada" (XLV, 485), pues "las únicas providencias que vinculan al juez son las sentencias" (XLII, 532). En estos conceptos, como se avanzó anteriormente, acompañan a la Corte los expositores nacionales Morales y Devis Echandía; y los extranjeros Ricci, Calamandrei, Redenti, Chiovenda, De la Plaza, Rosenberg y Couture.

Si se analizan, ya con referencia precisa al problema cuestionado, las normas procesales en vigencia, que rigen este proceso, no otra puede ser también la conclusión. En efecto, el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil establece que los autos que deciden el incidente de excepciones previas no ponen fin al proceso si declaran probadas las de falta de jurisdicción o de competencia, trámite inadecuado, integración del contradictorio y las otras que se refieren a defectos de forma; pero que, "en los demás casos, al prosperar la excepción declarará (el juez) terminado el proceso, a menos que aquélla se refiera exclusivamente a uno o varios de los demandantes o demandados, caso en el cual el proceso seguirá con los demás". En esos "demás casos" está ciertamente comprendida la excepción de cosa juzgada, cuando se ha interpuesto también como previa: o sea que, de prosperar, se terminará el proceso, siguiéndose éste normalmente hasta su natural culminación en el evento contrario, es decir, cuando se desestime, como se deduce a contrario sensu. Ahora bien: habiéndose propuesto la excepción en referencia igualmente como perentoria o de mérito, debió decidirse en la sentencia, bien de acuerdo con lo resuelto al fallar el incidente, bien en sentido distinto, como lo mandan los artículos 96 y 305 de la obra que se ha venido citando, pues está aceptado que los autos ejecutoriados no atan al juez cuando dispone en la sentencia, y, por tanto, puede separarse de ellos en tal ocasión.

B. Sobre el segundo interrogante —incongruencia— la respuesta debe ser también afirmativa. La Corte ha dicho al respecto: "Toda sentencia ha de guardar armonía con la demanda, porque ésta señala los límites dentro de los cuales ha de actuar el poder jurisdiccional y el juez no puede conceder más de lo pedido, ni fallar sobre extremos que no han sido materia del debate, ni dejar de resolver sobre las excepciones que oportunamente haya opuesto el demandado. Dice por eso el artículo 471 (hoy 305) del Código Judicial, que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones deducidas por las partes.

"Si el juez deja de decidir sobre extremos que han sido materia de la demanda, no queda resuelto todo lo pedido y quedaría pendiente la relación jurídico-procesal en cuanto a lo no resuelto por el fallador; si falla sobre puntos que no están contenidos en la demanda, o más de lo demandado, el juez excedería sus poderes, porque decidiría sobre extremos que no le han sido sometidos a su juicio.

"De ahí que la ley haya consagrado como motivo de casación la inconsonancia de la sentencia en relación con las pretensiones de la acción o de la excepción, inconsonancia que se presenta cuando se ha resuelto en el fallo sobre más de lo pedido (ultra petita); o sobre extremos que no han sido objeto del litigio (extra petita); o cuando se deja de fallar sobre alguna de las pretensiones del demandante o sobre alguna de las excepciones oportunamente propuestas como medio defensivo" (citra petita). (CXVIII, 170).

En esta conclusión, también acompaña a la Corte la doctrina de autores nacionales y extranjeros.

Consecuencia de lo anterior es, pues, la de que la sentencia recurrida debe ser casada, profiriéndose por la Corte la de instancia que haya de reemplazarla según lo manda el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

V

Sentencia de instancia

17. Como ya se ha repetido, el demandado interpuso en el escrito de contestación a la demanda la excepción perentoria o de mérito de cosa juzgada, por cuanto en un proceso anterior el mismo Tribunal había llegado a la conclusión de que el precio pactado en la compraventa celebrada entre Cardona y Zafra de la finca "La Beneficencia" había sido pagado por éste según demostración llevada a tal proceso. Pero el fallador llegó a conclusión distinta en la sentencia acusada, estimando que no ha debido dictarse aquella providencia en la forma en que se hizo, es decir, con declaración de inhibición para la petición principal y de mérito para la subsidiaria, por las razones que se dejaron expuestas en el anterior numeral 10.

18. El principio de la economía procesal inspira el fenómeno de la acumulación de pretensiones, que consiste en la unión de varias en la misma demanda para ser decididas en un solo procedimiento; o en la unión de varios procesos en uno solo, lo cual está consagrado por los artículos 82 (acumulación objetiva) y 149 (acumulación subjetiva) del Código de Procedimiento Civil. La primera admite varias formas, entre ellas la llamada "eventual o subsidiaria", que ocurre cuando la segunda de las pretensiones propuestas en la demanda la invoca el demandante para que el juez lo estudie y decida en el caso de que se rechace la anterior. Como la gradación de las peticiones depende exclusivamente del interés del demandante, ese orden no puede ser variado por el fallador, pues al hacerlo está modificando los extremos de la demanda, lo que no le está permitido. Entonces, el juez solamente puede entrar a estudiar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento de que, previamente, haya desestimado la principal en sentencia de mérito.

De lo que se desprende que, en el primer proceso iniciado por Cardona frente a Zafra, relatado en el Capítulo I anterior, en el que aquél acumula subsidiariamente la pretensión de resolución del contrato de compraventa entre ellos celebrado a la de "nulidad por causa de simulación", el juez actuó contrariando la técnica procesal, puesto que dictó sentencia de mérito, consistente en la negativa a la petición de resolución, después de haberse abstenido de estudiar la pretensión principal, es decir, la "nulidad por simulación", la que, en consecuencia y por virtud de la inhibición, ni se aceptó ni se rechazó. Por tanto, mal podía resolverse en el fondo la subsidiaria, ya que no se estaba en el evento que la técnica requiere para estudiar una pretensión eventual: que se rechace la principal. En lo cual, por lo demás, anduvo acertado el Tribunal.

Pero, de que lo anterior sea así, lo cierto, lo evidente, es que en el primer proceso se estudió en el fondo la pretensión subsidiaria, frente a la cual se dictó fallo de mérito, siendo por tanto esa sentencia, hoy firme, intocable e inmodificable, en virtud del respeto que merece el principio fundamental de la cosa juzgada. Aquí se está considerando es el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en el segundo proceso y no contra la proferida en el primero, la cual fue materia de todos los recursos pertinentes que, a la postre, no prosperaron. Si en dicha sentencia los pronunciamientos sobre las pretensiones acumuladas fueron distintos y de alcance diverso, o sea de inhibición para la "anulación por simulación" y de fondo para la resolución del contrato, los efectos tienen que ser también disímiles y no pueden refundirse en uno solo: decir que la inhibición decretada frente a la una extiende sus efectos hacia la otra; o que el fallo de mérito de la una lo es también para la primera, significaría, ni más ni menos, la alteración del contenido de un fallo ya ejecutoriado, así pueda calificarse como contrario a la técnica del proceso. En consecuencia, débese aceptar que la pretensión de resolución del contrato tantas veces mencionada fue exacta, clara y terminantemente lo que decretaron los juzgadores de instancia en el primer proceso.

La Corte tiene dicho lo siguiente: "Enseñan los doctrinantes —Chiovenda entre

ellos— que la obligatoriedad de la cosa juzgada se refiere al juez de los procesos futuros; tiende a excluir, no sólo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, como consecuencia del principio de la consumación procesal y de la preclusión que tal fallo anterior contiene. La actividad jurisdiccional ha de desarrollarse una sola vez y sobre los posibles errores del juez predominan las ventajas de la certeza jurídica". (LVI, 307).

19. Sobre la importancia del principio de la cosa juzgada, se ha expresado también esta corporación en los siguientes términos:

"El hondo significado jurídico y social de la cosa juzgada, su trascendencia, su fuerza y alcance, unánimemente los consignan las legislaciones y los reconocen los doctrinantes. El tema, por decirlo así, está agotado al punto de haber asumido el carácter de axiomático lo tocante al imperio de la cosa juzgada. Ocioso consignar aquí los fundamentos de este principio.

"Los romanos llegaron a declararla como uno de los fundamentos de la sociedad civil: status reipublicae in rebus judicatis máxime continetur y proclamaban con vehemencia que hacía de albo nigrum et de nigro album, significando y exaltando así su alcance y poder". (LVI, 307).

Guasp se expresa así:

"Cosa juzgada material es, pues la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad.

"No se trata tanto, sin embargo, de impedir la apertura de nuevos procesos cuanto de que en ellos no se desconozca la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. La antigua y mera función negativa de la cosa juzgada: imposibilidad general de abrir nuevos procesos: non bis in idem, ha sido sustituida, en los procesos modernos, por la llamada función positiva de la cosa juzgada, que lo que impide es que ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado. De este modo se afina y se potencia mucho más la eficacia jurídica procesal de una decisión, que pasa de ser un mero obstáculo o bloqueo tosco de las actuaciones judiciales futuras, con resultado contrario a la justicia muchas veces, a ser un factor fundamental que debe componer afirmativamente tales actuaciones" (Derecho procesal civil, Tomo I, edición de 1968, Págs. 553-54). (Subraya el texto).

20. Recogiendo principios ancestrales, tres son los elementos de la cosa juzgada según el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, a saber: a) La identidad del objeto; b) La de la causa, y c) La jurídica de las partes.

Procede, pues, establecer si ellos se presentan en el caso sub lite:

a) Objeto o eadem res. Se entiende por tal no el "corpus sino la relación jurídica" (LVI, 308), o sea la finalidad de la demanda, el vínculo que une los diversos actos en procura de su unidad definitiva sobre el cual versa el derecho que ha de reconocerse judicialmente, y no sólo el objeto material; en otros términos, lo que se pide en relación con la cosa o derecho que es materia de la litis, por lo que el criterio adoptado por la doctrina moderna para orientarse en la averiguación sobre la identidad del objeto consiste en investigar si en el nuevo proceso es cuestionado el mismo derecho que se afirmó o negó en el anterior. "Siempre que por razón de la diferencia de magnitud —se tiene dicho— entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez, al estudiar sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, estimando un derecho afirmado por la precedente, se realiza la identidad del objeto" (LVI, 216). Si en el primer proceso se decidió la pretensión de resolución del contrato, negándola, esa determinación tuvo como objeto la eficacia del mismo; y, aunque expresamente no lo dijo, de manera implícita sí estimó el juzgador que el pacto era válido, desde luego que estimó que el demandado pagó el precio. Conclusión esta última que dedujo el primer sentenciador del análisis de las siguientes pruebas:

a) Declaración de Gilberto Mejía, comprador del camión "Ford", e interrogatorio del demandado que, por su entera correspondencia, constituye plena prueba según allí se dijo;

b) Con la certificación del Banco del Comercio —expresó— sobre un préstamo por él efectuado a Zafra por la cantidad de $ 20.000.00, habiendo actuado como fiador suyo Tomás Uribe Patiño, quien además le facilitó una suma igual, según también éste lo declara, se comprueba que con esos dineros el demandado recogió las deudas del vendedor de "La Beneficencia" para con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y la Compañía Cafetera de Manizales.

De lo que concluyó que "no existiendo en el expediente un principio de prueba por escrito que haga presumir que los pagos de los créditos antes mencionados los hizo el señor Emilio Cardona Cardona y que desvirtúe la prueba presentada por el demandado Germán Zafra Gómez para demostrar que esos pagos fueron hechos por él, a la prueba de la parte demandada debe dársele el valor que la ley asigna".

Pretender que en una segunda sentencia, con análisis de las mismas pruebas, se llegue a la conclusión de que el precio no fue pagado por el comprador, cuando en la primera se estimó probada la excepción de pago del precio, es pedir que se haga una declaración contraria a la anterior, opuesta a ella en lo que consiste, según lo visto, la identidad del objeto elemento de la cosa juzgada, para el caso el contrato de compraventa tantas veces referido.

b) Causa o eadem causa petendi. Los hechos constitutivos de ésta, en el primer proceso, fueron los siguientes:

1. Que a Cardona le sobrevino una mala situación económica, recurriendo entonces a su hombre de confianza, que lo era el demandado Zafra, para que le aceptara, por medio de contrato simulado, la enajenación de "La Beneficencia", el cual fue recogido en la escritura pública número 1766, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Pereira el 10 de julio de 1962, lo que coincide plenamente con los hechos referentes a la causa petendi del segundo proceso, relatados en las letras a) y b) del numeral 6º anterior.

2. Que por ser simulado el aludido contrato de compraventa, Zafra ni pagó el precio al vendedor ni recogió sus acreencias para con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y la Compañía Cafetera de Manizales, o sea que este hecho es igual al relacionado también en la letra b) del numeral 6º de esa providencia.

3. Que el vendedor Cardona, pese al contrato, siguió poseyendo el predio "La Beneficencia" después de otorgada la escritura pública respectiva, que también está contenido en el relatado en la letra b) mencionada en los apartes precedentes.

4. Que Zafra se ganó la confianza de Cardona al manejarle unos vehículos de su propiedad, acompañándolo en sus viajes a la finca, ayudándole en su administración y en la recolección de café y haciéndole consignaciones y retiros de los bancos, hechos éstos que repite, casi en los mismos términos, la segunda demanda, como se dejó dicho en la letra a) del numeral 6º.

5. Que Cardona le traspasó a Zafra, además de la finca arriba mencionada, las denominadas "El Edén" y "La Julia", que aquél le devolvió al traspasarlas a las terceras personas que éste le indicó, lo que coincide totalmente con lo expresado en la segunda demanda, como se desprende de lo dicho en la letra c) del mismo numeral tantas veces mencionado.

6. Que Zafra, para la época del contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 1766, era pobre; hecho éste también alegado en el segundo proceso y sobre el cual versó el mayor esfuerzo probatorio adelantado en él.

Son iguales, pues, los hechos constitutivos de la causa petendi en ambos procesos; luego está demostrada la identidad del segundo de los elementos de la cosa juzgada, según lo expuesto anteriormente.

c) Partes o eadem condictio personarum. En el presente caso, la presencia de este tercer elemento de la cosa juzgada no ofrece duda alguna: actúan en los dos procesos tanto el mismo demandante como el mismo demandado, personalmente.

En consecuencia, está demostrada la excepción de cosa juzgada propuesta como perentoria por el demandado al dar contestación a la demanda en este proceso, debiéndose reconocerlo así, consecuencialmente.

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, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 28 de marzo de 1973, y, obrando como tribunal de instancia, revoca la proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira el 4 de noviembre de 1972, y en su lugar,

Resuelve:

1º Declárase probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado, Germán Zafra Gómez, en el escrito de contestación a la demanda que contra él intentó Emilio Cardona Cardona y, en consecuencia, absuélvesele de todos los cargos que en ella se le formulan.

2º Niéganse todas las pretensiones formuladas por el demandante Cardona Cardona en la demanda por él presentada ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira el 23 de julio de 1971, corregida el 9 de octubre siguiente.

3º Condénase al demandado Cardona Cardona en las costas de primera y segunda instancias. Tásense.

4º Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RECURSO DE REVISION

No es una tercera instancia para suplir deficiencias u omisiones del desfavorecido por el fallo recurrido.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión, interpuesto por Héctor José Rodríguez Torres, "en su propio nombre" y como mandatario judicial de Alfonso Mendoza Moreno, contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 9 de febrero de 1967, en el proceso ordinario de reivindicación que contra el citado Mendoza habían promovido Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas.

I

Antecedentes

1. Alfonso Gómez Parra enajenó a título de permuta a favor de Severiano González Poveda, Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González, mediante escritura 6536 otorgada el 21 de diciembre de 1960 en la Notaría 4ª de Bogotá, un globo de terreno denominado "Yacuana", con una cabida aproximada de 4.576 hectáreas, en el municipio de Puerto López, departamento del Meta.

2. a) Los mencionados compradores, por medio de la escritura 6269 otorgada el 24 de noviembre de 1961 en la misma notaría y registrada el 4 de diciembre siguiente vendieron a Isabel Castiblanco de Corredor una porción de la referida finca, distinguida con el nombre de Santa Isabel, con una cabida de 300 hectáreas; b) Isabel, a su turno, vendió el mismo inmueble a Severiano González Poveda, mediante escritura número 4478 otorgada el 24 de agosto de 1962 en la misma notaría, instrumento que sólo vino a registrarse el 13 de diciembre de 1964; c) González Poveda, la vendió a Alfonso Mendoza Moreno, según escritura número 5151 del 26 de octubre de 1964, otorgada también en la Notaría 4ª de Bogotá, y registrada el 14 de diciembre siguiente. La descripción y los linderos de la citada finca Santa Isabel aparecen expresados de manera idéntica en las tres mencionadas escrituras.

3. Severiano González Poveda, Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González transfirieron a Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas otra parte del globo de terreno denominado "La Yacuana", que habían adquirido como se indica en el punto número 1, la cual fue denominada "Hato Viejo" y cuya extensión se estimó en 800 hectáreas, por medio de la escritura número 6665 otorgada el 1º de diciembre de 1962 en la misma notaría, la cual fue registrada el 3 de enero de 1964.

4. En la demanda con que se inició el proceso reivindicatorio cuya sentencia de segundo grado es objeto del presente recurso de revisión, afirmaron Jorge Luz y María Teresa que el inmueble Santa Isabel adquirido y poseído por su demandado Mendoza, formaba parte de la finca Hato Viejo que ellos habían comprado, y pidieron, por tanto, que se les declarase dueños de aquélla (Santa Isabel) y que se condenase a Mendoza a la restitución consiguiente, junto con sus frutos. Dijeron también que los enajenantes no les habían entregado materialmente la totalidad del inmueble y que la porción no entregada, o sea Santa Isabel la habían vendido a otra persona. En

el fallo de primera instancia, principalmente porque por mayoría, los peritos conceptuaron que Santa Isabel no estaba comprendida dentro de la finca Hato Viejo, se negaron todas las súplicas impetradas por los demandantes, quienes lo apelaron y obtuvieron que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio lo revocase, en su sentencia del 9 de febrero de 1967 que despachó favorablemente todas sus pretensiones.

5. El Tribunal basó su decisión en que a su juicio estaba demostrado que el inmueble Santa Isabel objeto de la pretensión reivindicatoria, se hallaba comprendido dentro de los linderos de la finca Hato Viejo que pertenecía a los demandantes, como lo afirmaron dos de los tres peritos que actuaron en esa instancia, y que los títulos aducidos por éstos, prevalecían sobre los del demandado, quien por lo demás era poseedor de la finca que se reivindicaba.

6. El demandado, recurrió en casación de la sentencia que acaba de mencionarse, pero no tuvo éxito, porque la Corte, en fallo del 29 de enero de 1970, consideró que "en la demanda no está contenida una proposición jurídica completa, y que por consiguiente, en el supuesto de que hubieran sido quebrantadas las normas que allí se señalan como infringidas, por cortedad o estrechez de la acusación no podría llegarse a la infirmación del fallo acusado. Una circunstancia como esa hace inútil y baldío el recurso. Los defectos de la demanda de casación que se dejan observados son suficientes, sin necesidad de llamar la atención acerca de otros de que también adolece aquélla, para rechazar por inepta la acusación".

7. En tal virtud, regresó el proceso al Tribunal de origen y más tarde al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López, el cual inició la diligencia de entrega de la finca Santa Isabel a los demandantes, que no alcanzó a concluir por cuanto en este recurso extraordinario se ordenó que dicho proceso fuese remitido a la Corte.

III

El recurso de revisión

8. En apoyo de sus pretensiones, el recurrente invoca las causales primera y sexta del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. La Corte limita su estudio a esta última, que está llamada a prosperar.

Causal sexta

9. Se afirma que los demandantes en el proceso en que se dictó la sentencia objeto de la revisión, incurrieron en una maniobra fraudulenta, tendiente a engañar a los juzgadores, que consistió, en síntesis, en haber señalado maliciosamente los linderos de la finca Santa Isabel, en la súplica primera del libelo reivindicatorio, indicando la que Mendoza Moreno que había comprado a Severiano González Poveda (punto Nº 2), puesto que expresaron que ese mismo alindamiento correspondía al de la finca denominada Hato Viejo que en mayor extensión habían adquirido a título de permuta de Severiano González Poveda y otros (punto Nº 3) y de la cual formaba parte la que pretendían reivindicar.

Según el recurrente, los demandantes en el proceso reivindicatorio basaron sus pretensiones en las siguientes "afirmaciones falsas": a) Que la finca Hato Viejo la habían adquirido con una cabida de 800 hectáreas, siendo así que según la respectiva escritura de permuta número 6665 de 1962, la enajenación se hizo como cuerpo cierto; b) Que los tradentes no les habían entregado toda la finca, no obstante que en la cláusula tercera de la nombrada escritura, los adquirentes confesaron haberla recibido a su satisfacción; c) "Que el inmueble Santa Isabel, con el cual colinda Hato Viejo por su costado norte, dizque hace parte de este último de mayor extensión. Esta afirmación producto de la imaginación delictiva de los reivindicantes, aparece desmentida por la propia escritura número 6665, en la cual precisamente se expresa en forma inequívoca la colindancia existente entre las dos fincas"; d) Que en el hecho primero de la demanda del proceso reivindicatorio, se "consignó a sabiendas" la "monstruosa falsedad" de que por medio de la escritura número 6665 "los tradentes dizque habían transferido a los demandantes el predio rural denominado Hato Viejo por una cabida de 800 hectáreas y por los linderos expresados en la declaración primera de la misma demanda

(subraya el texto) en la cual se determinan los de la finca 'Santa Isabel', predio éste totalmente distinto de aquél por su ubicación, cabida y tradición. La sola confrontación de ese hecho primero o la declaración primera, pone al descubierto el ardid cuidadosamente estudiado y mañosamente redactado para inducir en error a jueces y magistrados, ya que con él pretendió 'acreditar' los presupuestos legales de las acciones de dominio y reivindicación... Mediante este truco... se consumó el escandaloso fraude procesal contra la administración de justicia así como la estafa contra los intereses económicos del demandado... como quiera que 'Santa Isabel' jamás fue objeto del contrato de permuta contenido en la escritura 6665 puesto que la misma colindancia que allí se registra de esta finca con la de 'Hato Viejo' descarta totalmente semejante pretensión abusiva".

Asevera, pues, el recurrente que como consecuencia de esa tergiversación deliberada y fraudulenta que se hizo en la demanda reivindicatoria de los linderos de la finca de que Jorge y María Teresa decían ser dueños, éstos habían obtenido del Tribunal que fallara en su favor el mencionado proceso de reivindicación, a cuya sentencia se le dio cumplimiento. Como "hechos concretos que sirven de base a las causales antes alegadas" expone también los que se deducen de los antecedentes expuestos al comienzo de esta providencia.

Respuesta de los demandados

10. Opusiéronse los demandados a la revisión solicitada, diciendo únicamente que el recurso había sido interpuesto extemporáneamente por haber transcurrido con creces el término de dos años que señala el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, igual al que señalaba el artículo 543 del Código Judicial. Con base en esa aseveración, pidieron que se decretase la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, según lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 152 del Código primeramente citado, puesto que la Corte ha debido hacer uso de la facultad que le otorgaba el inciso tercero del artículo 383 ibídem, y en tal virtud declarar inadmisible la demanda de revisión. Propusieron también con base en los mismos motivos las excepciones de "cosa juzgada" y de "prescripción de la acción".

11. En cuanto a los hechos afirmados como causa petendi de la demanda de revisión, los contestaron en forma vaga y reticente, diciendo en resumen que unos son ciertos y otros no, que no todos ellos les constan, pero que en todo caso se remiten a las pruebas que logre aducir el recurrente y a las que obran en el proceso en el cual se dictó la sentencia materia del recurso.

En escrito separado propusieron la "excepción previa de caducidad", fundada en el mismo argumento de la extemporaneidad con que a su juicio se interpuso el recurso de revisión.

Se tiene en cuenta

12. En vista de que todos los medios de defensa que bajo distintas denominaciones esgrimen los demandados, se reducen a uno solo, o sea a que la demanda de revisión se interpuso extemporáneamente, se procede a estudiarlos y despacharlos en forma conjunta.

Según el inciso 3º del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, uno de los motivos para que la Corte declare inadmisible la demanda mediante la cual se interpone recurso de revisión, es precisamente que ésta no se presente dentro del término legal, término que cuando se invocan las causales primera, sexta, octava y novena del artículo 380 ibídem, es el de dos años contados a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Si bien es verdad que el fallo del Tribunal cuya revisión se pretende, que fue el que decidió en el fondo la cuestión debatida en el proceso, se profirió el 9 de febrero de 1967 y se notificó por edicto fijado el día 23 de los mismos, también lo es que dicho fallo no quedó en firme al vencerse el término de su ejecutoria, por cuanto la parte demandada en ese proceso interpuso oportunamente el recurso de casación, que vino a ser decidido por la Corte el 29 de enero de 1970. Por consiguiente, su firmeza o ejecutoria sólo vino a producirse cuando se venció el término de la notificación por edicto de esta última sentencia.

En estas condiciones, habiéndose promovido el recurso extraordinario mediante libelo presentado ante la Corte el 9 de febrero de 1972, es indudable que para entonces aún no habían transcurrido los dos años contados a partir de la ejecutoria de la providencia cuya revisión se pretende. No prospera, pues, ninguno de los medios de defensa que por este aspecto propuso la parte demandada en este proceso.

13. La cuestión fáctica. A. En la escritura 6665 de 1962, mediante la cual Rojas y María Teresa adquirieron la finca de Hato Viejo "por los linderos expresados y no por cabida" (C. Nº 1 Fl. 4 v.), con ochocientas hectáreas de extensión aproximada, el respectivo alindamiento aparece textualmente así: "Por el oriente, con la carretera, que de Villavicencio va a Puerto López; por el occidente, con el caño de 'Yacuana'; por el sur, con Gaissih Piter; por el norte, con de (sic) Isabel de Corredor...";

B. No obstante que en la demanda reivindicatoria los Rojas aseveraron ser dueños de Santa Isabel, por cuanto formaba parte de Hato Viejo, e indicaron, en consecuencia, como título de propiedad la premencionada escritura 6665 de 1962, expresaron en la súplica primera que los respectivos linderos eran los mismos que correspondían a Santa Isabel, es decir los siguientes: "Por el norte, con la carretera que de Villavicencio conduce a Puerto López; por el oriente, por la carretera que conduce de 'La Loma' hacia 'Mata de Yuca'; por el sur, con tierras de propiedad del señor Severiano González, antes, hoy de Jorge Luz Rojas; y por el occidente, con caño de la hacienda de 'Yacuana' y tierras que fueron de propiedad del señor Severiano González Poveda, hoy de Pablo Valencia y encierra". Basta confrontar unos linderos con otros, para ver que son diferentes en cuanto a los costados norte y oriente;

C. En el hecho 12 de la referida demanda se afirmó que Santa Isabel formaba parte de Hato Viejo y que la escritura número 4478 mediante la cual Severiano compró aquella finca a Isabel de Corredor se registró el 13 de diciembre de 1964 simultáneamente con la número 6665 por medio de la cual Severiano les vendió a los Rojas; en el hecho 15, que estos últimos no recibieron de aquél la entrega material de Santa Isabel porción de Hato Viejo que compraron al mismo Severiano; en el 16 que no contento éste con haberles dejado de entregar esa parte del terreno, la había vendido y entregado materialmente a Mendoza Moreno por escritura número 1551 de 1964, que "se registró ladinamente" un día después de las antes citadas, es decir, el 14 de diciembre; y finalmente, en el 17, que hay identificación perfecta de los predios 'Hato Viejo' y 'Santa Isabel', por sus linderos citados en ese libelo y en las escrituras también citadas en los hechos". (Se subraya);

D. En la escritura número 6665, con el explícito asentimiento de los Rojas, los enajenantes de Hato Viejo expresaron haberlo entregado materialmente a éstos, sin salvedad alguna;

E. Como se expuso en los antecedentes de esta providencia, Severiano y Jimeno González y Rosa María Fernández de González, adquirieron de Alfonso Gómez Parra, la finca denominada Yacuana, de la cual vendieron luego dos porciones, así: Santa Isabel, con extensión de 300 hectáreas a Isabel Castiblanco de Corredor (escritura 6269 de 1961) y Hato Viejo, con cabida de 800 hectáreas, a Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas (escrituras 6665 de 1962). Para mayor claridad y por vía de comparación, se indican en seguida los linderos de los mencionados predios tal como se expresaron en las respectivas escrituras:

Hato Viejo	Santa Isabel
Norte: Isabel de Corredor.	Carretera de Villavicencio a Pto. López
Este: Carretera de Villavicencio a Pto. López.	Camino de la Loma a Mata de Yuca.
Sur: Gaissih Piter.	Severiano González (hoy Jorge L. Rojas).
Oeste: Caño Yacuana.	Caño Yacuana y Severiano González y otros.

F. Los mismos linderos de Santa Isabel que se dejan expuestos aparecen relacionados en todas las enajenaciones que de dicha finca se hicieron posteriormente, de

Isabel Castiblanco de Corredor a Severiano González (escritura 4478 de 1962) y de éste a Alfonso Mendoza Moreno (escritura 5151 de 1964), y como atrás se dijo, en la súplica primera de la demanda de reivindicación que promovieron los Rojas contra Mendoza Moreno;

G. Conviene recordar, en primer término, para mayor claridad, que la enajenación que hicieron Severiano Jimeno y Rosa María de una parte de la finca Yacuana que se denominó Santa Isabel (acaso por el nombre de la adquirente) según se indicó en el punto número 2 a, lo fue en el año de 1961, al paso que la de Hato Viejo a favor de los Rojas, sólo ocurrió en diciembre de 1962 (punto Nº 3), es decir casi un año más tarde. En segundo lugar, también según las escrituras que obran en el proceso (6269 de 1961 y 6665 de 1962) que en la alinderación de Santa Isabel figura como lindero norte, propiedad de los enajenantes, esto es, de Severiano y otros, y en la de Hato Viejo, por el sur, la finca Santa Isabel, lo cual demuestra que eran dos fincas distintas y colindantes que constituían porciones de la de mayor extensión denominada Yacuana;

H. En el recurso extraordinario se produjo como prueba un dictamen pericial rendido por los doctores Francisco Parodi Dávila y José Manuel Acosta Sarmiento, (Fls. 98 a 101) quienes llegaron a las siguientes conclusiones:

"a) El inmueble denominado 'Santa Isabel' ubicado en el municipio de Puerto López, departamento del Meta, es totalmente diferente (se subraya) dada su ubicación, cabida y linderos, del predio denominado 'Hato Viejo' ubicado también en jurisdicción del mencionado municipio;

"b) El inmueble 'Santa Isabel' no está comprendido (subraya la Corte) dentro del predio 'Hato Viejo';

"c) El lindero oriental del predio 'Hato Viejo' lo constituye una parte de la carretera que de La Loma (La Balsa) conduce a 'Mata de Yuca' y no la carretera que de Villavicencio conduce a Puerto López como lo expresa la citada escritura 6665... carretera esta última que se encuentra al norte del predio 'Santa Isabel' y constituye lindero norte de esta última.

"El lindero norte del inmueble Hato Viejo lo constituye la finca Santa Isabel (o sea la misma finca que aparece como lindero norte de Hato Viejo en la citada escritura número 6665, pues se trata del predio de Isabel de Corredor hoy 'Santa Isabel', mencionado en esta escritura. La señora Corredor fue antecesora de Severiano González Poveda y por consiguiente, de Alfonso Mendoza Moreno en el dominio de Santa Isabel) dicho lindero norte está constituido por una cerca de alambre de púas, con postes de madera, partiendo de la carretera que de la loma conduce a Mata de Yuca, dirección oriente a occidente, hasta el caño Yacuana, en longitud aproximada de 1.720 metros y que es el lindero sur de 'Santa Isabel'. Los demás linderos de 'Hato Viejo' (occidente y sur) que figuran en la escritura 6665 corresponden a los puntos cardinales que en la misma se mencionan;

"d) Los linderos dados a la finca 'Santa Isabel' que figura en la escritura número 6665 corresponden a los puntos cardinales que en la misma se mencionan;

"e) Los linderos dados a la finca 'Santa Isabel' en la escritura 5151 del 26 de octubre de 1964, Notaría 4ª de Bogotá, son correctos en relación con los puntos cardinales y con las colindancias y carreteras que en dicha escritura se mencionan;

"f) La cabida de los dos predios la hemos establecido por los datos que nos suministró la Oficina de Catastro del Meta; así: área de Santa Isabel 169 hectáreas con 1.280 m2 y 'Hato Viejo' 344 hectáreas con 7.360 m2".

I. Trájose también como prueba, copia del dictamen pericial rendido por Omar Pinzón Vélez, Gonzalo Velandia Mejía, peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (Fls. 91 a 93), en el proceso penal que por los delitos de falsedad y estafa se sigue contra Jorge Luz Rojas en el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto López, de cuyas conclusiones vale la pena destacar las siguientes: "...2º Comparando los linderos existentes de la finca Hato Viejo con los señalados en la escritura pública 6665... pudimos constatar que en el punto cardinal oriente se encuentra la carretera que de La Balsa conduce a Mata de Yuca y no como figura en la escritura cuando se menciona al oriente la carretera que de Villavo

conduce a Puerto López... 9º Según las escrituras números 5151 del 26 de octubre de 1964 y 6665 del 1º de diciembre de 1962 los predios Hato Viejo y Santa Isabel sí existen geográficamente, y no se sobreponen la una a la otra (sic), aclarando que el punto cardinal oriente es la carretera que desde La Balsa conduce a Mata de Yuca y no como figura en la escritura número 6665 que el punto cardinal oriente es la carretera que desde Villavicencio conduce a Puerto López. 10. Las fincas Hato Viejo y Santa Isabel con sus colindantes y puntos cardinales son dos predios completamente diferentes e identificables..."

J. Por último cabe destacar que por mandato del artículo 92, numeral 2º, del Código de Procedimiento Civil la contestación de la demanda debe contener "un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan" y que la falta de tal pronunciamiento expreso según el artículo 95 *ibídem* se apreciará por el juez como indicio en contra del demandado. En estas condiciones, las reticencias en que incurrieron los Rojas al contestar la demanda de revisión, imponen apreciarlas como un indicio en su contra.

14. Consideraciones de la Corte

El recurso de revisión, como extraordinario que es, sólo tiene cabida en los precisos casos que señala la ley y sobre la base de que se interponga dentro del término que ésta establece. Como no constituye una tercera instancia, que sería contraria al sistema procesal que rige en Colombia, el recurrente no puede mediante tal recurso, suplir las deficiencias de orden probatorio en que incurrió en el proceso cuya sentencia quiere que sea revisada o en sus alegaciones jurídicas o remediar omisiones cometidas en defensa de los intereses de la parte que resultó desfavorecida.

La regla general, en el recurso de que se trata, es la posibilidad de desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que ampara a las sentencias definitivas (res iudicata pro veritate habetur), demostrando plenamente que esa sentencia estaba fundada en una realidad procesal contraria a la verdad, que fue demostrada con pruebas falsas o que tal verdad no pudo ser acreditada en el proceso no por descuido, omisión o negligencia de la parte interesada, sino por fuerza mayor, caso fortuito u obra de parte contraria, en cuya virtud las pruebas pertinentes no pudieron ser allegadas al proceso, y además en ambos casos, que de no haber mediado esas circunstancias imprevisibles e irresistibles para el interesado, la decisión habría sido otra.

Tal es el sentido de las seis primeras causales del recurso de revisión que consagra el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil únicas que interesan para el caso sub judice. Todas ellas se basan en profundos motivos de equidad. Todas ellas brindan la manera de remediar la injusticia (no la equivocación) de una sentencia judicial ejecutoriada. Todas ellas tienden a remediar un fallo injusto que la parte perjudicada no pudo evitar. Ninguna de ellas consagra, ni menos aún tiende a enmendar situaciones graves y perjudiciales que hubieran podido evitarse en el proceso con una gestión oportuna y eficaz de la parte afectada con la sentencia cuya revisión se pretende.

"Una demanda de revisión —dijo la Corte en sentencia del 26 de agosto de 1944— ...no tiene por objeto mejorar o aducir nuevas pruebas que fueron presentadas imperfectamente o que no fueron exhibidas en el primer litigio, porque entonces el imperio de la cosa juzgada desaparecería contrariando no sólo el principio de seguridad en que aquél se funda, sino el texto claro de la ley..."

"La excepción que consagra este recurso extraordinario, —continúa la sentencia mencionada— no tiene otra finalidad sino la de evitar el imperio legal y judicial de una sentencia, en que el fraude o la violencia, en alguno de sus aspectos haya tenido interferencia eficaz y directa en la sentencia, pero no puede estimarse como un nuevo proceso en que haya amplitud absoluta de pruebas, porque la revisión no tiene esa finalidad sino la ya expresada. Por eso ese cargo, es taxativo y muy ceñido a las condiciones que al respecto expresa la ley y no se desarrolla sino dentro de los términos restrictos que ella misma indica". (LVII, Pág. 550 y 551). (Se ha subrayado).

La interposición de este recurso extraordinario impone al recurrente la carga procesal de invocar con precisión la causal o las causales que al efecto invoca y de demostrar plenamente los hechos que las conforman. Las seis primeras que contempla el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil como su claro texto lo indica, se fundan en graves motivos de orden ético, de profundo carácter moral, que llevan a considerar que la sentencia objeto del recurso es absolutamente injusta, no simplemente equivocada, porque la situación fáctica que contempló el juzgador y que le sirvió de premisa para su decisión, obedeció a medios de convicción falsos o a que había pruebas trascendentes que habrían variado el conocimiento de esa situación fáctica y que por motivos insuperables para el recurrente o por obra de la parte contraria no pudieron ser aportados al proceso.

Esa notoria injusticia del fallo cuya revisión se pretende, puede provenir también de que fue proferido como consecuencia de cohecho o violencia judicialmente declarados, o por colusión u otra maniobra fraudulenta, de las partes plenamente acreditadas, (fraus omnis corrumpit), sin que en este último caso se requiera investigación penal previa, pues al efecto basta con el perjuicio que haya irrogado al recurrente.

Esas seis primeras causales de revisión que autoriza el artículo 380 ibídem (pues las tres restantes que son nuevas, se repite, no interesan para el caso sub judice) están inspiradas en las cuatro únicas que establecía el artículo 542 del Código Judicial, las que a su vez habían sido tomadas "casi a la letra del 1796 de la ley española de 21 de junio de 1880" (LIV, bis, Pág. 216). El nuevo estatuto procesal colombiano consagra una nueva, la del numeral 4º, inspirada en los mismos motivos éticos a que atrás se hizo alusión, que consiste en "haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba". Todas ellas, no sobra advertirlo, se inspiran en el deseo de remediar una notoria injusticia ocasionada por el fallo cuya revisión se pretende, en los precisos casos que la ley establece.

La sentencia que es objeto del presente recurso, como se aprecia fácilmente de su estudio obedeció al engaño de que fueron víctimas algunos peritos y el sentenciador de segundo grado motivado a su vez por sagaces maniobras y habilidosos planteamientos de la parte que triunfó, la cual en verdad, no ajustó su conducta al imperativo de la buena fe procesal que debe presidir todos los litigios.

"El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros —dijo la Corte en sentencia de 9 de junio de 1943—, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa, al paso que el fraude es la maquinación para perjudicar a otro. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido como atributo que le pertenece por esencia. El dolo no es propiamente el fraude, sino más bien una especie de éste, en el que el elemento intencional de causar perjuicio a otro predomina, pero el que no siempre está condicionado por una maquinación sino más bien por una sagacidad para causar perjuicio". Y más adelante agregó que vale la pena "observar que engaño no es lo mismo que error... Y ha subrayado la Corte que el engaño no es el error, porque cuando en una sentencia se ha incidido en error de hecho o de derecho y se demuestra, se rompe en casación el fallo; pero nunca en el recurso de revisión". (LV, Pág. 533).

15. Aplicando lo expuesto al negocio en estudio se tiene lo siguiente: La causal sexta de revisión que se invoca en este caso consiste, según el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, en "haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal siempre que haya causado perjuicios al recurrente". (Se subraya).

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española fraudulento significa "engaño, falaz"; fraude, "engaño, inexactitud consciente..."; maniobra "...2 Fig. artificio y manejo con que uno entiende en

un negocio. Puede tomarse en mala parte"; y artificio, "...4 Fig. disimulo, cautela, doblez".

Como atrás se vio (punto Nº 3), Jorge Luz y María Teresa adquirieron en el año de 1962 de Severiano González y otros, la finca denominada Hato Viejo, y al promover el proceso reivindicatorio contra Mendoza Moreno, en lugar de indicar con precisión los verdaderos linderos generales de la finca de Hato Viejo, según su título (escritura Nº 6665), y los especiales de Santa Isabel, que según ellos, estaba incorporada en aquélla, tanto en la súplica primera como en el hecho también primero de su demanda, mañosamente señalaron como lindes de esta última, exactamente los mismos que aparecían en el título mediante el cual la había adquirido el demandado Mendoza (escritura Nº 5151 de 1964). Además, en el hecho 1º del libelo, hicieron aparecer como alindamiento de Hato Viejo, el que habían indicado en la súplica primera para la finca de Santa Isabel, no obstante que uno y otro son diferentes. Si se trataba de individualizar predios rurales y se hacía referencia a escrituras públicas en que figuraban los correspondientes linderos, nada más fácil que transcribirlos. Por consiguiente, esas inexactitudes de la demanda no pueden atribuirse a una simple equivocación, carente de malicia, sino a una maniobra fraudulenta tendiente a hacer creer habilidosamente que eran los dueños del predio Santa Isabel, que no les pertenecía por la potísima razón de que contra lo que ellos mismos afirmaron, no estaba incluido en el de Hato Viejo. Y no podía estarlo, porque Santa Isabel salió del patrimonio de sus antiguos dueños en el año de 1961 y los Rojas habían adquirido a Hato Viejo, en 1962. es decir, cuando aquella finca ya no pertenecía a Severiano y otros sino a Isabel de Corredor, antecesora en el dominio de Mendoza Moreno.

Si la mencionada discrepancia en cuanto a la identidad de las fincas y sus respectivos linderos no hubiese sido notoria, la gran mayoría de los peritos no habría podido afirmar categóricamente que Santa Isabel y Hato Viejo son predios totalmente diferentes; más aún, los demandados Rojas habrían expresado o siquiera insinuado en este proceso que en el anterior habían incurrido en equivocación involuntaria o disculpable a ese respecto. Pero no ha ocurrido así; antes por el contrario, como antes se expresó, se abstuvieron de hacer pronunciamiento expreso sobre los hechos afirmados por el demandante. Además, su oposición a la revisión impetrada la fundan exclusivamente en la pretendida extemporaneidad del recurso y "por no ser los hechos suficientes o aptos para su respaldo". Esta conducta procesal suya, a juicio de la Corte y según lo dispuesto por el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, constituye un nuevo indicio en contra de los demandados en el recurso extraordinario.

Los Rojas, en la demanda del proceso reivindicatorio, y no obstante que de lo expresado en su título de dominio (escritura 6665 de 1962) aparece que recibieron a su satisfacción el predio de Hato Viejo, afirmaron sin embargo lo contrario, o sea que sus enajenantes (Severiano, Jimeno y Rosa María —ver punto Nº 3—) no les habían entregado materialmente la totalidad de dicho predio.

El recurso de revisión debe prosperar porque está acreditada la maniobra fraudulenta que cometieron los Rojas al promover el proceso reivindicatorio, en cuya virtud indujeron a engaño a los auxiliares de la justicia y al Tribunal, maniobra que ocasionó perjuicio al demandado, pues si oportunamente se hubiera descubierto el fraude no se le hubiera condenado a entregar a aquéllos la finca de Santa Isabel que le pertenece y que estaba poseyendo.

En tales condiciones, debe invalidarse la sentencia recurrida y dictarse en su lugar la que en derecho corresponde.

16. Sentencia de reemplazo

Como motivación de ésta serían más que suficientes todas las consideraciones anteriores. Sin embargo conviene destacar lo siguiente:

Se trata de la reivindicación de la finca Santa Isabel que pretenden Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas enfrente de Alfonso Mendoza Moreno, diciendo ser sus dueños, por estar incorporada en el predio de mayor extensión denominado Hato Viejo que adquirieron a título de permuta de Severiano González Poveda y otros,

mediante escritura número 6665 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá el 1º de diciembre de 1962 (ver punto Nº 3).

Se observa en primer término, al confrontar los linderos del inmueble objeto de la reivindicación que se indican en la súplica primera del libelo con los que aparecen en la escritura que como título de dominio presentan los citados Rojas, que se trata de predios distintos. El llamado Santa Isabel que confiesa poseer Mendoza Moreno, aseverando además que le pertenece por haberlo comprado a Severiano González por medio de la escritura 5151 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, el 26 de octubre de 1964 (ver punto Nº 2), no corresponde a Hato Viejo, que es aquél cuyo dominio invocan los demandantes.

En efecto, los peritos doctores Parodi Dávila y Acosta Sarmiento, en bien fundamentado dictamen rendido ante la Corte, conceptúan que Santa Isabel y Hato Viejo son fincas completamente diferentes y que aquélla no forma parte de ésta. En igual sentido dictaminaron dos de los tres peritos que intervinieron en la primera instancia, Elías Rocha Forero y José Herrera (C. Nº 2, Fls. 101 y 105). El concepto disidente de José Gregorio Alonso (C. Nº 2, Fl. 103) acusa un error notorio que lo demerita en grado sumo, pues indica como lindero sur de Santa Isabel, la finca de Hato Viejo de Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas, al paso que señala el lindero norte de esta última, en parte con propiedad de Pedro Pablo Valencia y en otra parte con la carretera de Villavicencio a Puerto López. Si su dictamen fuese exacto, es apenas obvio que dicho lindero norte ha debido ser el predio de Santa Isabel.

La carretera, que de Villavicencio conduce a Puerto López, que según la escritura 6665 constituye el lindero oriental de Hato Viejo en la primera súplica de la demanda la indicaron los Rojas como lindero norte de Santa Isabel. Por otra parte, el verdadero lindero norte de Hato Viejo, al tenor de la citada escritura, es una propiedad que fuera de Isabel de Corredor (que según los peritos es la misma finca Santa Isabel) lo cual fue callado u omitido en la demanda del proceso reivindicatorio.

Tratándose, pues, de dos fincas diversas, la denominada Hato Viejo que pertenece a los Rojas y de la cual exclusivamente demostraron ser dueños, y la llamada Santa Isabel, que el demandado confiesa poseer, que no hace parte de la anterior y cuyo dominio probó tener el demandado, síguese que falta por completo el primero de los elementos que configuran la pretensión reivindicatoria, o sea, el dominio del demandante sobre el bien que pretende. En efecto, si Santa Isabel no forma parte de la hacienda Hato Viejo, el título de propiedad de ésta, presentado por los Rojas, no demuestra el dominio sobre aquélla, pues no la cobija. De consiguiente resulta obvio que la reivindicación no puede prosperar. Y no prospera, porque los Rojas no han acreditado su dominio sobre la finca de Santa Isabel, sino sobre una distinta, aunque colindante de ésta, como lo es Hato Viejo.

Los conceptos periciales de que atrás se hizo mérito, acreditan plenamente que no hay identidad alguna entre el bien cuyo dominio acreditan los reivindicantes (Hato Viejo) y el que posee el demandado (Santa Isabel), quien por otra parte afirma ser dueño del mismo y lo demuestra con la copia registrada de la escritura número 5151 mediante la cual la adquirió. En consecuencia también se echa de menos este otro elemento axiológico de la reivindicación. Finalmente, resulta inoficiosa la confrontación de las respectivas titulaciones aducidas por las partes, para saber cuál debe prevalecer y por tanto cuál de ellas tiene un mejor derecho, ya que no se refieren a un mismo inmueble, sino a predios distintos.

No estando demostrados dos de los elementos axiológicos que, según el artículo 946 del Código Civil y copiosa doctrina de la Corte, configuran la acción reivindicatoria, no pueden prosperar las súplicas formuladas por Jorge Luz Rojas y María Teresa en el proceso cuya decisión de segunda instancia ahora se revisa. Como así lo decidió el juez de primer grado, su fallo debe confirmarse.

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,

Resuelve:

1º Niéganse las excepciones propuestas por los demandados en el proceso de revisión.

2º Invalídase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 9 de febrero de 1967 en el proceso ordinario promovido por Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas contra Alfonso Mendoza Moreno.

3º Confírmase el fallo de primera instancia dictado por el Juez Civil Municipal de Puerto López el 5 de mayo de 1966.

4º Condénase en las costas de segunda instancia a los mencionados Rojas y Pulido de Rojas, así como también en las del recurso extraordinario.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén.

Por cuanto considero que la causal contemplada en el numeral 6° del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, aquí invocada por el recurrente como fundamento para alcanzar la revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el 9 de febrero de 1967, no se encuentra jurídicamente estructurada en el caso sub judice, no comparto la decisión de la ponencia elaborada por el honorable Magistrado doctor José María Esguerra Samper y que fue acogida por la mayoría de la Sala.

Por lo consiguiente, a continuación expongo respetuosamente las razones de mi disentimiento.

Primera

Base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos es la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada, que los legisladores han reconocido y aceptado mediante la consagración positiva de la cosa juzgada.

Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo definitivo, el anterior postulado 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 que se endereza a quebrantar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es 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.

Segunda

Mas, 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 permisible convertirla en un juicio contra la sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda que con tal sentencia decide.

Ciertamente, los aspectos formales de un fallo, sus vicios o irregularidades, el quebranto de la ley procedimental o de la sustancial, los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirlo, y aun la injusticia de la sentencia, por más notoria que sea para el reclamante, son aspectos ajenos al recurso de revisión por tratarse en todos ellos de yerros in procedendo o in judicando, para cuya reparación se han consagrado precisamente los demás recursos. Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia a través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad al pronunciamiento del fallo que se pretende aniquilar.

Tercera

Dada pues su naturaleza extraordinaria, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y se demuestre, por parte legítima, alguna de las causales expresas y limitativamente previstas en la ley al efecto.

La Ley 105 de 1931, que rigió en el país hasta el 30 de junio de 1971, al permitir mediante su artículo 542 la revisión de las sentencias ejecutoriadas, proferidas por la Corte Suprema o por un tribunal superior, en los casos excepcionales allí contemplados, consagraba con carácter extraordinario y criterio taxativo el recurso de revisión.

Y si bien es verdad que el nuevo estatuto procesal, en punto de recurso de revisión, amplió las causales para su procedencia; hizo susceptibles de este remedio no solamente las sentencias que ya lo eran, sino también las de los tribunales de arbitramento y las proferidas por todos los jueces, con excepción de las que dicten los municipales en única instancia; y modificó en parte el trámite a seguir para decidirlo, también es cierto que conservó para este recurso el mismo carácter extraordinario y el criterio taxativo de las causas para su viabilidad.

Como uno de los casos en que faltan los elementos esenciales de la garantía de la justicia es el de que la sentencia resulte ser el producto del engaño procesal, el legislador consagró como causal de revisión las maniobras fraudulentas de una de las partes, aun cuando ellas, en sí mismas consideradas, no entrañen ilícito penal.

Cuarta

En la providencia, de cuyas motivación y disposición me separo, considera la mayoría de la Sala que "la sentencia que es objeto del presente recurso, como se aprecia fácilmente de su estudio, obedeció al engaño de que fueron víctimas algunos peritos y el sentenciador de segundo grado motivado a su vez por sagaces maniobras y habilidosos planteamientos de la parte que triunfó"; y esgrime la Sala como razón apodíctica de la conclusión a que llega, el hecho de que los demandantes en el proceso ordinario cuya sentencia se revisa alteraron, en la demanda respectiva, tanto los linderos de la finca "Hato Viejo" como los del predio "Santa Isabel".

Ocurre, empero, que si en el hecho 14 de dicha demanda los demandantes determinaron la primera de estas dos fincas por los idénticos linderos que describe la escritura número 6665 de 1º de diciembre de 1962, que fue precisamente el título por ellos aducido para justificar el derecho que reclamaron; y sin la primera súplica de ese libelo indicaron como alindaciones del fundo "Santa Isabel", exactamente las mismas que describen las escrituras 6269 de 24 de noviembre de 1961 y 5151 de 26 de octubre de 1964, se impone aceptar que hay absoluta correspondencia de los linderos que indicó la demanda en el proceso ordinario con los que describen los correspondientes títulos.

Y si la afirmada alteración de límites la funda la Sala en que los demandantes en el proceso ordinario, en el hecho 1º de esa demanda, refiriéndose al inmueble "Hato Viejo", dijeron que éste se halla comprendido dentro de "los linderos que se determinan en la primera declaración", la que ciertamente alude a la heredad "Santa Isabel", considero sin embargo, por las razones que adelante consigno, que tal suceder no implica "sagaces maniobras" ni "habilidosos planteamientos de la parte que triunfó", con virtualidad para estructurar maniobras fraudulentas y por tanto para anular un fallo ejecutoriado. En efecto:

a) Si a la demanda incoativa del proceso se acompañaron ab initio la escritura de adquisición de la propiedad y los certificados de su tradición, títulos éstos que por tanto fueron conocidos por los jueces, demandado y auxiliares de la justicia, la afirmación de la demanda, en punto de linderos de esa propiedad, no implica de parte del demandante el empleo malicioso de ardides o artificios que hubieran inducido a engaño a aquéllos. Por cuanto la aserción de los demandantes, antes de traer ropaje que facilitara la inducción al yerro, venía acompañada de una escritura pública que la contradecía, no puede decirse inequívocamente que su autor estuviera simulando o fingiendo una situación jurídica que no fuera asequible de descubrir en su verdadero alcance, y

b) Precisamente, a causa del parangón que el demandado hizo entre la afirmación de la demanda en punto de linderos y la de la escritura pública a ella acompañada, advirtió un desacoplamiento de aquélla frente a ésta y por consiguiente, basado en esa desarmonía, edificó su réplica y montó toda su defensa sobre el aserto cardinal

de que el predio "Santa Isabel", objeto de la reivindicación, no fue materia de la adquisición que por la escritura número 6665 hicieron los demandantes de la finca "Hato Viejo"; y fue por ello, además, que el dilatado debate probatorio se concretó a determinar si el contenido espacial de este fundo comprendía o no la extensión de aquél, en lo que los seis peritos que intervinieron en las dos instancias del proceso estuvieron en desacuerdo: tres conceptuaron afirmativamente y los otros tres en forma negativa.

Luego, si el demandado en el ordinario conoció desde el inicio del proceso el contenido de la afirmación de sus demandantes y desde entonces le negó el alcance que éstos le quisieron dar; si los peritos que actuaron no fueron acordes en negarle certeza, pues la mitad de ellas sí se la otorgó, no creo que esa afirmación implique por parte de aquéllos una maniobra fraudulenta para arribar al aniquilamiento de un fallo ejecutoriado.

Quinta

Todo el aspecto de la cuestión que ahora se revisa, reducido en suma a saber si el inmueble "Santa Isabel" es o no parte integrante de la finca "Hato Viejo", fue materia del más amplio debate probatorio surtido en las dos instancias del proceso; e incluso en el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia que desató la controversia.

En el supuesto de que al decidir el litigio el Tribunal de Villavicencio hubiere sido desdeñoso en la apreciación de los medios de prueba producidos, o en la valoración de éstos hubiera incurrido en yerros, su conducta, que en tales hipótesis habría implicado errores in judicando, se habría corregido con el recurso de casación. Pero si ello no se alcanzó por este medio, el respeto a la cosa juzgada le veda hoy a la justicia considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior.

Las consideraciones anteriores me sirven de fundamento para separarme de la decisión tomada en este caso por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala, cuyas conclusiones deploro no compartir y por ello salvo el voto.

Bogotá, D. E., febrero de 1974.

Humberto Murcia Ballén.

SEGUROS

Cancelación unilateral del contrato. — Prueba literal de terceros.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 12 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por "Compañía Pesquera Arango Hermanos Ltda." contra "Compañía de Seguros Skandia S. A.".

I

Antecedentes

1. El 17 de julio de 1967, previo el pago de la prima correspondiente, la "Compañía de Seguros Skandia S. A." expidió a favor de "Arango Hermanos Ltda." la póliza de seguro de casco número 022 para amparar, por valor de $ 600.000.00, la "pérdida total actual o absoluta, pérdida total constructiva o asimilada e incendio" de la embarcación "Marie Bell", que fue complementada con una "cláusula adicional" y las "condiciones generales para seguro de casco".

Según la póliza, el contrato tenía vigencia desde las 12 m. de la fecha de su celebración hasta la misma hora del 1º de julio de 1968; y de sus estipulaciones es pertinente destacar las siguientes:

a) La entidad aseguradora se reservó "el derecho de poner fin en cualquier tiempo, mediante comunicación escrita enviada a la última dirección conocida del asegurado, por correo recomendado, antes de la expiración del término convenido, al contrato de seguro contenido en esta póliza, declarando que ésta queda cancelada, sin otra obligación que la de devolver al asegurado la parte no devengada de la prima pagada sin descuento alguno; pero el asegurado podrá exigir, por escrito, a Skandia, que el contrato continúe en vigor hasta la llegada de la embarcación al puerto final de destino, caso en el cual el seguro se entenderá prorrogado hasta que la nave arribe a dicho puerto...";

b) Obligóse el asegurado, en caso de ocurrencia de un siniestro que pudiera ocasionar la pérdida de la embarcación, a avisarlo inmediatamente, por sí o por conducto del capitán o jefe de la nave, "por el medio más rápido a Skandia, en Bogotá, o a sus agentes en el lugar más cercano al sitio del siniestro"; y para el evento de que "se aclare un siniestro" que hubiere causado daños en los intereses asegurados, a "participarlo a Skandia por escrito, y de entregarlo a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes a la ocurrencia, o en cualquier otro plazo que Skandia lo hubiere concedido por escrito, un estado de las pérdidas y/o daños causados por aquél...", y

c) Mediante la cláusula 10ª de las "condiciones generales", convinieron las partes en someter a un tribunal de arbitramento "cualquiera duda o diferencia que pudiere ocurrir en la ejecución de este contrato, y a no intentar demanda o acción alguna de otra naturaleza, mientras de común acuerdo no hayan resuelto prescindir del juicio arbitral".

2. Por carta fechada el 21 de noviembre de 1967, dirigida de Bogotá a Buenaventura por la Compañía "Skandia S. A." a "Pesquerías del Pacífico S. A.", la primera enti-

dad comunica a la segunda que ha tomado la "determinación de rescindir los contratos de seguro para los barcos que se desafilien" de ésta; y que, "como hasta el día de hoy no tuvimos conocimiento de los retiros de su apreciable empresa de las motonaves 'Marie Bell' y 'Marie Glorie', hacemos efectiva la cancelación a partir de las 12 m. del 21 de noviembre de 1967".

3. Mediante carta del 22 de noviembre del mismo año, "Pesquerías del Pacífico S. A." le dice a "Arango Hermanos Ltda", que "con la presente hacemos llegar a ustedes copia de la comunicación que en la fecha hemos recibido de la Cía. de Seguros Skandia S. A., de Bogotá, para que se sirvan tomar atenta nota de su contenido".

4. El 22 de noviembre de 1967, previa licencia concedida por la "Cooperativa de Armadores Pesqueros del Litoral Pacífico", zarpó del puerto de Buenaventura, con destino a alta mar en faenas de pesca, la motonave "Marie Bell"; pero el 2 de diciembre siguiente, cuando navegaba en la zona del "Cabo Corrientes", la embarcación sufrió una emergencia que a las diez y media de la mañana ocasionó su naufragio total.

5. Ocurrido el siniestro, se cruzaron entre los sujetos del litigio las siguientes comunicaciones, que son relevantes en el conflicto:

a) La de 2 de diciembre de ese año, con la cual "Arango Hermanos" informaron a "Skandia" el accidente de su nave;

b) La fechada en Bogotá el 26 de diciembre del mismo año, dirigida por "Skandia S. A." a "Arango Hermanos Ltda.", mediante la cual, haciendo referencia a la anterior, le expresan que "de conformidad con nuestra carta de noviembre 21 de 1967, la póliza número 022 que amparaba la nave 'Marie Bell', quedó cancelada en todas sus partes a partir de las 12 m. de la fecha antes mencionada, hecho que fue oportunamente conocido por ustedes, tal como se desprende de la firma estampada por el señor Arango en la carta de noviembre 22 dirigida por Pesquerías del Pacífico". Le comunican, además, que "por lo tanto la compañía hace la devolución de las primas no causadas en 222 días".

Al efecto giró el 6 de diciembre, y puso a disposición del asegurado, un cheque del Banco de Colombia por $ 7.944.00, haciendo relación en el pertinente anexo a que dicha suma correspondía a "devolución por cancelación de" la póliza, y

c) La del 15 de febrero de 1968, dirigida por "Skandia S. A." al abogado de la entidad asegurada, en la cual le manifiesta que luego de estudiar su memorando y la documentación concerniente al siniestro de la nave "Marie Bell", "hemos llegado a la indudable conclusión de que nuestra compañía está exenta de cualquier indemnización y por lo tanto libre de toda responsabilidad con ocasión de haber naufragado".

6. Surtidas sin éxito para la entidad asegurada tales conversaciones previas, ésta acudió, en octubre siguiente, a la justicia ordinaria solicitándole que requiriera a la compañía aseguradora para que designara el árbitro correspondiente; pero su pretensión fue denegada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá en providencia de 31 de octubre de 1968, confirmada por el Tribunal mediante la suya de 3 de febrero siguiente.

III

El litigio

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la causa petendi los que fluyen de los antecedentes relatados, la citada entidad "Pesquera Arango Hermanos Ltda." citó a la "Compañía de Seguros Skandia S. A." en proceso ordinario ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, a efecto de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la sociedad demandada está obligada a pagar a la demandante el valor de la indemnización de que trata la póliza de casco número 022, expedida en Bogotá el 17 de julio de 1967, en razón de haber ocurrido el siniestro contemplado en ella;

b) Que se la condene igualmente a pagarle los perjuicios ocasionados con el no pago oportuno de la indemnización, y

c) Que la demandada debe pagar también las costas procesales.

2. La sociedad demandada, en su contestación al libelo, se opuso a las pretensiones de su demandante.

Y luego de negar los hechos por ésta invocados, salvo los relacionados con la celebración del contrato de seguro y la ocurrencia del siniestro, los cuales aceptó, afirmó que la póliza número 022 que amparaba la nave "Marie Bell", expedida inicialmente con vigencia hasta el 1º de julio de 1968, "fue cancelada en todas sus partes el 21 de noviembre de 1967" como lo había hecho saber al asegurado por carta del 22 del mismo mes; y que, por tanto, el 29 siguiente la compañía aseguradora "emitió el anexo número 006 por el cual hace la devolución de las primas no causadas en 222 días".

3. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 28 de agosto de 1971, mediante la cual condenó a la entidad demandada a pagar a la demandante $ 600.000.00, valor del seguro pactado; los perjuicios causados por el no pago de dicha suma, los que dijo que debían liquidarse por el procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; y las costas procesales.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte demandada contra dicho fallo, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia proferida el 12 de diciembre de 1972, confirmó las decisiones primera y tercera contenidas en la apelada y reformó la segunda, en el sentido de que los perjuicios debidos "son el equivalente a los intereses legales liquidados sobre la suma a que se contrae la condena del numeral primero del fallo del a quo, exigibles a partir de la fecha de la contestación de la demanda".

IIII

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de advertir que en este caso se hallan presentes los presupuestos procesales, indispensables para pronunciar sentencia de mérito, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, el Tribunal inicia las motivaciones de su sentencia haciendo algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de seguro y sus requisitos esenciales, para afirmar luego que "se encuentran en este proceso reunidos los elementos sobresalientes del contrato, pues su existencia, al igual que la vigencia, en el momento en que ocurrió el siniestro, extremos que de otra parte, no aparecen debatidos en la causa, están plenamente demostrados en la litis".

Explanando su cardinal aserción, expresa el ad quem que la póliza número 022 de 1º de julio de 1967, aducida al proceso con la demanda y no impugnada al través de él, acredita la existencia del contrato de seguro de casco de la nave "Marie Bell" hasta el 1º de julio de 1968; que, según confesión del gerente de la compañía aseguradora, hecha al absolver al interrogatorio el 5 de agosto de 1970, se demuestra el pago por el asegurado de la prima estipulada; y que el siniestro amparado, con pérdida total de la embarcación, ocurrió ciertamente el 2 de diciembre de 1967, como lo justifica la actuación administrativa surtida en la Capitanía del Puerto de Buenaventura.

2. Asentados por él los postulados anteriores, acomete en seguida el Tribunal el estudio de las razones que en su defensa invocó la entidad demandada, consistentes en suma en que no está obligada a pagar la indemnización porque, antes de la ocurrencia del siniestro, amparada en las estipulaciones del contrato había cancelado la póliza correspondiente, lo que oportunamente comunicó al asegurado.

En esta tarea el sentenciador, después de transcribir la parte pertinente de la póliza número 022 para determinar los sujetos y el objeto del contrato de seguro en ella contenido; y de transcribir igualmente su cláusula especial de terminación unilateral del pacto, hace expresa alusión a la carta de 21 de noviembre de 1967, por la cual "Skandia S. A.", comunica a "Pesquerías del Pacífico" su voluntad de "rescindir los contratos de seguro para los barcos" que se desafilien de esta compañía; al anexo número 006 de la póliza, en el que la aseguradora hizo constar que por haber cancelado el seguro de la nave "Marie Bell" desde la fecha anterior "hace la devolución de las primas no causadas"; a la misiva de 2 de diciembre de dicho año, con la que encuentra oportunamente comunicado a

"Skandia S. A." el insuceso del naufragio; a la carta dirigida por "Pesquerías del Pacífico" a "Arango Hermanos Ltda." el 22 de noviembre del mismo año, en la cual aquélla dice a éstos que les hace llegar copia de la comunicación de "Skandia S. A." relacionada con la cancelación; y al interrogatorio absuelto el 16 de septiembre de 1970 por el gerente de "Arango Hermanos", diligencia en la que, dice el fallador, aquél, aunque reconoció haber puesto su firma en ella, "niega haber recibido y conocido la comunicación número 01172 de 22 de noviembre de 1967".

Amparado en estos medios de prueba, asevera el ad quem que "no aparece la demostración clara que acredite el cumplimiento por parte de la compañía aseguradora de hacer conocer su determinación de poner fin al contrato de seguro contenido en la póliza, cláusula sexta, 'mediante comunicación escrita enviada a la última dirección conocida del asegurado, por correo recomendado'. Cualquier otro medio de comunicación distinto al pactado en la cláusula anotada, constituye falta de cumplimiento de la entidad aseguradora al compromiso proveniente del contrato de seguro, pues está comprobado que la póliza fue expedida a favor de 'Arango Hermanos Ltda.' para la embarcación 'Marie Bell', en forma directa y sin intervención de ninguna otra entidad".

Como argumento corroborativo de la conclusión a que en el punto llega, dice el juzgador de segundo grado que en el supuesto de que se hubiera señalado para los efectos de las comunicaciones relacionadas con el contrato a la Compañía Pesquera del Pacífico, "en parte alguna del proceso, se ha podido establecer por los medios idóneos desde el punto de vista probatorio, que la compañía aseguradora hubiera hecho llegar a la asegurada, la comunicación mediante la cual se daba por terminado el contrato contenido en la póliza de seguro de casco, pues de la prueba testimonial se deduce una comunicación, enviada por el sujeto pasivo de la litis a la actora, sin que se determine el contenido de la misma, ni mucho menos que se haya logrado establecer que en verdad la carta a que hace referencia la parte demandada, pueda tenerse como elemento de orden jurídico, con características vinculantes interpartes".

3. Acomete en seguida el Tribunal el estudio de la cuestión relacionada con la cancelación de la póliza número 022, hecho que considera como el punto del cual arrancan las discrepancias de las partes.

Al efecto dice, en primer lugar, que "Skandia afirma haber enviado una comunicación escrita a la última dirección conocida del asegurado, pero en el informativo este hecho no se ha establecido, pues el representante legal de la compañía demandante, niega haber recibido la comunicación, y las personas que recibieron el escrito de cancelación del contrato, en manera alguna afirman que éste estuviera íntimamente ligado desde el punto de vista legal, a la existencia del contrato de seguro acreditado con la póliza número 022".

Refiriéndose a la cláusula contractual según la cual era deber de la aseguradora, en caso de dar por terminado el pacto antes de la expiración del plazo inicialmente acordado para su vigencia, avisarlo al asegurado "mediante comunicación escrita enviada por correo recomendado", asevera el sentenciador que esta estipulación "en manera alguna fue cumplida por la compañía aseguradora, pues se limitó simplemente a enviar una carta, según lo afirma, en la cual expresaba que el contrato de seguro de la nave quedó sin valor por haberse cancelado mediante una comunicación escrita dirigida a la última dirección conocida del asegurado a partir de las 12 meridiano" del 21 de noviembre de 1967.

Y añade que como el gerente de la sociedad demandante negó haber recibido y conocido la carta de 22 de noviembre, "no queda otra alternativa que el tenor literal de la póliza al estatuir que, el documento por medio del cual se dé por terminado unilateralmente el contrato de seguro, se hará por correo recomendado"; y que "como así no se hizo, y no existe en el proceso otra forma de establecer la existencia de la carta a que se refiere el sujeto pasivo de la litis, fácilmente se colige de la naturaleza misma del hecho, que la compañía aseguradora en forma alguna dio cumplimiento a la cláusula sexta del contrato".

4. Concretándose el ad quem al estudio de la naturaleza jurídica de la cláusula de

terminación unilateral del contrato de seguro que aparece consignada en la póliza, expresa que "no había sido contemplada en manera alguna, por el Código de Comercio derogado"; pero que el nuevo statuto mercantil sí la consagra en su artículo 1071 para los contratos de seguro.

"Con relación a la cláusula de resiliación, —dice— es conveniente tener en cuenta que ella no tenía ninguna validez por la época en que se celebró el contrato, pues como se deja anotado, el Código derogado y vigente cuando se dio cumplimiento a la cláusula sexta de la póliza de seguro de casco, no estaba contemplada dentro del estatuto positivo, como elemento que pudiera en un momento determinado aplicarse al contrato de seguro, por cuanto las normas que sobre el particular regían la materia, no aceptaban en su articulado, la existencia de la misma".

5. Observa además el fallador, y lo toma también como fundamento del incumplimiento de la demandada, que el aviso de cancelación de la póliza, según estipulación contractual, debía darse directamente al asegurado y no por intermedio de tercera persona, como aquí se hizo. "Hasta al momento de proferirse esta decisión, —dice— no existe prueba de que el asegurado hubiera recibido personal y directamente el aviso o comunicación por medio del cual se dio por terminado el contrato".

Y nota que como no encuentra acreditado en el proceso que la persona intermediaria hubiera estado facultada por el asegurado para recibir el aviso de cancelación, debe concluirse en que éste "no tuvo conocimiento de la terminación del contrato"; que, de otra parte, "Skandia" canceló la póliza después del zarpe de la nave, "hecho que está constituido en prohibición para dar por terminado el contrato de seguro".

6. Concluyendo las motivaciones de su fallo, dice el ad quem que la demora en la devolución del valor de la prima no causada lesionó el interés jurídico de la compañía asegurada.

Expresa, en el punto, que "si la prima fue devuelta en cuanto a su excedente, seis días después, existe una irregularidad o anomalía de la compañía, porque desde el instante mismo en que daba por terminado el contrato de seguro, no tenía por qué retener lo que no le pertenecía, y ha debido, en consecuencia, en el acto mismo en que daba por terminado el contrato, con la simultaneidad que el caso exige, devolver el excedente del valor de la prima a que estaba obligada".

IV

El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación ambas partes. La Corte, sin embargo, contrae su estudio al recurso de la entidad demandada, por cuanto el de la demandante fue declarado desierto por auto de 17 de julio pasado.

2. En la respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la sociedad demandada formula un solo cargo, cuyo planteamiento es del siguiente tenor: "...La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial, artículo 374 del Código de Comercio, y 1609, 1615 y 1617 del Código Civil, éstos por conducto del 182 del Código de Comercio, por aplicación indebida, y del artículo 375 del Código de Comercio, por falta de aplicación. Tales quebrantos resultaron: A. De falta de aplicación del contenido contractual, obligatorio según los artículos 1602 y 1603 del Código Civil (182 C. de Co.) y de una aplicación indebida o una interpretación errónea del artículo 16 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 15 ibídem (182 C. de Co.); B. De falta de aplicación de cláusula contractual y consiguiente de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil (182 C. de Co.), como también de error evidente de hecho en la apreciación de documentos y testimonios; C. De un error evidente en la apreciación del contrato, de manera eventual, y a todas luces de un error evidente de hecho en la apreciación de declaración de parte, de declaración de terceros, de documentos y de indicios, y D. De falta de aplicación de la misma cláusula del contrato y por ende, de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil (182 C. de Co.) o, alternativamente, de error de hecho manifiesto en la consideración de aquélla".

Asevera el casacionista que en su sentencia el ad quem, como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió en el análisis de las pruebas, llegó a las siguientes equivocadas conclusiones: a) Considerar que la cláusula de resiliación no tenía validez; b) Dar por establecido que la sociedad aseguradora canceló la póliza número 022 después del zarpe de la nave asegurada; c) Negarle eficacia a la cancelación que del contrato de seguro hizo "Skandia S. A.", y d) Estimar que hubo demora injustificada en la devolución del valor de la prima no causada.

En cuatro acápites separados, que corresponden a las deducciones anteriores, el recurrente desarrolla el cargo.

3. Bajo el título "Validez de la cláusula de resiliación", el censor, luego de transcribir los artículos 1º de la Ley 57 de 1887; 182 del Código de Comercio anterior; 15, 16, 1602 y 1603 del Código Civil, afirma que de conformidad con estas normas "es del todo inadmisible que el Tribunal sostenga que la legislación mercantil no permitía para 1967, año durante el cual se celebró el contrato y ocurrió el naufragio, la estipulación del poder recíproco de retractación unilateral e intempestiva dentro de un seguro de casco", puesto que, dice, si bien el ordenamiento correspondiente no previó dicha estipulación ni para aceptarla ni para rechazarla; y si posteriormente el legislador, mediante el artículo 1071 del nuevo Código de Comercio, la consagró, "ello simplemente significa que el ordenamiento determinó acoger lo aceptado y practicado en la vida mercantil nacional e internacional, incluso en los términos usuales de las pólizas, y en manera alguna, como lo sostiene el Tribunal ingenuamente, para emplear un eufemismo, que anteriormente ese pacto fuera contra legem".

Agrega que como en derecho privado y dentro de la disciplina de la conducta particular, lo que no está prohibido está permitido, la estipulación contenida en la cláusula 6ª de la póliza tiene que considerarse lícita y permitida; que al negarle eficacia el Tribunal "la violó directamente..., con base en el artículo 1602 del Código Civil que estatuye la fuerza máxima vinculante de los pactos, y violó también y en igual forma el artículo 1603 del Código Civil que consagra la obligatoriedad de lo expresado contractualmente, preceptos ambos recibidos por el 182 del Código de Comercio, así mismo conculcado por falta de aplicación".

Rematando este aspecto de la censura, dice el impugnador que la transgresión que denuncia fue la consecuencia de haberse interpretado equivocadamente, por el Tribunal, el artículo 16 del Código Civil, puesto que el recto entendimiento de esta norma conduce a concluir que los pactos no tienen otro límite que el orden público y las buenas costumbres; "y que si el ordenamiento no autoriza expresamente una estipulación, ello no quiere decir que la prohiba, como tendenciosamente lo propugna el sentenciador, sino lo que es obvio, que la deja al cuidado de las partes, asumiendo una actitud de indiferencia".

4. En el capítulo de su demanda que nomina "Eficacia de la cancelación del contrato", sostiene el recurrente, en primer lugar, que si en su sentencia el Tribunal exigió el "correo recomendado" como único medio que debía emplear la aseguradora para comunicar al asegurado la terminación unilateral del contrato, ello implicaría un evidente error fáctico en la interpretación de la cláusula correspondiente, "al tomarla como una solemnidad ad substantiam actus en vez de un medio apto entre otros, mas no el único, para la notificación prevenida en ella", puesto que si bien se indicó un modo de comunicación, sin embargo no se individualizó éste en forma excluyente de cualquier otro.

5. Y dando por cierto de que, según estipulación contractual, el aviso de terminación del seguro podía darse no sólo por correo certificado, pasa el censor a concretar los errores de hecho que en el punto le imputa al Tribunal.

En esta tarea, refiriéndose primeramente a la dirección a donde debía remitirse la comunicación, dice que "no puede hablarse de una suposición o de una aceptación graciosa o benévola del lugar señalado como dirección del asegurado, como quiera que en la póliza 022, cuyo texto obra original a los folios 12 y siguientes del cuaderno 1, se lee: 'Asegurado: Arango Hermanos Ltda. Dirección: Pesquerías del Pacífico'."

En torno a la conclusión del ad quem consistente en que no se estableció en el proceso que la aseguradora hubiera hecho llegar a la asegurada la comunicación de cancelación de la póliza, el recurrente le enrostra los siguientes yerros fácticos:

a) Errónea interpretación de la confesión del representante legal de la sociedad demandante, contenida en sus respuestas a las preguntas 11, 12 y 13 del interrogatorio por él absuelto (C. 5, Fls. 44 v. a 46), por haberse tomado en forma aislada y unilateral.

Explanando su aserción, dice el impugnador que si bien el demandante, en su primera respuesta, niega haber recibido la carta de 22 de noviembre de 1967, que incluía la de Skandia cancelatoria del contrato, sin embargo en la respuesta siguiente acepta que la firma que aparece al pie de aquélla es suya; y que en la contestación 13 niega haberse enterado del contenido de la misiva que recibió, "pese a su firma allá, sin que esto inquietase siquiera al Tribunal. Si admite haber firmado la carta remisoria del aviso de cancelación del seguro, fechada el 22 de noviembre, ¿cómo explicar que no tuvo conocimiento de ella? ¿Cómo explicar su mentirosa ignorancia del contenido y anexos de la carta? ¿Cómo se convierte la comunicación fechada en una nota sin ubicación cronológica? Existe una contradicción flagrante entre las respuestas, que el Tribunal no observó en omisión constitutiva de error evidente de hecho, consistente en haber extraído como prueba de que no se recibió la notificación de la terminación del contrato la respuesta de Arango en posiciones, siendo así que él confiesa que la firma en la carta es suya, y que esa confesión es incompatible con su negativa de haber recibido la carta y conocido su contenido integral".

b) Alteración del contenido de las declaraciones de Alvaro Calderón Rodríguez y Rienzi Calderón, las cuales transcribe el censor, para sostener luego que como éstos afirman en sus testimonios que sí entregaron al gerente de Arango Hermanos la comunicación de Skandia; que esto ocurrió el 22 de noviembre, no puede afirmarse, como lo hace el sentenciador, que "quienes tramitaron en Buenaventura la comunicación no identificaron la misiva ni la vinculación de ella a la existencia del seguro";

c) No apreciación de las siguientes pruebas: la carta del gerente de la Cooperativa de Armadores Pesqueros del Litoral Pacífico, dirigida a Skandia el 24 de noviembre de 1967; el memorando de la conversación telefónica sostenida entre aquél y el subgerente de ésta en la misma fecha; y la comunicación de 21 del mismo mes, dirigida por Pesquerías del Pacífico a Arango Hermanos.

"Estos documentos, —dice el recurrente— que recogen correspondencia y comunicación telefónica de terceros, constituyen indicios despreciados por el Tribunal, que sumados a los dos testimonios precedentes, a la nota de Skandia, a la carta de Pesquerías del Pacífico y a la firma de Arango en ésta, bastantes de por sí llevan necesariamente, a pesar del Tribunal, a la certeza de que Arango Hermanos, contra su reticencia pueril, sí recibió oportuna y ciertamente la noticia de cancelación, que ahora niega para pretender el pago de un seguro que no tenía", y

d) Indebida apreciación de los documentos que comprueban la mediación de Pesquerías del Pacífico en el seguro de casco del buque "Marie Bell".

Dice el recurrente, concretando el yerro fáctico que aquí denuncia, que está probado que el asegurado envió a Skandia, por conducto de Pesquerías del Pacífico (C. 5, Fl. 49), los valores correspondientes a las primas del seguro; que el barco estuvo afiliado a esta compañía y que por su desafiliación se canceló el seguro; y que esta misma compañía fue señalada como dirección para lo relacionado con el seguro, según la póliza. "Entonces, así Pesquerías del Pacífico no fuera agente calificado y señalado a propósito, que sí lo fue, la comunicación a Arango Hermanos por conducto de ella y su comunicación a la sociedad actora, están perfectamente justificadas y explicadas".

6. En lo que respecta a la afirmación del ad quem, consistente en que la terminación unilateral del contrato se produjo después del zarpe de la nave y que ello no podía hacerse, afirma el impugnador que el punto tiene, "ante todo, un problema de cualificación de la hipótesis y, seguidamente,

uno de establecimiento de la realidad de los hechos".

Refiriéndose al primero advierte que la cláusula 6ª de la póliza expresamente prevé que el barco se encuentre navegando para cuando se produzca la cancelación del contrato, e indica que en tal supuesto el asegurado puede exigir, por escrito, la continuidad del seguro. "El texto contractual era demasiado nítido para ser pasado por alto; se acudió entonces a su desconocimiento imaginando la prohibición, cual si estuviera prohibido todo aquello que no conviniera a los deseos y conveniencias de la actora".

Aludiendo al segundo aspecto de esta censura, el recurrente, luego de aseverar que "es indiferente si la cancelación se presentó antes o después de la salida del barco, como quiera que el asegurado no exigió la continuación del amparo", dice que la conclusión del Tribunal en el punto es equivocada, porque, agrega, si el buque zarpó el 22 de noviembre, sin conocerse procesalmente la hora, pues ésta no la indican ni la certificación ni los otros documentos expedidos por la Cooperativa de Armadores Pesqueros del Litoral Pacífico; y si el mismo día 22 de noviembre le fue entregada a Arango Hermanos la comunicación de terminación del contrato, "no se puede decir que primero salió el barco y luego se recibió la carta", sin incurrir en error en la apreciación de esos documentos y de los testimonios arriba indicados, ya que "según aquéllos y éstos los dos hechos se sucedieron el mismo día, sin mención ninguna de su hora respectiva".

7. Finalmente, con relación al argumento que la sentencia trae acerca de la época en que la compañía aseguradora devolvió al asegurado el valor de la prima no causada, asevera el casacionista que "la sinrazón del fallador es palmaria".

Explicando este aserto dice que si en el proceso está demostrado que la cancelación del contrato se decretó el 21 de noviembre; que el 22 siguiente se comunicó; que el 29 "se ordena formalmente liquidar y devolver el saldo de la prima (anexos 005, C. 6, Fl. 3)"; y que "el 6 de diciembre se gira y remite el cheque", no puede hablarse, como lo hace el ad quem, de "retención indebida ni de incumplimiento por parte de la aseguradora", pues ello implica alterar la correspondiente cláusula de la póliza que "no señala término para dicha devolución".

V

Consideraciones de la Corte

I. En la demanda de casación el recurrente, al desarrollar el cargo único que por quebranto indirecto de la ley sustancial formula contra la sentencia de segundo grado, en acápites separados censura las siguientes cuatro consideraciones del Tribunal: a) La cláusula sexta de las condiciones generales de la póliza, mediante la cual la compañía aseguradora se reservó el derecho de poner fin en cualquier tiempo, antes de la expiración del término convenido, al contrato de seguro, "no tenía ninguna validez por la época en que se celebró el contrato"; b) "La compañía canceló el seguro según se desprende de las constancias procesales, después del zarpe de la nave"; c) "La compañía aseguradora en forma alguna dio cumplimiento a la cláusula sexta del contrato en referencia", puesto que no dio aviso de la cancelación al asegurado en los términos de dicha estipulación, y d) La demora injustificada de esta compañía en la devolución del valor de la prima no causada.

Palmar es que la primera censura, atinente a la validez o invalidez jurídica de la cláusula de terminación unilateral del pacto a la luz de la legislación vigente cuando se ajustó el seguro, es cuestión de puro derecho; y es evidente también que los demás aspectos del cargo, fundados en presuntos errores del sentenciador en la apreciación probatoria, son cuestiones que aluden a la situación fáctica. Y siendo ello así, como en realidad lo es, el cargo resulta antitécnicamente formulado pues en el mismo se mezclan acusaciones que, por no implicar discrepancia del recurrente con las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos llegó el sentenciador, han debido formularse por violación direc-

ta de la ley sustancial, con otras que, por referirse precisamente a la cuestión de hecho deducida por el Tribunal, deben formularse por violación indirecta.

Y como la acusación de un fallo por violación directa e indirecta de la ley sustancial, corresponde a dos maneras diferentes y aún contradictorias de atacar los fundamentos de la sentencia, puesto que la primera se hace sin objeción a las conclusiones que en el orden fáctico haya deducido el sentenciador a través de la apreciación del material probatorio; al paso que la segunda es debida a que se valora mal determinada prueba, o no se tiene en cuenta a pesar de existir, o se considera existente sin que el proceso la contenga, la Corte tiene dicho que no se ajusta a la técnica del recurso de casación formular en el mismo cargo ataques a la sentencia por quebranto directo e indirecto de la ley sustancial.

II. En numerosos pasos de la parte expositiva de su sentencia, después de transcribir la referida cláusula sexta de la póliza número 022, expresa el Tribunal, y en tales consideraciones edifica sustancialmente su fallo, que la citada estipulación "en manera alguna fue cumplida por la compañía aseguradora", puesto que, explica, no hizo conocer del asegurado su determinación de poner fin al contrato, por correo recomendado, enviado a la dirección conocida de éste; que si le remitió alguna carta no lo fue directamente sino por intermedio de tercera persona, la que no es su representante; y que, además, si ésta envió a aquél alguna comunicación, no está probado que la hubiera recibido su destinatario, ni menos oportunamente.

Constituyendo, como es lógico y natural, la sentencia toda y no una parte de ella el objeto del respectivo estudio y análisis que del conflicto de intereses sometido a su decisión hace el juez, no es posible desligar las diferentes motivaciones que ella trae para analizarlas separadamente so pena de falsear su verdadero contenido, desde luego que solamente interpretándolas en conjunto es posible reconstruir fielmente y determinar en forma precisa el pensamiento del juzgador.

Guiada la Corte por este criterio racional de interpretación de la sentencia tiene que decir, con fundamento en las consideraciones que trae el fallo aquí impugnado extraordinariamente, que la condena que en éste se impuso a la sociedad demandada la edificó el Tribunal, primera y cardinalmente, en el incumplimiento de dicha parte a las obligaciones que para ella surgieron de la cláusula sexta de la póliza, y no en la ineficacia jurídica de ésta. Si el ad quem repetidamente habla de no cumplimiento de los deberes que de esta cláusula surgieron para la compañía aseguradora, es obviamente porque le atribuye eficacia jurídica a tal estipulación; por ello fuerza decir que si en algún paso de su sentencia dijo erradamente que dicha cláusula "no tenía ninguna validez por la época en que se celebró el contrato", tal afirmación resulta ciertamente intrascendente, puesto que sin embargo de hacerla el Tribunal tiene por válida tal convención y por ende le reconoce efectos jurídicos.

III. Analizando la cláusula sexta de las condiciones generales de la póliza, mediante la cual la entidad aseguradora se reservó el derecho "de poner fin en cualquier tiempo, mediante comunicación escrita enviada a la última dirección conocida del asegurado, por correo recomendado, antes de la expiración del término convenido, al contrato de seguro...", dijo el sentenciador que "cualquier otro medio de comunicación distinto al pactado en la cláusula anotada, constituye falta de cumplimiento de la entidad aseguradora al compromiso proveniente del contrato de seguro". Igual concepto expresó luego el ad quem al aseverar que el aporte de tal clausula que exige comunicación "por correo recomendado... en manera alguna fue cumplida por la compañía aseguradora, pues se limitó simplemente, como ya se dijo, a enviar una carta"; y nuevamente insiste en este criterio al afirmar que ante la imposibilidad de establecer el envío de la carta, "no queda otra alternativa que el tenor literal de la póliza de seguro al estatuir que, el documento por medio del cual se dé por terminado unilateralmente el contrato de seguro, se hará por correo recomendado".

De manera que el Tribunal sí exigió el "correo recomendado" como único medio para hacer saber al asegurado la terminación unilateral del contrato por parte de

la aseguradora, y su conclusión en el punto no es contraria a la evidencia que la estipulación expone. Si bien mediante esta cláusula los contratantes acordaron y determinaron un modo o manera de comunicación sin expresa exclusión de cualquier otro, no es menos cierto que tampoco explícitamente aludieron en ella a otra forma: consiguientemente hay que aceptar que el sentenciador la apreció tal y como ella obra en el proceso; y que, consecuencialmente, no existe el error de hecho que en la estimación de tal prueba denuncia la censura.

IV. En el interrogatorio de parte absuelto el 16 de septiembre de 1970 por Antonio Arango Alvarez, gerente de "Pesquera Arango Hermanos" al contestar las preguntas 11, 12, 13 y 14 manifestó que no recibió el 22 de noviembre de 1967 la carta enviada por "Pesquerías del Pacífico S. A.", por medio de la cual esta firma le hizo llegar la comunicación de "Skandia S. A." de cancelación de la póliza número 022; confesó que sí estampó su firma en aquella misiva pero no ese día; y que no se enteró de la comunicación de la compañía aseguradora, que como anexo de la carta de Pesquerías del Pacífico se enviaba dando cuenta aquella entidad de la terminación del contrato.

Con apoyo en esta prueba el ad quem dedujo, y así lo afirmó en su sentencia, que no está establecido en el proceso que la compañía aseguradora hubiera comunicado por escrito al asegurado su determinación de terminar el contrato; esta conclusión del fallador es censurada por el recurrente puesto que, dice, si el absolvente confesó ser suya la firma puesta en la carta de "Pesquerías del Pacífico", "esa confesión es incompatible con su negativa de haber recibido la carta y conocido su contenido integral".

No cree la Corte, sin embargo, que la aceptación del hecho de estampar el destinatario su firma en la copia de la carta de Pesquerías del Pacífico, sin leyenda adicional alguna, implique necesariamente la recepción de ésta el mismo día que se escribió; ni mucho menos el conocimiento por parte de aquél de la comunicación de Skandia, que se dice anexada a la primera: se trata de hechos diferentes, compatibles entre sí y que por lo mismo pueden coexistir. No hay pues error evidente en una conclusión que como la que sacó el Tribunal en este caso, se traduce en sostener que el demandante negó haber recibido la carta de la aseguradora enviada como anexo de otra.

Y si, como reiteradamente lo sostiene la doctrina del derecho probatorio, las respuestas de un interrogatorio de parte deben apreciarse en conjunto para conocer la verdadera voluntad del interrogado, se impone aceptar que de todas las dadas por Arango Alvarez aparece que nunca confesó el recibo de la carta de la compañía aseguradora, ni el de la de Pesquerías del Pacífico el 22 de noviembre de 1967. Ante esta negativa correspondía a la contraparte demostrar la entrega de su propia carta y la fecha de la entrega, lo que ciertamente no hizo.

V. Considera el casacionista, y así lo asevera, que el ad quem incurrió en evidente error fáctico al no apreciar en su sentencia la carta del Gerente de la Cooperativa de Armadores Pesqueros del Litoral Pacífico, dirigida a Skandia el 24 de noviembre de 1967, en la que aquélla reclama de ésta la cancelación de los seguros a los armadores; el memorando de la conversación telefónica sostenida el mismo día entre el gerente de la primera y el subgerente de la segunda; y la comunicación dirigida el 21 del mismo mes por Pesquerías del Pacífico a Pesquera Arango Hermanos, sobre su desafiliación de la empresa.

Pero si, como también lo tiene dicho la doctrina de la Corte, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a las mismas ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pruebas referidas, puesto que todas ellas, por provenir de terceros en la relación procesal y sin estar reconocidas por sus autores, son ineficaces para oponerlas como prueba literal en contra del litigante que no tuvo ingerencia en su producción. Pero ni siquiera podría afirmarse que por provenir de quienes son terceras en el proceso deben considerarse legalmente como prueba testimonial, desde luego que carecen de la formalidad del juramento.

Hablando de la naturaleza del documento y concretamente en cuanto a su contenido, dice Manuel de la Plaza: "En contemplación del punto de vista a que nos referimos, Carnelutti distingue en el grupo de los documentos declarativos los que tienen un carácter constitutivo (un testamento ológrafo) o dispositivo (un recibo), y los que sólo tienen un valor testimonial, que a su vez pueden acreditar una confesión de hechos propios (documento confesional) o una confesión de hechos relativos a terceros (documento testimonial strictu sensu).

"Y es obvio —agrega este tratadista— que cuando el documento acredita hechos que ocurren a presencia del que lo autoriza, o emanan de la persona que lo escribe, constituye una prueba de primer grado, mientras que cuando consigna, aunque sea fehacientemente, declaraciones de voluntad ajena, si demuestra inequívocamente que se han hecho, salvo el caso de falsedad, no justifica su veracidad, que, por tanto, puede ponerse en entredicho y contradecirse por otros elementos probatorios, lo que en realidad constituye una prueba indirecta o de segundo grado" (Derecho procesal civil, Vol. I, Págs. 494 y 495, 3ª edición).

Y José Chiovenda, hablando de la importancia de la prueba literal, dice: "Proviniendo de las partes, la escritura puede constituir la prueba de una confesión; proviniendo de un tercero puede ser la prueba de un acto jurídico o de un hecho del tercero, o reproducir las observaciones hechas por un tercero, en cuyo caso lo escrito no puede tener sino una importancia secundaria, presentándose como un subrogado de deposición testimonial, sin las necesarias garantías" (Derecho procesal civil, T. III, Nº 66).

Este criterio expuesto por la doctrina foránea fue, exactamente, acogido y consagrado por el legislador colombiano de 1970, puesto que mediante el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, dispuso que, salvo disposición en contrario, los documentos privados emanados de terceros sólo pueden ser estimados por el juez en los siguientes casos: "1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa, fueron reconocidos por sus autores, o se ordenó tenerlos por reconocidos, o se probó por otros medios su autenticidad. 2. Si siendo simplemente declarativos, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios".

VI. Con relación a esta censura es pertinente observar, además, que en el supuesto de que las pruebas referidas fueran auténticas, acreditarían que la Cooperativa de Armadores Pesqueros del Litoral Pacífico conoció la cancelación del seguro por parte de Skandia; que Pesquerías del Pacífico S. A. intervino en el envío de las primas del seguro de casco de la nave "Marie Bell"; y que el barco había estado afiliado a esta empresa. Pero de estos medios de prueba no podría inferirse ciertamente, por ser hechos diferentes, que la entidad asegurada conoció oportunamente la cancelación de la póliza, aspecto negativo que funda la conclusión cardinal del Tribunal en el punto y sobre la cual se edifica básicamente su fallo.

Y si, de otra parte, el sentenciador expresó que, según la cláusula especial de la póliza, la comunicación por la cual la aseguradora debía poner en conocimiento de la asegurada su determinación unilateral de cancelar el contrato, tenía que ser enviada directamente y que Pesquerías del Pacífico no tenía mandato ni facultad para recibirla a nombre de Arango Hermanos, lo cual no contradice la evidencia que la referida estipulación ostenta, no puede decirse que incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de las citadas pruebas. Si el sentenciador no hizo en su fallo expresa referencia de ellas, no fue porque no las hubiera visto sino porque consideró que no alcanzaban a desvirtuar su argumento capital.

VII. En tratándose de los testimonios de Alvaro Calderón Rodríguez y Rienzi Calderón N., en su orden Gerente y Asistente de la Gerencia de "Pesquerías del Pacífico S. A." de Buenaventura, quienes en sus declaraciones expresaron que por haber ellos tramitado la comunicación dirigida por Skandia el 21 de noviembre, haciéndoles saber la cancelación de la póliza de seguro de la motonave "Marie Bell", saben que el 22 siguiente la comunicaron, mediante carta suya a la que anexaron la anterior, a

Arango Hermanos, dijo el Tribunal que estos declarantes "en manera alguna" afirman que el escrito de cancelación a ellos dirigido "estuviera íntimamente ligado desde el punto de vista legal, a la existencia del contrato de seguro acreditado con la póliza número 022"; y que, no se logró establecer que "en verdad la carta a que hacen referencia, pueda tenerse como elemento de orden jurídico, con características vinculantes interpartes, desde el punto de vista jurídico para dar por terminado el contrato".

Lo cual quiere decir que el ad quem, como lo refleja no solamente este pasaje del fallo sino todo el contenido de su sentencia, consideró que debiéndose dar el aviso de cancelación directamente al asegurado y por correo recomendado, el dicho de estos testigos no suple el modo o la forma de la comunicación contractualmente acordada al efecto por los estipulantes. Y siendo ello así, como en realidad lo es, resulta intrascendente que el Tribunal, alterando la objetividad que estas declaraciones muestran, hubiera dicho que los testigos no identificaron la misiva de la aseguradora, ni la vinculación de ella a la existencia del seguro.

No ve pues la Corte el error fáctico que en la apreciación de estas declaraciones la censura le enrostra al sentenciador.

VIII. Ciertamente, en algunos pasajes de su sentencia el Tribunal afirmó que, según lo probado en el proceso, la compañía aseguradora canceló la póliza de seguro de la nave "Marie Bell" después de que ésta había zarpado del puerto de Buenaventura, y que demoró la devolución del valor de la prima no causada; pero es también de meridiana evidencia que estos argumentos los dio el sentenciador no como principales sino simplemente como corroborativos de la razón cardinal en que basó su fallo, cual es la de que aquella entidad incumplió su obligación de comunicar al asegurado, en la forma estipulada, su determinación unilateral de ponerle fin al contrato antes del vencimiento del término acordado.

Y como la conclusión del Tribunal en punto del incumplimiento de la sociedad demandada ha salido ilesa de los ataques formulados contra ella, indiferente resulta considerar las censuras que el cargo trae para las que el ad quem sacó en torno a las oportunidades del zarpe de la nave y de la devolución del saldo de la prima, puesto que aun en el evento de resultar estas victoriosas, aquella conclusión sería de suyo suficiente para dar fundamento sólido a la sentencia.

IX. No encuentra, pues, la Corte los errores de hecho que el recurrente le enrostra al Tribunal por la apreciación que éste hizo de los medios de prueba producidos en el proceso; y en esa virtud no hay base para estudiar si las normas de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringidas por consecuencia de los errores de hecho alegados, fueron violadas o no por el sentenciador.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

VII

Decisión

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

NULIDAD DE TESTAMENTO

Por inhabilidad de los testigos: incompatibilidad entre lo dispuesto por el artículo 1119 del Código Civil y el 1083 ibídem, reformado por el 11 de la Ley 95 de 1890; dependencia que inhibe para ser testigo testamentario.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I

La litis

1. Laureano Londoño Gómez demandó por la vía ordinaria a María Josefa Jaramillo de Londoño, cónyuge sobreviviente y única heredera testamentaria de Elías Londoño García, para que se decretase la nulidad del testamento otorgado por éste en la notaría de Riosucio mediante escritura pública número 547 del 24 de noviembre de 1962 y, como consecuencia, que se declarase intestada la sucesión respectiva y que los bienes relictos debían distribuirse entre sus herederos de conformidad con la ley.

2. Como fundamento de sus pretensiones el demandante afirmó, en síntesis, además de su parentesco legítimo con Elías y del fallecimiento de éste, sin dejar descendencia, que Gildardo Correa G., uno de los testigos instrumentales que intervino en el otorgamiento de la escritura citada dependía económicamente del testador, en su calidad de administrador de un almacén de propiedad del mismo, y que por tanto estaba cobijado por la inhabilidad que establece el ordinal 14 del artículo 1068 del Código Civil.

3. La demandada negó que el testigo Correa dependiese económicamente de Londoño García, diciendo que uno y otro tenían una sociedad de hecho que explotaba el mencionado almacén, en la cual el primero era socio industrial; invocó en su favor lo dispuesto por el artículo 1069 del Código Civil, en cuanto a la habilidad putativa del testigo; aceptó como ciertos los demás hechos de la demanda; y en todo caso se opuso a las pretensiones formuladas en ella.

4. El juez de primer grado, en sentencia fechada el 15 de septiembre de 1972, consideró que Correa no era dependiente del testador y que en caso de haberlo sido, su habilidad putativa, la cual encontró demostrada luego de analizar las declaraciones allegadas por la demandada, no permitía invalidar el testamento. En tal virtud no accedió a ninguna de las súplicas impetradas.

5. El demandante apeló del fallo en cuestión, el cual fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales mediante el suyo de fecha 18 de julio de 1973, contra el cual la demandada interpuso el recurso de casación de que ahora conoce la Corte.

III

La sentencia impugnada

El Tribunal comienza por la crítica de la prueba testimonial aducida por la parte demandada. Transcribe entre otras y a espacio la declaración de Gildardo Correa, en la cual éste afirma su calidad de socio industrial y la independencia con que en tal carácter manejaba el almacén del causante. Como conclusión de su análisis se expresa así: "como se ha visto, los declarantes mencionados y entre ellos el señor Gildardo

Correa, testigo instrumental, afirman que la calidad de éste no era la de un dependiente del almacén La E., sino la de un socio industrial con cierta libertad en la administración, que compraba y pagaba sin necesidad de la autorización del señor Elías Londoño".

A renglón seguido, el sentenciador transcribe íntegramente el acta de la conciliación celebrada en el Juzgado Civil Municipal de Riosucio el 18 de marzo de 1968, entre la cónyuge sobreviviente y única heredera testamentaria de Elías Londoño y Gildardo Correa, en la cual el segundo manifiesta que desde hace aproximadamente 18 años "ha venido trabajando en un almacén denominado 'Almacén La E. ... de propiedad del señor Elías Londoño García... en su condición de administrador a razón de porcentaje sobre las ventas y por lo mismo con sueldo indeterminado... y que por terminación del contrato de trabajo solicita el pago de sus prestaciones sociales..." que estima en $ 36.707.75. La señora de Londoño, por su parte, acepta lo pedido por Correa y le ofrece como dación en pago el citado almacén, sobre la base de que éste le entregue $ 40.000.00, como así lo hizo según el acta de que se trata, y se haga cargo de pagar todo el pasivo correspondiente a las facturas insolutas del almacén existentes en ese momento.

"El contenido del acta transcrita— comenta el Tribunal— presenta una imagen completamente distinta del problema debatido indicando que realmente el señor Gildardo Correa fue un dependiente del testador y tenía esa calidad en la fecha en que el testamento se otorgó, pues de lo que allí se trata es de una conciliación de prestaciones sociales por servicios prestados durante 18 años... como administrador con derecho a participación de las utilidades y como administrador dependía directamente del dueño del almacén y entre ellos existía una relación de trabajo que dio lugar a las prestaciones..."

Más adelante dice que aunque casi todos los declarantes coinciden en afirmar que Correa no era un dependiente del dueño del almacén, sino un socio, ello se debe a las actividades que veían desarrollar a éste, las que "no indican inequívocamente que se tratara de un socio porque esas funciones a él atribuidas bien podían ser desempeñadas por un administrador o un trabajador de confianza".

Para respaldar su aserto copia algunos pasos de las declaraciones y a manera de valoración de ellas se expresa así: "Nótese que ninguno de los testigos tiene un conocimiento fundado sobre la existencia de la sociedad entre Londoño y Correa respecto al Almacén La E. Algunos lo afirman porque el mismo Gildardo Correa y aun el señor Londoño lo manifestaban y otros porque veían al señor Correa administrando dicho almacén con amplias facultades, porque giraba y pagaba cheques y además participaba de las utilidades, y resulta que ninguna de estas actividades y circunstancias dependen exclusivamente de la calidad de socio que tenga una persona..." En cuanto al manejo de la cuenta bancaria por parte de Correa a que se refieren los declarantes, comenta el sentenciador que eso dependía de la autorización que al efecto le otorgó Londoño García "sin que con ello se cambiara la calidad de dependiente que el señor Correa tenía en el momento en que se otorgó el testamento... Tampoco es extraño que con sus actividades y operaciones comerciales y cambiarias el señor Correa comprometiera al dueño del almacén, situación que es normal cuando, como lo dijo el señor Gildardo Correa en la conciliación laboral, se tiene la calidad de administrador".

Al continuar con la crítica de la prueba testimonial asevera el ad quem que los declarantes "no tenían conocimiento de que Londoño y Correa, si en realidad eran socios, hubiesen aunado esfuerzos en la realización de las operaciones propias del almacén... y su explotación económica para obtener beneficios comunes, de manera tal que se pudiera deducir con certeza el consentimiento implícito de formar la sociedad, a pesar de que... el consentimiento debió ser expreso, pero de ello no existe ninguna prueba en el proceso".

"Ni siquiera es suficiente —agrega el Tribunal— que el mismo señor Elías Londoño dijera que Correa era su socio... porque la calidad de socio y la existencia de una sociedad no depende de los nombres que los

contratantes se den sino de la naturaleza de las relaciones de los socios... Además, la calidad de socio que los testigos le atribuyen al señor Gildardo Correa no la ubican en el tiempo y es muy posible que ellos se refieran a una fecha posterior al 24 de noviembre de 1962 fecha del testamento".

Como conclusión de su tarea ponderativa de los elementos de juicio que obran en el proceso, el Tribunal afirma que no existe "una prueba categórica que dé certeza sobre la calidad de socio que la demandada y algunos testigos le atribuyen al señor Gildardo Correa, testigo instrumental del testamento que se impugna, y al contrario ni existe prueba de su calidad de administrador como lo indican el acta de conciliación... y el testimonio del señor Hernán Ladino Vinasco, empleado del Banco de Colombia en Riosucio..."

El sentenciador acepta que tanto la ley como la jurisprudencia se han orientado por un criterio de amplitud en cuanto a la validez y eficacia del testamento, en el sentido de proteger la voluntad del testador "... pero nunca este criterio se ha opuesto si se puede oponer a disposiciones expresas de la ley".

Al referirse luego a la habilidad putativa que consagra el artículo 1069 del Código Civil, expresa que ella se funda en la máxima del error común, pero que éste tampoco se ha demostrado en el proceso, porque ninguno de los testigos "pudo afirmar que la opinión común considerara a dicho señor (Gildardo Correa) como socio. Más bien era considerado como 'manejador o administrador', según lo afirmó el testigo Gonzalo Gutiérrez Naranjo... Los declarantes que dicen que entre Londoño y Correa existió una sociedad de hecho, no saben cuándo se formó o cuándo empezaron las actividades sociales y por tanto no están en capacidad de afirmar si en el momento en que se otorgó el testamento el testigo instrumental Gildardo Correa era o no socio".

De consiguiente, concluye el Tribunal que estando probada la inhabilidad del testigo instrumental Gildardo Correa el día que Elías Londoño otorgó su testamento y no estándolo "el error común que se alega como excepción", las súplicas de la demanda deben prosperar.

IIII

El recurso de casación

De los tres cargos por la causal primera de casación que se formulan contra la sentencia impugnada, se estudia únicamente el tercero que está llamado a prosperar.

Tercer cargo

"La sentencia violó los artículos 1ª de la Ley 95 de 1890, 2º de la Ley 50 de 1936 y 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, por aplicación indebida, producto de error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, resultante a su vez de interpretación errónea de los artículos 1068, 14 y 1069 del Código Civil".

A juicio del censor el Tribunal incurrió en manifiestos errores de hecho, así: a) Al no haber tenido en cuenta, "como que ni siquiera lo mencionó", un documento que debidamente allegado como prueba obra a folio 3º vuelto del cuaderno número 3, en donde se califica "la relación entre Correa y Londoño como de sociedad y el arreglo económico y el pago consiguiente como liquidación y satisfacción de las utilidades del socio industrial";

b) Al haber cercenado el contenido y no haber visto el verdadero alcance de las declaraciones rendidas por los testigos Guillermo Gutiérrez, Hernán Ladino, Sigifredo Mejía, Mario González, Gildardo Correa, Guillermo Cárdenas, Héctor Muriel, Enrique Londoño, César Echeverri, Gonzalo Gutiérrez y Alberto Galán. Estos testimonios no solamente acreditan el carácter de socio industrial en el Almacén La E, que tenían Gildardo Correa, sino también, que en todo caso ellos lo reputaban como tal, en su carácter de proveedores los unos, clientes otros, empleado uno de ellos y amigos comunes todos.

En cuanto a este error de hecho, luego de transcribir algunos de los apartes de los testimonios a que se refiere, expresa el recurrente: "decir que los testigos no afirmaron o no estaban en capacidad de afirmar que la sociedad estaba vigente para el 22 de noviembre de 1962, es sostener algo contrario a la realidad procesal. La opinión se forma por aluvión y decantación y los testigos relatan los hechos que presenciaron

a lo largo de más de diez años, en forma cotidiana, aquello que percibían naturalmente y les permitió formarse un criterio. Y ellos, a una, como se lee en los pasajes transcritos, declaran que desde antes de 1960 observaron esos hechos y que por ello estiman que la sociedad ya estaba actuando para entonces y se prolongó hasta la muerte de Elías Londoño, es reñir con la verdad sostener que ellos no se pronunciaron sobre el tiempo, que de su declaración no se puede concluir la habilidad, así sea sólo putativa, para cuando fue otorgado el testamento, o porque no pueden aseverarla porque no tuvieron a su vista el contrato social documentado, como si la sociedad no pudiera formarse de hecho o por consecuencia de los hechos (C. C. 2083, precepto ignorado por el Tribunal y violado así por omisión)".

c) Al no haber tenido en cuenta que el notario ante quien se otorgó el testamento impugnado dio fe de que en los testigos instrumentales respectivos "... no concurre ninguna causal de impedimento..." y que esta aseveración indica "sin que el hecho fuera reparado por el sentenciador, que entonces hubo examen de las calidades de los testigos y su condición particular y que no medió inhabilidad alguna que se manifestara en la comportación de ellos, y que por el contrario, existía cuando menos una apariencia de aptitud, habiendo obrado todos, testador, notario y testigos, de buena fe. Circunstancia ésta que resulta corroborada por el dicho testimonial precedente de que Londoño consideraba, trataba y llamaba a Correa como socio industrial y que éste así se comportaba". En este mismo orden de ideas se lee en otro acápite de la demanda: "Y que haya habido buena fe; del notario, en su constancia; del testador, que no habría arriesgado la validez de su testamento por escoger entre múltiples posibilidades a un testigo inhábil, a sabiendas, siendo así que el primero en sostener en vida como evidente una situación excluyente de la inhabilidad alegada".

IV

Consideraciones de la Corte

El artículo 11 de la Ley 95 de 1890 dispone que el "testamento, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno".

Una de tales formalidades consiste en la habilidad de los testigos que deben intervenir en el acto testamentario, en mayor o menor número según la naturaleza de éste. Tal habilidad es la regla, de la cual sólo están excluidas las personas que taxativamente enumera el artículo 1068 del Código Civil.

No todas las inhabilidades de los testigos que consagra ese precepto legal, obedecen a una misma razón. "El dicho texto —comenta Carrizosa— contiene antiguos y muy sabios preceptos, recomendados por la ciencia probatoria, sobre credibilidad de los testigos. Hay personas a quienes la ley rehusa absolutamente dar fe, y otras a quienes las rehusa en ciertas pesquisas... Las causas de inhabilidad se pueden señalar, según el fin perseguido por el legislador, en personas indignas de ser creídas; personas que no pueden enjuiciar rectamente por deficiencias psíquicas o sensoriales: personas de quienes puede sospecharse falta de imparcialidad, por presumirse su interés en faltar a la verdad, y personas cuya presencia o intervención pueda coartar la plena voluntariedad del acto. Se intenta descartar hasta la posibilidad de una conjetura contra la fidelidad del testimonio" (Las sucesiones. 3ª edición, Bogotá, Libr. Voluntad, 1945, Nº 224, Pág. 236).

En los testamentos solemnes y abiertos que siempre deben ser escritos (Art. 1067 ibídem), la intervención de los testigos forma parte de las solemnidades a que aquéllos deben sujetarse so pena de nulidad (Ley 95 de 1890, Art. 11); ellos deben asistir al acto de otorgamiento, oír la lectura en alta voz de la memoria testamentaria, y hacerse sabedores de las disposiciones escritas del testador, cuya voluntad está representada gráficamente en el documento respectivo y no en el recuerdo de los testigos.

Posteriormente, cuando se procede a la publicación del testamento nuncupativo, o sea que no ha sido otorgado ante notario, los testigos deben comparecer a reconocer sus firmas y las del testador (Art. 1077).

Otro tanto ocurre en el caso del testamento cerrado que se otorga ante notario (Art. 1078), para cuya apertura se requiere además del reconocimiento de las firmas, que dicho funcionario y los testigos declaren "si en su concepto está cerrado, sellado o marcado, como en el acto de la entrega" (Art. 1082 Inc. 2º).

El único evento en que los testigos son puramente instrumentales, en que su intervención se limita a firmar el testamento y a hacerse sabedores de sus disposiciones, luego de haber oído su lectura, es cuando éste se otorga en forma abierta ante notario (Arts. 1070, 1072 y 1074).

Con fundamento en la teoría de la apariencia o del error común, el artículo 1069 dispone que si alguna de las causas de inhabilidad "no se manifestare en el aspecto o comportación de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo.

"Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos".

En el numeral 14 del artículo 1068 se dispone que es inhábil como testigo la persona que sea dependiente o doméstico "del testador, de su consorte, del funcionario que autorice el testamento y de las otras personas comprendidas en los numerales 12 y 17, vale decir, de los descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, o segundo de afinidad del otorgante o del funcionario público que autorice el testamento, y los "herederos y legatarios, y en general, todos aquellos a quienes resulte un provecho directo del testamento".

Los numerales 12 a 17 del citado artículo 1068 del Código Civil, no aparecen en los proyectos de don Andrés Bello ni tampoco en el artículo equivalente del Código Civil chileno (1012), de lo cual concluye el expositor Carrizosa Pardo, "que el legislador colombiano, tal vez por inadvertencia, acogió simultáneamente dos criterios contrarios. No tuvo en cuenta que al agregar en el artículo 1068 los numerales 14 y 17, quedaba incongruente el inciso 2º del artículo 1119". Este último estatuye que "no vale disposición alguna testamentaria a favor... de cualquiera de los testigos" (Op. Cit. Nº 224, Pág. 239).

Así, pues, al paso que el precepto primeramente indicado predica la invalidez de todo el testamento cuando se presenta inhabilidad de los testigos, el artículo 1119 se limita a establecerla respecto de la disposición testamentaria que los favorezca.

La Corte, en sentencia del 6 de abril de 1895 (G. J., año X, Nº 469, Pág. 314), expresó a este respecto lo siguiente: "Hay una verdadera incongruencia o incompatibilidad entre las dos disposiciones de que se trata, puesto que si atendiendo a la primera es absolutamente nulo el testamento en que interviene como testigo un heredero o legatario, la última no podría tener aplicación, porque siendo nulo todo el testamento, qué objeto había en declarar sin valor sólo una cláusula de él?

"En este conflicto entre dos textos de ley, uno que es general porque comprende o abraza todos los casos en que se anula un documento de esta clase por omisión de formalidades prevenidas en la ley, y otro que reconoce implícitamente la validez del acto, puesto que sólo declara sin valor las cláusulas a favor de los herederos o legatarios, la Corte, después de maduro examen, juzga..." que debe prevalecer la norma que consagra el artículo 1119. "En efecto, según la regla primera, consagrada por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, si en los Códigos que por ella se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, debe preferirse la disposición relativa a un asunto especial a la que tenga carácter general y es evidente que el precepto del artículo 1119 del Código Civil es especial si se compara con el del artículo 1083, reformado en parte por el 11 de la Ley 95 antes citada (de 1890), porque este último comprende muchos casos o establece la sanción de nulidad por la omisión de cualquiera de las formalidades prevenidas por la ley, y aquél limita la nulidad a las cláusulas del testamento en favor de los testigos.

"... Tratándose de leyes que establecen una pena civil, cual es la declaración de nulidad de un acto o contrato por falta de alguna formalidad a que debió sujetarse, la interpretación de la ley dudosa no debe ser extensiva sino restrictiva, y no habiendo absoluta certeza acerca de la intención

de la ley, debe entenderse en el sentido que mejor cuadre con la razón natural y que respete más la voluntad presunta o conocida del legislador y del testador, y en el caso en cuestión es indudable que la prohibición establecida por la ley de que ciertas personas intervengan como testigos en el testamento solemne, tiene su fundamento en el provecho que esos mismos testigos derivan de él, y con invalidar las disposiciones a favor de los testigos queda cumplido el objeto que se propuso el legislador..."

La doctrina anterior que acoge don Fernando Vélez en su estudio sobre el derecho civil colombiano (Tomo IV, Nº 327, Pág. 224, de la 2ª edición), fue reiterada por esta Sala el 23 de julio de 1945 (LIX, Pág. 369) y lo es de nuevo en esta oportunidad. En consecuencia, como excepción a la regla general que establece el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, la intervención como testigos en un testamento solemne de las personas que enumera el artículo 1119 del Código Civil, no produce la nulidad de todo el acto testamentario sino únicamente la de las disposiciones que éste contenga en favor de aquéllas.

En cuanto a la inhabilidad para ser testigo en un testamento que establece el numeral 14 del artículo 1068 del Código Civil, la Corte en sentencia del 31 de agosto de 1893, al analizar las expresiones "dependientes o domésticos" que trae ese texto legal, expresó que para que exista tal dependencia, o sea, "para que un individuo esté sujeto a la autoridad de otro, es preciso que aquél esté de tal modo subordinado a éste, que no pueda obrar con entera independencia en ninguno de sus actos, como sucede verbi gratia con el poder que ejerce el padre sobre los hijos no emancipados, el del tutor sobre el pupilo, el del superior sobre los inferiores, y el del amo sobre el criado. Si en el caso que nos ocupa —continúa la sentencia, refiriéndose a un testigo que le prestaba servicios personales al testador, recibiendo a cambio el uso de algunos pastos pertenecientes a éste— se declarara la inhabilidad del testigo... se restringiría notablemente el número de personas que pudieran autorizar con sus firmas un testamento... pues todos los miembros de una sociedad, cual más, cual menos, recibimos y prestamos servicios constantemente, sin que por eso pueda decirse que no gocemos de independencia para obrar por propio impulso y no por sugestiones de otro" (G. J., año IX, Nº 416, Pág. 12).

Este mismo criterio lo mantuvo la Corte en otras sentencias que menciona don Fernando Vélez (Op. Cit., Tomo IV, Nº 214, Págs. 144 y 145). "No es cualquier dependencia la que inhibe para ser testigo de un testamento —dijo posteriormente la misma corporación— porque de ser así las cosas y dada la complejidad de las relaciones económicas actuales, el sistema o hecho de interdependencia que se destaca en ese orden, la inhibición de que se ha hecho mérito, y que es una excepción, vendría a trocarse en una regla con grave perjuicio general. La inhabilidad, por lo tanto, a que se refiere tal forma no puede ser otra sino la que provenga de una completa dependencia económica y hasta personal, que se traduzca en un obedecimiento completo, por esa razón, a las órdenes del amo". (Cas. Civ. 6 de octubre de 1942, LIV, bis, Pág. 158).

En sentencia del 6 de noviembre de 1947, esta Sala expresó respecto del colono aparcero, que no estaba comprendido en la inhabilidad para ser testigo de que trata el citado artículo 1068, en su numeral 14, "dada la definición que trae el Diccionario de la Academia de la palabra dependiente, pues el aparcero no está ligado con vínculo alguno de dependencia, sea de autoridad o de subordinación económica con el testador, desde luego que entre los dos lo que existe es un contrato" (LXXIII, Pág. 100).

Sentadas estas bases de orden doctrinario indispensables para el despacho del cargo en estudio, se procede a considerar si el Tribunal incurrió o no en los errores de hecho que le atribuye el recurrente.

a) A folio 3º vuelto del cuaderno número 3, obra como prueba, debida y oportunamente trasladada a éste de otro proceso que por idéntico motivo cursó entre las mismas partes y que culminó con sentencia inhibitoria, una declaración rendida por Gildardo Correa G. el 20 de febrero de 1969, en la cual reconoció como auténtico un documento que había suscrito el 13 de febrero de 1961, en el cual asevera haber recibido $ 9.184.69 "como participación en las utili-

dades del Almacén La E, de propiedad del señor Elías Londoño G., según el balance del 31 de diciembre de 1960, en mi carácter de socio industrial en la proporción del 30% sobre un total de $ 30.610.37 m/l. de acuerdo con el contrato que sobre este particular hemos celebrado..." (se ha subrayado).

Pues bien, es un hecho cierto que el Tribunal ignoró por completo esta prueba documental, no solamente porque no hizo ninguna alusión a ella en su sentencia, sino porque afirmó además que en los autos no existía prueba alguna que acreditase la existencia de la sociedad de hecho entre Londoño y Correa antes del 24 de noviembre de 1962, fecha en que aquél otorgó su testamento. El escrito preterido por el sentenciador, como acaba de verse, está fechado el 13 de febrero de 1961.

b) Afirma el recurrente que el Tribunal erró de hecho al aseverar que "la calidad de socio que los testigos le atribuyen al señor Gildardo Correa no la ubican en el tiempo y es muy posible que ellos se refieran a una fecha posterior al 24 de noviembre de 1962. En estas condiciones no existe dentro del expediente una prueba categórica que dé certeza sobre la calidad de socio, que la demandada y algunos testigos le atribuyen a Gildardo Correa... por el contrario, sí existe prueba de su calidad de administrador..."

Al respecto en los autos obran testimonios que no tuvo en cuenta el sentenciador, por lo cual incurrió en este nuevo error de hecho que le atribuye la censura, así:

Mario González Trejos, Secretario del Banco de Colombia en el cual estaba la cuenta corriente del Almacén La E, en declaración rendida el 22 de enero de 1969 (C. Nº 3, Fls. 8º a 9º) manifiesta: "por el conocimiento que tengo durante los doce (12) años que he trabajado en el Banco de Colombia en esta ciudad me he dado cuenta de que el señor Gildardo Correa ha sido socio del señor Elías Londoño, que trabajaba a utilidad por los balances que practicaban a fin de año... Me consta que la sociedad entre Elías Londoño y Gildardo Correa existía desde antes del año de mil novecientos sesenta (1960), porque hace doce (12) años estoy trabajando en el Banco y dicha sociedad existió hasta el día de la muerte del señor Elías Londoño".

Guillermo Cárdenas Tirado (C. Nº 3, Fls. 13 a 15), de 49 años de edad, negociante de profesión y como tal, vinculado comercialmente durante muchos años con los señores Londoño y Correa, declara el 31 de enero de 1969 (C. Nº 3, Fls. 12 v. a 15) así: "Puedo atestiguar y declarar que esa sociedad (se refiere a la de los mencionados señores, vinculada al Almacén La E) la conocí de unos diez (10) años a esta parte, a la fecha en que falleció el señor Elías Londoño..."

Héctor Muriel, de 24 años (C. Nº 3, Fls. 15 a 17), quien dice haber sido empleado por Londoño con una anterioridad de 15 años a la fecha en que declaró, esto es, al 31 de enero de 1969, dice: "Es cierto que el señor Gildardo Correa era socio del señor Elías Londoño, Gildardo Correa como socio industrial y Elías Londoño como socio capitalista. Doy razón de mi dicho porque yo soy empleado en el Almacén 'La E' desde hace nueve (9) años para acá y cuando entré a trabajar a dicho almacén ya existía la sociedad".

César Echeverri Ochoa, comerciante, vecino del Almacén La E, y amigo durante veinte años de Londoño y Correa, afirma también la existencia de la sociedad entre éstos y preguntado en cuanto a la duración de la misma, contesta el 7 de febrero de 1969 (C. Nº 3, Fls. 22 a 23 v.): "Yo no tengo buena retentiva en cuanto a las fechas, pero sí considero un tiempo prudencial de funcionamiento de dicha sociedad de unos ocho (8) años hasta la fecha del fallecimiento del señor Londoño".

Gonzalo Gutiérrez Naranjo, negociante de oficio, de 45 años de edad, declara el 16 de febrero de 1969 haber sido viejo amigo de Gildardo Correa y de Elías Londoño, con quienes tuvo negocios, y dice que él no ha visto "papeles o documentos en que hubiera constado una sociedad entre ellos dos (Londoño y Correa), lo único que afirmo es que Gildardo Correa trabajaba a porcentaje" y más adelante agrega: "Me consta que desde hace ocho (8) a diez (10) años que el señor Gildardo Correa trabaja en el Almacén 'La E' a un porcentaje y como dije antes, referente a papeles en que cons-

te que hubiera una sociedad por escrito no me consta nada" (C. Nº 3, Fls. 22 a 23).

c) Finalmente, también es notorio el error de hecho que se achaca al sentenciador, de no haber tenido en cuenta que el notario, ante quien Londoño García otorgó su testamento abierto, dio fe de que en los testigos instrumentales no concurría ninguna causal de impedimento. En efecto, en parte alguna de la sentencia impugnada se hace siquiera alusión a esa aseveración del notario.

Los tres errores de hecho que se han estudiado son evidentes, se presentan a la mente sin esfuerzo alguno. Por otra parte, versan sobre elementos de juicio que obran en el proceso, al cual fueron legal y oportunamente allegados, los cuales demuestran una realidad que el sentenciador no tuvo en cuenta, precisamente por haberlos preterido o ignorado, debido a lo cual tuvo como cierto que Gildardo Correa G., testigo instrumental del testamento otorgado por Elías Londoño García, era dependiente de éste y por tanto inhábil para prestar ese servicio. Por otra parte, como se expuso anteriormente, aún en el caso de que el testigo hubiese sido dependiente del testador, ello sólo habría producido la invalidez de una disposición en favor de aquél, y no la invalidez de todo el testamento. No sobra recordar que Londoño García asignó la totalidad de sus bienes a su esposa.

Por consiguiente, el cargo está llamado a prosperar y compete a la Corte, luego de casar la sentencia acusada, proferir en instancia la que debe reemplazarla.

Sentencia de reemplazo

Como se deduce de todo lo anteriormente expuesto, lo cual hace innecesaria una extensa motivación del fallo de instancia, Laureano Londoño Gómez, sobrino legítimo de Elías García, pretende que se declare la nulidad del testamento solemne y abierto que éste otorgó ante el notario de Riosucio mediante escritura número 547 del 24 de noviembre de 1962 y que, por tanto, se declare también que la sucesión correspondiente es intestada y que los bienes relictos deben distribuirse de conformidad con la ley.

Atrás se expuso que, de vieja data, la Corte ha considerado que la inhabilidad de un testigo testamentario derivada, entre otros motivos, de ser dependiente del testador, solamente invalida la disposición que lo favorezca y no todo el testamento. Con todo, por vía de amplitud, se estudia enseguida si Gildardo Correa era o no dependiente de Londoño García.

Como fundamento de sus pretensiones afirma el demandante que uno de los testigos instrumentales de tal testamento, Gildardo Correa G., era inhábil para serlo, porque tenía la calidad de dependiente del testador para la época de su otorgamiento, y pretende que tal inhabilidad radica en el hecho de haber trabajado Correa para Londoño García en un almacén denominado "La E" en la población de Riosucio. El trabajo ciertamente se demostró, pero con la dependencia no ocurrió lo propio; antes por el contrario, está ampliamente establecido en el proceso, con los testimonios que atrás se transcribieron en lo pertinente y en especial con la amplia y detallada declaración del propio Correa, que éste era simplemente socio idustrial del testador en el mencionado almacén, por lo menos desde el año de 1960 hasta la muerte de Londoño. Esa prueba testimonial aparece corroborada con un documento suscrito por el mismo Correa el 13 de febrero de 1961, en el cual afirmó entonces tener la calidad de socio industrial y con derecho a participación de un 30% de las utilidades.

Más aún, en la diligencia de inspección judicial practicada en el Banco de Colombia, Sucursal de Riosucio el 14 de abril de 1969, se halló en el archivo de dicho establecimiento una carta suscrita por Elías Londoño G., el 8 de mayo de 1963, en la cual califica a Gildardo Correa G., como su socio industrial en el Almacén La E, y en tal carácter lo autoriza para hacer uso de los sobregiros que sobre su cuenta corriente le llegue a conceder el banco (C. Nº 3, Fl. 26 v.).

El acta de conciliación que suscribieron la viuda de Londoño y Gildardo Correa el 18 de mayo de 1968, en la cual se califica

la actividad de éste en el Almacén La E de "administrador a razón de porcentaje sobre las ventas" no desvirtúa las pruebas anteriormente mencionadas y de las cuales se ha concluido que el citado Correa era socio industrial. Antes por el contrario, dicha acta demuestra que ese administrador o socio no dependía económicamente de Londoño ni posteriormente de su viuda, puesto que de lo contrario no había podido hacerse dueño único del almacén y pagarle a la demandada de contado la cantidad de $ 40.000.00, como allí consta que lo hizo.

Son mucho más fehacientes las atestaciones escritas de Correa y Londoño coetáneas al otorgamiento de la memoria testamentaria y las declaraciones de testigos atrás mencionados, sobre la calidad de socio industrial de aquél en el referido almacén, que el texto del acta en cuestión, que califica a Correa como administrador del mismo. Esta última calidad, por lo demás, no se opone a la de socio industrial, sino que más bien la corrobora, y además, de suyo, no lleva aparejada dependencia absoluta de quien figuraba como dueño del establecimiento.

El carácter de socio, así sea industrial o capitalista, descarta por completo la subordinación o la falta de autonomía que una persona puede tener respecto de otra y que son esenciales para que pueda hablarse de dependiente o doméstico para los efectos de la inhabilidad que establece el comentado numeral 14 del artículo 1068. No habiendo ni la una ni la otra, desaparece la inhabilidad que consagra ese texto legal para servir como testigo en un testamento. Y ese carácter de socio, tratándose de una sociedad de hecho, puede ser demostrado libremente. La Corte así lo expuso en sentencia del 12 de diciembre de 1925 (XXXII, Pág. 162) y del 14 de julio de 1928 (XXXV, Pág. 393) y lo reiteró en fallo de 21 de octubre de 1955, así:

"Si falta la prueba documental directa que acredita la existencia de la sociedad como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es menester que de los hechos mismos pueda inferirse en forma clara y precisa que no otro fue el ánimo de quienes en pie de igualdad reunieron bienes y actividades para el logro de fines lícitos en la especulación económica. Y es así el juzgador de instancia quien está llamado a calificar las pruebas y a valorarlas con su propio criterio para formar convicción con base en inferencias, dentro de las que se mueven con autonomía los poderes discrecionales del juez, mientras no clamen contra la evidencia procesal" (LXXXI, Pág. 462).

En el caso sub judice, las pruebas aportadas por las partes, todas a una, acreditan que entre el testador y Gildardo Correa existió durante más de diez años antes del fallecimiento de aquél una sociedad de hecho que explotaba el Almacén La E, en la cual Correa ostentaba la calidad de socio industrial, en virtud de la cual lo administraba con marcada independencia, y que como remuneración por su labor, tenía derecho a una participación porcentual de las utilidades. Este hecho demuestra muy a las claras que Correa no era dependiente, ni subordinado de Londoño, sino su colaborador en el negocio común.

No habiendo, pues, dependencia entre el testador y el testigo instrumental, sino relaciones contractuales de índole comercial que no conllevan subordinación alguna del uno respecto del otro, no existe la inhabilidad para ser testigo del testamento de Londoño García que el demandante atribuye a Gildardo Correa. Y no habiéndola, las pretensiones de dicho demandante están llamadas al fracaso, sin que sea por tanto necesario proceder al análisis de las pruebas aducidas con el fin de demostrar la habilidad putativa de dicho testigo. Como el juez de primera instancia decidió esta litis en ese sentido, la sentencia objeto del recurso de apelación debe ser confirmada, con la advertencia de orden doctrinario —cuya reiteración no sobra— de que si en realidad hubiese habido dependencia del testigo para con el testador, ella sólo habría producido la invalidez de la disposición en que éste lo hubiese favorecido (lo cual no ocurre en el caso sub judice) y no la de todo el testamento, al tenor del artículo 1119 del Código Civil.

Sin lugar a más 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, casa la sentencia recurrida y en su lugar confirma la que profirió el Juez Civil del Circuito de Riosucio el 15 de septiembre de 1972.

Condénase a la parte demandante en las costas de segunda instancia; sin ellas en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

REIVINDICACION

Incongruencia, no se requiere conformidad literal entre la sentencia y las pretensiones y excepciones, ni que el pronunciamiento se haga en la parte resolutiva y no en la motiva. — Prueba de la identidad del bien por declaración de parte. — Propiedad y derecho real de herencia. — Posesión legal de la herencia y posesión material.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a la decisión del recurso extraordinario propuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de mayo de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en este proceso ordinario que, contra Manuel Loreto Jiménez iniciara Leonel Sarmiento.

I

El litigio

1. En demanda repartida al Juez 2º Civil del Circuito de Tuluá, Leonel Sarmiento, por intermedio de apoderado, citó a juicio ordinario a Manuel Loreto Jiménez para que, primeramente se declarase que, por ser subrogatario de Miguel Sarmiento en "Los derechos adjudicados" a éste en los procesos acumulados de sucesión de Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas, tiene el dominio pleno de los siguientes bienes:

"a) Unas mejoras agrícolas ubicadas en el municipio de Tuluá, en el terreno denominado de 'Rómulo González' con una cabida de 3.903 m.2, marcadas en el plano de partición de las sucesiones acumuladas de Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas con el número 7, determinadas por los siguientes linderos: "norte, predio de Miguel Sarmiento L.; oriente, el mismo Sarmiento L. y Napoleón Jiménez; sur, el mismo Jiménez y herederos de Gregorio Aramburo y el mismo Sarmiento, y occidente, predio de Célimo Lozano;

"b) Unas mejoras en la fracción de 'Los Caimos', en este municipio de Tuluá, con su respectivo terreno que tiene una cabida de 3 plazas 1.678 m.2, marcado en el plano de partición de las sucesiones acumuladas de Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas con el número 6, determinado por los siguientes linderos: 'norte, parte del lindero sur número 5, de Miguel Sarmiento L. y predios de Elías Salvador Jiménez; oriente y sur, predios de Miguel Sarmiento, y occidente, el zanjón 'mono';

"c) Un lote de terreno en el sitio denominado 'Los Caimos', en jurisdicción de este municipio de Tuluá, con una cabida de 13 plazas 4.482 m.2, marcado en el plano de partición de las sucesiones acumuladas de Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas con el número 5, determinado por los siguientes linderos: 'norte, lindero del lote número 3 de mejoras del mismo Sarmiento Miguel; parte del lote número 2 de mejoras de Manuel Loreto Jiménez; los linderos occidental, sur y oriental del lote número 4 de José María Jaramillo y el callejón; oriente, predios de Valentín y Napoleón Jiménez, Marcelo Jiménez y Miguel Sarmiento L.; sur, parte del mismo Sarmiento y parte del lindero norte del lote de mejoras número 6 de Miguel Sarmiento; y occidente, predios de Elías Jiménez; y el que fue del doctor

José Ignacio Ospina, hoy de Aristóbulo Libreros;

"d) Las mejoras agrícolas existentes en el lote de terreno determinado en la letra anterior".

Como consecuencia de la anterior declaración, el demandante pidió que, por cuanto la posesión de estos bienes la tenía el demandado Manuel Loreto Jiménez, se condenase a éste a restituirle los dichos "tres lotes de terreno y las mejoras" plantadas en ellos, junto con sus frutos naturales y civiles.

También, y como primera subsidiaria, hizo la solicitud de que se condenase al demandado Jiménez, en caso de que éste demostrase haber plantado mejoras en los dichos predios, a pagarle el justo precio de éstos, con sus intereses.

Como segunda subsidiaria pidió que se condenase al demandado, "si hubiese sembrado, a pagarle el justo precio de los terrenos, la renta de los mismos desde cuando comenzó a beneficiarse de ellos y a indemnizarle todo perjuicio".

Como tercera petición subsidiaria formuló la de que, previo pago al demandado de las mejoras que éste hubiere plantado, se le condenase a la restitución de los inmuebles antes alindados, mas sólo en el caso de considerarse que la norma aplicable, en este evento, sea el inciso 3º del artículo 739 del Código Civil.

.2. Como hechos básicos de sus pretensiones, alegó los siguientes, que se compendian:

a) Loreto Jiménez y Aura Rosa Cárdenas, padres del demandado, fallecieron el 3 de noviembre de 1937 y el 18 de febrero de 1939, respectivamente, y sus procesos de sucesión se acumularon. Desde su inicio, el demandado intervino en los sucesorios como heredero, en su condición de hijo legítimo, y a petición suya y de sus hermanos se llevó a cabo la diligencia de inventario, en la cual fueron relacionados, como bienes relictos, los inmuebles cuyo dominio se litiga en este proceso;

b) El demandado, como consta en la escritura pública número 635, corrida el 8 de julio de 1943, junto con su hermana María de la Paz Jiménez, compró los derechos hereditarios de su hermano Carlos Romualdo en las sucesiones de sus padres;

c) Posteriormente, María de la Paz enajenó a Miguel Sarmiento no sólo la cuota del derecho hereditario que adquirió de su hermano Carlos Romualdo, sino su propio derecho. El mismo Sarmiento adquirió también los derechos hereditarios de Concepción, Aura María y Manuel Antonio Jiménez, hermanos de aquélla e hijos de los causantes Jiménez Cárdenas.

Al hacerse la partición dentro del respectivo proceso sucesorio, a Miguel Sarmiento, como subrogatario de quienes le enajenaron sus derechos hereditarios, le adjudicaron los tres inmuebles antes alindados. La partición fue aprobada por el Juez 2º Civil del Circuito de Tuluá el 26 de enero de 1952 y su inscripción se llevó a cabo en el año de 1965.

Con anterioridad al registro de la partición y de la sentencia aprobatoria, Miguel Sarmiento había vendido a Pompilio González los bienes a que se refiere la demanda; luego éste los vendió a Saturia Sarmiento de Montalvo quien, a su vez, y como consta en la escritura número 222 de 30 de junio de 1951, pasada ante el Notario 2º del Círculo de Buga, los transfirió al demandante Leonel Sarmiento, quien, además, desde el año de 1947 había adquirido de Sixta Puyo viuda de Chaves "el terreno sobre el cual se encuentran las mejoras determinadas en la letra b) de la segunda declaración de esta demanda";

d) "Es obvio —dice el libelo— que al fallecer el cónyuge Loreto Jiménez, la viuda y sus hijos legítimos continuaron viviendo en los mismos bienes y administrándolos; y que al morir la señora Aura Rosa Cárdenas, esa administración, a nombre de las sucesiones acumuladas, continuó hasta cuando se practicó la diligencia de secuestro decretada en tales juicios.

"Pero, y esto pone de presente la manifiesta mala fe del demandado Jiménez, cuando algunos herederos vendieron sus derechos al señor Miguel Sarmiento y cuando el propio Manuel Loreto Jiménez le había comprado la mitad de sus derechos a Carlos Romualdo Jiménez, reconociendo así el legítimo derecho de la sucesión sobre los bienes relictos, comenzó el demandado Jiménez a hacer oposición a las diligencias de secuestro, queriéndose hacer pasar por un tercero distinto a la sucesión.

e) "El señor Loreto Jiménez fue dejado como secuestre precisamente por haber alegado posesión material dentro del juicio de lanzamiento, posesión cuya mala fe no podrá ocultarse".

3. Con oposición del demandado quien, en el escrito de contestación a la demanda, propuso la excepción de prescripción, se adelantó la primera instancia que finalizó con fallo por medio del cual se negaron todas las súplicas y se absolvió al demandado. De esta providencia sólo apeló el demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al desatar este recurso, en sentencia de 30 de mayo de 1973 revocó la apelada y, en su lugar, declaró que el demandante Leonel Sarmiento González es el dueño absoluto de los bienes descritos en las letras a), b), c) y d) de la parte petitoria de la demanda, por lo cual condenó "in genere" al demandado Manuel Loreto Jiménez a pagarle los frutos naturales y civiles de los mismos. Además reconoció a éste derecho de retención "sobre las mejoras que tenga plantadas sobre los tres predios materia de la demanda", pues lo condenó a restituir los bienes.

Contra esta resolución, entonces, el demandado interpuso el recurso de casación que se está decidiendo.

III

Bases de la sentencia recurrida

Luego de resumir los hechos y peticiones de la demanda y a vuelta de relatar las incidencias de las instancias, el Tribunal acomete el estudio separado de cada uno de los 4 elementos de la acción de dominio.

Dice, al estudiar la propiedad que alega el demandante, que la acción petitoria de dominio y la reivindicatoria son diferentes, ya que ésta tiende a que se restituya al dueño el bien que le pertenece y que actualmente está poseído por otro, y que en este caso, como consecuencia de la primera, el demandante formuló la acción de dominio. Se introduce luego en el análisis de los títulos escriturarios aducidos por Leonel Sarmiento para concluir que "es bien clara la tradición de los derechos adquiridos por éste en las sucesiones acumuladas de los cónyuges Jiménez Cárdenas", por lo cual, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 752 y 1401 del Código Civil, debe reconocérsele el derecho de propiedad sobre los inmuebles cuyo dominio se litiga aquí.

Adelantando el estudio de los dichos elementos axiológicos de la pretensión, el ad quem encuentra también que lo que se reivindica son cosas singulares reivindicables.

Que esos bienes están poseídos por el demandado es episodio que halla demostrado cabalmente con la propia confesión de éste, contenida en la contestación a la demanda, cuando acepta los hechos 12, 13 y 15 relativos a que, pasada la diligencia de inventario y avalúos practicada en el proceso de sucesión de sus padres, continuó poseyendo los bienes relictos y que se opuso al secuestro de éstos alegando tener derecho en los mismos. Pero el hecho de la posesión lo deduce el Tribunal especialmente de la circunstancia de que el demandado, desde la réplica a la demanda, propuso la excepción de prescripción fundada en que por más de 20 años ha poseído los inmuebles cuya propiedad reclama el demandante Leonel Sarmiento. Esta confesión —dice el fallador— está corroborada con las declaraciones de Alfonso y Gilberto Zapata, Agapito Lozano, Manuel Santos Piedrahita, Teodoberto Flórez y Alfonso Cuéllar, testigos que depusieron a solicitud de Jiménez.

Finalmente, el Tribunal expresa que "la confesión del demandado Manuel Loreto Jiménez de ser el poseedor de los predios rurales de cuya reivindicación se trata, hecha al proponer la excepción de prescripción adquisitiva de dominio y los numerosos testimonios que él mismo aportó al proceso, están probando en forma plena y satisfactoria que él es el poseedor actual de los inmuebles reclamados como suyos por el demandante, y por tanto, en este caso, queda el actor relevado de suministrar otra prueba sobre identificación de dichos inmuebles". Por lo anterior halla que no tiene trascendencia la circunstancia de que, en la inspección judicial practicada en primera instancia, los peritos designados no hubieran podido identificar los inmuebles apuntados y expresado que, por lo mismo, "corresponde al juzgado resolver si se continúa la diligencia de inspección en asocio de ingenieros para la identificación de los lotes o considera cerrada tal inspección", y

acogiendo doctrina de la Corte, el ad quem expresa que la identificación no tenía que hacerse mediante prueba pericial, pues para obtenerla no se requiere de prueba específica, siendo también aptas para ello la confesión, los testimonios, el contenido de escrituras, etc.; que si el demandado consintió en ser el poseedor de los inmuebles objeto de litigio, con ello quedó demostrado, simultáneamente, que existe identidad entre los bienes que pretende Leonel Sarmiento y los que confiesa poseer Manuel Loreto Jiménez.

En capítulo separado, que denomina "excepción perentoria de prescripción adquisitiva de dominio" el ad quem, estribándose en que el demandado no es poseedor regular, pues carece de justo título y buena fe sobre los bienes que se reivindican, concluye que aquél no puede ganarlos por prescripción ordinaria. Desarrollando el tema, dice que desde la muerte de sus padres, hasta cuando se llevó a cabo la partición de los bienes relictos de éstos, el demandado obró siempre en su sola calidad de heredero, por lo cual reconoció que sus hermanos, como copartícipes, tenían derecho sobre los bienes sucesorales; que así lo reconoció cuando por medio de la escritura 635 de 8 de julio de 1943 compró a su hermano Carlos Romualdo Jiménez, la mitad de sus derechos hereditarios en las sucesiones de sus progenitores; cuando el 24 de mayo de 1938, junto con sus hermanos, confirió poder a un profesional para que adelantara el proceso de sucesión de su padre, profesional al que, en memorial de marzo 17 de 1939, junto con los mismos hermanos, confirió poder para que lo representara en la sucesión de su madre, y cuando el juzgado del conocimiento, previa solicitud suya, le reconoció su calidad de coheredero. De lo anterior concluye el ad quem que el demandado durante el tiempo de la tramitación del sucesorio de sus padres, tuvo los predios litigados a nombre de los consignatarios universales. En seguida expresa que tampoco está demostrada la prescripción extraordinaria, pues desde 1937, en que murió el primero de sus padres, hasta noviembre de 1955, cuando se registraron la partición y la sentencia aprobatoria de ésta, el demandado no poseyó exclusivamente a nombre propio, sino en el de todos los copartícipes de la herencia, y que, aun en la hipótesis de aceptar que empezó a poseer a su nombre desde 1955, como la demanda reivindicatoria le fue notificada el 31 de agosto de 1970, tampoco alcanzaría a configurarse la prescripción veintenaria, pues habiéndose interrumpido ésta por la notificación del auto admisorio de la demanda (Art. 252 del C. C.), seguiríase que sólo habría poseído 14 años y 9 meses, término que es insuficiente para fundar la usucapión extraordinaria.

IIII

El ataque

Contra la sentencia cuyo extracto queda atrás, el demandado enfila tres cargos que se estudiarán en el orden de su proposición, que, además, es el que para su despacho impone la lógica del recurso.

Cargo primero

Fúndase en la causal segunda y se hace consistir en que el fallo no guarda consonancia con las excepciones propuestas por el demandado.

El recurrente presenta el cargo así:

"El fallo es incongruente. La incongruencia consiste en este caso en que, habiendo opuesto el demandado la "excepción de prescripción veintenaria y en subsidio la ordinaria", como se lee en su escrito de contestación a la demanda (C. 1, Fl. 26 v.) el Tribunal no se pronunció sobre ellas.

"En esta causal, como lo ha expuesto reiteradamente la Corte, bastando al efecto citar para su nitidez especial los fallos de casación de 31 de julio de 1945 (G. J. LIX, Pág. 406, de 24 de mayo de 1946. G. J., LX, Pág. 462), 'para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sustanciado y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo'. Es este un caso de mínima petita: debía decidirse acerca de las dos excepciones de fondo, de prescripción adquisitiva ordinaria y usucapión, planteadas alternativamente, expresamente, como era menester, y en oportunidad; pero no se procedió así: en efecto la parte

resolutiva de la sentencia no alude siquiera a las excepciones. La decisión es, así, incompleta y por tal debe ser casada, luego de lo cual la Corte habrá de entrar en instancia a pronunciarse, con plena libertad".

La Corte considera

1. El principio de la congruencia en los fallos, por el cual toda sentencia debe guardar armonía con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el Código de enjuiciamiento contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas cuando así lo exija la ley, está consagrado diáfanamente en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Ese principio, empero, no obliga a que exista simetría tal entre la sentencia y las dichas pretensiones y excepciones, que aquélla guarde con éstas conformidad literal. Lo imprescindible es que la decisión recaiga sobre la totalidad de la materia litigada, respetando en absoluto, como ha dicho la Corte, los hechos procesales y no alterando la causa petendi.

2. La inconsonancia se ofrece cuando el fallo decide sobre temas que no fueron sometidos a composición por la judicatura, que es el caso llamado extra petita; cuando dejan de resolverse asuntos que son clara materia del litigio, lo que constituye mínima petita; y, finalmente, cuando se concede más de lo pedido, evento en el cual se da el fallo ultra petita.

3. La censura hace consistir la incongruencia que alega, en que el Tribunal, en la parte resolutiva de la sentencia, no hizo pronunciamiento expreso acerca de la excepción de prescripción que, al contestar la demanda, propuso el demandado.

Tal hecho es cierto. No aparece, en verdad, pronunciamiento explícito sobre ese particular en la parte resolutiva del fallo. Mas ello no quiere decir que el Tribunal haya dejado de resolver sobre la ameritada excepción, desde luego que, en capítulo especial de la sentencia, como en ésta se ve y cual aparece del resumen que de la misma se hizo, el sentenciador, a espacio, estudió las pruebas aducidas por el demandado con el propósito de acreditar los hechos en que fundaba la usucapión alegada, y concluyó que la prescripción ordinaria no estaba demostrada, ya que Manuel Loreto Jiménez, por carecer de justo título y de buena fe, no era poseedor regular; y que tampoco lo estaba la extraordinaria, pues la prescripción, iniciada en 1955, se había interrumpido con la notificación del auto admisorio de la demanda, por lo cual el prescribiente sólo había demostrado haber poseído por un poco más de 14 años.

Lo anterior no deja duda de que el Tribunal sí resolvió sobre esa excepción y de una manera expresa.

4. Y aunque el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil impera que la parte resolutiva de la sentencia, entre otras cosas, "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones", el quebranto de este deber por el juez no constituye per se, causal de incongruencia, pues lo que podría configurar la disonancia por mínima petita, no sería el hecho de que una determinada decisión no fuera incluida en la parte resolutiva del fallo, sino la circunstancia de que efectivamente la sentencia hubiera dejado de resolver un extremo de la controversia. En el caso de esta litis el Tribunal sí estudió expresa y ampliamente la excepción de prescripción y resolvió de manera cierta y clara que tal medio de defensa no había sido demostrado.

5. Ahora bien, como la sentencia no está constituida únicamente por la parte resolutiva, sino que se integra también con la motiva, síguese que una resolución contenida en ésta obliga asimismo como parte del fallo, como decisión jurisdiccional. Por tal motivo seguramente, al erigir la disonancia como causal de casación en el artículo 368-2 del Código de Procedimiento Civil, el legislador dijo que ella ocurría cuando "la sentencia" no era armónica con las pretensiones o las excepciones. Habló entonces de "la sentencia" en general y no específicamente de "la parte resolutiva", como sí lo hizo en la causal tercera de casación que se da cuando "la sentencia en su parte resolutiva contiene disposiciones contradictorias".

Si el Tribunal, pues, en la parte motiva del fallo recurrido, decidió que no estaba acreditada la excepción de prescripción,

aunque sobre el punto no hizo pronunciamiento expreso en la resolutiva, con ello no dejó de resolver sobre el medio de defensa dicho. No existiendo, entonces, la incongruencia que plantea el censor, el ataque estudiado no prospera.

Cargo segundo

Se formula en el marco de la causal primera y denúnciase en él violación, por aplicación indebida, de los artículos 946, 949, 952, 951 y 964 del Código Civil, proveniente de error de hecho en la apreciación de la declaración de la parte demandada, los testimonios aportados por ésta, la inspección judicial y el dictamen pericial.

Desenvolviendo la censura, el impugnante expresa que "omitiendo cualquier consideración" sobre los demás elementos axiológicos de la acción de dominio, endereza su ataque exclusivamente contra la conclusión que sacó el Tribunal, basado en la confesión del demandado, respecto a que está acreditada con esa prueba la identidad de los bienes que reclama el demandante y los que dijo estar poseyendo el demandado. Acepta el recurrente que, de la confesión de éste y del conjunto de testimonios que aportó, "se concluye inicialmente" el elemento de la identidad, mas arguye que si posteriormente otras pruebas persuaden de que no existe esa identidad, el fallador no está obligado a sostener su posición inicial, la cual puede ser modificada con apoyo en las nuevas pruebas, ya que, de no ser así, se contrariarían los principios de la lógica y las reglas de la sana crítica, que son los "principios orientadores del proceso". Insistiendo en su tesis afirma "que si el demandado acepta ser poseedor de la cosa reivindicada, con ello se demuestra en principio la identidad", mas no de tal manera "que una vez producida la confesión, el mérito probatorio suyo sea definitivo y no pueda ser desvirtuado" en frente de otras pruebas que acrediten lo contrario.

Concreta, entonces, su argumento, así: en el acta de la inspección judicial que, en primera instancia, practicara el juez del conocimiento, éste dejó constancia de que "no se puede identificar el lote a que se refiere la letra A) del punto 2º de la demanda, porque el demandado no pudo mostrar al despacho y al personal de la diligencia, los linderos que lo encerraban" y que, por lo mismo, no se pudieron identificar los lotes 5 y 6 "a que se refieren las letras b) y c) de la demanda", ni el lote 4 del plano, ni menos los números 2 y 3, "pues toda esa extensión de terreno... está poseída por Loreto Jiménez... sin que existan señales que puedan determinar cada uno de los lotes a que se refieren el plano y la demanda, pues forman un solo globo". Que los peritos dictaminaron lo mismo, "debido a que Jiménez posee una extensión mayor dentro de la cual —dice el recurrente— no fue factible la precisión de las zonas disputadas". Con tal apoyo concluye: si no se hubieran practicado estas dos pruebas con el resultado indicado, entonces la identidad de los predios estaría bien demostrada con la confesión y con lo dicho por los testigos; mas habiéndose practicado la inspección y el dictamen, pruebas que dicen que no pudo determinarse la discutida identidad, "no es posible mantener aquella postura y fundar la decisión en un supuesto contradicho procesalmente", por lo cual el Tribunal cometió error de hecho al "no tener en cuenta la inspección judicial ni la pericia" como prueba de la no identidad y al haber fundado ésta en la sola confesión y en los testimonios.

Finalmente expresa: "la cuestión no radica en qué prueba vale más, como quiera que todas se encuentran en pie de igualdad". Lo alegado es que el elemento identidad, que inicialmente se dio por probado con la confesión, después no pudo confrontarse en el terreno mismo, menester es concluir que ese elemento de la acción de dominio no quedó demostrado, pues "la identificación teórica, nominal o de palabra no puede prevalecer sobre la imposibilidad de identificación y localización real y práctica sobre el territorio observado directamente". Por tanto, el Tribunal "al haber aceptado lo desvirtuado y negado lo demostrado" incurrió "en yerros probatorios de hecho y protuberantes".

La Corte considera

1. No sólo al contestar la demanda aceptó Manuel Loreto Jiménez estar poseyendo los bienes que reivindica Leonel Sarmiento. Su

afirmación de que tal hecho es cierto, resulta ser, además, el fundamento de la excepción de prescripción que desde la réplica al libelo ha esgrimido para enervar la pretensión de su adversario. Entonces, si él dice haber ganado por prescripción los mismos bienes cuyo dominio alega el demandante, síguese que existe identidad entre aquéllos y éstos. A esta conclusión llegó el Tribunal y tal ha sido el puntal en que apóyase la tesis de la Corte cuando enseña que si el poseedor demandado acepta estar poseyendo los bienes cuya restitución reclama el demandante, tal posición no sólo es prueba idónea de que aquél es el actual poseedor de ellos, sino de que existe identidad entre unos y otros.

2. El recurrente impugna la conclusión del ad quem porque en la inspección judicial el juez del conocimiento no pudo determinar los linderos de los bienes reivindicados. Sobre el punto el acta dice así: "en estas condiciones no se pudo identificar el lote de mejoras a que se refiere el aparte a) del punto segundo de la demanda, porque el demandante no pudo mostrarle al despacho y al personal de la diligencia los linderos que lo encerraban, informando que los mojones o las líneas habían sido destruidas". Y tampoco se pudieron identificar en esa diligencia los otros inmuebles. Por su parte, los peritos expresaron también que, durante la diligencia, no pudieron identificarse los bienes "porque en el terreno no se encuentran mojones ni cercas divisorias por los respectivos linderos", pero afirman que "para esa identificación", ya que habían sido "movidos mojones y cercas divisorias y destruidas unas plantaciones para sustituirlas por otras, sólo podría llevarse a cabo con intervención de ingenieros que, auxiliados de los aparatos adecuados, restablecieran la ubicación de los respectivos mojones y las líneas divisorias de cada uno de los lotes, con vista del plano y naturalmente en presencia del juzgado, y es ese el motivo primordial de no haberse podido llevar a cabo la identificación solicitada por las partes en el juicio". Remataron, pues, los peritos, su dictamen dejando a voluntad del juez continuar la diligencia de inspección "en asocio de ingenieros para la identificación de los lotes" o declararla cerrada.

3. Cotejando la confesión del demandado relativa a que existe identidad entre lo que se reivindica y lo que él alega haber ganado por prescripción, con lo observado por el juzgado en la inspección y lo afirmado por los peritos en su dictamen, conclúyese claramente que el Tribunal no cometió error evidente de hecho al declarar, con fundamento en la primera de las pruebas relacionadas, que existía identidad de dichos bienes. Y no hay error en esa conclusión, porque ni el juez lo dijo ni los peritos lo afirman, que no exista identidad de esos inmuebles; lo aseverado por juez y peritos es que no pudo hacerse la identificación durante la diligencia, porque, de un lado, el demandante no pudo mostrar las líneas de demarcación de los predios por haber sino destruidas —en su sentir— los mojones y las cercas, y porque, de otro, los cultivos y plantaciones habían sido sustituidos por otros. Y es tan cierto que allí no se afirmó que no fueran idénticos los bienes, caso en el cual sí podría presentarse el error, que los mismos peritos afirman que la identificación sólo puede llevarse a cabo con intervención de ingenieros.

Entonces, si de la inspección y del dictamen no puede concluirse que no exista identidad, sino que ésta no pudo ser determinada por el personal que practicó la inspección, es claro que existiendo un medio excelente y superior de persuasión, como es la declaración de parte, relativamente a que el demandado posee los mismos bienes cuya propiedad alega el demandante, el Tribunal no incurrió en yerro fáctico al darla por establecida con prueba tan excepcional.

El error evidente de hecho, como lo ha enseñado la Corte, no es cualquier yerro en que incurra el sentenciador, sino aquel que aparezca de modo manifiesto en los autos, es decir el que contradiga la evidencia que arroja el proceso. De la confrontación del material probatorio aducido para demostrar la identidad apuntada, aparece con nitidez que en el globo de terreno de mayor extensión que, actualmente, explota el demandado, están comprendidos los lotes de terreno que reivindica Leonel Sarmiento, por lo cual no contradice la evidencia procesal el hecho de que el Tribunal haya dado por

demostrado que son idénticos los lotes de terreno, que posee Jiménez y los que reclama Sarmiento.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Cargo tercero

Está formulado en la órbita de la causal primera y hácese consistir en que "la sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: artículos 946, 949, 952, 961, 2526 y 2531; 3ª del Código Civil y de los artículos 780, 787, 790, 792, 2518 y 2531 del Código Civil y 1º de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación, proveniente de la violación de otras normas de derecho sustancial: los artículos 757, 762, 775, 779, 783, 785, 789, 980, 981 y 1401 del Código Civil, por interpretación errónea, y de error de hecho en la apreciación de las pruebas, causado por ese desacierto interpretativo: la aceptación judicial de la herencia de sus padres Loreto Jiménez y Aura Cárdenas, por parte de Manuel Loreto Jiménez; la partición, las hijuelas, la sentencia aprobatoria de aquélla y su inscripción en el registro de instrumentos públicos, en las dos mortuorias acumuladas; los memoriales de apoderamiento en ellos, suscritos por Manuel Loreto Jiménez; la escritura de compraventa entre Carlos Romualdo y Manuel Loreto Jiménez Cárdenas (635 de 8 de julio de 1943); la diligencia de secuestro practicada en los procesos mortuorios mencionados y los testimonios de Alfonso Zapata, Gilberto Zapata, Agapito Lozano, Manuel Santos, Teodoberto Flórez y Alfonso Cuéllar".

El Tribunal consideró —dice el censor— que la posesión alegada por el demandado sólo se inicia el 22 de noviembre de 1955, fecha en que fue registrado el acto de partición que concretó, en cosa singular, su derecho real de herencia, junto con la sentencia aprobatoria; que los actos de siembra, edificación, plantación, cerramiento y otros no fueron considerados como posesorios, porque hasta entonces el demandado sólo tenía "la posesión legal como heredero" y estaba reconociendo la calidad de coheredero de sus hermanos. Que el ad quem desatinó en su fallo por haber interpretado desacertadamente los preceptos de la posesión en sus distintas especies: material e inscrita, y legal, efectiva y definitiva de la herencia, "al extremo de entremezclar y confundir esos conceptos y tomar indiscriminadamente las normas de unas para el servicio de las otras". Que el Tribunal, con su planteamiento, privó al demandado de un lapso de posesión que para sus pretensiones es definitivo: el transcurrido desde la muerte de sus padres hasta el registro de la partición, con lo cual su período posesorio se vio recortado en más de 16 años, los que sumados a los 14 en que el Tribunal acepta poseyó, hubieran integrado sobradamente el término veintenario para la prescripción extraordinaria. Que el ad quem consideró que el demandado Jiménez no pudo haber poseído los fundos reivindicados desde el óbito de sus padres hasta el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, sino sólo de este momento en adelante, "porque considera que la posesión inscrita se superpone a la material y la excluye", y que mientras la inscripción de los causantes no hubiera sido cancelada por el registro de la sentencia aprobatoria del trabajo de partición, la posesión inscrita de éstos no podía ser anulada por el material que ejerciera Manuel Loreto Jiménez; que el Tribunal confundió la posesión legal de la herencia con la posesión inscrita y con la material de los bienes singulares que componen la universalidad herencial, y, en fin, que para el fallador "la única posesión admisible y valedera para usucapir es la que figura en libros excluyentes de cualquier significación y relevancia en los actos posesorios", desconociendo con ello que un extraño o un heredero "que contradiga el derecho del difunto o que se haya alzado a raíz de su fallecimiento, pueda ser poseedor material de uno de los bienes relictos. Que comprar el derecho de un copartícipe en la universalidad hereditaria o ponerse de acuerdo con los demás coherederos en el nombramiento de apoderado que los represente en el proceso de sucesión "no implica reconocimiento del derecho del de cujus en este o aquel bien que pueden figurar a su nombre. Que a pesar de que un inmueble aparezca inscrito a nombre de un tercero "cualquiera puede poseerlo materialmente y ganar sin título la propiedad por usucapión, antes de que su nombre aparezca en reemplazo del sujeto desplazado". Que, además, no se advirtió que al practi-

carse el secuestro de bienes en el proceso sucesorio, el demandado Jiménez se opuso como tercer poseedor "y se consideraba ya dueño con exclusión de cualquiera otra persona, incluyendo a sus coasignatarios en la herencia", lo que demuestra que, para el 23 de enero de 1947, ya estaba poseyendo en su exclusivo nombre.

Para rematar el cargo y compendiando sus fundamentos, el impugnante manifiesta: "estos errores, proyectados en la apreciación de la prueba, se manifiestan así: se tuvo como reconocimiento del dominio de la comunidad universal y, a la postre, de los adjudicatarios o del adjudicatario respectivo (Art. 1401, C. C.), el hecho de aceptar la herencia y concurrir con otros asignatarios al otorgamiento de poder a un mismo abogado para el impulso del proceso; se consideró que mientras no se inscribiera la partición ninguno de los herederos podía ser más que tenedor frente a cada bien relicto y que, por tanto, la partición puso término a la tenencia, a la vez que la prolongó hasta entonces; se tuvo como aceptación del señorío ajeno sobre unos determinados inmuebles, la compra de unos derechos hereditarios en la sucesión de quien figuraba como propietario inscrito de ellos; en suma, se tomaron los actos de postulación frente a la herencia como actos de aceptación del señorío ajeno sobre uno de los bienes de que el de cujus era poseedor inscrito, tergiversando de esa suerte el texto de aquéllos y su significación jurídica e ignorando la realidad fáctica subyacente".

La Corte considera

Individualidad propia tiene cada uno de los derechos reales de propiedad y de herencia, por lo cual se distinguen y sería grave error confundirlos. Diferéncianse, entre otros motivos, porque el primero recae sobre cosas singulares o cuotas determinadas de cosa singular, en tanto que el segundo se aposenta sólo sobre una universalidad, sobre la universalidad hereditaria. Quien tiene el derecho real de herencia, pues, está llamado a ejercerlo sobre la masa herencial como universalidad jurídica, pero él no lo faculta para ejercer dominio singular respecto de cada uno de los bienes que integran el acervo sucesoral. Sin embargo, el destino del derecho real de herencia es el de transformarse en el real de dominio cuando, satisfecho el modo de la sucesión por causa de muerte, se radica en cabeza de cada heredero la propiedad singular de los distintos bienes que formaban el activo patrimonial del causante. Al dominio singular de las cosas que forman una universalidad hereditaria pueden llegar quienes tienen título, originado en la ley o en el testamento, juntando a él el modo de la sucesión mortis causa, que es precisamente uno de los modos de adquirir el derecho de propiedad. Tal circunstancia explica por qué, durante el lapso que transcurre de la apertura de la sucesión al registro de la sentencia aprobatoria, el heredero carece de dominio singular sobre los bienes relictos. Lo mismo explica que la venta de éstos que se haga antes de liquidarse la herencia, deba considerarse como venta de cosa ajena, como enajenación hecha a non domino.

Del mismo modo, la posesión legal de la herencia, a que se refieren en particular los artículos 757 y 783 del Código Civil, enlazados con el 1013 siguiente, distínguese claramente de la posesión material a que alude el 762 de la misma obra. A pesar de que ambas son maneras de poseer, la una no es la otra, no se identifican. En efecto, para que exista posesión material requiérese que quien la ejercita tenga el animus que consiste en detentar el bien, por sí o por otro, mas siempre con señorío, es decir actuando como dueño y sin reconocer dominio ajeno, y que tenga también el corpus o sea que, por sí o por medio de otro, ejercite sobre la cosa singular actos materiales de goce y transformación apropiados a su naturaleza. La posesión material, pues, como la define el Código Civil, es tenencia de cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. Esta clase de posesión es el signo externo o inconfundible del dominio, por lo cual, el legislador ha dispuesto que al poseedor se le considere dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

En cambio, la posesión legal de la herencia, como su mismo nombre lo señala, no recae singularmente sobre cada uno de los

bienes que componen el patrimonio relicto, sino sobre la herencia, como específicamente lo declaran los artículos 757 y 783 citados, es decir sobre la universalidad. Tal especie de posesión no requiere ninguno de los dos elementos propios de la material: animus y corpus, ya que la posesión legal de la herencia se confiere al heredero, por ministerio de ley, desde el mismo instante en que el causante fallece, y la adquiere desde el momento en que le es deferida, aunque, como expresamente lo señala el artículo 783 apuntado, "el heredero lo ignore". Esta posesión legal, posesión de la herencia, se da aunque no exista por parte del heredero ninguno de los elementos que conforman la material.

Sobre el particular, en fallo de 16 de agosto de 1973, aún no publicado, la Corte dijo: "Como una excepción al principio de que la posesión está integrada por dos elementos: uno interno, subjetivo, que es el animus y otro externo u objetivo, que es el corpus, la ley ha consagrado expresamente la posesión legal del heredero, quien, sin cumplir requisito alguno, sin animus o sin corpus, o sin ambos elementos, de pleno derecho entra a poseer la herencia, aun sin saberlo, desde el mismo momento en que ella le es deferida, es decir, desde el fallecimiento del de cujus, a menos que la institución de heredero haya sido bajo condición suspensiva.

"Si el heredero, pues, está en posesión de la herencia desde el momento en que se le defiere, tenga o no tenga animus en esa posesión, ora ejercite o no ejercite actos configurativos del corpus, síguese que, deferida la herencia, siempre está ocupándola. Cuando otra persona, con título distinto al de heredero, detenta bienes de los relictos, entonces no es ocupante de la herencia, sino de bienes determinados; su contacto no dice relación a la universalidad hereditaria, sino a cosas singulares que pueden hacer parte de ésta".

Resulta de lo anterior, evidentemente, que aunque el heredero tiene siempre la posesión legal de la herencia, ello no excluye que la material de bien singular que hace parte del acervo hereditario, en todo o en parte, la tenga persona que no es sucesor del difunto o que la tenga asignatario de éste que posea a nombre propio exclusivo, no como heredero ni a nombre de los demás copartícipes. Del asignatario a título universal, pues, por el sólo hecho de serlo, por tener siempre posesión legal de la herencia, no puede predicarse necesariamente y en todo caso, que sea a la vez poseedor material de los bienes que dejó su causante. La posesión material de estos bienes, según quien satisfaga los dos elementos que la configuran: animus y corpus, puede ser ejercida ya por el sucesor del difunto, ora a nombre propio exclusivo, para lo cual ningún papel juega su calidad de asignatario, ora también a nombre de los copartícipes de la herencia, ya por un tercero que carezca de nexo sucesoral con el de cujus.

Recordados estos principios, es necesario decir que el Tribunal sentenciador no los ignora en su fallo, aunque existe alguna oscuridad en sus palabras. En ninguna parte de la providencia se lee, como lo sugiere el recurrente, que el Tribunal haya negado al demandado Manuel Loreto Jiménez el derecho a ser poseedor material de los bienes litigados, basándose en que siendo él heredero no podía poseer, para sí solo, bienes cuyo dominio al fallecer el causante aparecían radicados en cabeza de éste. Ni hay pasaje que permita inferir que el sentenciador haya sostenido que quien tiene la calidad de heredero, por el simple hecho de serlo, sólo pueda iniciar la posesión exclusiva de bienes relictos después de que estén aprobados y en firme los actos de partición sucesoria. Muy distintas son las afirmaciones del Tribunal, como surge de la simple lectura del fallo y como emerge del resumen que de él se hizo, aunque en verdad el fallo carezca de claridad en varios pasajes.

Cuando el ad quem expresó que el demandado no había tenido posesión material exclusiva en el interregno situado entre la muerte de su padre (1937) y el registro de la partición y de la sentencia aprobatoria, (1955), con ello no negó que aquél hubiera sido poseedor material en ese lapso, sino que no lo fue en forma que excluyera a los demás herederos; que efectivamente poseía,

pero lo hacía a nombre propio y de sus hermanos, desde luego que, al aceptar que esos bienes se incluyeran en la diligencia de inventario practicada dentro del juicio de sucesión de su progenitor fallecido, reconoció el dominio de éste sobre ellos y el derecho consecuencial que a los mismos tenían todos sus sucesores y no él exclusivamente; que si después no presentó reparo al trabajo de partición que elaborara su propio apoderado, en el cual, los bienes aquí litigados no le fueron adjudicados a él, que los poseía directamente, sino al cesionario de derechos, Miguel Sarmiento, ese hecho era indicativo de que el demandado, hasta la liquidación de la herencia, reconoció que, fuera de él, los demás sucesores de su padre tenían derecho a los bienes litigados, no obstante que él sólo los estaba usufructuando, por lo cual reconoció dominio ajeno concurrente.

Esta apreciación del Tribunal no sólo no es contraevidente, sino que resulta ser compasada con las pruebas que el expediente ofrece, ninguna de las cuales, ni siquiera la testimonial, permiten inferir que el ad quem haya cometido arbitrariedad cuando sacó la conclusión de que el demandado, antes de liquidarse la sucesión de sus padres, poseyó los bienes que aquí se reivindican, mas no desconociendo en ellos derecho ajeno, sino aceptando que a los mismos tenían derecho los demás herederos.

No existiendo pues el error de hecho denunciado, síguese que el cargo no 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 de 30 de mayo de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en este proceso ordinario que, contra Manuel Loreto Jiménez suscitara Leonel Sarmiento.

Tiénese al doctor Fernando Hinestrosa como apoderado de la parte demandada recurrente y al doctor Carlos Patiño Ospina de la demandante.

Las costas del recurso a cargo de Manuel Loreto Jiménez.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SEGUROS

Contrato de adhesión, sus características; distintos criterios interpretativos de sus cláusulas. — Estipulación para otro.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en este proceso contra la sentencia de 15 de septiembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de José Lopera Monsalve y otros, contra la Internacional de Seguros S. A.

Antecedentes

Mediante certificado de aplicación número CM - 5270 suscrito el día 23 de mayo de 1969 para adherir a la póliza del mismo número expedida en Bogotá, D. E., el 5 de abril de 1968, la Internacional de Seguros S. A., como entidad aseguradora declaró que "con aplicación a la póliza general depositada y aprobada por la Contraloría Distrital de Bogotá en concordancia con la Resolución número 131 de 1956, garantizamos a Distrital de Rifas Ltda. y/o Henry Sánchez O. y Arturo Villegas Mazuera la entrega de los premios de la rifa a efectuarse los días 20 y 24 de octubre de 1969... Garantía que rige únicamente y en forma exclusiva por las cláusulas determinadas en la póliza arriba anotada", hasta por un valor de $ 210.000.00 y con vigencia de 162 días o sea, "desde mayo de 1969 hasta octubre de 1969" (Fl. 5º, cuaderno Nº 1).

El mencionado seguro garantizaba el pago de tres premios: el primero, cuyo sorteo debía verificarse el 20 de octubre, y que consistía en un automóvil "Ford" Galaxia, modelo 1966, convertible, motor en V, automático, caja al piso de consola, radio original, etc., para jugar con los siete números impresos en cada boleta (Fl. 4º, Ibid.). En el expresado sorteo resultó favorecido el número 0698 contenido en la boleta que resultó pertenecer a los señores José J. Lopera Monsalve y Horacio Vargas Medina, quienes por no haber logrado la entrega del vehículo ganado, ni tampoco el pago de la suma por el cual lo garantizó la Internacional de Seguros S. A., propusieron contra ella la demanda con que se inició este proceso, solicitando:

"1º Que es válida la póliza número CM-5270 por medio de la cual la Compañía 'Internacional de Seguros S. A.' garantizó a la sociedad comercial 'Distrital de Rifas Ltda.' con sede en esta ciudad de Bogotá, a la Inspección Distrital de Juegos, con una garantía de doscientos diez mil pesos ($ 210.000.00) m/cte., el pago de los premios correspondientes a la rifa que se efectuó en los días 20 y 24 de octubre del año próximo pasado (1969) conforme al plan estipulado por la referida empresa comercial.

"2º Que se condene a la Compañía 'Internacional de Seguros S. A.', con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, y representada por su Gerente General, señor Mario Laserna Hoyos, a pagar a mis mandantes, señores José J. Lopera Monsalve y Horacio Vargas Medina... la cantidad de doscientos diez mil pesos ($ 210.000.00) m/cte., valor que garantizó cubrir la referida compañía, según contrato de seguro cuya póliza es la número CM-5270, expedida a favor de la Inspección Distrital de Juegos, y por medio de la cual garantizó a

la sociedad 'Distrital de Rifas Ltda.' el pago del premio correspondiente al veinte (20) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), a la persona o personas favorecidas.

"3º Que se condene también a la Compañía 'Internacional de Seguros S. A.', representada como se dijo antes por su Gerente General, señor Mario Laserna Hoyos, a pagar a mis mandantes ya nombrados, la cantidad de cincuenta y ocho mil pesos ($ 58.000.00) m/cte., valor de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la compañía aseguradora en el pago de la suma indicada en la póliza a los favorecidos señores José J. Lopera Monsalve y Horacio Vargas Medina, quienes acreditan ser los beneficiarios de esa suma, o también si la condena se hace en abstracto que ésta se fije por medio de peritos siguiendo el procedimiento indicado en el Código Judicial".

Como causa de estos pedimentos, los demandantes afirmaron los hechos que se resumen así:

Que adquirieron de la empresa "Distrital de Rifas Ltda.", una boleta de la rifa, con un primer y segundo premios, que consistían en un Ford Galaxia modelo 1966 y un Jeep Comando, modelo 1967, que jugarían en su orden, el 20 de octubre de 1969 con la Lotería de Cundinamarca y el 24 de octubre del mismo año con la Lotería de Medellín, y un tercer premio de $ 2.000.00 que jugaba todos los lunes con la Lotería del Tolima.

La boleta jugaba con los números 9266, 3654, 7838, 2126, 6410, 0698 y 4962; y el 20 de octubre de 1969, día del sorteo, salió favorecido el número 0698, correspondiente éste a uno de los números con que jugaba la boleta adquirida por los demandantes. A los tres días siguientes, los ganadores se presentaron a la empresa "Distrital de Rifas Ltda.", a reclamar la entrega del primer premio, pero los representantes de la sociedad, Henry Sánchez y Bernardo Aristizábal les manifestaron que no estaban en posibilidad de cumplir lo prometido, ofreciéndoles en cambio dos vehículos de modelo antiguo, oferta que no fue aceptada.

La empresa "Distrital de Rifas Ltda.", para poder organizar el sorteo otorgó ante la Inspección Distrital de Juegos de Bogotá una garantía de la "Internacional de Seguros S. A.", en cuantía de $ 210.000.00 con vigencia hasta la fecha de la rifa, para responder por el pago de los premios estipulados en la boleta, seguridad contenida en la póliza citada en las peticiones de la demanda.

Se opuso la compañía demandada a estas pretensiones, invocando como excepciones las resultantes de la cláusula que en el certificado de aplicación subordina la eficacia de la garantía prestada a las estipulaciones contenidas en la póliza general de seguros, y entre las cuales tienen primordial importancia las siguientes, que no se cumplieron:

"A. Siniestro. Se entiende causado el siniestro —para contratos como el de que aquí trata— "Tan pronto como la aseguradora sea notificada de las resoluciones administrativas que declaran el incumplimiento del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de imposición de multas y sanciones previstas en el mismo.

"B) Responsabilidad de la aseguradora. La responsabilidad cesará (en contratos como el de que aquí se trata) ... en el caso de que transcurridos ciento ochenta (180) días a contar de la fecha señalada en el contrato o en las prórrogas que hayan amparado la aseguradora como término de su ejecución, no haya sido notificada la resolución administrativa de liquidación del contrato, de incumplimiento del mismo, por parte de la entidad administrativa asegurada o de la Contraloría Distrital".

"La resolución administrativa prevista no se dictó ni por consiguiente pudo ser notificada de ella la entidad aseguradora dentro del término prefijado en el contrato".

Tramitado así el proceso, fue decidido por el Juzgado del conocimiento —Cuarto Civil de este Circuito de Bogotá— en sentencia de fecha quince de mayo de 1971, en conformidad con los extremos petitorios de la demanda; y confirmada luego por el Tribunal Superior de Bogotá ante quien se apeló, mediante providencia de 14 de marzo de 1972, con la sola aclaración de que en "la liquidación de los perjuicios debían observarse las normas contenidas en los artículos 335 del Decreto-ley 1400 de 1970 y 25 de la Ley 105 de 1927, vigente cuando se celebró el contrato".

La sentencia impugnada

Después de relacionar las pruebas allegadas por las partes, el Tribunal dice que en este caso se trata de un contrato de rifa ya que la entidad denominada 'Distrital de Rifas Ltda.' emitió boletas que puso en circulación y expendio público con el anuncio de ciertos premios por lo cual algunas personas las adquirieron mediante el pago del precio correspondiente, generándose así obligaciones para aquélla, como la de entrega de esos premios a los poseedores de las boletas ganadoras según el resultado del sorteo". Agrega que tratándose de un contrato de rifa, se requería la licencia de autoridad competente a cuyo cargo está el regular tal acto en orden a su validez o suspenderlo por razones de seguridad, mientras no se cumplan los requisitos exigidos para garantizar los derechos de los poseedores de las boletas que resultaren premiadas, y las del fisco nacional o municipal; que, en la inspección judicial practicada en la Sección de Rifas, Juegos y Espectáculos Públicos del Distrito, se dejó constancia de los documentos que obran en el expediente respectivo, a saber: "la solicitud de Henry Sánchez para poder sellar 1.328 boletas de $ 1.000.00 correspondientes a dos vehículos automotores; la factura número 893 del 28 de marzo de 1969, correspondiente a la compra de uno de tales vehículos, objeto de la rifa; el recibo del 30 de mayo de 1969 por medio del cual Arturo Villegas declara haber recibido de la Inspección Distrital de Juegos las boletas comprendidas del número 8571 al 8670 debidamente selladas para la rifa; el certificado número CM-5270 de fecha 23 de mayo de 1969, de la Compañía Internacional de Seguros S. A., referente a la póliza por medio de la cual garantizaba a Distrital de Rifas Limitada y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera la entrega de los premios de la rifa a efectuarse los días 20 y 24 de octubre de 1969; una diligencia de caución personal; una diligencia de depósito; dos recibos de la Tesorería Distrital, el primero referente a impuestos varios de fecha 30 de mayo de 1939, por $ 5.000.00 y el segundo de la misma fecha, por concepto de impuesto de rifas por $ 10.000.00".

Añade que en el cuaderno número 1 (folios 3º, 4º y 5º) se encuentran los siguientes comprobantes: "el referente al número del billete favorecido, que lo fue el 0698 (certificado del gerente administrativo de la Lotería de Cundinamarca); la fotocopia de la boleta favorecida en la rifa en la cual aparece dicho número y un certificado de la Internacional de Seguros correspondiente a la póliza CM-5270, por la suma de $ 210.000.00, con una vigencia de 162 días, contados desde el 16 de mayo de 1969, hasta el 24 de octubre del mismo año, según aparece en forma borrosa en esta fotocopia y claramente en el memorial del doctor Arturo Vallejo, representante judicial de dicha compañía de seguros (Fl. 16, cuaderno Nº 1). Estos documentos han obrado en los autos sin observación alguna contra ellos por la parte demandada".

Continúa diciendo que para la eficacia de su gestión administrativa, la Inspección de Juegos impone al que promueve una rifa ciertos requisitos previos encaminados a garantizar la entrega o pago de los premios y el pago de los impuestos nacionales o municipales, entre los cuales está, la póliza general depositada, y aprobada por la Contraloría Distrital de Bogotá en concordancia con la Resolución número 131 de 1956; que el apoderado de Internacional de Seguros S. A. expresó: "El objeto del seguro, al cual el certificado de adjudicación se refiere fue el de garantizar la entrega de los premios de la rifa a efectuarse en los días 20 y 24 de octubre de 1969... que es evidente que la Internacional de Seguros S. A. por conducto de su Departamento de Manejo y Cumplimiento emitió el 23 de mayo de 1969 el certificado de aplicación CM-5270, en el cual aparece como asegurada la entidad administrativa denominada Inspección Distrital de Juegos de Bogotá, y figuran como garantizados 'Distrital de Rifas y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera, por la suma de $ 210.000.00..."; y que en tales circunstancias "salta a la vista que el señor Henry Sánchez adelantó, ante la Inspección Distrital de Juegos, las gestiones conducentes a obtener autorización para verificar la rifa mencionada y, al efecto, para cumplir los requisitos exigidos por esa oficina (Fl. 17, vto., Cd. Nº 3), presentó: un certificado de 'Automoto' alusivo a

la factura de compraventa y al manifiesto de importación; el certificado tantas veces nombrado de la Compañía Internacional de Seguros S. A. relativo a la garantía de entrega de los premios y dos recibos de impuesto de rifas; además, suscribió una diligencia de caución personal y una diligencia de depósito el 29 de mayo de 1969; por tanto, solamente se echa de menos, para el cumplimiento total de los requisitos, la póliza a favor de la Tesorería Distrital para garantizar el pago del impuesto por el ganador, como lo expone el señor Abogado Jefe de la Sección de Rifas del Distrito Especial de Bogotá (Fl. 18, Cd. Nº 3).

"Queda, pues, establecido que, se realizó la rifa proyectada por los emitentes de los billetes o boletas, con intervención del Inspector de Juegos, y que, a pesar del oficio número D-316 donde el Director Distrital de Impuestos observa 'irregularidades sobre boletas de la Distrital de Rifas Ltda.' y la falta de garantía para asegurar el pago de los impuestos por el ganador, como ya se dijo, dicha inspección no suspendió tal acto (Fl. 18, Cd. Nº 3), consolidándose de esta manera para los terceros de buena fe, ganadores de los premios, una situación jurídica contractual que es la que se pretende hacer valer en este proceso. Es preciso destacar que las boletas de los adjudicatarios de los premios, debidamente numeradas y única prueba del contrato, son títulos de crédito al portador y, por tanto, transmisibles por la entrega. De consiguiente, sólo sus poseedores pueden ejercitar el derecho en ellos incorporados".

Luego, citando doctrina de la Corte, expresa: "Mediante el memorial de fecha 25 de agosto de 1970, la parte demandada solicitó al juzgado del conocimiento tener como prueba la 'copia de la póliza matriz de seguro de cumplimiento número CN-5-8' expedida para 'amparar al Distrito Especial de Bogotá contra el incumplimiento por parte del contratista a quien haya expedido certificado de seguro, de las obligaciones pactadas en los contratos que se celebran, etc.

Pues bien, el certificado de seguro presentado corresponde a la póliza general que se expidió para precaver el incumplimiento de las obligaciones pactadas y a cargo de 'Distrital de Rifas Limitada' y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera (folio 5º, cuaderno principal). En tal certificado figura como entidad asegurada de la Inspección Distrital de Juegos.

"Ocurrió que el día 25 de octubre de 1969 los señores Henry Sánchez y Bernardo Aristizábal informaron a la Internacional de Seguros S. A. 'en su condición de la entidad (sic) Distrital de Rifas Limitada', que la sociedad fue víctima del delito de abuso de confianza por el señor Arturo Villegas Mazuera quien desapareció y 'por la pérdida económica sufrida por este delito, nuestra sociedad cumplió únicamente para dar cumplimiento con la entrega de un vehículo, viéndose imposibilitada económicamente para dar cumplimiento con el segundo. El primer premio fue aparentemente ganado por un señor de Medellín, quien responde al nombre Joaquín Lopera y otro. Estos señores se han presentado a nuestras oficinas a reclamar la entrega del vehículo presuntamente ganado, con boletas de las sustraídas indebidamente por Villegas Mazuera'.

"En síntesis, la póliza en referencia fue expedida para amparar al Distrito Especial de Bogotá contra el incumplimiento de la 'Distrital de Rifas Limitada' y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera, en la entrega de los premios ofrecidos al público, para quien resultara favorecido en el sorteo respectivo; esto es, se trata de un seguro de responsabilidad en que el asegurador es la Internacional de Seguros S. A.; el asegurado el Distrito Especial de Bogotá, o la Inspección Distrital de Juegos; el objeto en juego un automóvil Ford Galaxia, modelo 1966 (folio 1º del cuaderno de pruebas del actor); los responsables de su entrega al ganador, cuyo incumplimiento hace responsable a la compañía aseguradora: Henry Sánchez y Arturo Villegas o la sociedad Distrital de Rifas Limitada. Por tanto, ocurrido el siniestro, a la manera como lo informan los que promovieron la rifa, quienes manifiestan su insolvencia económica, los terceros en cuyo favor se constituyó la garantía pretenden que se condene a la compañía aseguradora al pago del valor pactado en el contrato de seguro. Es necesario poner de relieve que el asegurado, Distrito Especial de Bogotá o Inspector de Juegos, no pactaron en la póliza mencionada el pago del valor asegurado para incorporarlo en los ingresos del fisco muni-

cipal, sino con destino a las víctimas del siniestro, porque el incumplimiento de los garantizados sólo ocasiona perjuicios a terceros que mediante el pago de cierta cantidad adquirieron las boletas. Se presenta pues el caso de la estipulación para otro, que el artículo 1506 del Código Civil establece... La estipulación para otro ofrece a los terceros acreedores verdadera utilidad, si en el seguro de responsabilidad la acción directa contra el asegurador pertenece a la víctima del daño, es decir, si tales terceros pueden obrar contra el deudor de su deudor sin acudir a éste para obtener el pago correspondiente. Así lo ha entendido la jurisprudencia francesa como puede verse en Josserand (Cours de droit civil positif francais II) y también la jurisprudencia nacional, según la transcripción de un fragmento pertinente de sentencia de la Corte Suprema, por Ortega Torres en el Código de Comercio Terrestre —página 249—, así: "Si bien el nombre de los contratantes (asegurador y asegurado) debe figurar en la póliza como requisito esencial, ello no se opone a que, por aplicación de otros preceptos, el seguro puede aprovechar a persona distinta de la que figura como asegurada; persona que, no obstante, se considera como tal asegurado y puede demandar en nombre propio el pago del valor de las mercancías aseguradas en caso de siniestro. Tal sucede cuando el seguro se contrata a favor de otro, verbigracia, cuando el dueño de una póliza flotante asegura bajo esa póliza mercancías de otro con conocimiento de la compañía aseguradora. En tal caso el nombre del dueño de las mercancías aseguradas no tiene por qué figurar en la póliza del que figura como asegurado, sin que por eso deje de tener los derechos del asegurado (Cas., 8 de marzo de 1926. XXXII, 235)... De la simple lectura de la póliza se hace patente que, no es caso de la fianza para garantizar el cumplimiento de obligaciones a favor de la Municipalidad, emanadas de contratos administrativos usuales, tales como: el de suministro, o de empréstito, o de arrendamiento de cosas o de administración delegada o de concesión o de otra clase de contratos que puedan afectar el patrimonio del Distrito Especial de Bogotá, sino de un contrato cuya finalidad es 'amparar al Distrito Especial de Bogotá, contra el incumplimiento por parte del contratista a quien haya expedido el certificado de seguro', o sea, contra el incumplimiento de 'Distrital de Rifas Ltda.' y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera en la entrega de los premios a los ganadores en la rifa, lo cual significa que el Distrito carece de interés de orden económico en el negocio en cuestión, pues los intereses fiscales los asegura por separado. De consiguiente, la función de la administración pública es de policía, pero la rifa es negocio de derecho privado, aunque el Distrito Especial de Bogotá o la Inspección de Juegos, para el eficaz cumplimiento de sus funciones de protección, a los intereses de los terceros de buena fe hubiera pactado la garantía en referencia".

Finalmente expresa el Tribunal:

"En nuestra época, una de las formas más usuales para garantizar el cumplimiento de obligaciones, tiene lugar mediante el contrato con una compañía de seguros, cuyo objeto es, en muchos casos el de responder al acreedor en el evento de insolvencia del deudor, esto es, mediante la fianza presentada por esa compañía; de consiguiente, también es necesario hacer alusión a las normas relativas de la fianza.

"El artículo 2361 define la fianza así: 'Obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple'" (C. C.). Y 'para que exista, basta que sea aceptada por el fiador y el acreedor. En un contrato de fianza, el fiado es un tercero, cuya intervención no se requiere'" (Sent. S. de N. G., 19 Sep. 1932, XLI, 116).

"En el documento que obra al folio 5º del cuaderno principal, que es prueba del seguro (Art. 638 del C. de Co.), aparece como entidad asegurada la Inspección Distrital de Juegos y como garantizados la Distrital de Rifas Ltda. y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera o sea que, la Compañía Internacional de Seguros S. A. responde a la Inspección de Juegos de las obligaciones a cargo de los garantizados, que consisten en la entrega de los premios a los poseedores de las boletas favorecidas en la rifa, como ya se dijo.

"En consecuencia, los poseedores de las boletas, títulos al portador, han ejercitado el derecho a ellas incorporado y, no pudiendo hacerlo contra el deudor o deudores principales, insolventes económicamente según la carta que obra en el proceso, en la cual éstos dan al asegurador noticias del siniestro han tenido que adelantar este proceso contra el fiador, o sea, contra la Compañía Internacional de Seguros S. A., cuyas obligaciones se ponen de relieve en el certificado de aplicación número CM-5270 y en la póliza general allegada a los autos (Fls. 8 y siguientes del cuaderno Nº 2).

"Finalmente, la Sala comparte las razones expuestas, por el señor juez del conocimiento en lo que respecta al pago de los perjuicios por la parte demandada, en virtud de su incumplimiento del contrato".

Cargos contra la sentencia

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se formulan los siguientes cargos.

Primer cargo

La sentencia impugnada infringió de manera directa, por falta de aplicación los artículos 1602 del Código Civil y 306 del Código de Procedimiento Civil y por aplicación indebida los artículos 1506 y 2361 del Código Civil, 25 de la Ley 105 de 1927, en armonía con el 1615 del Código Civil y 307 y 335 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre la base de que el Tribunal apreció debidamente los medios de prueba que obran en el proceso y por lo mismo no incurrió en yerros de índole probatorio, el censor desarrolla el cargo diciendo que el Tribunal estimó las siguientes pruebas:

"a) Un certificado de la Internacional de Seguros correspondiente a la póliza CM-5270 por la suma de $ 210.000.00, con vigencia de 162 días, en el que vio el Tribunal 'como entidad asegurada la Inspección Distrital de Juegos, y como garantizados la Distrital de Rifas Ltda. y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera, o sea, que la Compañía Internacional de Seguros S. A., responde a la Inspección de Juegos de las obligaciones a cargo de los garantizados que consisten en la entrega de los premios a los poseedores de las boletas favorecidas en la rifa'; certificado que se emitió con aplicación a la póliza general depositada y aprobada por la Contraloría Distrital de Bogotá, para garantizar la entrega de los premios, de la rifa que se efectuaría en los días 20 y 24 de 1969, y en el que asimismo aparece que la garantía se rige únicamente y en forma exclusiva por las cláusulas contenidas en la póliza;

"b) La copia de la póliza matriz de seguro número CN-5-8 de la cual aparece, según lo expresa el Tribunal, que se trata de "un contrato cuya finalidad es 'amparar al Distrito Especial de Bogotá contra el incumplimiento por parte del contratista a quien haya expedido el certificado del seguro', con especificación de las circunstancias que determinan cuándo se entiende causado el siniestro, y cuándo cesa la responsabilidad de la aseguradora, o sea, al notificársele las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de imposición de multas y sanciones previstas en el mismo; y hasta cuando hayan pasado 180 días sin haberse hecho tal notificación;

"c) El certificado del Jefe de la Sección de Rifas, Juegos y Espectáculos Públicos del Distrito Especial de Bogotá en que se declara, que la Inspección de Juegos no dictó providencia que autorizara el funcionamiento de la rifa, ni ordenara el sellado de la boletería, que la Distrital de Rifas Ltda., no cumplió los requisitos exigidos por dicha inspección, ni existe en el expediente resolución o providencia que suspendiera a la Empresa Distrital de Rifas Ltda., de propiedad de los señores Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera";

"d) Boleta de la rifa del 20 de octubre de 1969 donde figuran las condiciones generales, y

"f) Fotocopia de la nota dirigida por la garantizada Distrital de Rifas a la Internacional de Seguros S. A., fechada el 25 de octubre de 1969, en la que le manifiesta que la empresa fue víctima del delito de abuso de confianza por parte del señor Arturo Villegas Mazuera, quien dispuso indebidamente de 590 boletas de dicha rifa; que el primer premio fue aparentemente ganado por un señor de Medellín quien responde al nombre de Joaquín Lopera y otro; y que estos señores se han presentado a reclamar

'la entrega del vehículo presuntamente ganado, con boleta de las sustraídas por Villegas Mazuera' ".

Resulta, pues, acreditado a través de estos medios apreciados por el Tribunal, según el impugnante, que el contrato de seguro origen de este proceso, contractualmente ha de regularse únicamente y en forma exclusiva por las cláusulas de la póliza aplicada mediante el certificado número CN-5-270 de 23 de mayo de 1969; que la entidad por ella asegurada es el Distrito Especial de Bogotá o Inspección Distrital de Rifas, y garantizados, la Distrital de Rifas Ltda. y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera; y que, en consecuencia, al producirse el siniestro, sólo la entidad asegurada tiene derecho a demandar el cumplimiento de la obligación directamente o por conducto del Juez de Ejecuciones Fiscales. Pero como aquí la demanda no se ha propuesto por la entidad aseguradora sino por extraños al contrato, el Tribunal debió absolver a la asegurada por falta de legitimación en causa de parte de los demandantes; por no haberlo hecho, incurrió en un error juris in judicando a través del cual violó directamente el artículo 1602 del Código Civil, que dejó de aplicar, por haber legitimado en causa a persona distinta de la que, contractualmente, gozaba como asegurado del derecho exclusivo para demandar el pago de la indemnización ocasionada por el siniestro, al tenor de los artículos 1634 y 2361 del Código Civil, y 634, 646 y 674 del Código de Comercio, vigente cuando se celebró el contrato; y por aplicación indebida violó el sentenciador el artículo 1506 del Código Civil que autoriza la estipulación para otro, en términos de que "sólo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado", pues quien demanda en este caso, no es esa tercera persona —la Inspección Distrital de Juegos, beneficiario de la obligación asegurada— sino personas distintas; el artículo 2361 del mismo Código según el cual "la fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no cumple" al aplicarlo a un caso no comprendido en la norma, dado que quien pretende hacer efectiva la fianza no es el acreedor, la Inspección Distrital de Juegos, sino personas extrañas; el artículo 25 de la Ley 105 de 1927 en armonía con el 1615 del Código Civil, aplicable sólo al caso de que el asegurador no pague "el seguro contratado dentro de los noventa días siguientes al en que el asegurador 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"; pues que el asegurado o el beneficiario —Inspección Distrital de Juegos— no hizo reclamación alguna, mucho menos aparejada de los respectivos comprobantes, uno de los cuales era la resolución administrativa que declarara el incumplimiento de los garantizados, que jamás se dictó; y porque la aseguradora no ha estado en mora de pagar el seguro, por lo cual no podía ser condenada al pago de perjuicios; y los artículos 307 y 335 del Código de Procedimiento Civil, por no ser el caso de condenarla a pagarlos.

Se ha visto, de otra parte —continúa—, que conforme a las estipulaciones del contrato, el siniestro se entendía causado al ser notificada la aseguradora de las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento, o la imposición de multas y sanciones estipuladas en el mismo; y quedaba ella libre de toda responsabilidad cuando transcurridos 180 días desde la fecha señalada para la ejecución, no se le hubiera notificado la citada resolución. Sin embargo, la aseguradora no fue notificada de esa resolución, ignorándose las razones por las cuales nunca se dictó; posiblemente por las irregularidades que precedieron a la rifa y de que dan cuenta el certificado del Jefe de la Sección de Rifas, y la nota del 25 de octubre de 1969 dirigida por la Distrital de Rifas a la Internacional de Seguros referente al abuso de confianza de que fue víctima la empresa por parte de Arturo Villegas Mazuera "quien dispuso indebidamente de 590 boletas de dicha rifa"; por el denuncio penal de que está conociendo el Juzgado 15 Penal del Circuito de Bogotá, o por el hecho muy significativo de que quienes se dicen ganadores del premio, se hubieran presentado en las oficinas de la empresa "a reclamar la entrega del vehículo presuntamente ganado, con boletas de las sustraídas indebidamente por Villegas

Mazuera". Ni la caducidad fue tampoco declarada por el Tribunal, no obstante haberse ella invocado como excepción al contestarse la demanda. Con lo cual la sentencia resulta violatoria de los preceptos sustanciales antes mencionados, y por los conceptos que se dejan expuestos.

En consecuencia, concluye el recurrente, al casarse la sentencia del Tribunal por uno cualquiera de los motivos alegados: falta de legitimación en causa de los demandantes, inexistencia del siniestro, caducidad, debe revocarse en instancia la de primer grado, absolviendo a la entidad demandada en consonancia con el motivo fundamental que ella acoja.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia del Tribunal como violatoria de los artículos 1602 del Código Civil y 306 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación; y 1506 y 2361 del Código Civil, 25 de la Ley 105 de 1927 en armonía con el 1615 del Código Civil y 307 y 335 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida.

En desarrollo del cargo, dice el recurrente, que el Tribunal apreció en su realidad objetiva los elementos de prueba que obran en el proceso, y que se refirió muy especialmente al certificado de aplicación y a la póliza matriz a que aquél remite, de manera que, si habiendo visto esos documentos, no les dio el valor de plena prueba a las estipulaciones en ellos contenidas, que son ley para los contratantes, incurrió en un yerro de valoración probatoria, con violación medio de los artículos 256, 264 y 279 del Código de Procedimiento Civil, porque de haberse valorado esas pruebas el Tribunal habría declarado probadas las excepciones propuestas por la parte demandada "pues de haber tenido en cuenta la cláusula de caducidad, pactada expresamente por los contratantes, habría declarado probada la excepción propuesta con base en esa cláusula, y libre a la sociedad demandada de toda responsabilidad. Por no haber procedido así, violó el artículo 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, al no hacer actuar esa cláusula que es una ley para los contratantes y el 306 del Código de Procedimiento Civil. Y por indebida aplicación, todas las demás normas citadas en el cargo, por no regular ellas la especie litigada, habida cuenta de que la responsabilidad de la parte demandada se habría extinguido".

Añade, luego, que tampoco el ad quem habría confirmado la sentencia de primer grado, si hubiera valorado las estipulaciones contenidas tanto en el certificado de aplicación como en la póliza matriz, de las cuales aparece que la entidad asegurada es la Inspección Distrital de Juegos o el Distrito Especial de Bogotá; que la aseguradora responde a esta entidad del incumplimiento de la Distrital de Rifas; y que el pago habría de hacerlo la aseguradora, una vez producido el siniestro; y que el siniestro sólo se entiende causado cuando se le notifique a aquélla la resolución administrativa que declare el incumplimiento del contrato por parte del contratista, pues que, de haberlo valorado debidamente habría llegado a la conclusión de que el siniestro no se causó, o de que por ser la entidad asegurada la única legitimada para exigir el pago del seguro, los demandantes carecen de legitimación para hacerlo.

Y remata el cargo expresando que "por no haberle dado el valor que les corresponde a estas estipulaciones que, repítese, son ley para los contratantes, llegó el Tribunal a la conclusión de que los demandantes estaban legitimados en la causa y de que el siniestro se había causado, conclusión que contraría frontalmente la evidencia que surge de las pruebas mencionadas, o sea la de que era la Inspección de Juegos la única legitimada para exigir el pago del seguro, y que el siniestro no se causó. Por razón de este error de derecho infringió el sentenciador, por inaplicación, el artículo 1602 del Código Civil, por no haber hecho actuar en el caso sub lite las estipulaciones contenidas en el certificado de aplicación y en la póliza matriz; y por aplicación indebida, las demás normas señaladas en el cargo, por haberlas hecho actuar en el caso litigado sin ser las pertinentes, en razón de no haberse producido el siniestro y carecer los demandantes de legitimación para reclamar su valor de la aseguradora al tenor de los artículos 1634 y 2361 del Código Civil,

y 634, 635, 636 y 674 del Código de Comercio vigente cuando se celebró el contrato de seguro".

Dada la conexidad de estos dos cargos la Corte procede a despacharlos conjuntamente mediante las siguientes consideraciones:

La concertación de un contrato va generalmente precedida de una libre discusión entre las partes que lo celebren. En ocasiones sin embargo, la naturaleza del objeto sobre que recae, las particulares circunstancias en que se realizan, etc., atenúan de tal manera la libertad de una de las partes, que en definitiva es la otra quien resulta imponiéndole las condiciones del contrato en términos de que a la primera sólo le queda la alternativa de someterse a ellas sin discusión o de abstenerse de contratar. Que es precisamente lo que sucede en los llamados contratos de adhesión o por adhesión, en los que el elemento esencial que permitiría caracterizar su naturaleza jurídica, resulta muy difícil de apreciar, por cuanto uno de los contratantes ejerce sobre el otro un ascendiente sea económico o moral, que lo mueve a prestar su voluntad y contratar sin discutir, como ocurre en algunos contratos de seguros, en que se cumplen las características con que los autores suelen distinguir los llamados contratos adhesivos, a saber: "a) El imponer una de las partes la ley del contrato; b) El papel pasivo de una de ellas que es aceptar o rechazar la formulación; c) Las cláusulas del contrato están contenidas en un formulario-tipo, igual para todas las personas; d) Allí, están ofrecidos los servicios; e) Imposibilidad de discusión de las cláusulas" (Alessandri y Somarriva, Curso de derecho civil, Tomo IV).

La desigual posición de las partes en la formación de este acuerdo, ha originado —lo mismo en la doctrina que en la jurisprudencia— una seria disparidad de criterios sobre su naturaleza jurídica. Porque ni nuestro Código ni el Código francés se ocuparon de los contratos de adhesión, que surgieron como resultado de las transformaciones económicas y sociales realizadas después de su expedición. En tales Códigos se enfocó la noción de contrato sobre la base de que dos personas, en un mismo pie de igualdad jurídica, exponen y discuten en un libre debate sus recíprocas pretensiones, se hacen concesiones mutuas y si ajustan sus voluntades acaban por celebrar un acuerdo cuyos términos han sido pesados y que en realidad constituye la expresión de su propósito. Como resultado de esa concepción se estableció en dichos Códigos que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. En el nuestro tal doctrina se consagró en el artículo 1602, que el recurrente, estima violado directamente por el Tribunal.

Ante la desigualdad de las partes en el contrato de adhesión algunos doctrinantes han ideado la llamada teoría reglamentaria según la cual "la fuente creadora de obligaciones se descompone en la emisión de una voluntad reglamentaria y en la adhesión a ella de otra voluntad, la que no contribuye a la formación del acto y cuyo efecto no es otro que llenar un requisito secundario" (Salsilles. De la declaración de voluntad, Págs. 229 y ss.).

Otros autores sostienen la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, que es la que ha llegado a predominar entre los civilistas y según la cual los contratos de adhesión sí tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos. Contratos especiales quizá, y que por ese concepto merecen una interpretación particular, pero contratos al fin "porque el individuo conserva la voluntad de no contratar; si contrata es porque quiere. El individuo es libre para no comprometerse pero una vez comprometido, está obligado a respetar su decisión: es el efecto del contrato" (Mazeaud. Derecho civil, Pág. 401, Parte I y 104, Parte III.)

Los partidarios de esta teoría no han dejado de hacer toda clase de esfuerzos en el sentido de proteger eficazmente al adherente, y al efecto se han ideado para el caso sistemas especiales de interpretación como el propuesto por Dereux, según el cual en los contratos de adhesión hay que distinguir "las cláusulas esenciales y otras accesorias que se hallan impresas. Generalmente las dos partes aceptan a sabiendas y libremente las cláusulas esenciales. En cuanto a las accesorias, el adherente conoce o comprende mal su tenor y el alcance que pueda tener si se las toma a la letra; las considera como destinadas simplemente a precisar o completar las obligaciones resul-

tantes de las cláusulas que se le han presentado como principales, por lo cual el juez debe aplicar sólo las cláusulas esenciales, como obligatorias, y no tomar en cuenta las accesorias sino en cuanto complementan o precisan las esenciales". (De la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión, Pág. 527).

"No todos los autores —ha dicho la Corte— admiten la posibilidad de adoptar sistemas nuevos originales o especiales de interpretación para los contratos de adhesión, pero sí están todos de acuerdo, en cambio, en reconocer que constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) Entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente" (XLIV, Págs. 678/80).

La escuela aristotélica-tomista había impulsado de tiempo atrás, un criterio superior, que rige por encima de todas las relaciones humanas para la interpretación de los contratos, y es el de la equidad, principio éste que sirve de pilar a las reglas contenidas en los artículos 1618 y 1624 del Código Civil.

"La equidad tiene la doble función de adaptación del principio jurídico normativo general al caso particular, y de creación del mismo en su defecto. Desempeña pues, el papel de moderadora o de reguladora de la justicia legal y por eso, se dice de ella que, en su esencia, es justicia con prioridad a la legal" (Luis Padilla C., La justicia. Escuela libre de derecho, México, D. F. 1956, Pág. 78).

La equidad, de acuerdo con esta concepción es definida como "la moderación de las disposiciones de la ley, en algunos casos particulares mediante su armonía con la suprema igualdad de la justicia natural". (Obra citada, Pág. 81).

Debe recordarse pues que los principios primordiales del derecho natural forman la base de toda la equidad legal.

Considera la Corte, que, de los criterios expuestos, el interpretativo de cláusulas contractuales de que se habla, es el que más exactamente se ajusta a la naturaleza de la estipulación, y el que mejor garantiza a las partes su derecho.

En la cláusula del contrato se estipuló que el siniestro se entendería causado "tan pronto como la aseguradora sea notificada de las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de la imposición de multa o sanciones previstas en el mismo". Para establecer el alcance de dicha cláusula basta establecer cuál debió ser la finalidad que con ella se propuso la Internacional de Seguros al incluirla entre las que forman el cuerpo de la póliza, y cuál el significado que pudo haberle dado la Distrital de Juegos al aceptarla. Y esa finalidad a que rectamente debía dirigirse la estipulación, no podía ser otra que la de garantizarse la primera, a través del medio previsto, un conocimiento cierto de la ocurrencia del siniestro y de las circunstancias que le rodearan, pero sin que dicha previsión excluyera, como a primera vista pudiera indicarlo su tenor literal, la procedencia de otros medios aptos para llegar al mismo resultado. Luego si, como lo reconoce el recurrente, la aseguradora conoció ciertamente la ocurrencia del siniestro a través del aviso que cinco días después del sorteo le diera la Distrital de Rifas sobre el abuso de que fue víctima la empresa por parte del señor Arturo Villegas Mazuera "quien dispuso indebidamente de 590 boletas de dicha rifa", y de la reclamación que los señores Joaquín Lopera y Horacio Vargas le hicieran para "la entrega del vehículo con boleta de las sustraídas por Villegas Mazuera", la notificación de la ocurrencia del siniestro que la póliza previno acreditarse por medio de la notificación de la providencia administrativa que la declarara, quedó plena y satisfactoriamente reemplazada por estos otros medios igualmente fehacientes y aptos, por lo tanto para los fines perseguidos con la estipulación, es decir, para que la aseguradora conociera ciertamente la existencia del siniestro, cumpliéndose en esta forma la obligación emanada del contrato de dar el correspondiente aviso.

En consecuencia, al entenderlo así el Tribunal y decidir la controversia en el sentido en que lo hizo, no violó directamente ninguna de las normas sustanciales consideradas quebrantadas por dicho concepto.

Desde otro punto de vista se dice violado por el Tribunal el citado artículo 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, en cuanto desconociendo las estipulaciones de la póliza, legitimó en causa a los demandantes que ni siquiera fueron partes en el contrato, en vez de reservar esa condición para el Distrito Especial de Bogotá o Inspección Distrital de Rifas que fue el asegurado por la Internacional de Seguros contra el posible incumplimiento de la obligación de entregar los premios, contraída por la Distrital de Rifas Ltda. y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera; y por indebida aplicación del artículo 1506 del mismo Código según el cual en el caso de la estipulación para otro, "Sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado", en cuanto le reconoció esa calidad a personas distintas de la Inspección Distrital de Juegos a quien correspondía; el artículo 2361 que refiere al acreedor el derecho de hacer efectiva la obligación que garantiza el fiador y que para el caso lo era la mencionada Inspección Distrital de Juegos; el 25 de la Ley 105 de 1927 en armonía con el 1615 del Código Civil, que sólo es aplicable al caso en que la compañía aseguradora no pague "el seguro 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", puesto que el asegurado o el beneficiario —Inspección Distrital de Juegos— no hizo esa reclamación, y porque la aseguradora no ha estado en mora de pagar el seguro, y por tanto no puede ser condenada al pago de perjuicio, según lo previsto por los artículos 307 y 335 del Código de Procedimiento Civil, que asimismo se dejaron de aplicar.

A lo anterior se observa

a) El contrato se forma mediante el acuerdo de la voluntad de las partes. Por eso la regla en esta materia es que sólo quedan ligados por el contrato los otorgantes; los terceros, los extraños al acto, no quedan afectados por el acuerdo. Sin embargo, este principio no es absoluto, pues el contrato vincula en algunos casos a personas que no han intervenido en él. Así ocurre en la estipulación para otro a que se refiere el artículo 1506 del Código Civil fenómeno jurídico en virtud del cual terceros ajenos al contrato pueden llegar a quedar vinculados a él.

Dice el artículo 1506 del Código Civil.

"Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él".

"Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieren podido ejecutarse en virtul del contrato".

Estipular a favor de tercera persona es convertir a ésta en acreedor de la obligación contraída por el promisor. Y si según la ley "sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado" es claro que quienes contrataron no pueden modificar la estipulación una vez aceptada ésta por el tercero.

De modo que la estipulación a favor de otro vale, por regla general, sin tomar en consideración la situación personal, ni el interés que en un contrato pueden tener las partes contratantes. Por medio de ella se crea un derecho directo en provecho de un tercero.

En esta figura jurídica intervienen pues, tres personas: el estipulante, que es la persona que estipula a favor de otro; el promisor que es la persona que contrae la obligación; y el beneficiario, que es el tercero en cuyo favor nace el derecho emanado del contrato.

"El tercero beneficiario del seguro —dice Mazeaud— se encuentra en la situación del tercero beneficiario de una estipulación a favor de terceros. Dispone de un derecho directo contra el asegurador" (Contratos, Parte III, Pág. 583).

b) De los propios términos de la póliza resulta, como bien lo expresa el Tribunal, que el objeto del seguro no era garantizarle al Distrito, mucho menos a la Inspección Distrital de Juegos, el cumplimiento de obligaciones cuya inejecución pudiera afectar de alguna manera los particulares intereses del primero; sino el de amparar por su conducto y a través de la función protectora que compete a la autoridad, el derecho de quien o quienes resultaren favorecidos en el sorteo a obtener los objetos que la Distrital de Rifas Ltda. y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera ofrecían como premio al público en general. Con lo cual se comprende ciertamente conformada la estipulación para otro que estructura el artículo 1506 del Código Civil, rectamente aplicado por el Tribunal, y por la cual los terceros favorecidos y para quienes pactaba la Inspección Distrital de Juegos, adquirieron con la aceptación que revela la misma adquisición del billete, la calidad de beneficiarios, y con ella el derecho a demandar la indemnización contemplada para el caso de no entrega del premio, conforme a lo previsto por el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, y en la que, desde luego ha de comprenderse la reparación del perjuicio determinado por el incumplimiento;

c) Se dijo que la aseguradora conoció oportunamente la ocurrencia del siniestro a través del aviso que cinco días después del sorteo le diera la Distrital de Rifas, por lo cual el Tribunal, procediendo con lógica, debía declarar, como lo hizo, improspera la caducidad aducida por el demandado;

d) En relación con el ataque por violación del artículo 2361 del Código Civil, basta observar que el seguro afianzaba el cumplimiento del pago de unos premios y como lo ha dicho la Corte: "para que una fianza exista basta que sea aceptada por el fiador y el acreedor; la aceptación del fiado no es necesaria. En un contrato de fianza, el fiado es un tercero, cuya intervención no se requiere. Para demostrar esto, basta leer la definición de fianza y lo dispuesto en el artículo 2371" (XLI, 116);

e) Los errores de derecho que señala el recurrente no resultan cometidos por el sentenciador pues éste no limitó el valor probatorio de las cláusulas que la censura indica sino que las interpretó en determinado sentido, o sea, la de que el contrato de seguro contenía una estipulación para otro y que la cláusula de caducidad no exoneraba de responsabilidad a la aseguradora porque ésta conoció oportunamente el acaecimiento del siniestro.

En efecto, el Tribunal dijo:

"Ocurrió que el día 25 de octubre de 1969 los señores Henry Sánchez y Bernardo Aristizábal informaron a la Internacional de Seguros S. A., 'en su condición de la entidad (sic) Distrital de Rifas Limitada', que la sociedad fue víctima del delito de abuso de confianza por el señor Arturo Villegas Mazuera quien desapareció y 'por la pérdida económica sufrida por este delito, nuestra sociedad cumplió únicamente para dar cumplimiento con la entrega de un vehículo, viéndose imposibilitada económicamente para dar cumplimiento con el segundo' ... En síntesis, la póliza en referencia fue expedida para amparar al Distrito Especial de Bogotá contra el incumplimiento de la 'Distrital de Rifas Limitada' y/o Henry Sánchez y Arturo Villegas Mazuera, en la entrega de los premios ofrecidos al público, para quien resultare favorecido en el sorteo respectivo; esto es, se trata de un seguro de responsabilidad en que el asegurador es la Internacional de Seguros S. A., el asegurado el Distrito Especial de Bogotá o la Inspección Distrital de Juegos; el objeto en juego un automóvil Ford Galaxia, modelo 1966 (folio 1º del cuaderno de pruebas del actor); los responsables de su entrega al ganador, cuyo incumplimiento hace responsable a la compañía aseguradora: Henry Sánchez y Arturo Villegas o la sociedad Distrital de Rifas Limitada. Por tanto, ocurrido el siniestro, a la manera como lo informan los que promovieron la rifa, quienes manifiestan su insolvencia económica, los terceros en cuyo favor se constituyó la garantía pretenden que se condene a la compañía aseguradora al pago del valor pactado en el contrato de seguro. Es necesario poner de relieve que el asegurado, Distrito Especial de Bogotá o Inspector de Juegos, no pactaron en la póliza mencionada el pago del valor asegurado para incorporarlo en los ingresos del fisco municipal, sino con destino a las víctimas del siniestro, porque el incumplimiento de los garanti-

zados sólo ocasiona perjuicios a terceros que mediante el pago de cierta cantidad adquirieron las boletas. Se presenta pues el caso de la estipulación para otro, que el artículo 1506 del Código Civil establece... En consecuencia, los poseedores de las boletas, títulos al portador, han ejercido el derecho a ellas incorporado y, no pudiendo hacerlo contra el deudor o deudores principales, insolventes económicamente según la carta que obra en el proceso, en la cual éstos dan al asegurador noticias del siniestro, han tenido que adelantar este proceso contra el fiador, o sea, contra la Compañía Internacional de Seguros S. A., cuyas obligaciones se ponen de relieve en el certificado de aplicación número CN-5270 y en la póliza general allegada a los autos (Fls. 8 y siguientes del cuaderno Nº 2).

Tercero y cuarto cargos

Para no entrar en inútiles repeticiones, y en razón a que esos dos cargos se refieren a violación de unas mismas disposiciones, se procede a considerarlos en conjunto.

De acuerdo con el artículo 656 del Código anterior y que corresponde al 1102 del actual, dice el recurrente, "no es eficaz el seguro, sino hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, aun cuando el asegurador se haya constituido responsable de la suma que le exceda. No hallándose asegurado el íntegro valor de la cosa, el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el siniestro a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté". Y en conformidad con el artículo 641 que consagra el mismo principio del 1088 del Código en vigencia, "respecto del asegurado, el seguro es un contrato de mera indemnización, y jamás puede ser para él ocasión de una ganancia".

Ahora bien, el seguro de que se viene hablando, conforme a los expresados certificados de aplicación y boleta para la rifa, garantizaban hasta por la suma de $ 210.000.00 el valor de los tres premios que iban a sortearse los días 20 y 24 de octubre de 1969, a saber: un automóvil Ford Galaxia, modelo 1966, un Jeep Comando, modelo 1967 y $ 2.000.00 semanales, más una boleta de la misma rifa; es decir que los $ 210.000.00 en que se estipuló el valor del seguro cubría el de los tres premios en su conjunto, de modo que a cada uno de ellos habría de corresponder sólo la parte que proporcionalmente le resultara de acuerdo con su valor.

El Tribunal —dice el censor— no tuvo en cuenta y no apreció por lo tanto estas especificaciones probatorias contenidas en el certificado de aplicación y en la boleta, y como consecuencia de ese manifiesto error de hecho, violó por falta de aplicación las normas sustanciales que acaban de mencionar. O se dio precisa cuenta de ellas, ordenando sin embargo el pago de la totalidad de la suma asegurada por la pérdida de sólo uno de los objetos cuya entrega garantizaba, y violó entonces directamente y por el mismo concepto de falta de aplicación, esas mismas disposiciones.

Se observa

Es ciertamente indiscutible, que a la luz de las disposiciones comerciales cuya violación se sostiene, y del contenido del certificado de aplicación y de las boletas del sorteo, el seguro se encamina a garantizar la entrega de los tres premios que eran objeto de la rifa, y no la de sólo uno de ellos en particular; si así no fuera se tendría que al extenderse la pérdida o siniestro a todos los premios, cada uno de los favorecidos con ellos tendrían derecho a reclamar la totalidad del seguro, o por lo menos, hasta el valor de cada premio; lo cual no sólo contradice el sentido claro de la estipulación, sino que al exceder el conjunto de sus valores el de la suma garantizada, como resultaría ser el caso, se quebrantarían por falta de aplicación las disposiciones sustanciales en que el cargo se funda.

Prospera pues el cargo en el aspecto estudiado, por lo cual habrá de casarse la sentencia y proferir de instancia para lo cual

Se considera

Es evidente que el seguro total amparó el riesgo de tres premios hasta por la suma de $ 210.000.00 y que lógicamente a los demandantes sólo les corresponde la parte proporcional al pago del primer premio. Por ende, el valor que debe pagar la aseguradora será sólo la suma que dentro de

la garantía resultare proporcional al valor del primer premio, o sea la cantidad que arroje al dividir $ 210.000.00 por el valor total de los tres premios de la rifa y multiplicar el cuociente por el valor del primer premio no pagado. En el incidente deben determinarse los valores de cada uno de los premios en el momento del sorteo, para que sobre ellos se hagan las operaciones necesarias para determinar la proporción anotada. La Ley 105 de 1927 (Art. 25) aplicarase al regular los perjuicios.

Por cuanto algunas decisiones del Tribunal han de quedar en firme, puesto que no prosperó el ataque dirigido contra ellas, y como, en cambio, el fallo sólo podrá ser modificado en los aspectos en que la impugnación triunfó, para unificar la sentencia definitiva, la Corte reproducirá la del Tribunal en aquellos puntos que quedaron incólumes.

Resolución

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 de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 14 de marzo de 1972 y actuando como tribunal de instancia,

Falla:

1º Declárase no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2º "Declárase que es válida la póliza número CM-5270 por medio de la cual la Compañía 'Internacional de Seguros S. A.' garantizó a la sociedad comercial 'Distrital de Rifas Ltda.', con sede en esta ciudad de Bogotá, a la Inspección Distrital de Juegos, con una garantía de doscientos diez mil pesos ($ 210.000.00) moneda corriente, el pago de los premios correspondientes a la rifa que se efectuó en los días 20 y 24 de octubre del año próximo pasado, o sea de 1969, conforme al plan estipulado por la referida empresa comercial".

3º Condénase a la sociedad "Internacional de Seguros S. A.", a pagar a los demandantes José J. Lopera Monsalve y Horacio Vargas Medina la cantidad de dinero que dentro de la garantía resultare proporcional al valor del primer premio que ganaron. La liquidación respectiva se hará de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y siguiendo el trámite indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

4º Condénase *in genere* a la Compañía "Internacional de Seguros S. A.", a pagar a los demandantes Lopera y Vargas el valor de todos los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de seguro. Estos perjuicios no podrán exceder de la suma de $ 58.000.00 moneda corriente, pues en esta cantidad fueron estimados por los demandantes y su liquidación se efectuará de conformidad con lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

5º No hay costas en el recurso. Las de primera y segunda instancia se pagarán por la entidad demandada en un 70% de su valor.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén.

Por cuanto considero que el segundo cargo que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal de Bogotá viene fundado en razones suficientes para alcanzar prosperidad, y por ende para casar en su integridad dicho fallo, no comparto la decisión de quiebra parcial que fue acogida por la mayoría de la Sala.

Por lo consiguiente, a continuación expongo respetuosamente las razones de mi disentimiento.

Primera

La convención jurídica, lo han dicho reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia patrias, 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 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".

Segunda

En este orden de ideas se impone aceptar que el contrato de seguro ajustado entre los sujetos de esta litis, que no es contrario al orden público ni a las buenas costumbres, es para ellos a manera de una ley privada que debe regirlos al respecto con preferencia a las leyes generales; y que, mientras no se invalide legalmente, ora por el mutuo consentimiento de los contratantes o ya por decisión judicial, no los libera del deber de cumplir lo convenido en la forma y términos por ellos acordados.

De acuerdo pues con el respeto debido a la autonomía de la voluntad, que hoy por hoy sigue siendo la regla máxima en la tarea de interpretar los contratos, las estipulaciones claramente manifestadas son las que deben informar el criterio del sentenciador para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto: sus cláusulas y condiciones constituyen verdadera ley para los contratantes, si, desde luego, no pugnan con las disposiciones de orden público o con expresas prohibiciones legales.

De consiguiente, sólo en los supuestos en que las estipulaciones sean ambiguas, oscuras o deficientes y que debido a ello no tengan trascendencia alguna para fijar y concretar la voluntad contractual predominante, le es dado al juzgador poner en juego las normas que el legislador ha consagrado al respecto para intepretar y descubrir la intención y el móvil que tuvieron los contratantes al ajustar la convención, como tarea indispensable para desatar las situaciones conflictivas que por razón de ésta se presenten entre ellos.

Tercera

En el caso de este proceso se tiene:

a) Según el certificado de aplicación número CN-5270 de 23 de mayo de 1969, que expidió la Compañía Internacional de Seguros "para adherir a la póliza CN-5270 ... de 5 de abril de 1968", clara y paladinamente las partes estipularon que la garantía en él contenida se "rige únicamente y en forma exclusiva por las cláusulas determinadas en la póliza general" depositada y aprobada por la Contraloría Distrital de Bogotá, en concordancia con la Resolución número 131 de 1956, (el subrayado es mío), y

b) La póliza matriz de seguro de cumplimiento que la Contraloría Distrital aprobó por la citada Resolución número 131, que es la C-N-5-8, contiene las siguientes cláusulas fundamentales que son y deben ser, según lo expresado en el certificado de aplicación, las que "únicamente y en forma exclusiva" deben regir las relaciones de los contratantes del seguro: "Sexta. Condiciones generales: A. Siniestro: Se entiende causado el siniestro: en contratos por administración delegada: ... En los demás contratos: Tan pronto como la aseguradora sea notificada de las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento del contrato o de alguna de sus estipulaciones, o de imposición de multas y sanciones previstas en el mismo". De otro lado se definió también, en esta póliza general, que la responsabilidad de la entidad aseguradora, en los contratos que no fueran de administración delegada, cesaría en el caso de que "transcurridos ciento ochenta (180) días a contar de la fecha señalada en el contrato o en las pólizas que haya amparado la aseguradora como término de su ejecución, no haya sido notificada de la resolución administrativa de liquidación del contrato, de incumplimiento del mismo, por parte de la entidad administrativa asegurada o de la Contraloría Distrital".

Cuarta

Si, pues, tal cual ha quedado dicho, según expresa manifestación que los pactantes hicieron y que consignaron claramente en el certificado de aplicación número CN-5270, el contrato de seguro contenido en éste debía regirse "únicamente y en forma exclusiva por las cláusulas determinadas en la póliza general", y si, de otra parte, en ésta paladinamente se estipuló que el siniestro asegurado sólo se entendía causado con "la notificación a la aseguradora de las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento del contrato o de alguna de sus estipulaciones", no puede entenderse causado el siniestro, como lo acepta el Tribunal y lo prohija la mayoría de la Sala de esta corporación, con una carta que en manera alguna es la forma o manera prevista contractualmente por todas las partes para ese supuesto. Dar por establecido el siniestro y por ende la obligación de la aseguradora con un medio distinto al acordado para ello por los contratantes es, a mi entender, alterar la clara voluntad de éstos, paladinamente expresada en el documento que la recogió.

Y si mediante dichas cláusulas los contratantes acordaron y determinaron concordemente, individualizándolos en su ritualidad, los modos o maneras de entenderse causado el siniestro con expresa exclusión de otro u otros, hay que aceptar que el sentenciador, al aceptar, para encontrar cumplida dicha condición, un medio distinto, incurrió en clarísimo error de derecho, puesto que habiendo visto tanto en el certificado de aplicación como en la póliza general tales estipulaciones, no dio a éstas el valor probatorio correspondiente con violación de los artículos 258, 264 y 279 del Código de Procedimiento Civil, infracción medio que lo condujo a quebrantar, por falta de aplicación, las normas sustanciales que la censura señala; y a aplicar indebidamente otras que no son pertinentes para la decisión de este litigio.

Estas breves consideraciones me sirven de fundamento para separarme de las motivaciones que en torno al segundo cargo hizo la mayoría de la Sala, y por tanto, para no aceptar la conclusión a que con base en ellas llegó.

Bogotá, D. E., mayo 8 de 1974.

Humberto Murcia Ballén.

RESOLUCION DE PERMUTA

Reformatio in pejus. — Causal 4ª de casación del nuevo Código de Procedimiento Civil. — Pago de perjuicios.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 30 de octubre de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este proceso ordinario instaurado por José Ricaurte Márquez González contra Luis Alejandro Tovar Otálora y otros.

I

Antecedentes

1. El 9 de junio de 1971, mediante escritura pública número 1508 que en esa fecha se otorgó en la Notaría Segunda de Armenia, se ajustó entre Luis Alejandro Tovar Otálora y José Ricaurte Márquez el contrato de permuta cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) Obligóse el primero a transferir al segundo el derecho de dominio de la finca rural denominada "La Argelia" y de un lote contiguo a ésta llamado "Valparaíso", inmuebles ubicados en el paraje "Piamonte", municipio de Circasia, con cabida total aproximada de 23,040 hectáreas, comprendidos estos dos predios dentro de los especiales linderos que en dicho título se consignan;

b) Por su parte, Márquez se obligó a transferir a Tovar Otálora, en cambio de los dos predios antes mencionados, el dominio del fundo denominado "Valdivia", junto con todas las mejoras en él existentes, situado en la vereda "El Ermitaño", jurisdicción del municipio de Cimitarra, con extensión aproximada de 141 y media hectáreas, comprendido dentro de las especiales alindaciones que en dicho documento se expresan;

c) Expresaron los contratantes que los inmuebles permutados se encuentran "libres de todo gravamen, pleito pendiente, embargo judicial y condiciones resolutorias"; y, además, mediante la cláusula cuarta de dicho pacto manifestaron que "desde hoy se ponen en posesión real y material de los inmuebles permutados, con todas sus mejoras y títulos y con las acciones consiguientes...", y

d) Por último, acordaron los estipulantes que "los inmuebles permutados tienen un mismo valor de quinientos mil pesos ($ 500.000.00)...".

2. La precitada escritura número 1508 fue inscrita, en cuanto se refiere a la finca "Valdivia", el 24 de junio del mismo año en la Oficina de Registro de Vélez, en la página 392, partida número 1585 del Libro Primero.

Y aun cuando se presentó para su registro a la oficina correspondiente de Armenia, la mentada escritura no pudo ser inscrita allí, en cuanto concierne al fundo integrado por las porciones "La Argelia" y "Valparaíso", debido a que sobre estos inmuebles se hallaba vigente el embargo decretado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esa ciudad, dentro del proceso de ejecución que adelantaba Ana Tovar Otálora contra Luis Alejandro Tovar Otálora.

3. El 1º de junio de 1971, es decir antes de haberse celebrado la permutación referida, Luis Alejandro y Ana Lía Tovar Otálora habían aceptado la letra de cambio que por valor de $ 43.000.00, e intereses a la rata del 1% mensual durante el plazo y del 2% durante la mora, habían girado a favor de José Ricaurte Márquez, para ser descargada el 9 de junio del año siguiente, la cual fue endosada por su beneficiario a Clara Rosa González el 2 de junio de 1972, "por valor recibido".

4. Mediante la letra de cambio girada el 9 de junio de 1971, aceptada por Luis Alejandro Tovar Otálora, éste se obligó a pagar el 13 de los mismos mes y año a Ana Tovar Otálora la suma de $ 100.000.00, más intereses a la rata de 2% mensual.

5. El 2 de julio de 1971, mediante escritura pública número 1082 que en esa fecha se otorgó en la Notaría Tercera de Armenia, se celebró entre María Graciliana Otálora de Tovar y Luis Alejandro Tovar Otálora, vinculados entre sí por la relación materno-filial, el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) El segundo expresó vender a la primera, y ésta comprar a aquél, el derecho de propiedad de la finca rural denominada "La Argelia" y de un lote contiguo a ésta llamado "Valparaíso", inmuebles ubicados en el paraje "Piamonte", municipio de Circasia, con cabida total aproximada de 23 hectáreas cuatro mil ochocientos metros cuadrados, comprendidos estos dos predios dentro de los específicos linderos que en dicho título se consignan;

b) Acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000.00), que en ese acto el vendedor declaró "haber recibido de contado y a su entera satisfacción", y

c) Por la cláusula tercera de dicho pacto, manifestó el vendedor que desde esa fecha "pone a la compradora en posesión y dominio de lo que le vende, con los demás derechos correspondientes".

6. Sin embargo de que los inmuebles materia de la venta se encontraban entonces embargados, la mentada escritura número 1082 fue inscrita el 8 de octubre del mismo año en el Libro Primero de la Oficina de Registro del Círculo de Armenia, previa autorización que al efecto dio el juez que había decretado el embargo.

7. Con base en la letra de cambio que por $ 100.000.00 aceptó Luis Alejandro Tovar Otálora el 9 de junio de 1972, para pagarla el 13 siguiente a Ana Tovar Otálora, ésta inició el 14 de los mismos mes y año proceso ejecutivo contra aquél. En esta ejecución el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia decretó algunas medidas de cautela sobre bienes denunciados como de propiedad del ejecutado, dentro de las cuales se enlista el embargo de la finca rural denominada "La Argelia" y de un lote contiguo a ésta llamado "Valparaíso", inmuebles ubicados en el paraje "Piamonte", municipio de Circasia; medida ésta que no impidió el registro de la escritura número 1082 de 2 de julio de 1972, puesto que el juez de esa causa, por petición de las partes, autorizó la inscripción por auto proferido el 7 de octubre de 1971.

8. En libelo de 12 de junio de 1972 Clara Rosa González, endosataria de la letra de cambio que por valor de $ 43.0000.00 e intereses habían aceptado Luis Alejandro y Ana Lía Tovar Otálora para ser descargada el 9 de junio de dicho año, demandó ejecutivamente a éstos ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia con el fin de alcanzar por esta vía el pago de dicha obligación y sus accesorios. En este proceso tuvieron ocurrencia los siguientes hechos, que son relevantes en el presente conflicto:

a) Por auto de 13 de junio del citado año se profirió, en contra de los ejecutados y en favor de la ejecutante, el mandamiento de pago por la suma de $ 43.000.00 y los intereses causados a la rata estipulada;

b) Se decretó como medidas de cautela el embargo de algunos de los bienes denunciados como de propiedad de los ejecutados, entre los cuales se enlista la finca rural denominada "Valdivia", situada en la vereda "El Ermitaño", jurisdicción del municipio de Cimitarra en el departamento de Santander;

c) Con el propósito de levantar el embargo que pesaba sobre sus bienes, los ejecutados Tovar Otálora consignaron "para el pago del crédito y las costas", la cantidad de $ 64.500.00 que el juez de la causa

les determinó previamente, la que se consideró embargada y por tanto, en auto del 23 del mismo junio, decretó el desembargo de los bienes trabados en la ejecución, y

d) Posteriormente los demandados propusieron dentro de dicho proceso la excepción que nominaron "inexistencia del negocio jurídico en virtud del cual se aceptó la letra de cambio que sirve de título ejecutivo".

III

El litigio

1. Mediante libelo de 18 de febrero de 1972 el citado José Ricaurte Márquez González demandó ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia a Luis Alejandro y Ana Tovar Otálora, y a María Graciliana Otálora de Tovar, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 1082 de 2 de julio de 1971, de la Notaría Tercera de Armenia, por el cual Luis Alejandro Tovar dijo vender a su madre María Graciliana Otálora la finca rural ubicada en el municipio de Circasia, integrada por las dos porciones llamadas "La Argelia" y "Valparaíso", es simulado;

b) Que es asimismo simulada la letra de cambio que por la suma de $ 100.000.00 aceptó el 9 de junio de 1971 Luis Alejandro Tovar Otálora, para ser pagada el 13 de los mismos mes y año en favor de Ana Tovar Otálora;

c) Que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se decrete la cancelación del registro de la citada escritura número 1082 y del embargo practicado en el proceso ejecutivo instaurado por Ana Tovar Otálora contra Luis Alejandro Tovar, en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, y

d) Que los demandados sean condenados a pagar al demandante los perjuicios causados a éste con esos actos simulados, lo mismo que las costas procesales.

En subsidio de las anteriores súplicas, solicitó el demandante que se declare resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de permuta celebrado entre José Ricaurte Márquez y Luis Alejandro Tovar, contenido en la escritura pública número 1508 de 9 de junio de 1971, de la Notaría Segunda de Armenia; que, en consecuencia, se ordene cancelar la inscripción que de dicho título se hizo en la Oficina de Registro de Vélez; que se condene al demandado Tovar Otálora a restituir al demandante el fundo "Valdivia", junto con los frutos naturales y civiles por éste producidos, y a pagarle los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato de permuta.

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

a) Que el contrato contenido en la escritura número 1082 de 2 de julio de 1971, mediante el cual Luis Alejandro Tovar dijo vender a su madre María Graciliana Otálora de Tovar los mismos bienes que antes había transferido a título de permuta al demandante, es apenas aparente, puesto que con él sólo se persiguió sacarlos del patrimonio del primero para no cumplir el pacto de permutación previamente ajustado;

b) Que es asimismo ficticio el contrato de mutuo contenido en la letra de cambio girada el 9 de junio de 1971, es decir, el mismo día del otorgamiento de la escritura de permuta, para ser descargada cuatro días después, porque para entonces Luis Alejandro Tovar no tenía crédito alguno en favor de su hermana Ana Tovar Otálora;

c) Que el giro de este título-valor y la ejecución que la aparente acreedora siguió con base en él contra Luis Alejandro Tovar, sólo tuvieron como finalidad obtener el embargo judicial de los bienes de éste, para impedir el registro del contrato de permuta vertido en la escritura 1508 de 9 de junio de 1971, en cuanto concierne al fundo integrado por las porciones "La Argelia" y "Valparaíso";

d) Que la falta de seriedad de los mentados título-valor y proceso ejecutivo, la pone de manifiesto el hecho de que la acreedora aparente, después de haber obtenido el embargo de los bienes a que alude la escritura número 1082, implícitamente de-

sistió de la medida al autorizar el registro de este título escriturario, mediante el cual el ejecutado expresó vender a su madre esos mismos derechos;

e) "Es tan evidente la simulación contenida en los contratos de mutuo y compraventa, —dice el demandante en el hecho 14 de su demanda— que en la ejecución con medidas cautelares adelantada por la acreedora Ana Tovar Otálora, se desistió de perseguir los bienes embargados, con el solo propósito de lograr el registro de la escritura 1082, por medio de la cual Luis Alejandro Tovar vendió a María Graciliana Otálora los bienes que había entregado en permuta a José Ricaurte Márquez; que el vendedor ha continuado ejerciendo los actos propios de dueño en los inmuebles que transfirió a su legítima madre y, ésta, además, a la fecha de tal contrato de compraventa, no tenía capacidad económica para desembolsar de contado la suma de trescientos mil pesos, que se fijó como precio, precio éste que, por otra parte, está por debajo del valor comercial del mismo inmueble";

f) Que la escritura pública número 1508 del 9 de junio de 1971, en la cual se plasmó el contrato de permuta entre Luis Alejandro Tovar y José Ricaurte Márquez, en cuanto se refiere a la finca "Valdivia" que éste transfirió a aquél, se registró oportunamente en el libro correspondiente del Círculo de Vélez; que, en cambio, en lo que concierne a los predios "La Argelia" y "Valparaíso", dicho título no pudo inscribirse por hechos imputables a Tovar Otálora, y

g) Que por consiguiente el permutante Márquez González sí cumplió con la obligación de hacer la tradición del derecho por él enajenado a Tovar Otálora; y que éste, en cambio, incumplió el correspondiente deber suyo, puesto que los bienes por él permutados "fueron sacados del comercio por decreto del Juez 1º Civil del Circuito de Armenia, dentro del proceso de ejecución promovido por Ana Tovar Otálora contra el señor Luis Alejandro Tovar Otálora".

3. En su contestación a la demanda los demandados, luego de negar la mayoría de los hechos invocados como causa petendi, se opusieron a las pretensiones referentes a la simulación de los contratos.

En cuanto a la resolución del pacto de permuta deprecada subsidiariamente, expresaron que no sólo la aceptan "sino que reiteran la manifestación de estar dispuestos a resolver dicho contrato, previa la devolución que debe hacerle José Ricaurte Márquez de la letra de cambio por cuarenta y tres mil pesos ($ 43.000.00), o de su valor". Finalmente propusieron la excepción que nominaron "carencia de legitimación activa en la causa".

4. A su vez los demandados formularon contra su demandante demanda de reconvención, en la cual exponen los hechos que, en síntesis, son los siguientes:

a) Sin embargo de que en la escritura número 1508 de 9 de junio de 1971 los contratantes expresaron que los inmuebles permutados tienen el mismo valor, "lo cierto fue que mi mandante Luis Alejandro Tovar se obligó a encimar a Márquez" la suma de $ 43.000.00;

b) Para asegurar el pago de este valor adicional Luis Alejandro Tovar Otálora, conjuntamente con su hermana Ana, aceptaron en favor de Márquez la letra de cambio que por ese monto y con plazo de un año se giró entonces;

c) La mentada letra fue endosada ficticiamente por Márquez González a su madre Clara Rosa González de Márquez, quien, "a sabiendas del origen del título y como tenedora aparente de éste, ha instaurado proceso de ejecución, con base en él, contra Luis Alejandro Tovar Otálora y Ana Tovar Otálora, proceso que cursa en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia", y

d) Al decretar la resolución del contrato de permuta, sobre lo cual están de acuerdo los litigantes, Márquez González debe devolver, para restituir las cosas al estado anterior, "la letra de cambio que recibió por el mismo contrato, o su valor si ya la hubiera negociado o cobrado", tanto más si se considera que el endoso hecho en favor de su madre no es real.

5. Apoyados en estos hechos, pidieron los contrademandantes que se condene a José Ricaurte Márquez a restituir a Luis Alejandro Tovar Otálora "la letra de cambio por valor de cuarenta y tres mil pesos ($ 43.000.00)"; y que, en el supuesto de que "la hubiere negociado, o hubiere obte-

nido su pago, sea condenado a restituir su valor, o sean cuarenta y tres mil pesos ($ 43.000.00), con sus intereses respectivos".

6. Oportunamente el contrademandado contestó el libelo de mutua petición. Expresó que los hechos afirmados en éste, salvo el atinente a la celebración del contrato de permuta en los términos vertidos en la escritura 1508 de 9 de junio de 1971, no son ciertos; consiguientemente se opuso a la pretensión de sus demandantes.

7. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 19 de junio de 1973, mediante la cual, luego de declarar no probadas las excepciones y de negar las peticiones referentes a la simulación, decretó la resolución del contrato de permuta consignado en la escritura número 1508 de 9 de junio de 1971, "por incumplimiento de ambos contratantes"; ordenó la cancelación del registro de dicho instrumento; declaró que "no hay lugar a condenar a ninguna de las partes a indemnización alguna"; que la letra girada por los Tovar Otálora a favor de Márquez González por $ 43.000.00, para ser descargada el 9 de junio de 1972, "es parte integrante del contrato de permuta que por medio de esta sentencia se declara resuelto"; y finalmente, como consecuencia de la anterior disposición, condenó a José Ricaurte Márquez a devolver tal letra de cambio a Luis Alejandro Tovar, con la aclaración de que si dicho título no se encuentra en poder de aquél, entonces debe pagar "el valor que por el mismo ha recibido".

8. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandante contra dicha providencia, el procèso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el que decidió la alzada en fallo de 30 de octubre de 1973, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Primero. Confírmase la sentencia proferida el día 19 de junio del presente año por el señor Juez Tercero Civil de este Circuito en el proceso ordinario promovido por José Ricaurte Márquez González contra Luis Alejandro Tovar Otálora, Ana Tovar Otálora y María Graciliana Otálora de Tovar, pero con la reforma de que no se ordena al contrademandado Márquez la devolución de la letra a que este proceso se refiere ni se le ordena que pague su valor en caso de que la hubiese cedido, porque lo que en tal sentido ordenó el juzgado queda revocado y en su lugar se condena al contrademandado José Ricaurte Márquez González a restituir al señor Luis Alejandro Tovar Otálora cualquier suma que éste se haya visto o se vea obligado a pagar, solo o en unión de Ana Tovar Otálora, por concepto de tal letra de cambio.

"Refórmase también la providencia en mención para revocar la parte en que declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, porque por técnica jurídica no ha debido hacerse tal declaración.

"Segundo. En firme esta providencia compúlsese por la secretaría del juzgado del conocimiento copia de la diligencia de declaración de parte rendida por el actor José Ricaurte Márquez González y de la diligencia, que en copia aparece, de careo y de ratificación del denuncio penal ante el Juzgado Segundo Penal de este Circuito por él formulado contra Luis Alejandro Tovar Otálora, así como del poder que confirió al doctor Alfonso Patiño Ocampo para instaurar demanda contra Luis Alejandro Tovar Otálora y María Graciliana Otálora de Tovar, y de la respectiva demanda que formuló tal apoderado (cuaderno Nº 2, folios 11 a 20), con destino a la autoridad competente para que se investigue el posible ilícito de falso testimonio en que haya incurrido el declarante.

"Tercero. Se ordena cancelar la inscripción de la demanda.

"Cuarto. Sin costas en el recurso".

III

Motivación del fallo impugnado

1. En el inicio de su proveído el Tribunal hace una extensa relación de los antecedentes del litigio, dedicando buena parte a enumerar, discriminándolas, las pruebas aportadas por los litigantes, extractando su contenido para concretar luego, con base en ellas, los hechos que estima demostrados en el proceso.

De las conclusiones a que llega el ad quem en el análisis general de la prueba,

son relevantes, por estar íntimamente relacionadas con la impugnación del fallo, las siguientes: "Está probado —dice el sentenciador— que verificada la permuta el 9 de junio de 1971 los contratantes se trasladaron al municipio de Vélez con el fin de registrar la escritura pública contentiva del contrato y que ello no fue posible por cuanto pesaba un embargo sobre la hacienda 'Valdivia'. En íntima relación con este hecho está probado que el señor Luis Alejandro Tovar Otálora solicitó telefónica y telegráficamente, comunicación de 14 de junio, dirigida desde Armenia al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Vélez de Santander para que se abstuviera de registrar la escritura de permuta hasta nueva orden, petición que hizo en su calidad de adquirente del inmueble 'Valdivia'."

"Está probado —agrega la sentencia— que el señor José Ricaurte Márquez dirigió con fecha 23 de junio de 1971 mensaje telegráfico al mencionado Registrador de Vélez insistiéndole en que registrara la escritura 1508 por considerar que 'Tovar no puede impedirlo acuerdo consulta he formulado mi abogado'. El mensaje obra en autos presentado en la diligencia de ratificación del denuncio (Fl. 49 vto.) y también en la diligencia de indagatoria rendida por el señor Luis Alejandro Tovar. Está probado que el registro de la escritura de permuta, en lo que respecta al inmueble 'Valdivia', se verificó el día 24 de junio de 1971".

2. Y luego de estimar en la motivación de su sentencia que las pretensiones referentes a la simulación deprecadas principalmente no pueden tener despacho favorable, cuyas consideraciones no es necesario concretar aquí por cuanto las disposiciones que en torno a ellas tomó no son objeto de impugnación en este recurso extraordinario, emprende el Tribunal el estudio de la acción resolutoria contractual que subsidiariamente encuentra deducida en la demanda incoativa del proceso.

En esta tarea el sentenciador, después de afirmar que el contrato de permuta cuya resolución se impetra sí tiene existencia según lo acredita la copia de la escritura pública número 1508 de 9 de junio de 1971, otorgada en la Notaría Segunda de Armenia, dice que esta súplica está llamada a prosperar, desde luego que "es aceptada por el apoderado de los demandados entre quienes figura el señor Luis Alejandro Tovar Otálora, en la respuesta que a nombre de sus clientes dio en el libelo demandatorio".

3. "Está la Sala efectivamente —dice el sentenciador concretando su juicio— ante un contrato oneroso de carácter conmutativo porque lo que cada una de las partes se obligó a dar a la otra fue considerado como equivalente de lo que de ésta iba a recibir (Art. 1498 del C. C.). Se trata del contrato de permuta que regula el Título XXIV del Libro IV del Código Civil, al cual son aplicables las disposiciones relativas a la compraventa en lo que no contrarían su naturaleza (Art. 1958 ibídem), de donde resulta que 'cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio'.

"En virtud del contrato que se perfeccionó con el otorgamiento de la escritura pública número 1508 por tratarse de inmuebles (Art. 1857 C. C.), el permutante José Ricaurte Márquez González se obligó a dar a Luis Alejandro Tovar Otálora el inmueble 'Valdivia' y éste se obligó a dar a Márquez González los inmuebles 'La Argelia' y 'Valparaíso' y la encima de cuarenta y tres mil pesos. Esta obligación de dar que se cumple con la tradición de lo debido, para que se realice, necesita la inscripción del título escriturario en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos por mandato expreso del artículo 756 del Código Civil. Puede entonces decirse que el permutante demandante cumplió con su obligación de dar desde el momento mismo en que se verificó la inscripción del título escriturario en lo que respecta al inmueble 'Valdivia' a favor del señor Luis Alejandro Tovar Otálora en la Oficina de Registro del Circuito de Vélez, Santander, el día 24 de junio de 1971. Asimismo puede afirmarse que el demandado Luis Alejandro Tovar Otálora no ha cumplido con su obligación de dar en lo que a los inmuebles 'La Argelia' y 'Valparaíso' concierne porque no se ha verificado aún la inscripción de la escritura donde consta la permuta en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos

de este Circuito. Esto, —añade— sin desmedro de la afirmación ya hecha con base en la prueba aportada de que el permutante Tovar Otálora encimó cuarenta y tres mil pesos representados en la letra de cambio que aceptó con Ana Tovar Otálora en favor de Márquez".

4. Deducida, pues, por el ad quem la procedencia de la resolución del contrato de permuta vertido en la escritura número 1508 de 9 de junio de 1971, acomete en seguida el análisis de la petición de pago de perjuicios, que acumulada consecuencialmente a la anterior también trae la demanda.

En este punto, apoyándose jurídicamente en lo estatuido por los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, dice el sentenciador que si bien la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado inviste al actor de facultad para reclamar el pago de los perjuicios que con tal incumplimiento se le causen, para que sea procedente la condena por este aspecto es menester que el demandante aporte la prueba de los perjuicios causados, presupuesto que no se encuentra satisfecho en el presente caso.

"En efecto, —dice al respecto el sentenciador— fuente principal generadora de perjuicios para el demandante hubiera sido la entrega real y material del inmueble 'Valdivia' a Luis Alejandro Tovar Otálora pero no se estableció en este proceso que tal entrega hubiera tenido lugar, y, por el contrario, la prueba dejó sin base lo manifestado por los permutantes en la cláusula 4ª de la escritura 1508 cuando dijeron que se ponían en posesión real y material de los inmuebles permutados. Si se argumenta que el señor José Ricaurte Márquez González hizo la tradición del inmueble 'Valdivia' mediante el registro de la escritura de permuta desde el 24 de junio de 1971 y que este solo hecho, el despojarse de la titularidad del dominio le acarreó perjuicio, tiene que considerar la Sala que el perjuicio así causado, caso de que existiera, proviene única y exclusivamente de la culpa del permutante Márquez González quien instó e insistió ante el Registrador de Vélez para que se registrase en favor de Tovar Otálora su inmueble contra expresa voluntad de éste, hecho del cual tenía conocimiento no sólo Márquez sino también el señor Registrador".

Como razón corroborativa de la conclusión a que en el punto llega, asevera el Tribunal que "si el demandante hubiese sufrido perjuicios en el interin transcurrido entre el otorgamiento de la escritura de permuta y su registro, con la actitud renuente de Tovar Otálora respecto al registro de esa escritura, a él únicamente sería imputable la culpa porque fue Márquez González precisamente quien dio lugar a tal conducta en el demandado Tovar Otálora al venderlè un inmueble sobre el cual tenía conciencia de que pesaba un embargo judicial, que sólo fue cancelado el 15 de junio de 1971, con la afirmación dolosa que le hizo en la cláusula 3ª de que el inmueble estaba libre de todo 'gravamen, pleito pendiente, embargo judicial y condiciones resolutorias'."

5. Finalmente, refiriéndose a la súplica contenida en la demanda de mutua petición, concerniente a que se condene al contrademandado a restituir a Tovar Otálora la letra de cambio por valor de $ 43.000.00 que éste y su hermana Ana aceptaron en favor de aquél, el sentenciador da por establecido que este título-valor fue girado como parte del precio del inmueble "Valdivia" que el permutante Márquez se obligó a transferir.

Asentado por él el anterior postulado, dice el ad quem que consiguientemente "resultaría jurídico" ordenar al demandante la devolución de tal título a Alejandro Tovar Otálora; pero que, como está demostrado que el acreedor lo cedió a Clara Rosa González "y que actualmente cursa en el Juzgado Segundo Civil de este Circuito el correspondiente ejecutivo instaurado por ella contra Luis y Ana Tovar Otálora", ese ordenamiento resultaría ineficaz. Y agrega al respecto que "pese a que el título-valor, según las probanzas fue cedido por Márquez, por igual valor recibido, a la señora Clara Rosa González de Márquez, tampoco procede ordenar que aquél pague a Tovar Otálora el valor que ha recibido por

la letra pues esto sería propiciar un enriquecimiento sin causa en Alejandro Tovar Otálora y la confirmante Ana porque ellos todavía no han cubierto el valor del instrumento. En rigor lo que procede es condenar a Márquez a que restituya a Alejandro Tovar Otálora cualquier suma que por concepto y con base en tal instrumento éste y su hermana Ana sean obligados a pagar a cualquier cesionario del instrumento".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos: el primero con fundamento en la causal cuarta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el segundo dentro del ámbito de la primera, que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal "de haber incurrido en una reformatio in pejus que hace más gravosa la situación jurídica del demandante, único apelante contra el fallo de primera instancia".

2. En desarrollo del cargo el censor, después de transcribir las resoluciones de las sentencias de primera y segunda instancia, concernientes a la pretensión de devolución de la letra de cambio deducida en la demanda de mutua petición, asevera que una ligera labor de parangón entre ellas deja ver que el fallo de segundo grado incurrió en reformatio in pejus.

"En efecto, —dice el recurrente desenvolviendo esta censura— el fallo de primer grado condena a Márquez a devolver la letra, o en su defecto, a pagar lo que por ella recibió, y la sentencia impugnada aquí revoca lo anterior y en su lugar condena al mismo Márquez a restituir a Tovar 'cualquier suma que éste se haya visto o se vea obligado a pagar, solo o en unión de Ana Tovar Otálora, por concepto de tal letra de cambio'... Esa 'cualquier suma' puede ser superior o inferior al valor de la letra o de lo recibido por ella; por donde se ve a las claras que la reformatio in pejus radica en que esa 'cualquiera suma' llegue a ser superior al valor de la letra o de lo recibido por ella".

3. Rematando la formulación del cargo, expresa el recurrente que "siendo Márquez el único apelante contra la sentencia de primer grado, la del Tribunal no podía agravarle su situación, condenándolo a pagar más de lo que le ordenó cubrir el fallo del juez de primera instancia".

Se considera

1. Por cuanto los recursos son medios establecidos por la ley para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican a quienes son parte en el proceso, la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que uno de los presupuestos indispensables para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales es la existencia de interés legítimo en el impugnador, el que se concreta en el agravio que la providencia atacada cause al recurrente.

2. El recurso de apelación, consagrado en la legislación procesal para impugnar determinados autos interlocutorios y las sentencias de primer grado, es el medio ordinario para hacer operante el principio de las dos instancias; y tiene por objeto llevar al conocimiento de un juez superior la resolución de uno inferior, a fin de que se revisen y se corrijan los errores que éste hubiese podido cometer.

Pero dados el interés para recurrir y el sistema de la personalidad del recurso que aún campea en nuestra ley procesal civil, la apelación se debe entender interpuesta únicamente en lo perjudicial para el recurrente. De lo cual se sigue como consecuencia lógica y natural que el poder del juzgador ad quem encuentra una primera limitación en cuanto la providencia no puede ser reformada, por regla general, en perjuicio del apelante "reformatio in pejus", siempre naturalmente que la contraparte no haya deducido apelación, pues en este último supuesto la jurisdicción del juez de la segunda instancia es plena.

El principio prohibitivo de la reformatio in pejus, consagrado positivamente en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, se traduce pues en que el superior que conoce de un proceso por apelación interpuesta por una de las partes contra lo providencia que ha sido consentida por la otra, no puede, por regla general, modificarla o enmendarla haciendo más gravosa para el apelante la situación procesal que para éste ha creado la providencia recurrida.

Como lo ha dicho la Corte, el perjuicio es elemento que corresponde por definición a esta figura legal denominada reformatio in pejus. Por tanto, para que la reforma en perjuicio se estructure ciertamente, se requiere que el superior enmiende la providencia apelada imponiendo al vencido una agravación de las obligaciones a que ya fue condenado, y no cualquier enmienda.

3. Mas, como ya se ha dicho en esta providencia, el principio de la reforma en perjuicio no es absoluto: excepcionalmente puede el superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional, como cuando en razón de la reforma de la resolución recurrida es necesario hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella reforma (Art. 357 C. de P. C.); o cuando ocurre el sistema de la apelación adhesiva (Art. 353 ibídem); o cuando, por tratarse en este caso de una materia que siempre requiere examen previo por el superior, se impone por éste la declaración de que la relación procesal no se ha trabado regularmente por falta de uno o algunos de los presupuestos del proceso.

4. De esta suerte, cuando con desconocimiento del principio indicado la sentencia del Tribunal contiene decisiones que agravan la situación del único apelante, desborda el campo demarcado por la ley; lesiona el interés jurídico del impugnante quien, por tanto, puede acusarla a través del recurso extraordinario de casación.

Pero si antes de la vigencia del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, la doctrina de la Corte fue constante e invariable en cuanto que la reformatio in pejus daba base para recurrir en casación, no fue sin embargo uniforme en punto de la causal que al efecto debía y procedía invocar.

En efecto, en las últimas sentencias proferidas a la luz de la antigua legislación la Corte, apoyada en que el artículo 494 del Código Judicial era norma de carácter eminentemente sustancial, dijo que la violación de ese precepto debía acusarse por la causal primera de las previstas por el artículo 52 del Decreto 528 de 1964; en algunas otras, estimando que la figura procesal de la no reforma en perjuicio tiene alcance formal y no de fondo, expresó que su quebranto debía acusarse en casación por la causal segunda de dicho estatuto; y en otras dijo que como la violación del principio entrañaba nulidad por usurpación de competencia por parte del juez ad quem, debía acudirse a la causal cuarta.

Para acabar con las discrepancias que en torno a esta cuestión se suscitaron, el legislador de 1970 atribuyó a la reformatio in pejus autonomía como causal de casación, le dio individualidad propia al estatuir en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, así: "4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación".

5. Según el extracto que de él se ha hecho, el cargo que aquí se examina, con apoyo en la causal cuarta de casación, censura la sentencia del Tribunal porque al reformar la condena que el fallo de primer grado le impuso al demandante Márquez y consistente en devolver al demandado Tovar la letra de cambio, o en su defecto "a pagar lo que por ella recibió", para imponerle en cambio la obligación de restituir al mismo demandado "cualquier suma que éste se haya visto o se vea obligado a pagar..., por concepto de tal letra de cambio", hizo más gravosa la situación jurídica del demandante, que fue el único apelante contra el fallo de primera instancia.

Tanto en la sentencia de primera como en la de segunda instancia, en relación con la cuantía de la letra de cambio, se impone al demandado Márquez González una condenación indeterminada en su valor. Esa providencia resuelve que aquél debe pagar a Luis Alejandro Tovar, en caso de que hubiere endosado dicho instrumento,

"el valor que por el mismo ha recibido"; y expresa la segunda, en cambio, que el primero debe restituir al segundo "cualquier suma que éste se haya visto o se vea obligado a pagar, por concepto de tal letra de cambio". Concebidas en tales términos las condenas no es posible ciertamente, a primera vista, advertir cuál de las dos comporta una obligación más gravosa económicamente. Pero si bien las condenaciones vienen en las sentencias respectivas indeterminadas en su cuantía, son sin embargo determinables con apoyo en los medios de prueba aducidos al proceso, y entonces la Corte, para despachar el cargo, procede a concretar los datos que sobre el punto arroja el proceso y que son en suma:

Mediante letra de cambio por ellos aceptada el 1º de junio de 1971, los hermanos Luis Alejandro y Ana Tovar Otálora se obligaron a pagar a José Ricaurte Márquez el 9 de junio del año siguiente, la suma de $ 43.000.00 más intereses a las ratas del 1% mensual durante el plazo convenido, y del 2% mensual durante la mora; el 2 de junio del año siguiente Márquez González endosó, "por valor recibido", dicho instrumento a Clara Rosa González; ésta, invocando la calidad de tenedora de dicho título-valor y con base en él, inició el 12 de junio de 1972 proceso ejecutivo contra los aceptantes de la letra, para obtener por esta vía el pago de $ 43.000.00 y los intereses causados a las ratas estipuladas; dentro de esta ejecución los ejecutados, a más de proponer excepciones, con el fin de obtener el desembargo de los bienes en ella trabados ofrecieron prestar caución, que el juzgado de la causa les fijó en la suma de $ 64.500.00 en auto de 23 de junio del mismo año y que ellos consignaron el mismo día.

6. Con fundamento en los anteriores hechos, los que aparecen plenamente demostrados en el proceso, se impone afirmar que no es lo mismo condenar a Márquez González a pagar a Tovar Otálora el valor recibido por aquél al endosar la mentada letra de cambio, como lo resolvió la sentencia de primera instancia, y condenar al primero a restituir al segundo "cualquier suma que éste se haya visto o se vea obligado a pagar,... por concepto de tal letra de cambio", como lo decidió el fallo de segundo grado; y que por tanto las obligaciones a que dichas condenas se refieren no tienen ciertamente igual alcance económico. Y como la suma que el aceptante de la letra se haya "visto o se vea obligado a pagar" en razón de ella, se contrae en todo caso a época posterior a la del endoso que de ese título hizo su primer beneficiario, es por esto presumiblemente de mayor valor a la que éste recibió al negociarla; hay que aceptar por consiguiente que el sentenciador ad quem, al enmendar la providencia en el sentido dicho, incurrió en una reforma en perjuicio del único apelante, puesto que agravó al extenderle su alcance la obligación que al vencido le impuso la sentencia de primer grado.

Desde este punto de vista no podía pues el Tribunal apartarse, como se apartó, del criterio del juez para la indicación del valor que por concepto de la referida letra de cambio debe restituir el demandante a su demandado, porque este cambio de criterio implica, en cuanto esa "cualquier suma" de que aquel fallador habla en su sentencia llegue a ser superior al señalado en el primer fallo, un desmejoramiento de la situación procesal que había logrado la parte apelante, máxime cuando la obligación a cuyo pago se contrae la condena del ad quem se ubica, para determinar su monto, en época posterior a la que señala la sentencia apelada.

7. Conclusión de lo dicho es la de que la sentencia del Tribunal quebrantó el principio prohibitivo de la reformatio in pejus; y que por tanto es fundado el cargo que por este aspecto se le formula.

Pero como la prosperidad del cargo que aquí se ha analizado sólo es eficaz para infirmar la correspondiente resolución de la sentencia del Tribunal, que es la parte de ella que se ataca con él, le corresponde entonces a la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, estudiar también el propuesto respecto de otra de las decisiones contenidas en dicho fallo.

Segundo cargo

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los

artículos 713, 716, 718, 1546, 1602, 1603, 1604, 1609, 1613, 1614, 1930 y 1932 del Código Civil y 307 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

El censor, después de transcribir algunos apartes de la sentencia por él impugnada y de aseverar que ellos "ponen de relieve, en forma que no se presta a la menor duda, que la misma providencia decretó la resolución del contrato de permuta por aparecer plenamente establecido que el permutante Tovar Otálora incumplió esa convención, y no de cualquier modo, sino de manera voluntaria, deliberada e intencionalmente dolosa", pasa a acusar la sentencia por dos aspectos: por no haber condenado a Tovar Otálora a restituir a Márquez González los frutos producidos por la finca "Valdivia"; y por no haberlo condenado al pago de perjuicios causados con el incumplimiento.

2. En desarrollo del cargo por el primer aspecto el recurrente, luego de notar que en la demanda inicial del proceso el demandante solicitó, como consecuencia de la deprecada resolución del contrato, la condena para el demandado Tovar a restituir el predio "Valdivia" y los frutos naturales y civiles del mismo; que la sentencia de primera instancia dijo que "no hay lugar a condenar a ninguna de las partes a indemnización alguna", decisión apoyada sobre la consideración de que "ninguno de los contratantes cumplió el contrato de permuta"; y que el fallo de segundo grado, sin hacer alusión alguna a la restitución de frutos, se limitó a confirmar en el punto la providencia apelada, asevera que "en esta forma, fuerza es entender que la confirmación comprende lo decidido, expresa o tácitamente, por la providencia del juez a quo".

Orientado por este razonamiento, dice el recurrente que aun cuando en punto de frutos parecería que la sentencia hubiera quedado afectada de inconsonancia por omitir pronunciamiento expreso al respecto, acusa sin embargo el fallo con base en la causal primera de casación y no con apoyo en la segunda, por las siguientes dos razones: consiste la primera, afirma, "en que, como se ha visto, la sentencia de primer grado declaró que 'no hay lugar a condenar a ninguna de las partes a indemnización alguna', dando a entender en tal forma impropia que no procedía la restitución de frutos y confirmando esto el fallo ahora acusado"; y radica la segunda en que si, como lo tiene dicho la Corte, la restitución de frutos constituye una consecuencia obligada de la restitución de un bien, en el caso de esta litis la condena a devolver el predio "Valdivia" se extiende a la restitución de sus frutos naturales y civiles.

3. A continuación apunta el impugnador que si la no condena a la restitución de frutos obedeció, como lo sostiene el fallo del Tribunal, a que los permutantes no se hicieron entrega material de los predios permutados; y a que el demandante no probó la producción de frutos, en tales conclusiones "incurrió en una ostensible contraevidencia".

Concretando el error de hecho que le enrostra al Tribunal, el censor, tras referirse al contenido de la escritura 1508 de 9 de junio de 1971, al de la inspección judicial practicada en el fundo "Valdivia" durante la primera instancia del proceso, al testimonio de Héctor Emilio Castañeda recibido en ella, al dictamen de los peritos y al certificado del catastro de 28 de septiembre de 1972, expresa que "la sentencia acusada incurrió en una manifiesta contraevidencia al no ver ni tener en cuenta que las pruebas expresadas, demuestran: primero, que el señor Tovar Otálora figura como dueño del predio 'Valdivia'; segundo, que este fundo es productivo; tercero, que el mismo Tovar le puso un administrador a esa finca; y cuarto, que la ha tenido en estado de abandono", yerro fáctico que condujo al sentenciador, según lo asevera el recurrente, a quebrantar, por falta de aplicación, las normas sustanciales que referentes a frutos cita en esta parte del cargo.

4. Desenvolviendo la impugnación por el segundo aspecto, el recurrente, tras notar que la sentencia denegó la condena a Tovar a pagarle perjuicios a Márquez, apoyándose en las consideraciones de que el demandante no probó los daños que le hubiera causado el incumplimiento de aquél,

en torno a sus obligaciones de hacer la tradición y entrega material del inmueble por él permutado; en que, además, la inscripción de la escritura 1508 en lo relacionado con la finca "Valdivia" la hizo el segundo "contra expresa voluntad" del primero; y que Márquez, sin embargo de que tenía conciencia que sobre la propiedad suya "pesaba un embargo judicial, que sólo fue cancelado el 15 de junio de 1971", expresó enajenarla a Tovar libre de todo gravamen, embargo judicial y condiciones resolutorias, lo que determinó la conducta renuente de Tovar Otálora, dice que el Tribunal "incurrió en una ostensible contraevidencia al no ver que las pruebas anteriores (alude a la escritura número 296 de 27 de abril de 1971, a los certificados del Registrador de Vélez, visibles a los folios 55 y 82 del cuaderno número 4, y al del catastro de la misma ciudad, de 19 de mayo de 1971) abonan la buena fe con que Márquez hizo la declaración mencionada y al formularle la imputación inexacta de que obró en forma dolosa".

Agrega que si en principio la escritura 1508 no se pudo registrar en Vélez, pues que al acudir con tal propósito los contratantes a dicha ciudad se enteraron de que la mentada finca "Valdivia" aparecía embargada, "Márquez se dirigió luego a La Dorada a gestionar el desembargo del predio y lo consiguió, por lo cual esa escritura de permuta se registró respecto de la finca 'Valdivia'. Así ejecutó este contratante la obligación de transferir el dominio del inmueble nombrado al señor Otálora Tovar, lo que hizo con entera fuena fe"; y que, en cambio, éste asumió una conducta de incumplimiento voluntario, "deliberado e intencional, o mejor aún en forma dolosa", al buscar primero mediante comunicaciones telegráficas y telefónicas que el Registrador de Vélez no inscribiera la escritura contentiva del contrato de permutación; y luego, al impedir, mediante embargo de los predios "La Argelia" y "Valparaíso", que simuladamente obtuvo con la complicidad de su hermana, que no se hiciera a Márquez la tradición del dominio de éstos.

Concretando el error de hecho que en el punto le endilga al Tribunal expresa el censor que además de las pruebas de los anteriores hechos y de la escritura 1082 de 2 de julio de 1971, el incumplimiento "doloso" de Márquez lo demuestran estas otras: la indagatoria de Tovar en las diligencias sumarias que le promovió Márquez; el acta de la diligencia de careo entre Márquez y Tovar practicada en las citadas diligencias; las declaraciones de Gloria Amparo, Ana Lía Tovar, Gustavo Araújo y María Graciliana Otálora, las que "la sentencia no vio en cuanto ellas demuestran que el incumplimiento del señor Tovar Otálora no fue simplemente culposo, sino doloso, por intencional y deliberado".

5. Continuando en el desarrollo del cargo por este aspecto, expresa el recurrente que la escritura número 1508, la inspección judicial practicada en el fundo de Cimitarra, la declaración de Héctor Emilio Castañeda y las posiciones absueltas por Márquez a solicitud de sus demandados, demuestran que el demandante "sí le hizo entrega material de la finca 'Valdivia' al 'contratante incumplido' señor Tovar"; y que "al afirmar lo contrario, la sentencia incurrió en notoria contraevidencia en la apreciación de las pruebas señaladas".

Y añade que si este yerro fáctico no existe, "habría que admitir que sí incurrió en error de hecho al no tener en cuenta las pruebas que demuestran que Márquez estuvo listo a ejecutar esa entrega, es decir, que se allanó a cumplir esta obligación de entrega material". Señala, como pruebas no tenidas en cuenta por el Tribunal en este punto, la escritura número 1508, el interrogatorio absuelto por Márquez, el careo que éste tuvo con Tovar en el mismo sumario referido, y el acta de inspección judicial, pruebas que, estima el censor, "demuestran la voluntad y oferta de Márquez de hacerle entrega de la finca al señor Tovar, que es lo que constituye el allanamiento a que se refiere el artículo 1609 del Código Civil".

6. Rematando la formulación de la censura, expresa el impugnador que "al afirmar el fallo que Márquez no probó haber sufrido perjuicio alguno y al no ver que el acta de inspección judicial comprueba el abandono del predio 'Valdivia', constitutivo por sí mismo y por sus consecuencias de daños incalculables, incurrió dicho fallo en una manifiesta contraevidencia que lo condujo a violar, por falta de aplicación,

los artículos 1546, 1613, 1614, 1616 y 1930 del Código Civil, que le ordenan resarcir perjuicios al contratante que, por su incumplimiento, da lugar a la resolución del contrato legalmente celebrado".

Se considera

1. Al analizar la copia del sumario que por el delito de estafa se siguió en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia contra Luis Alejandro Tovar, en virtud de denuncia formulada por José Ricaurte Márquez González, prueba ésta que estimó legalmente rituada y debidamente aducida al presente proceso, dijo el Tribunal que el aquí demandante, tanto en la ratificación jurada de la denuncia de 2 de julio de 1971, en donde expresó que "estoy listo para hacerle entrega de la finca Valdivia, puesto que yo ya no soy dueño"; como en la diligencia de careo con el denunciado llevada a cabo el 6 de los mismos mes y año, en la que manifestó que "espero que me cumpla este negocio para proceder a entregarle la tierra", confesó que no había entregado materialmente a su demandado el inmueble que le enajenó a título de permuta; y que dicha confesión, la que el sentenciador encuentra ajustada a todos los requisitos exigidos por la ley para su plena eficacia, desvirtúa el contenido de la cláusula 4ª de la escritura número 1508 de 9 de junio de 1971, mediante la cual los permutantes expresaron que "desde hoy se ponen en posesión real y material de los inmuebles permutados".

"De la prueba dada en el proceso —dice en lo pertinente la sentencia impugnada— surge con toda evidencia que no son ciertas las manifestaciones contenidas en las cláusulas tercera, cuarta y quinta de la escritura. En efecto, —agrega— en cuanto a la cláusula cuarta se tiene la confesión expresa que hizo el copermutante José Ricaurte Márquez en la diligencia de ratificación a la denuncia penal que formuló contra Luis Alejandro Tovar y en la diligencia de careo verificada dentro de esa investigación el día 6 de julio de 1971". De lo cual concluye el Tribunal que "las partes pues no se hicieron entrega real y material de los bienes permutados".

En cuanto se refiere la censura a la no condenación de restitución de frutos que trae la sentencia impugnada, el cargo que se examina, como se deduce claramente del extracto que de él se ha hecho, se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en manifiesto error de hecho "al no ver ni tener en cuenta" el contenido de la escritura número 1508 de 9 de junio de 1971, la inspección judicial practicada el 11 de octubre de 1972 en la finca "Valdivia", el dictamen de los peritos Rafael Tejeiro Caro y Primitivo Traslaviña Angulo, el testimonio de Héctor Emilio Castañeda y el certificado del catastro expedido el 28 de septiembre de 1972.

Palmar es, pues, que el recurrente omite absolutamente atacar la confesión que en torno a la no entrega material de la finca "Valdivia" hizo el demandante, tanto en la diligencia de ratificación del denuncio penal como en la de careo con su demandado y que el Tribunal consideró y tomó como fundamento cardinal de la conclusión a que en el punto llegó; el ataque lo limita el censor a otros medios de prueba. Pero como aun en el supuesto de que la impugnación así planteada resultare victoriosa, subsistirían sin embargo, por falta de objeción, las razones que en relación con aquella prueba de confesión expuso el sentenciador, la acusación, en este aspecto de la censura, resultaría necesariamente impróspera, desde luego que dichas razones son suficientes para sostener la conclusión a que en lo pertinente llegó el ad quem.

2. Si, pues, la conclusión del Tribunal consistente en que Márquez no le hizo entrega material de la finca "Valdivia" a Tovar Otálora continúa amparada por la presunción de legalidad, no puede decirse que la no condenación a restituir los frutos producidos por ella sea violatoria del derecho sustancial del demandante, puesto que, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, el artículo 1932 del Código Civil, referente a las prestaciones mutuas entre vendedor y comprador cuando se declara la resolución de la venta, se limita a establecer una regla de equidad o proporción entre los frutos producidos por la cosa recibida por éste y lo pagado por aquél. De lo cual obviamente se sigue que si no hubo

entrega de la finca "Valdivia" a Tovar Otálora, no existe a cargo suyo el deber de restituir frutos de ella, ya que tal obligación tiene como fundamento o razón de ser la posesión material del respectivo fundo.

3. Y si prescindiendo de la anterior observación debiera la Corte entrar al estudio de la censura en el fondo, tendría que decir que el Tribunal sí vio y consiguientemente apreció los elementos de prueba que la censura estima olvidados por la sentencia; y que, consecuencialmente, no existe el error de hecho que en la estimación de tales medios denuncia el recurrente.

En efecto, en numerosos pasos de su sentencia, el ad quem paladinamente se refiere a la escritura número 1508 de 9 de junio de 1971 y más concretamente a su cláusula cuarta; a la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso en la finca "Valdivia"; al dictamen de los peritos Tejeiro Caro y Traslaviña Angulo; a la declaración rendida en esa diligencia por Héctor Emilio Castañeda y al certificado de catastro. Así, al relacionar las pruebas aducidas alude expresa y claramente, en los números 2 de la letra A y 4 de la letra B, a las citadas escrituras e inspección judicial; en el capítulo de su fallo que denomina "Análisis de la Prueba" (Fl. 48), compendia el contenido de dichas pruebas, dice, refiriéndose a la segunda, que en ella se identificó el referido inmueble "y se dejó constancia de que aparece inscrito en la Oficina de Catastro bajo el número 2627... a nombre del señor Tovar Otálora Luis Alejandro, según certificado presentado al juzgado y expedido el día 28 de septiembre de 1972 por la respectiva oficina"; posteriormente, sintetiza el contenido de la declaración de Héctor Emilio Castañeda, notando que este testigo expresó ser el mayordomo de la citada finca desde hace cuatro años, por cuenta de Márquez González, desde junio de 1971, "y de allí en adelante a órdenes del señor Luis Alejandro Tovar"; a continuación transcribe, resaltando sus pasos trascendentes, el dictamen rendido por los citados peritos, del cual el juzgador asevera que "solamente se refieren a una productividad hipotética porque al iniciar la experticia dicen que la finca se halla abandonada en cuanto a su explotación".

Todo el contenido del fallo indica, entonces, que el sentenciador de segundo grado ni olvidó ni dejó de tener en cuenta las pruebas que en este punto el recurrente considera no apreciadas; que fue precisamente del análisis que de ellas hizo en conjunto con la confesión del demandante de lo cual dedujo, y así lo expresó, que la cláusula 4ª de la escritura número 1508 quedó desvirtuada en su contenido con la referida confesión de Márquez, y que las demás probanzas no alcanzaban a infirmar dicha confesión.

4. Según se infiere claramente del resumen que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal de Armenia, luego del estudio que de la prueba hizo en conjunto, expresó que sin embargo de declarar la resolución del contrato de permuta no procedía condenar al demandado al pago de perjuicios, porque, dice, el demandante no probó que la conducta de su contraparte se los hubiera causado. "En efecto, —se lee al respecto en la sentencia— fuente principal generadora de perjuicios para el demandante hubiera sido la entrega real y material del inmueble 'Valdivia' a Luis Alejandro Tovar Otálora pero no se estableció en este proceso que tal entrega hubiera tenido lugar y, por el contrario, la prueba dejó sin base lo manifestado por los permutantes en la cláusula cuarta de la escritura 1508 cuando dijeron que se ponían en posesión real y material de los inmuebles permutados".

Y posteriormente, prosiguiendo el estudio de la súplica atinente al pago de perjuicios, asevera el ad quem que "si se argumenta que el señor José Ricaurte Márquez hizo la tradición del inmueble 'Valdivia' mediante el registro de la escritura de permuta desde el 24 de junio de 1971 y que este sólo hecho, al despojarse de la titularidad del dominio le acarreó perjuicio, tiene que considerar la Sala que el perjuicio así causado, caso de que existiere, proviene única y exclusivamente de la culpa del permutante Márquez quien instó e insistió ante el Registrador de Instrumentos Públicos para que se registrase en favor de Otálora su inmueble contra expresa voluntad de éste"; agregando que la actitud renuente de Tovar Otálora es imputable a aquél que fue quien dio lugar a ella al expresar venderla,

como libre, un bien a sabiendas de que estaba embargado judicialmente.

5. Lo cual significa que la negativa al pago de perjuicios la edificó el Tribunal en dos conclusiones, a saber: que no hubo entrega material del fundo "Valdivia" a Otálora Tovar; y que la renuencia de éste a que se registrara la escritura era justificada por encontrarse a la sazón embargado dicho predio.

Y como la primera de estas dos conclusiones, según ya se ha visto, ha quedado en pie por no haberse impugnado la prueba de confesión en que la apoyó el Tribunal, no puede pretender el demandante el pago de perjuicios que tengan como fundamento la entrega de la finca a Tovar Otálora, por lo que el cargo que se estudia, en lo que a este punto se refiere, resulta impróspero.

Además, como atrás también quedó dicho, el Tribunal sí vio y apreció en su sentencia tanto la escritura número 1508 de 9 de junio de 1971, como la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso en el fundo "Valdivia", el dictamen pericial y la declaración de Héctor Emilio Castañeda rendidos en tal diligencia. De su apreciación en conjunto dedujo que la cláusula pertinente de aquel instrumento, relativa a la entrega material de dicho predio, quedaba infirmada con la confesión del demandante Márquez y que las otras pruebas carecían de eficacia para desvirtuar el contenido de dicha confesión.

6. En relación con la segunda de las conclusiones a que llegó el Tribunal para denegar la condena al pago de perjuicios impetrada, el cargo que se examina, como se deduce del extracto que de él se ha hecho, lo presenta el recurrente por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en error fáctico "al no ver" las siguientes pruebas, las cuales, al decir del censor, demuestran la buena fe del contratante Márquez en el cumplimiento de sus obligaciones, por una parte; y por la otra, que el incumplimiento de Otálora fue culposo, deliberado e intencional; la copia de la escritura número 296 de 27 de abril de 1971, mediante la cual se protocolizó la Resolución número 569 de adjudicación por el Incora a Márquez del mentado inmueble "Valdivia"; los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos de Vélez el 24 de abril de 1971, de los cuales aparece que para entonces el adjudicatario del bien no lo había enajenado; la escritura número 1082 de 2 de julio de 1971, por la cual el propio Tovar Otálora dio en venta a su madre la misma finca que debía transferir a Márquez; la indagatoria de aquél dentro del sumario que le promovió éste; la misma diligencia de inspección judicial tantas veces referida; y, por último, las declaraciones de parte de María Graciliana Otálora, Ana Lía y Luis Alejandro Tovar Otálora, José Ricaurte Márquez y el testimonio de Gustavo Araújo Baute.

Sin embargo de que el ad quem en su sentencia no cita, individualizándolos, la copia de la escritura número 296 de 27 de abril de 1971 y los certificados del Registrador de Vélez a que alude la censura, la falta de concreción que en el punto se advierte no autoriza para afirmar que el Tribunal pasó por alto dichas pruebas, puesto que la referencia genérica que de ellas hace permite suponer razonablemente que sí las tomó en cuenta, y que fue del estudio en conjunto que de toda la prueba hizo de donde dedujo que la hacienda "Valdivia" aparecía inscrita "a nombre del señor Tovar Otálora Luis Alejandro, según certificado presentado al juzgado y expedido el 28 de septiembre de 1972 por la oficina de catastro respectiva"; y que "la escritura número 1508 fue registrada el día 24 de junio de 1971"; y que Luis Alejandro Tovar Otálora "figura como actual poseedor inscrito de la hacienda 'Valdivia' a que se refiere la escritura de permuta".

El Tribunal también vio y apreció el acta de la inspección judicial practicada en el predio "Valdivia" el 11 de octubre de 1971, y el dictamen pericial rendido en ella. Así aparece claramente del estudio que de estas pruebas hace en los folios 47 y 48 de su fallo, en donde dice que "... como lo observó el mismo juzgado, y los peritos lo repiten, 'la finca se hallaba abandonada en cuanto a su explotación se trata' " pero no consideró el Tribunal que ese abandono del inmueble, que da por establecido suficientemente, constituyera perjuicio que Tovar Otálora debiera indemnizar, porque, añade, ese abandono es imputable al pro-

pio demandante y no al demandado, quien no recibió materialmente el predio.

Igualmente el sentenciador vio y apreció en su fallo, tanto el testimonio de Gustavo Araújo Baute, como los interrogatorios absueltos por todas las personas que en este proceso figuran como parte. Para así advertirlo sería bastante ver que en la sentencia, en el capítulo que denomina "Análisis de la Prueba", el Tribunal relaciona, extractando su contenido y determinando los hechos que con ellos considera demostrados, el testimonio de Araújo Baute y las respuestas que a los interrogatorios propuestos dieron Luis Alejandro Tovar, María Graciliana Otálora, Ana Tovar Otálora y el demandante José Ricaurte Márquez González, pero estimó, lo que es cosa distinta a no ver estas pruebas, que ellas no demostraban el perjuicio que este último afirma haber recibido por el no cumplimiento del contrato de permuta.

En numerosísimos apartes de su fallo el sentenciador hace expresa alusión a la escritura número 1082 de 2 de julio de 1971, y a los certificados del Registrador "que la complementan"; y con estos medios probativos da por establecido que Tovar Otálora, después de haber celebrado el contrato de permuta con Márquez, vendió a su madre María Graciliana Otálora la misma finca que debía transferir a ésta, agregando que la inscripción de dicho título pudo hacerse en virtud de que Ana Tovar, ejecutante en el proceso donde se había embargado dicho fundo, la autorizó.

7. Finalmente cabe notar que la segunda conclusión del Tribunal para denegar el pago de perjuicios, es decir, que la conducta renuente de Tovar Otálora para que se inscribiera la escritura número 1508 es justificada, puesto que encontró que el bien a él vendido como libre estaba embargado judicialmente, y que la inscripción de dicho título se hizo a instancia de Márquez y contra la voluntad de aquél, se ajusta a la realidad objetiva que las pruebas demuestran; que no es contraevidente y que, consecuencialmente, no existe por este aspecto el error de hecho que el impugnador le enrostra al Tribunal.

Por lo dicho, este cargo está llamado a no prosperar.

V

Sentencia sustitutiva

Viene de todo lo expuesto la conclusión de que por la prosperidad del cargo primero la sentencia recurrida extraordinariamente habrá de casarse; pero que como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que se ha hecho aparte de las resoluciones en él contenidas, la sentencia de reemplazo debe reproducir todas las demás decisiones que no fueron impugnadas, y las que habiéndolo sido no alcanzaron éxito.

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 treinta (30) de octubre de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, y actuando como tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Confírmase la sentencia proferida el diez y nueve (19) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973) por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, en este proceso ordinario instaurado por José Ricaurte Márquez González contra Luis Alejandro y Ana Tovar Otálora y María Graciliana Otálora de Tovar;

Segundo. Refórmase la citada providencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, en el sentido de revocar la parte en que declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados, "porque por técnica jurídica no ha debido hacerse tal declaración";

Tercero. "En firme esta sentencia compúlsese por la secretaría del juzgado del conocimiento copia de la diligencia de declaración de parte rendida por el actor José Ricaurte Márquez González y de la diligencia, que en copia aparece, de careo y de ratificación del denuncio penal ante el Juz-

gado Segundo Penal por él formulado contra Luis Alejandro Tovar Otálora, así como del poder que confirió al doctor Alfonso Patiño Ocampo para instaurar demanda contra Luis Alejandro Tovar Otálora y María Graciliana Otálora de Tovar, y de la respectiva demanda que formuló tal apoderado (cuaderno Nº 2, Fls. 11 a 20), con destino a la autoridad competente para que se investigue el posible ilícito de falso testimonio en que haya incurrido el declarante";

Cuarto. Ordénase cancelar la inscripción de la demanda, y

Quinto. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

DESHEREDAMIENTO

Prueba de las causales.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 22 de noviembre pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario instaurado por Guillermo Edmundo Salas Benavides frente a Carlos César Salas.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 24 de febrero de 1972 el citado Salas Benavides demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto a su legítimo padre Carlos César Salas, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que por haber "incurrido en las causales de desheredamiento que regula el artículo 1266 del Código Civil", el demandado no tiene derecho para intervenir "como cónyuge sobreviviente" ni en la sucesión de su esposa legítima, Zoila Rosa Benavides de Salas, ni en la de los padres de ésta, Luis Antonio Benavides y Rosario Paz Arboleda; b) Que por la misma razón "tampoco tiene derecho de heredar ni recibir la porción conyugal", en los bienes adjudicados a aquélla dentro del proceso sucesorio doble de éstos; c) Que el demandante, por derecho de representación de su madre legítima Zoila Rosa Benavides de Salas, "tiene derecho único y exclusivo sobre los bienes" inventariados en la sucesión de los padres de ésta, y d) Que si el demandado se opone a sus pretensiones sea condenado al pago de las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante invocó en apoyo de sus peticiones, pueden sintetizarse así:

a) Luis Antonio Benavides Heredia o Heredia Benavides y Rosario Paz Arboleda, quienes fueron casados entre sí, procrearon dentro de su matrimonio a Zoila Rosa Benavides, quien luego contrajo matrimonio católico en la Iglesia Parroquial de San Sebastián de Pasto el 15 de diciembre de 1948 con Carlos César Salas;

b) Dentro de la unión connubial Salas-Benavides se procreó a Guillermo Edmundo Salas Benavides, cuyo nacimiento ocurrió en esa ciudad el 1º de febrero de 1951;

c) Ocurrido el óbito de los padres de Zoila Rosa, ésta inició en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto el trámite del proceso sucesorio doble, en el cual la peticionante fue reconocida como heredera de los causantes, en su calidad de hija legítima de éstos, y en ella obtuvo a su favor el decreto de posesión efectiva de la herencia, integrada por los inmuebles números 18-89 de la carrera 21-bis y 20-69 de la calle 22 de dicha ciudad, cuyas alindaciones se consignan en la demanda;

d) Afirma el demandante que su demandado cometió injuria grave contra la persona y bienes de la esposa de éste, Zoila Rosa Benavides, y contra los padres de ésta; que su conducta injuriosa lo llevó al extremo "de que una noche montando un carro automotor y colocándolo al frente de la casa que habitaban, arremetió contra las puertas de la dicha casa, violó una de ellas y rompió las paredes de la habitación con el ánimo de acabar con la vida de sus moradores";

e) "El hecho de los ultrajes de obra y de palabra a los progenitores de Zoila Rosa Benavides Paz, y a la persona de ésta, —dice el demandante en el hecho 6º de su libelo— de las injurias graves que le infería con frecuencia contra su honor; y el abandono total de sus deberes de marido y de padre del menor Guillermo Edmundo, fue público en el vecindario de Caracha y del domicilio de los padres de doña Zoila"; y por razón del mal trato que ésta recibía de su esposo, de "esas injurias graves, esos atentados contra el honor y los bienes, abrumada por la mala vida, doña Zoila, estando viviendo en el barrio El Colorado tuvo que pedir asilo en casa de sus padres, y allí llegó el demandado a ultrajarla en la misma forma, y lo propio hacía con los padres de dicha señora, injuriándolos de hijos de..., casi cuotidianamente; y se embriagaba, para volver con el mismo procedimiento a desafiar al señor Luis Benavides, y a invitarlo a que saliera para matarlo, amenazándolo con varillas de hierro que portaba en las manos", y

f) Cuando el 17 de diciembre de 1971 ocurrió la muerte de Zoila Rosa, el proceso sucesorio de los padres de ésta no había terminado; entonces su hijo Guillermo Edmundo solicitó y obtuvo que en él se le reconociera como interesado, mediante auto de 4 de febrero de 1972, por derecho de transmisión de su difunta madre.

3. En su oportuna contestación al libelo incoativo del proceso el demandado, luego de negar los hechos referentes al mal comportamiento y a los actos injuriosos que el demandante le enrostra, se opuso a las pretensiones deducidas por éste: afirmó que fue siempre esposo "atento y amoroso"; y que en todo tiempo prodigó a Zoila Rosa "afecto y cariño".

4. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 4 de abril de 1973, mediante la cual denegó las pretensiones deducidas en la demanda e impuso al demandante las costas procesales.

5. Por virtud de apelación interpuesta por esta misma parte contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el que, por sentencia del 22 de noviembre de ese mismo año, confirmó el fallo apelado y condenó al recurrente al pago de las costas causadas en la instancia.

III

Motivación de la sentencia impugnada

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa, inicia el Tribunal las motivaciones de su sentencia notando que, mediante las dos primeras súplicas de su demanda, el demandante instaura, frente a su padre legítimo, la acción de desheredamiento, pretendiendo con ella que a éste se le excluya de la sucesión de su esposa Zoila Rosa Benavides de Salas y de la de los padres de ésta.

2. Concretándose al estudio de la pretensión que encuentra deducida principalmente en la demanda, el ad quem, luego de citar el texto de los artículos 1265, 1266 y 1240 del Código Civil, asevera que para su procedencia el desheredamiento requiere de dos presupuestos fundamentales, a saber: una disposición testamentaria que así lo diga; y el carácter de heredero legitimario en la persona que se pretende desheredar.

Sentado por él el anterior postulado, dice el sentenciador de segundo grado que con apoyo en él "es fácil" deducir la improcedencia de la pretensión del demandante, puesto que, de una parte, "en el caso sub judice no se ha demostrado la existencia de testamento"; y, de la otra, por cuanto el cónyuge no tiene categoría de legitimario en la sucesión de su esposa. "Siendo el cónyuge una persona distinta a los legitimarios, —dice la sentencia— mal se lo podría desheredar, porque no hay norma de carácter legal que autorice para ello, éste dentro de la sucesión de su cónyuge tiene derecho a la porción conyugal o a las gananciales, de acuerdo al (sic) orden sucesional correspondiente, lo cual debe establecerse dentro del respectivo proceso sucesional".

3. Refiriéndose a las causas legales de desheredamiento, afirma el Tribunal que "quiso el legislador no dejar al arbitrio del testador el desheredamiento y antes por el contrario para evitar abusos estableció los casos taxativos en que se puede desheredar, como el no socorrer al ascendiente cuando éste lo necesite o haber atentado contra la vida o los bienes de cualesquiera de los ascendientes del cónyuge, esto plenamente demostrado en el respectivo juicio penal con sentencia condenatoria que se halle ejecutoriada, y no podía ser de otra manera porque privar a un legitimario de la herencia por cualquier motivo, tal vez fútil llevaría a cometer, como ya se dijo, abusos en detrimento de la sana distribución de los bienes por causa de muerte".

Agrega el ad quem que si bien el demandado, según lo indica la prueba testimonial aducida al proceso, "no llevaba una vida acorde con sus responsabilidades matrimoniales, ni con sus suegros", no se acreditó sin embargo que entre aquél y su esposa "haya habido una separación legal, por lo tanto, —añade— el hecho de las divergencias no se las puede tener como causas para el desheredamiento, porque al hacerlo así el juzgador se convertiría en legislador, cosa que no está permitido y aún más, prohibido por todo Estado de derecho".

III

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la respectiva demanda le formula cuatro cargos, todos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte, sin embargo, contrae su estudio al primero de ellos, por cuanto los tres restantes, por no haberse ajustado en su postulación a la preceptiva técnica del recurso extraordinario, fueron declarados inadmisibles en auto de esta corporación proferido el 16 de abril pasado.

Primer cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por interpretación errónea, de los artículos 1025 y 1266 del Código Civil.

2. En desarrollo de la censura el recurrente afirma que la sentencia por él impugnada, al negar el desheredamiento pedido, quebrantó las disposiciones indicadas "por errónea aplicación de las mismas, por cuanto en estas disposiciones, no se ha estatuido la norma legal de que mientras no se dicte sentencia no se puede demandar el decreto de indignidad contra un sucesor, mientras no se obtenga la sentencia penal que lo condene"; y porque, agrega, en dicho fallo equivocadamente se sostiene que como "el cónyuge sobreviviente, no puede considerarse como heredero", no se le puede "promover acción alguna de indignidad".

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, afirma el censor que el artículo 1230 del Código Civil "le asigna al cónyuge sobreviviente porción conyugal; y le asigna la cuarta parte, en todos los órdenes de la sucesión, menos en el de la descendencia legítima, pues en este caso lo hace heredero de la legítima rigorosa de un hijo de acuerdo con el artículo 1236"; que "en las sucesiones intestadas, cuando no hay hijos legítimos, conforme a la Ley 45 de 1936, por el artículo 20, considera al cónyuge como sucesor del difunto". De lo cual concluye el recurrente que "es la ley, y no el derecho natural, la que atribuye al cónyuge en cierta forma el carácter de heredero; y como el honorable Tribunal, en la sentencia que se acusa, desconoce tal carácter, quebranta o viola directamente dichas disposiciones".

3. Rematando la formulación del cargo, dice el impugnador que no se le puede atribuir al demandante, para denegarle su pretensión, "la indolencia de la falta de acusación penal por los delitos que cometió su propio padre, no sólo contra su propio hijo, sino también contra su propia mujer legítima y contra sus propios suegros".

"La osadía de Carlos César Salas, —asevera el recurrente— y el deseo de aprovecharse de los bienes herenciales de los que fueron abuelos de mi poderdante, están precisamente inspirados por la intención criminosa y los hechos que consumó contra los bienes y personas de los abuelos y de la propia mujer doña Zoila Rosa Benavides Paz; pues, si hubiera logrado el intento de destruir la casa, con el atropello que

cometió contra el edificio, se hubiera aprovechado de los bienes de que se trata, consumado ese crimen nefando y abominable".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Repetidamente lo tiene declarado la doctrina de esta corporación, con fundamento en la preceptiva legal, que como en esencia la casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, se trata entonces de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente, sometido al principio dispositivo y que, consiguientemente, el desacato a las normas legales que lo informan lo torna necesariamente impróspero.

Dado pues su carácter extraordinario, el recurso de casación conlleva limitaciones que no puede sobrepasar la Corte; a ésta le está vedado decidirlo en el fondo, cuando la demanda mediante la cual se sustenta no es idónea para alcanzar el fin con ella perseguido. Al efecto ha dicho la corporación que "el recurrente, como acusador que es de la sentencia de segunda instancia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta, para que la Corte, situada dentro de los términos de la censura y en congruencia con éstos, pueda decidir el recurso, sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o recrear la acusación planteada sin acierto, lo cual no entra en sus poderes" (CVII, 86).

2. El quebranto de la ley sustancial, que constituye siempre el fundamento de la causal primera de casación, puede ocurrir por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

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

Como cada uno de estos tres aspectos de violación de la ley sustancial es diferente, en orden al éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, el recurrente debe expresar por cuál de los tres casos de quebranto acusa la sentencia. "De allí que se haya llegado hasta 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 infracción o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

En sentencia de 5 de diciembre de 1969, dijo la Corte: "Reiteradamente ha precisado la doctrina que el principio acusatorio y el de la dispositividad del juzgador que informan nuestro ordenamiento procesal civil privan de modo absoluto en el recurso extraordinario de casación, en forma tal que la impugnación del fallo y su alcance constituyen la pauta a que ha de ceñirse estrictamente la Corte. Así circunscrita y limitada su capacidad decisoria, a 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).

3. En sentencia de 22 de septiembre de 1972 dijo la Corte y hoy lo reitera, que interpretar erróneamente un precepto legal es, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado.

Y agregó la Corte en esa misma providencia: "Es verdad que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero así en la primera como en la se-

gunda de estas dos hipótesis el verdadero concepto de la violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea, sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente" (Ordinario de Gil Antonio Correa contra los herederos de Justiniano Correa, aún no publicada).

4. Estimó el Tribunal de Pasto, y es esta la consideración cardinal que sustenta su fallo, que como "en el caso sub judice no se ha demostrado la existencia de testamento" ni el demandado tiene el carácter de legitimario, la pretensión de desheredamiento deducida en la demanda es improcedente. Lo cual lógicamente significa que no aplicó, ni en todo ni en parte, los artículos 1265, 1266 del Código Civil, ni menos el 1025 ibídem.

Se limitó pues el ad quem a manifestar la improcedencia legal de decretar el desheredamiento del demandado en la sucesión de su cónyuge, por ausencia de los supuestos de hecho exigidos por la preceptiva legal contenida en aquellos textos. Y si no aplicó en su sentencia ninguna de las normas citadas, es errado acusar el fallo, como aquí lo hace el recurrente, por interpretación errónea de esos textos legales, puesto que, como ha quedado dicho, tal especie de quebranto supone que los preceptos hayan sido aplicados.

En estas circunstancias la censura resulta evidentemente ineficaz.

5. Sin embargo de la improsperidad del cargo por la razón indicada, la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por la regla 5ª del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en el ámbito doctrinal, debe rectificar el desacierto en que incurrió el sentenciador ad quem, al sostener en su fallo que para aceptar en materia civil las causales de desheredamiento que consagra el artículo 1266 del Código Civil, es indispensable que los hechos que las estructuran estén plenamente demostrados "en el respectivo juicio penal, con sentencia condenatoria que se halle ejecutoriada".

6. A términos del artículo 1266 del Código Civil, el desheredamiento consiste en una disposición testamentaria que ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima.

La razón de ser de este instituto jurídico, lo tiene dicho la doctrina, se encuentra en la falla de conducta del heredero forzoso en sus relaciones personales con el testador, o con los parientes cercanos de éste. Tal falla, en el ámbito de la causal primera del precitado artículo 1266, que es la que se ha invocado como causa petendi en el presente caso, consiste en haber cometido "injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos".

Pero si bien es verdad que para la legalidad de la declaración de desheredamiento es menester que dicha causal, como todas las demás, "se hubiere probado judicialmente" (Art. 1267 ibídem); también lo es que ninguna de estas normas establece al efecto que la prueba de los hechos pertinentes se dé por algún medio especial, mi muchísimo menos que lo sea mediante sentencia penal ejecutoriada.

Sostener, como lo hace el Tribunal de Pasto, que para la procedencia de la declaración judicial de desheredamiento es menester que los atentados a que alude el artículo 1266 se demuestren con sentencia condenatoria dictada previamente en proceso penal, es restringir el sentido y el alcance de esa norma y los del artículo 1267 ibídem, a la vez que hacer nugatorio el desheredamiento originado en actos injuriosos que si bien son graves no son sin embargo constitutivos de delito.

Casos hay, ciertamente, en que la injuria grave consiste en actos que por su naturaleza implican la comisión de ilícitos penales; en ellos, por cuanto son los jueces del crimen los competentes para definir el aspecto delictivo de los hechos, el proceso civil de desheredamiento que con base en los mismos sea instaurado puede y debe adelantarse hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, para suspender el pronunciamiento de ésta por razón de esa prejudicialidad, a términos de lo preceptuado por los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil; en cambio, si los actos injuriosos no tienen categoría delictual, sin embargo de lo cual sí son idóneos para atribuirle legalidad al desheredamiento, ningún obstáculo hay para que sea el propio juez civil quien los estudie y si los halla

establecidos declare la desheredación suplicada, sin esperar una sentencia penal condenatoria que, en esos supuestos, obviamente no se producirá.

7. Abona esta conclusión el criterio expuesto por la Corte en punto de la causal segunda de indignidad para suceder, contemplada en el artículo 1025 del Código Civil, norma ésta que, al contrario de lo que sucede con la pertinente al desheredamiento, sí requiere que el atentado grave "se pruebe por sentencia ejecutoriada".

En sentencia de casación de 25 de mayo de 1961 dijo en efecto esta corporación: "En caso como el de autos, la prueba del atentado grave y la declaración de indignidad se pueden perseguir dentro de una misma controversia, con el objeto de evitar que el término llegue a vencerse, por una parte, y por razones de economía procesal, por la otra. El ordinal 2º del artículo prescribe que el atentado se pruebe por medio de 'sentencia ejecutoriada', pero no exige un fallo que previamente demuestre el atentado, y otro que luego lo califique y pronuncie la indignidad. Es natural que si el hecho generador de ésta no puede establecerse sino mediante decisión de los jueces penales, no puede acumularse ante ellos la acción de indignidad, que es estrictamente civil. Mas, si el hecho causante se puede acreditar por medio del fallo de los jueces civiles, como en el caso del atentado prevalido de la simulación, que a ellos concierne declarar, no se ve la razón que impida ejercer las dos acciones dentro de una misma litis (la de simulación y la de indignidad)" (XCV, 889).

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 veintidós (22) de noviembre de mil novecientos setenta y tres (1973) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario.

Sin costas en el recurso extraordinario, por razón de la rectificación doctrinaria que se ha hecho (Art. 375 C. de P. C.).

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR AEREO POR HECHOS ACAECIDOS ANTES DE LA VIGENCIA DEL NUEVO CODIGO DE COMERCIO

Derecho aeronáutico actual; presunción de culpa del transportador. La obligación del transportador aéreo no es de medio sino de resultado. Aeronáutica Civil: sus certificaciones e informes son documentos públicos. Responsabilidad contractual y extracontractual del transportador.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a la decisión del recurso extraordinario que los demandantes propusieron contra la sentencia de 8 de mayo del pasado año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en este proceso ordinario suscitado por Esther Gómez de Arango y otros contra la sociedad "Taxi Aéreo Sabanero (Tass) Limitada".

I

El litigio

1. Ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga, la citada sociedad fue demandada por Esther Gómez viuda de Arango en su propio nombre y actuando también en representación de sus hijos legítimos Aura María, Iván Darío, Victoria Eugenia, Jeanny, Raúl y Oscar Gustavo Arango Gómez; por Sara Patricia Arango Gómez; por Martha Sonia Jaramillo viuda de Correa, quien obra personalmente y como representante legal de sus hijos legítimos Pina Lucía, Cristina Alejandra y Natalia Correa Jaramillo; por Aura Montaño viuda de Londoño; por Hernando Mesa Alvarez; por Alicia Fergusson viuda de Moreno, quien a más de actuar en su nombre lo hace en el de sus hijos legítimos María Elisa, Gabriel Ignacio, Juan Guillermo y Luisa Moreno Fergusson; y, por último, por Carmen Elena Santander de Toro, quien obra en su nombre y en el de sus hijos Juan José, Víctor Alejandro, Rosa Elena y Javier Ricardo Toro Santander.

2. Solicitaron los demandantes que se declarase que la compañía demandada "es civilmente responsable, por responsabilidad civil contractual, bien directamente o por culpa de sus empleados o subalternos, del accidente aéreo ocurrido en el municipio de Málaga, departamento de Santander, el día nueve (9) de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), ocasionado por la nave Aerocomander, matrícula HK 1079, de la cual ese día, era dueña, usufructuaria y explotadora la compañía demandada, siniestro en el que perdieron la vida las siguientes personas: Iván Arango Mejía, Rodrigo Correa Arango, Jesús Londoño Montaño, Miguel Antonio Moreno Mejía, José Alejandro Toro Ochoa, y en el que resultó gravemente lesionado el señor Hernando Mesa Alvarez".

Como consecuencial de la anterior declaración impetraron la de que la sociedad demandada, por ser responsable civilmente de todos los perjuicios que a ellos se les han causado con el citado accidente, debe pagar a Esther Gómez y a sus hijos que representa, los perjuicios materiales sufridos con la muerte de Iván Arango Mejía, su esposo y padre, en la cuantía que se pruebe y de $ 2.000.00 para cada uno por concep-

to de perjuicios morales; a Martha Sonia Jaramillo viuda de Correa y a sus nombrados hijos, de la manera predicha, los que les causaron con la de su esposo y padre, Rodrigo Correa Arango; a Aura Montaño viuda de Londoño los que padeció con la muerte de su hijo Jesús Londoño Montaño, en igual forma; a Hernando Mesa Alvarez, asimismo, las que él sufrió a consecuencia de las lesiones que recibió en el ameritado accidente aéreo; a María Alicia Fergusson viuda de Moreno y a sus nombrados hijos, de la misma manera, los que se les causaron con la defunción de Miguel Antonio Moreno Mejía, su esposo y padre; a Carmen Elena Santander viuda de Toro y a sus hijos, los que recibieron por la supresión de la vida de José Alejandro Toro Ochoa.

3. La causa petendi se hizo consistir, en síntesis, en que la sociedad demandada, "Taxi Aéreo Sabanero (Tass) Limitada", es una empresa pública de transporte que, el 9 de noviembre de 1968, explotaba, como propietaria, una avioneta "Aerocomander", con matrícula HK 1079; que en la fecha indicada y piloteando esa nave "por cuenta y órdenes de la empresa demandada", de la que era empleado, el capitán Gilberto Palencia Rincón conducía del aeropuerto de Bucaramanga al de Málaga, previo el respectivo contrato de transporte, a Iván Arango Mejía, Rodrigo Correa Arango, Jesús Londoño Montaño, Miguel Antonio Moreno Mejía, José Alejandro Toro Ochoa y Hernando Mesa Alvarez; que a eso de las 8 y 20 de la mañana la nave sobrevolaba la localidad de destino, mas como no estaba despejada la pista de aterrizaje, "el piloto hizo tres fallidas aproximaciones, en forma temeraria y culposa, hasta que en la última de ellas la avioneta se estrelló contra un vallado de piedra cercano a la pista; que, a consecuencia del estrellamiento, la nave se destrozó, el pasajero Hernando Mesa Alvarez sufrió graves lesiones y todos los demás ocupantes, incluyendo el piloto, perecieron".

4. El 25 de febrero de 1971 fue notificado el auto admisorio de la demanda y se dio ésta en traslado al representante de la compañía demandada, quien, por intermedio de apoderado, aceptó los hechos siguientes: que ella tenía la propiedad de la máquina accidentada; que la explotaba en la fecha del siniestro; que es empresaria pública de transporte aéreo de pasajeros y carga; que la apuntada avioneta, llevando a los pasajeros arriba dichos y piloteada por el capitán Palencia, su empleado, salió el 9 de noviembre de 1968, rumbo a Málaga; que el piloto actuaba por cuenta y órdenes de la sociedad; que los pasajeros habían celebrado con ella contrato de transporte aéreo para ser conducidos de Bucaramanga a Málaga y viceversa; que la avioneta se estrelló y quedó destrozada; que el pasajero Hernando Mesa Alvarez sufrió lesiones y que todos los demás ocupantes, incluyendo el piloto, perecieron. Relativamente a los demás hechos de la demanda, la sociedad expresó que no le constaban. Y en cuanto a la causa del siniestro dijo: "afirmo, de modo contrario, que el piloto era uno de los más expertos al servicio de la empresa, y si el accidente ocurrió, no fue por ningún error de conducta imputable al mismo, sino por las circunstancias atmosféricas de nula visibilidad que en ese momento se presentaron en ambas cabeceras de la pista, características de la fuerza mayor o del caso fortuito exonerantes de responsabilidad". Finalmente manifestó que, "como el debate probatorio habrá de establecerlo, sin que la empresa demandada tenga que acreditar ni la fuerza mayor ni el caso fortuito, le bastará destacar su ausencia de culpa que es manifiesta, porque 'Tass Limitada' cumplió con todos los deberes de prudencia y diligencia, tanto en el mantenimiento de la máquina como en la selección y conducta del piloto, de modo que si el siniestro se produjo lo fue por consecuencia de los llamados 'riesgos del aire', contra los cuales toda previsión es vana".

5. La primera instancia culminó con sentencia que no acogió las peticiones de los demandantes y que, consecuencialmente, absolvió a la sociedad demandada. Contra esta providencia interpusieron aquéllos el recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fallo de 8 de mayo del año pasado, por medio del cual confirmó el de primera instancia. Entonces, aquella misma parte interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

Bases de la sentencia del Tribunal

Este, después de transcribir los hechos y peticiones de la demanda, de relatar el trámite de la primera fase del proceso, de compendiar las razones que sirvieron de estribo al a quo para absolver a la parte demandada y de resumir las alegaciones de las partes, expresa que, en el contrato de transporte de personas, el porteador tiene la obligación de conducirlas a su destino por la vía y en el tiempo estipulados; que el artículo 1604 del Código Civil, aplicable al transporte aéreo como los artículos 2073 del mismo Código y 306 del Código de Comercio anterior, estipula que el deudor, en el ámbito de la responsabilidad contractual, sólo es responsable del caso fortuito cuando se ha constituido en mora o cuando sobrevino por su negligencia. Que no habiendo en nuestra legislación anterior normas expresas que regularan íntegramente ese contrato, el vacío se llenó con doctrina jurisprudencial, según la cual como el conductor en esa especie de transporte sólo responde de una obligación general de diligencia y prudencia, se exonera de responsabilidad probando solamente la ausencia de culpa, es decir, acreditando que tomó las medidas conducentes a la ejecución cabal de su obligación principal de conducir ileso al pasajero al lugar de su destino, sin que tenga que probar que el daño ocurrió por culpa de la víctima, por intervención de tercero, o por caso fortuito. Que, en este punto, la Corte recogió su pensamiento, así: "No podría adoptarse un criterio en extremo riguroso para hacer responsable siempre a la empresa por los accidentes que sufran los aviones ni tan benévolo que deje sin responsabilidad a los transportadores aéreos y sin defensa a quien sufre el daño. Inspirada en estos principios y aplicando por analogía a los transportadores por aire las disposiciones legales respecto al contrato de transporte por agua o por tierra, en cuanto ello es posible, la Corte ha llegado a las conclusiones siguientes en cuanto al problema referente a las obligaciones que tienen los empresarios de transportes aéreos, dada la naturaleza especial del contrato de transporte de esta especie, teniendo en cuenta el beneficio del pasajero: 1º No es óbice para que el transporte tenga el carácter de servicio público, el que se preste por personas o empresas privadas, sin concesión de una entidad política. El transporte aéreo ejecutado por empresas organizadas es un servicio público. 2º La responsabilidad del transportador para con el pasajero emana primordialmente del contrato de transporte. 3º Como es evidente que en los vuelos por el aire (sic) existen peligros desconocidos que acarrean riesgos de los cuales no puede hacerse responsable al transportador, pues el pasajero que a este medio de transporte acude, conoce las características peligrosas de todo vuelo y no existe disposición legal expresa que haga responsable al transportador de las consecuencias de tales riesgos, éstos los asume el pasajero, en cuanto tales riesgos no se deben a la deficiencia de la nave aérea, fallas de la tripulación, instalaciones, equipos, etc. Entonces la responsabilidad de la empresa de aviación es de simple prudencia y diligencia y queda libre de responsabilidad cuando pruebe la ausencia de culpa".

Sentadas estas bases, el Tribunal penetra en el análisis probatorio para concluir que "la presanidad de los accidentados aparece demostrada con la correspondiente prueba testimonial. El fallecimiento de los ocupantes de la avioneta lo está con las actas sobre levantamiento de los cadáveres hecho por el Juez Segundo Penal de Málaga. La propiedad de la avioneta accidentada se acreditó ser el día del accidente de la empresa demandada Tass Limitada. Y también lo referente a la valoración de los perjuicios".

Al definir lo atinente a la responsabilidad de la sociedad demandada, para lo cual estudia las declaraciones de José Miguel García, Alberto Otero Castellanos, Aurelio Zuluaga, Jorge Pérez Vásquez, Jaime Uribe Echeverri, Fabio Arango Mejía, Alfonso Rojas, el fallador, luego de exponer por qué tiene por sospechoso el testimonio de Pérez Vásquez, dice que "de lo relatado por estos testigos se concluye con toda certeza y precisión, que ninguno de ellos pudo darse cuenta en una forma directa y detallada del momento mismo del accidente, porque, según dan cuenta las constan-

cias procesales, el sitio preciso donde el avión HK 1079 chocó contra la cerca de piedra, está oculto por un monte, en terreno quebrado y de ninguna visibilidad, bien sea desde el campo de aterrizaje, desde el perímetro urbano de Málaga, o desde un vehículo automotor en movimiento, bien sea en carretera o en la calle urbana.

"Con una prueba testimonial como la presentada, que no ofrece los suficientes motivos de credibilidad y que no pudieron presenciar directamente el instante del accidente aéreo, no hay bases probatorias, como no las encontró el juzgado, para declarar que la empresa demandada es culpable del accidente y por tanto responsable del pago de los perjuicios que se han solicitado. Pues de lo único que pudieron darse cuenta personal y directamente, fue del estado climatérico reinante de la región cercana a Málaga, especialmente en el campo de aterrizaje por las nubes que de un momento a otro cubrían sus entradas, y que obligó a las avionetas en que viajaban a efectuar sobrevuelos para buscar la mejor forma de tomar tierra, tal como lo hizo el capitán Palencia, que al final no lo pudo hacer, con las consecuencias fatales ya conocidas, pues se perdió en la nubosidad que se cernía sobre la cabecera sur de la pista.

"Sobre el fenómeno meteorológico que en el aeropuerto de Málaga se presenta de ordinario en las horas de la mañana, consistente en una niebla móvil, acompañada de corriente de aire, que viene a cubrir la pista y vecindades del municipio, y que hace que los pilotos de las avionetas, que prestan sus servicios, se encuentren en serias dificultades, hasta esperar el claro para poder aterrizar o en muchas ocasiones regresar a Bucaramanga, tenemos el dicho de un aviador profesional, capitán Hernán Alarcón Rodríguez, que dice: generalmente, el piloto efectúa el vuelo, como lo anoté, con su criterio, y al llegar a la región de Málaga estudia las posibilidades de culminar su viaje en un aterrizaje satisfactorio; si observa, como es frecuente, que se encuentran nubes bajas, entonces sobrevuela sobre su aeropuerto y regiones aledañas en forma visual, cuidando de las altas montañas que lo rodean y espera encontrar el claro que le permita el aterrizaje. Como dispone de suficiente combustible puede volar por un largo tiempo para que se le presente la oportunidad, ya que las condiciones del tiempo son variables; después de un tiempo prudencial y viendo que no es posible más, inicia su regreso a Bucaramanga o a cualquier aeropuerto alterno. Durante mi experiencia en esta ruta tuve varias oportunidades en que me tocó decidirme por regresar a Bucaramanga, y esperar para después de varias horas intentar de nuevo el vuelo (folio 8 Cuad. 3º)".

Acogiendo el criterio del juez a quo, el ad quem, a pesar de aceptar que los informes de la Aeronáutica Civil, "en cuanto registran hechos o certifican el funcionamiento regular o irregular de instalaciones, equipos y servicios", tienen el mérito legal que les atribuía el artículo 632 del Código Judicial, termina expresando que el informe rendido sobre el accidente de Málaga "contiene una conclusión incierta, equívoca, imprecisa y vaga" por fundarse en probabilidades y no en certezas.

Expresa más adelante el sentenciador que la empresa demandada aportó elementos de prueba suficientes para acreditar que satisfizo los requisitos exigidos para comprobar su diligencia tanto en la escogencia y vigilancia de los pilotos como en el mantenimiento de las aeronaves, pruebas que son las siguientes: "1ª La inspección judicial practicada en las oficinas de 'Tass' comprobó la forma cuidadosa como se lleva a cabo la revisión y mantenimiento de todas las partes del avión y de sus motores (Fl. 28 Cuad. 3º). 2ª Los testimonios del jefe de mantenimiento, Natalio Contreras, y del técnico especialista en estructura, Hernando Becerra Ramírez (Fl. 31 ib.). 3ª El mismo informe de la Aeronáutica Civil, que acepta en cuanto a la nave accidentada 'que en la fecha del accidente, el avión tenía vigentes los certificados de navegación y matrícula; hasta el momento del infortunio tenía un total de 6.369:58 horas de vuelo, 947:45 DURG, y 21:22 horas del último servicio de 25 horas, ejecutado el 29 de octubre de 1968; los tiempos de los motores y las hélices, en el momento del accidente, se encontraban dentro de los límites establecidos por el fabricante; el récord de mantenimiento demostró que las inspecciones y servicios fueron ejecutados de

acuerdo al plan aprobado y las anotaciones de pilotos y discrepancias de mantenimiento, fueron corregidas oportunamente'. Además, en otro aparte del informe, se afirma: 'que el estudio de los restos demostró que la aeronave en ningún momento falló'. (Folio 21 Cuad. 3º)"; que la ausencia de culpa surge también de lo observado personalmente por el juez de primera instancia durante la diligencia de inspección que él practicara.

De todo lo anterior, la sentencia concluye que el accidente no se produjo por culpa de la sociedad demandada, y, reafirmando tal conclusión, asevera:

"Circunstancia imprevista de orden meteorológico, como fue la nubosidad o neblina que cubrió totalmente las cabeceras de la pista de aterrizaje, en especial la cabecera sur, y los cerros circunvecinos, que vino a envolver en circunstancias imprevistas a la avioneta conducida por el capitán Palencia, quitándole la visibilidad y condiciones para un correcto manejo, y como consecuencia de ello, el accidente a casi un kilómetro de distancia de la pista.

"No obstante las cualidades del piloto para conducir aviones, y el estado mecánico de la avioneta, fueron superadas por las condiciones atmosféricas, hecho que excede la previsión y la resistencia humana, y que viene a constituir el caso fortuito y la fuerza mayor. Aún más, puede sostenerse que el accidente se produjo en circunstancias que caen en los llamados 'riesgos del aire', a quienes están sometidos quienes utilizan el transporte aéreo.

"No sólo la avioneta accidentada, sino las dos restantes que habían sido contratadas para el transporte de los empleados de la Colombiana de Tabaco, tuvieron que sobrevolar el campo de aterrizaje en razón de las condiciones atmosféricas reinantes el 9 de noviembre de 1968, hasta lograr que la nubosidad reinante en la pista permitiera aterrizar. Y de ese estado meteorológico el día del accidente, obra en el proceso la suficiente prueba testimonial de credibilidad que exige la ley. Como también está demostrado a lo largo del proceso, que la presencia de nubes sobre el campo de aterrizaje y alrededores de Málaga, es frecuente, especialmente en época de invierno, y que obliga a los pilotos de las naves aéreas a tener que sobrevolar hasta lograr un claro para aterrizar, y en muchas ocasiones regresar en busca de otra pista.

"Así tenemos el testimonio del padre Quirós, que cuenta: 'Personalmente me consta que el día del accidente fue uno de esos días en que se presentó tal fenómeno (el de la neblina), me consta porque la avioneta accidentada sobrevoló, pensamos en la dificultad que tendría debido a que habíamos apreciado esas condiciones y después del accidente comentábamos que esa había sido la causa del accidente'. Y agrega: 'en cuanto al problema de las corrientes de aire, se presentan con tanta peligrosidad, que francamente en los últimos años he tenido miedo de utilizar este medio de transporte; he presenciado, sobre todo en el decolaje, cómo las avionetas tratan de ser precipitadas por el aire en el abismo que se presenta en el final de la pista y aparentemente por lo menos le da a uno la impresión de que no se van a poder elevar'.

"Otra circunstancia, ya fuera de la meteorológica, es la condición de la pista de aterrizaje, que es prácticamente un potrero y calificada por la Aeronáutica Civil como de tercera clase, pues carece en absoluto de instalaciones y servicios que ayuden a la navegación aérea, como señalamientos, iluminación, informaciones aeronáuticas, telecomunicaciones, y que la hacen en toda forma peligrosa.

"No es de suponer que el capitán piloto Palencia, en un acto arriesgado y de suicidio, hubiera querido aterrizar a toda costa, para demostrar ante sus compañeros aviadores y demás personas, su valentía, decisión y arrojo. La neblina reinante ese fatídico día, lo envolvió y lo desorientó, y lo llevó al siniestro. Y no sabemos qué maniobra o cuál fue su actitud de veterano piloto ante ese hecho imprevisto a que se vio abocado. Que tuvo que hacerlas, no sólo en defensa de su propia vida, sino de las personas encomendadas a su cuidado y responsabilidad, mediante un contrato de transporte aéreo.

"Se tiene entonces que no puede ser otra la conclusión, el resultado, de que el accidente ocurrido a la avioneta de Tass, se catalogue causado por fuerza mayor o caso fortuito, por los denominados riesgos del

aire, que vienen a exonerar a la empresa de aviación de toda responsabilidad. La ausencia de culpa es manifiesta, ya que la empresa demostró haber puesto toda la diligencia y cuidado para evitar y prevenir el daño".

III

La demanda de casación

Contra la sentencia extractada antes, se han formulado dos demandas de casación, la primera está suscrita por el apoderado de los demandantes Hernando Mesa Alvarez, Esther Gómez viuda de Arango, Ana María, Iván Darío, Victoria Eugenia, Jeanny, Raúl y Oscar Gustavo Arango Gómez; Martha Sonia Jaramillo viuda de Correa y Pina Lucía, Cristina, Alejandra y Natalia Correa Jaramillo; Aura Montaño viuda de Londoño; Alicia Fergusson viuda de Moreno y María Elisa, Gabriel Ignacio, Juan Guillermo y Luisa Moreno Fergusson; Carmen Elena Santander viuda de Toro y Juan José, Víctor Alejandro, Rosa Elena y Javier Ricardo Toro. La otra demanda fue presentada por el apoderado de Sara Patricia Arango Gómez, quien también es demandante.

Como la Corte encuentra que ha de prosperar el cargo primero de aquella demanda y el segundo de ésta, ataques que están formulados en términos idénticos, a ellos contraerá su estudio.

Primer cargo

Denúnciase en él violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 63, 64, 1604 y 2073 del Código Civil y del 306 del Código de Comercio; por falta de aplicación, los artículos 1494, 1502, 1602, 1603, 1613, 1614, 1615, 1757, 2070, 2071, y 2072 del Código Civil; 258, 264, 259, 283, 295 y 298 del anterior Código de Comercio; 32 de la Ley 89 de 1938; 5º y 8º de la Ley 153 de 1885 y 1003 y 1880 del nuevo Código de Comercio, todo a consecuencia de yerros ora de hecho, ora de derecho en que incurrió el fallador en la apreciación de las pruebas que adelante se individuan. Como violación medio señálase la de los artículos 176, 177, 187, 241, 243, 251, 252, 254, 258, 262 y 264 del Código de Procedimiento Civil, 23, 37 y 84 de la Ley 89 de 1938.

Desarrollando el cargo, la censura arremete contra las dos principales conclusiones del Tribunal que constituyen los pilares fundamentales de la sentencia, a saber: que el accidente se debió a "fuerza mayor o caso fortuito por los denominados riesgos del aire" y que, de otro lado, respecto de la parte demandada, "la ausencia de culpa es manifiesta ya que la empresa demostró haber puesto toda la diligencia y cuidado para evitar y prevenir el daño".

Arguye el recurrente que, como "los fenómenos atmosféricos que se presentan en ciertas épocas del año en el aeropuerto de Málaga, la ubicación de éste y sus características y la falta de ayudas para las operaciones de aterrizaje eran y son de dominio público", no puede afirmarse que esos acontecimientos sean imprevisibles. Que de ello resulta, entonces, la errónea apreciación de las siguientes pruebas: certificado de la Aeronáutica (folio 51 del cuaderno Nº 2), donde se expresa que el aeródromo de Málaga "está limitado exclusivamente a operación diurna y en condiciones visuales"; testimonios de los pilotos José Miguel García (Fl. 2 Cuad. 2), Alberto Otero (Fl. 13 Cuad. 2), Rodolfo García (Fl. 11 Cuad. 2), Hernán Alarcón (Fl. 9 Cuad. 3); y conclusión del informe de la Oficina de Aeronáutica (Fl. 95 Cdno. 2), que afirma haber existido "error de pilotaje consistente en deficiente criterio... al insistir en el aterrizaje después de tres aproximaciones fallidas en condiciones meteorológicas que eran inferiores a las mínimas de seguridad para la operación de aterrizaje". Agrega el censor que "la niebla intermitente que, como fenómeno atmosférico, se presenta en ciertas épocas del año en el aeropuerto de Málaga, no es irresistible, no constituye obstáculo insuperable", por lo cual el Tribunal erró al considerar ese hecho como configurativo de fuerza mayor, pues apreció mal las declaraciones de los pilotos antes referidos y las de los siguientes pasajeros que habían sido ya transportados por otras avionetas de "Tass": Aurelio Zuluaga (Fl. 19 del Cuad. 2º), Jorge Pérez (Fl. 83 Cuad. 2), Jaime Uribe (Fl. 164 Cuad. 2) y Alfonso Rojas (Fl. 174 Cuad. 2). Añade que también se incurrió en yerro fáctico en la aprecia-

ción de la inspección judicial, cuya acta se ve a folios 38 y siguientes del cuaderno 3º.

El impugnante, luego y separadamente, analiza los errores de derecho, punto que precisa afirmando: "la copia auténtica del informe de aeronáutica (folios 91 a 141 cuaderno 2º) es un documento público auténtico y la prueba que de él resulta es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo, así se ordena en los artículos 251, 252, 254, 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 23, 37, 38, 39 y 84 de la Ley 89 de 1938. Cuando el ad quem lo califica como dictamen pericial está infringiendo las normas sobre pruebas que se han señalado. Asimismo viola el artículo 258 cuando lo acepta parcialmente en lo que contiene de favorable para la demandada (lo relativo al estado de las naves, horas de vuelo, mantenimiento, calificaciones de los pilotos) y lo rechaza en sus conclusiones; y también viola el artículo 264, porque no acepta que él tenga valor para demostrar la causa del accidente. Esta conducta del Tribunal es un error de derecho que incidió en la sentencia que se acusa.

"Aceptando que se tratara de un informe técnico de la misma naturaleza de los previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, asimilado a dictamen pericial, su apreciación no se hizo teniendo en cuenta su firmeza, precisión y la calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos, todos funcionarios oficiales en ejercicio de sus funciones, ni atendiendo a las demás pruebas del proceso como lo ordena el artículo 241, infringiéndose así esta norma en armonía con lo dispuesto en la Ley 89 de 1938 (artículos 23, 37, 38, 39 y 84) incurriendo así el fallador de segunda instancia en error de derecho por la indebida valoración de esta prueba".

En capítulo aparte titulado "los riesgos del aire", el censor enjuicia los planteamientos que acerca de ellos hizo el Tribunal. Dice que si el fallador utiliza la oración "riesgos del aire" como sinónima de caso fortuito, está errado, pues "la niebla intermitente que se presenta en el aeropuerto de Málaga, es un fenómeno conocido, previsible, cuyos efectos pueden evitarse mediante la adopción de medianas normas de conducta"; pero que si tal expresión tiene significado diferente, ella no exonera de responsabilidad al transportador por aire, porque si se deja de lado la tesis de la presunción de culpa y se acoge la de la responsabilidad objetiva, resulta que, sin necesidad de apoyarla en el concepto de culpa, el empresario de transporte es el responsable de los daños que cause, sin que le sea dado liberarse probando los llamados riesgos del aire que, en esa teoría, son riesgos profesionales que asume el empresario. Que, entonces, ni siquiera el caso fortuito liberaría de responsabilidad.

De donde concluye el censor que la sociedad demandada no probó "que la niebla intermitente reunía las características de imprevisible e irresistible para que configurara la fuerza mayor o el caso fortuito". Y agrega: "los textos citados significan que si en los artículos 1604 y 2073 del Código Civil y 306 del Código de Comercio se establece la presunción de culpa, de responsabilidad, a cargo del transportador aéreo, éste, para exonerarse de responsabilidad, tiene la obligación de probar el caso fortuito o la fuerza mayor, los cuales, para calificarse como tales, deben reunir aquellos elementos que son de su esencia. Si nada prueba, se tiene por cierto que es responsable del daño y de la consiguiente indemnización de perjuicios".

Más adelante expresa que el Tribunal, al considerar que la empresa demandada había obrado con diligencia y cuidado sumos, cometió error de hecho, pues a pesar de que los pilotos de las distintas avionetas que se dirigían a Málaga habían acordado tener sus radios en frecuencia VHF, 118,1 para tener contacto durante todo el recorrido, como surge de los informes recibidos por los capitanes Otero y García (Fls. 131 a 134 del cuaderno 1), la avioneta accidentada fue hallada con "los interruptores de los equipos de comunicaciones y navegación en 'OFF'," según aparece claramente del informe de la Aeronáutica Civil que se ve a folios 157 del cuaderno 2º, lo que explica por qué en el momento antecedente a la estrellada, fue imposible a los otros comandantes de naves comunicarse con el capitán Palencia. Que al mismo error llegó cuando pasó por alto que el aeropuerto de Málaga sólo puede ser operado en "condiciones visuales", conforme al certificado de

Aeronáutica que obra a folios 51 del cuaderno 2º, lo que demanda un proceder o actuar que exige una especial conducta que "consiste en diligencia y cuidado para aproximarse a la pista, hacer tráfico sobre la misma para cerciorarse de que no existen obstáculos, sobrevolarla en caso de niebla para aprovechar la oportunidad de aterrizar, o regresar al aeropuerto alterno o a Bucaramanga, en el supuesto de que las condiciones climáticas impidan el aterrizaje.

Estas normas no sólo se hallan implícitas en el criterio del piloto, sino que están expresamente señaladas en los reglamentos sobre seguridad aérea y son fruto de la experiencia de cada uno de los pilotos y de la de sus colegas profesionales en estas actividades". De lo anterior concluye que el capitán Palencia violó las normas de seguridad, infringió el acuerdo celebrado con los otros dos capitanes para mantener abiertos sus aparatos de comunicación "al cerrarlos y ponerlos 'OFF', de manera imprudente" y "al decidir aterrizar cuando no se llenaban las condiciones de visibilidad para tal operación". Finalmente expresa que el Tribunal cometió error de hecho al desechar la declaración del único sobreviviente, doctor Hernando Mesa Alvarez, quien también es piloto de profesión. "Dicha declaración —dice el censor— está contenida en el siguiente aparte del informe de Aeronáutica, documento público auténtico que hace fe en cuanto a las declaraciones que en él hicieron los funcionarios de tal Departamento Administrativo:

"El doctor Hernando Aníbal Mesa Alvarez, único sobreviviente en su lecho de enfermo en el Hospital Santo Domingo de Málaga, a las 20:45 H. L. del día 9 de noviembre de 1968, teniendo en cuenta su grave estado de salud, informó verbalmente a la comisión investigadora que el piloto hizo tres intentos de aterrizaje, que saliendo del último sobrepasó entre nubes, viró a la derecha y al salir de éstas apareció un cerro, motivo por el cual el piloto aplicó toda la potencia a los motores y tiró el avión; tanto así que se sintió la pérdida de velocidad porque además el tren de aterrizaje estaba bajo, que él cuando se dio cuenta de todo lo anterior puso su cabeza sobre las piernas y se la tomó con sus manos, con lo cual cree que salvó su vida". "Ante esta declaración se nota claramente que el piloto quería aterrizar a toda costa..." (subraya del texto).

En seguida, el censor precisa el error de derecho, así:

"El informe de Aeronáutica Civil (folio 91 a 141 del cuaderno Nº 2), que es un documento público, o por lo menos un dictamen pericial, prueba no la diligencia y cuidado del piloto, sino su culpa. El certificado de la misma Aeronáutica (Fl. 51 cuaderno Nº 2), que también es un documento público, es prueba suficiente sobre la forma como debía utilizarse tal aeropuerto 'en condiciones visuales', es decir, siempre que hubiera visibilidad para las maniobras de aterrizaje. Si el piloto desconoció esta norma de seguridad, su conducta puede calificarse de extremadamente negligente y asimilarla a la culpa grave porque incumplió su deber profesional y realizó un acto consciente de temeridad".

Para terminar y resumiendo sus alegaciones, el impugnante dice: "Son manifiestos los errores de hecho del ad quem al deducir del testimonio e informes de los pilotos y al desconocer el valor del certificado de Aeronáutica sobre las condiciones de empleo del aeropuerto de Málaga, la diligencia y cuidado del piloto, por el cual responde la empresa demandada, según los artículos 2072 del Código Civil, en armonía con los artículos 2349 y 2356 del mismo estatuto, por cuanto el transporte aéreo ha sido calificado como actividad peligrosa. Igualmente cometió error de hecho al no haber apreciado el testimonio del doctor Mesa Alvarez. Además, el mismo fallador incurrió en error de derecho al atribuirle al informe de Aeronáutica un valor probatorio diferente al que le asigna la ley procesal. Estos errores motivaron la violación indirecta, por aplicación indebida, de las normas sustanciales que se han citado.

"No hubo, pues, prueba sobre la diligencia y cuidado de la empresa; por consiguiente, es responsable del daño causado y está obligado a indemnizar los perjuicios.

"Si se trata de aeropuertos deficientes, si ciertos fenómenos de niebla intermitente

se presentan en determinadas épocas del año y, además, ellos son conocidos y experimentados por el transportador y sus dependientes, y la experiencia ha fijado normas de conducta que se han repetido para prevenir los daños que tales fenómenos pueden ocasionar, no puede admitirse que ellos constituyen fuerza mayor o caso fortuito exonerativos de responsabilidad. Por otra parte, la empresa no puede alegar esta causa de exoneración, porque ella creó el riesgo de prestar el servicio a tal aeropuerto, previo conocimiento de sus condiciones meteorológicas.

"Para que dentro de la presunción de culpa se estructuren la fuerza mayor o caso fortuito, las condiciones atmosféricas que se aleguen deben presentar un carácter de excepcional gravedad que las hagan imprevisibles o irresistibles, lo cual debe probar el transportador. Igualmente, éste debe demostrar que tomó todas las medidas necesarias y las informaciones apropiadas para evitar el siniestro. Asimismo, que su diligencia y cuidado y las de sus dependientes fueron ineficaces para evitar el accidente o prevenir sus consecuencias. Como la demandada no aportó pruebas sobre la causa del accidente, ni que éste ocurrió por caso fortuito o fuerza mayor y que su diligencia y experiencia y la de sus dependientes fueron ineficaces para evitar el siniestro, subsiste la presunción de responsabilidad a su cargo y debe indemnizar los daños causados.

"El transportador según los artículos 258, 259, 264, 269, 294, 298 y 300 del Código de Comercio y 2070, 2071 y 2072 del Código Civil, se obliga a transportar al pasajero sano y salvo al lugar de su destino; contrae una obligación de seguridad y de resultado. Además, responde de su propio hecho y por el de sus agentes o dependientes. En consecuencia, está obligado a indemnizar el daño causado por haber incumplido su obligación. Para exonerarse de responsabilidad debe probar, según los artículos 1604 y 1757 del Código Civil, la causa del accidente, el caso fortuito, su diligencia y cuidado y la de sus dependientes. El Tribunal, en su fallo, dejó de aplicar estas normas y también los artículos 1602, 1613 y 1614 del Código Civil. En el supuesto de que no existieran normas positivas específicas sobre transporte aéreo, debió recurrir al artículo 8º de la Ley 153 de 1887, en armonía con el 6º de la misma ley, y decidir el proceso según los principios generales de derecho, consignados en tratados y convenciones internacionales, la doctrina y, en particular, en los artículos 1003 y 1880 del nuevo Código de Comercio vigente al dictarse el fallo de segunda instancia".

De la demanda de Sara Patricia Arango Gómez prospera el cargo segundo, del cual, por ser sustancialmente igual al que acaba de compendiarse, no se hará especial resumen.

IV

Consideraciones de la Corte

1. El transporte aéreo de personas que, promediada la primera mitad de esta centuria, se inició prósperamente entre nosotros, en los últimos años ha tomado auge sorprendente, no sólo en virtud del aumento y mejoramiento notorio de los aeropuertos, sino, y principalísimamente, por razón de la modernización de las aeronaves, la tecnificación de los instrumentos de seguridad que en tal actividad se emplean y la aplicación al mismo fin de los últimos descubrimientos científicos, lo que ha constituido a la aeronavegación en uno de los medios más seguros de transporte. Las estadísticas nos ofrecen datos sobre el número de personas que se movilizan por aire, que permiten concluir ser éste uno de los medios más utilizados en la actualidad para lograr el traslado de personas de un lugar a otro, ya dentro del país o fuera de él. Y es tal la seguridad de ese medio de locomoción, que el número de accidentes, en relación con el de vuelos realizados y con la cifra altísima de personas movilizadas, indica certeramente que las muertes o lesiones que en tal actividad ocurren, resultan ser pocas.

2. Este florecimiento de la aeronavegación, que, entre nosotros, se acentuó al promediar este siglo y que se observó no sólo desde el punto de vista comercial, sino del de la utilización como medio de transporte de personas, hizo resaltar la urgencia de que se entrara a regular jurídicamente tal actividad como contrato que se concertaba con marcada frecuencia. Esa necesidad resultaba más apremiante por cuanto nues-

tros Código Civil y de Comercio, por haber sido elaborados y adoptados en el siglo pasado, no contenían normas especiales sobre ese particular, y la legislación posterior sólo había regulado algunas fases del transporte aéreo, mas no se había ocupado de reglamentar íntegramente la materia. La urgencia, pues, de un estatuto tal, era evidente.

3. A pesar de la apremiante necesidad dicha, la que, de tiempo atrás, venían proclamando constantemente la jurisprudencia y la doctrina, pasaron largos años sin que el legislador atendiera este clamor justo, hasta que él fue satisfecho cuando por medio de la Ley 16 de 1968 se autorizó al Presidente de la República para que, como lo expresa ella misma, previa una revisión final hecha por expertos en la materia, expidiera y pusiera en vigencia el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se hallaba a la consideración del Congreso Nacional. Tan importante suceso quedó plasmado en el Decreto 410 de 1971, por medio del cual se expidió el Código de Comercio que viene rigiendo desde el 1º de enero de 1972.

4. Siguiendo el rumbo de la doctrina del derecho aeronáutico moderno, separándose en puntos importantes de las tesis que había sostenido la Corte, prohijando principios acogidos en la reunión de Guatemala y llenando el inmenso vacío de nuestra legislación en el punto, el nuevo Código de Comercio al estatuir sobre la navegación, en la segunda parte del Libro V, que trata de la aeronáutica, luego de dictar las disposiciones generales sobre la misma, reglamenta a espacio, en capítulos separados, lo relativo a las materias siguientes: navegación aérea; aeronaves; personal aeronáutico; infraestructura aeronáutica; daños a terceros en la superficie; abordaje; búsqueda, rescate, asistencia y salvamento; investigación de accidentes de aviación; explotador de aeronaves; transporte privado, escuelas de aviación, aeronaves dedicadas al turismo y mantenimiento de aeronaves; transporte aéreo; contratos de utilización de aeronaves, su arrendamiento o locación y su fletamiento; seguro y, finalmente, hipoteca, embargo y secuestro de esos aparatos.

El Capítulo XII del mismo libro, que regula en particular el transporte aéreo, se divide en tres secciones que versan sobre generalidades la primera, la segunda sobre transporte de pasajeros y la última sobre el de cosas y equipajes.

5. El nuevo Código, abandonando en el punto las doctrinas que hasta antes del año de 1970 sostuvo la Corte, estableció perentoriamente en el artículo 1880 que el transportador aéreo es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, excepto si demuestra:

a) Que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas, y además

b) Que los daños ocurrieron ya por obra exclusiva de terceras personas, ya por culpa exclusiva del mismo pasajero, ora por lesiones orgánicas de éste, ora por enfermedad anterior del mismo, que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador (numerales 1º y 3º del artículo 1003 ibídem).

6. Conságrase en la disposición mencionada presunción de culpa del transportador aéreo. No se trata, como ya algunos lo han dicho, de aplicación del principio de la responsabilidad objetiva, extraño a nuestras costumbres jurídicas y que desacompasa con nuestra idiosincrasia espiritualista, plasmada especialmente en la tradición civil y comercial. La norma citada, al estatuir escuetamente la responsabilidad del dicho transportador y al autorizarlo para exonerarse de ella en los eventos mencionados antes, tácitamente legisló que la culpa del transportador aéreo se presume en todo caso de inejecución del contrato de transporte y que tal presunción sólo se desvirtúa cuando aquél demuestre que, a pesar de haber tomado la totalidad de las medidas necesarias para evitar el daño (o que estuvo en imposibilidad de tomarlas), el daño se produjo, ora por obra exclusiva de terceras personas, ora por la mera culpa de la víctima, ya por lesiones orgánicas del pasajero, ya por enfermedad anterior de éste, lesiones y enfermedad que no deben haber sido agravadas a consecuencia de

hechos imputables al transportador. A pesar de lo terminante de la presunción, la víctima o sus herederos, en todos los eventos, siguen con la carga de comprobar el daño y la circunstancia de que el hecho que lo ocasionó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque que, respectivamente, se inician o terminan, desde que los pasajeros se dirigen a la aeronave abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto, hasta que ellos ingresan a sitios similares, una vez concluido el vuelo. (Inciso final del precitado artículo 1880).

Y se dice que la norma comentada no consagró la responsabilidad objetiva, pues en esta teoría, no se funda la responsabilidad en la culpa sino en el daño causado, ya que los seguidores de tal tesis sostienen que se es responsable siempre que al obrar se cause un daño, independientemente de probarse culpa del agente.

7. Conclúyese de lo anterior que las nuevas normas del Código de Comercio en punto de responsabilidad del transportador, en especial del que transporta por aire, no consagran la teoría de la responsabilidad objetiva, sino que siguiendo el sentido del riesgo que para los asociados crea la explotación de ciertas máquinas, consagra simple y llanamente, en caso de inejecución o cumplimiento defectuoso, una presunción de culpa del transportador, de la cual sólo puede liberarse éste en los casos expresamente contemplados por la ley y demostrando los hechos que esta misma enumera, eventos que son los únicos en que desaparece la fuerza probatoria de aquella presunción. Existe pues hoy, como ayer, la necesidad de fundar la responsabilidad civil en la idea de culpa del autor del daño, mas teniendo de presente: empero, que la culpa no tiene que ser probada siempre, pues en muchas hipótesis legales, como en la antes referida, la culpa es presunta.

Gran importancia práctica tiene esta consagración legislativa, pues en su virtud ya la víctima no tiene la carga de demostrar que el transportista actuó con descuido, negligencia, impericia o dolo, es decir, que está relevado a probar la culpa. Además, por ella, ya no es posible al transportador por aire exonerarse de la obligación de resarcir el daño padecido por los pasajeros, con la demostración de haber obrado con suma diligencia, y ni siquiera con la prueba de la vis maior, fuerza mayor que, para otras especies de transporte fue elevada como eximente de responsabilidad en el punto 2º del artículo 1003 del Código de Comercio, pero que expresamente fue excluida para el transportador aéreo por el artículo 1880 siguiente.

Sobre la necesidad de fundar la responsabilidad en la culpa, los hermanos Mazeaud han dicho: "establecer una responsabilidad automática es despojar a la responsabilidad de toda moral y de toda justicia. La justicia y la moral suponen una diferenciación entre el acto culpable y el acto inocente, un examen de la conducta del agente. 'Nuestros actos nos siguen', sin duda; pero no nos obligan más que si son culposos. Resolver que un acto inocente compromete la responsabilidad de su autor, puede justificarse rara vez sobre el terreno de la utilidad social, y jamás sobre el de la moral" (Lecciones de derecho civil, parte segunda, volumen II, Pág. 88).

8. Mas como quiera que el actual Código de Comercio aún no estaba en vigor cuando se trabó la relación procesal en el caso que aquí se debate, menester será hacer otras consideraciones y revisar la doctrina imperante a la sazón.

Hasta cuando la Corte, antes de hoy, se pronunció por última vez en relación con la responsabilidad del transportador aéreo, ninguna modificación se introdujo a las tesis expuestas en su sentencia de 15 de mayo de 1946. Allí, la rectora de la jurisprudencia nacional, tomando como punto de partida que en Colombia no existía un estatuto especial reglamentario de la responsabilidad del acarreador por aire y que sobre tal especie de transporte sólo se habían dictado, hasta entonces, el Decreto número 66 de 12 de enero de 1934 y la Ley 89 de 1938 que nada dispusieron sobre el preciso tema de la responsabilidad del transportista por el daño de los pasajeros, concluyó que por no haber ley exactamente aplicable sobre ese tema, dando aplicación a lo imperado por la Ley 153 de 1887 en su artículo 8º, que consagra el fecundo principio de la analogía, era preciso aplicar las leyes que regularan casos o materias seme-

jantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Apoyándose en que "los peligros a que se expone el pasajero que toma asiento en un avión son más variados que los de cualquier otro medio de transporte; que él los conoce; que sabe que la empresa sólo puede garantizarle una seguridad relativa en el viaje mediante las precauciones usuales y reglamentarias previsoras de accidentes; que, no obstante esas precauciones, el espacio ofrece peligros desconocidos susceptibles en cualquier momento de imprimirle al vuelo un final trágico", concluyó que la obligación de seguridad a cargo del transportador aéreo, en un régimen de derecho común, no podía ser sino de simple prudencia y diligencia, aunque era justo que se le exigiera la mayor diligencia y cuidado para la seguridad de los pasajeros, por lo cual no podía pedírsele al empresario público de transporte por aire la prueba de la fuerza mayor para exonerarlo de responsabilidad contractual. A esta misma conclusión llegó, por analogía, con estribo en las disposiciones de los artículos 2070 del Código Civil, 258 y 271, 306 y 322 del Código de Comercio y 356 del Código de Comercio Marítimo.

9. Fue también repetida doctrina de la Corte que a esos mismos empresarios públicos, el contrato de conducción de personas que celebraran, les imponía una obligación de seguridad cual era la de llevar sano y salvo al pasajero al lugar de su destino, por cuya razón debían tomar "todas las precauciones que profesionalmente fueren necesarias" para que los viajeros no recibieran daños. De donde concluyó que de la responsabilidad por incumplimiento de esa obligación, el transportista por aire podía liberarse aduciendo la mera prueba de su diligencia y cuidado en el empleo de los medios apropiados para el cumplimiento de su obligación, sin que le fuere imprescindible demostrar que la inejecución se debió a fuerza mayor, a culpa exclusiva de la víctima, o a la de un tercero.

A tal resultado llegó la Corte, como textualmente lo dijo, con fundamento "en los artículos 2072 del Código Civil, 322, numeral 4º del Código de Comercio Terrestre y de otras muchas disposiciones del Código de Comercio Marítimo" (LXII, 678), pero especialmente estribada en la cardinal consideración de que, para la época, "la misma naturaleza del transporte aéreo conllevaba riesgos que aún en el estado del avance técnico de entonces, no habían podido dominarse suficientemente"; que, en ese tiempo, "eran numerosos y casi irresistibles los llamados 'riesgos del aire'," y que, a la sazón, "la aviación no estaba suficientemente perfeccionada para que se pudiera obligar al transportador a garantizarle al viajero su cabal seguridad".

En síntesis, la Corte sostuvo, para entonces que demandada la indemnización de perjuicios originada en la inejecución del contrato de transporte aéreo de personas, ajustado con un empresario público, al demandante le bastaba probar la existencia de dicho contrato y el daño sufrido por su incumplimiento, para que automáticamente surgiera a cargo de aquél la obligación de resarcir, pues la inejecución contractual se presumía ocurrida por culpa del obligado. Mas como sostuvo también que era una obligación de mera prudencia y diligencia la que asumía el transportador por aire concluyó que éste se exoneraba de responsabilidad probando su diligencia y cuidado, es decir, su ausencia de culpa, y sin que estuviera obligado a demostrar, como causa liberatoria de responsabilidad, la ocurrencia de la fuerza mayor o que el daño se había producido por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

10. Mas hoy, cuando la revolución tecnológica ha permitido la conquista del espacio; cuando las naves interplanetarias surcan vertiginosamente los campos siderales con la más absoluta seguridad para sus audaces tripulantes; cuando los adelantos de la ciencia, aplicados a la navegación aérea, permiten no sólo controlar en grado avanzado, sino predecir, los llamados 'riesgos del aire'; cuando la modernización de las máquinas aladas y la utilización de potentes y seguros motores permiten recorrer en minutos las distancias que antes sólo podían cubrirse en meses, días u horas; cuando los adelantos de la radio y la televisión facilitan una veloz comunicación; cuando el personal que compone la tripulación, no sólo tiene reconocida preparación profesional, sino que cuenta con una experiencia muy vasta, por lo cual las rutas del aire

están plenamente exploradas y recorrerlas no constituyen aventura alguna; y, en fin, hoy cuando puede decirse que uno de los medios más seguros y solicitados de transporte es la aviación, no podría la Corte, ni siquiera para infortunios acaecidos antes de la vigencia del Código de Comercio y en procesos iniciados con antelación a la misma, continuar sosteniendo que el empresario de transporte sólo asume una obligación de medio, es decir, de simple prudencia y diligencia y no una de resultado; que para exonerarse de responsabilidad por no haber llevado sano y salvo al pasajero al lugar de destino, le basta con demostrar el empleo de cuidado y diligencia y que, en ningún caso, para liberarse de responsabilidad, está constreñido a la demostración del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño o de la culpa exclusiva de la víctima.

11. Y esta determinación de la Corte se reafirma al considerar que, desde hace varios lustros, la corriente doctrinaria y jurisprudencial se ha encaminado directamente hacia la consideración de que en el contrato de transporte aéreo de personas, la obligación que asume el transportista es claramente de resultado y no de medios, por lo cual sólo puede, en caso de incumplimiento, exonerarse de responsabilidad probando fuerza mayor o culpa exclusiva del acreedor o de un tercero, y hasta que no se le admite liberarse de responsabilidad, por tratarse de actividad que crea riesgos.

Y, de la misma manera, los convenios internacionales han girado hacia el implantamiento de la presunción de culpa del transportador por aire, que hasta se ha consagrado una responsabilidad basada, no siempre en la culpa, sino en el criterio objetivo, según el cual quien obtiene provecho de una explotación económica soporta la carga de resarcir todo daño causado en el ejercicio de la misma (ubi emolumentum ibi onus), sin que le sea siquiera dado liberarse probando el caso fortuito.

12. Tan vigoroso y constante ha sido este nuevo planteamiento de la doctrina y la jurisprudencia que logró, desde sus albores, consagración legislativa en países de Europa, especialmente.

En Colombia se llegó a ese mismo resultado sólo en 1971: el nuevo Código de Comercio, aunque sin desechar el criterio ético de la culpa como fundamento de responsabilidad, acogió el sistema de presumir la culpabilidad del transportador de personas por aire, en todo caso de lesiones o muerte de los pasajeros, excepto en el evento de que se prueba alguna de las circunstancias contempladas en los ordinales 1º y 3º del artículo 1003 del Decreto extraordinario 410 de 1971 y siempre que se acredite, además, que se tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que fue imposible tomarlas.

13. Esta consagración legislativa parece haber tenido su fuente inmediata en el Protocolo de Ciudad de Guatemala, hecho el 8 de marzo de 1971 y en esa misma fecha firmado por el plenipotenciario de Colombia, Protocolo que modificó el "Convenio" existente para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, llamado "Convenio de Varsovia de 1929", que ya había sido modificado a su vez por el Protocolo de La Haya de 1956.

En efecto, el artículo IV de aquel Protocolo, por el cual se sustituyó el 17 del dicho Convenio de Varsovia, dispuso en su parte primera:

"1. El transportista será responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal del pasajero por la sola razón de que el hecho que las haya causado se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque.

"Sin embargo, el transportista no será responsable si la muerte o lesión se debe exclusivamente al estado de salud del pasajero".

Tal disposición se asemeja notoriamente a la consagrada en el artículo 1880 del Código de Comercio de 1971, que establece:

"El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración consagradas en los ordinales 1º y 3º del artículo 1003 y a condición de que acredite, igualmente, que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño c que le fue imposible tomarlas.

"Dichas operaciones comprenden desde que los pasajeros se dirigen a la aeronave abandonando el terminal, muelle o edificio del aeropuerto, hasta que ellos acceden a sitios similares".

14. No sobra advertir, de paso, que el Protocolo de Guatemala ya fue aprobado por Colombia, por medio de la Ley 30 de 1973, sancionada el 28 de diciembre pasado.

15. Finalmente, para confirmar el espíritu de renovación universal en punto de responsabilidad del transportista aéreo y de procurar unificación legislativa sobre el particular, conviene transcribir las conclusiones de las "IV jornadas latinoamericanas de derecho aeronáutico y especial", realizadas en Bogotá del 13 al 16 de septiembre de 1971, y a las cuales asistieron juristas extranjeros de tanta nombradía como Luis Tapia Salinas, Antonio Francoz Rigalt, Alvaro Bauzá Araújo, Agustín Rodríguez Jurado y Enrique Mapelli.

Tales conclusiones con sus motivaciones son del siguiente tenor:

"Considerando: que en marzo del presente año se firmó en la ciudad de Guatemala el 'Protocolo que modifica el Convenio para la unificación del ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, modificado por el Protocolo de La Haya el 28 de septiembre de 1956";

"Que a pesar de que el Protocolo de Guatemala incorpora ciertos principios que son extraños a un número apreciable de legislaciones nacionales de los Estados Latinoamericanos, es necesario guardar la unidad legislativa lograda durante tanto tiempo; (subrayas fuera del texto).

"Que igualmente es necesario armonizar las legislaciones nacionales con las nuevas disposiciones internacionales,

Resuelve:

"A. Recomendar a los Gobiernos de América Latina la pronta ratificación del "Protocolo que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, modificado por el Protocolo hecho en La Haya el 28 de septiembre de 1956", firmado en Ciudad de Guatemala en marzo de 1971;

"B. Recomendar a los Estados Latinoamericanos que incorporen dentro de sus respectivas legislaciones nacionales los principios del referido Protocolo y para tal efecto:

"1. Que se implante el régimen de responsabilidad objetiva en el transporte de pasajeros y equipajes por vía aérea.

"2. Que a los efectos del cálculo de los límites de responsabilidad, se tenga en cuenta el monto promedio de las indemnizaciones efectivamente acordadas por los respectivos tribunales.

"3. Considerar el contrato de transporte aéreo de equipajes como accesorio del de personas y por tanto, se aplique el mismo criterio de responsabilidad.

"4. Que el transporte de mercancías quede sometido a las mismas reglas del Convenio de Varsovia en la forma como ha sido modificado por los Protocolos de La Haya y Guatemala.

"5. Señalar la conveniencia de que, sin embargo, se incluyen en las legislaciones nacionales como excepciones dentro de un sistema de responsabilidad objetiva en el transporte de pasajeros, además de la culpa concurrente y el estado de salud del pasajero, los conflictos armados, disturbios civiles, apoderamiento ilícito de aeronaves y sabotaje".

16. Para la Corte viene, como lógica conclusión de todo lo anterior, aun sin dar aplicación a lo que en este aspecto dispone claramente el Código de Comercio de 1971, pues en este caso no sería aplicable, que el empresario público de transporte de personas por aire, no puede liberarse de responsabilidad por inejecución del contrato o por su cumplimiento defectuoso, con la simple prueba de su diligencia y cuidado, pues la obligación que de tal contrato surge para él, no es de medio, sino típica obligación de resultado, cuyo incumplimiento le hace, en principio, responsable de los perjuicios que sufra el pasajero. Sólo demostrando, pues, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, podría eximirse de responsabilidad al transportista por aire, en caso de daños padecidos por el viajero a causa de inejecución de contrato de transporte interno y siempre que la responsabilidad contractual se discuta con base en contrato celebrado antes de la vigencia del Código de Comercio

de 1971, que si fuere posterior ya no tendría poder para eximirle de responsabilidad la prueba de la fuerza mayor, como atrás se explicó (artículos 1880 y 1003 del C. de Co.).

17. Menester es, también de otra parte, precisar cuál valor tienen en la actualidad los informes de la Oficina de la Aeronáutica Civil, frente a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que ahora rige.

En sentencia de 27 de septiembre de 1955 (G. J. LXXXI, 169), la Corte, al decidir sobre el mérito probatorio de los informes y certificados de la Dirección General de la Aeronáutica Civil, expresó que una de las funciones de ese organismo "es la de nombrar las comisiones técnicas de que habla el artículo 37 de la Ley 89, a fin de que en las investigaciones a que haya lugar según los artículos 35 y 36, determinen las causas de los accidentes y demás hechos objeto de su labor; y tanto esta función, como la que corresponde a las comisiones, tienen su fundamento en la expresada potestad de supervigilancia y control, a la cual responde el deber de apuntar las causas de los siniestros, señalando, si hubiere lugar, las fallas de carácter técnico, en el material o en los empleados, para lo cual cuenta con personal especializado que, por encima de los intereses privados de empresas y particulares, ofrece el mayor coeficiente de idoneidad técnica y moral.

"Siendo oficial la función de designar las comisiones, oficial el personal técnico con que se integran y oficial también la función que se les atribuye, sus informes, en cuanto registran hechos o certifican el funcionamiento regular o irregular de instalaciones, equipos o servicios, tienen, fuera de un alcance netamente administrativo, dirigido a saber si las empresas cumplen los reglamentos oficiales, un mérito legal dentro de los procesos civiles y penales, de acuerdo con los artículos 632 y 251 de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, respectivamente, y 37 y demás preceptos de dicha Ley 89 concernientes a las comisiones en referencia.

"La Corte ha dicho: Cuando en la creación del documento interviene un funcionario público ejercitando un acto que le está atribuido por ley o reglamento, el documento adquiere la categoría de público, no importa que esté destinado a dar fe de un contrato entre la administración y un particular". (Auto, Sala de Negocios Generales, 23 de octubre de 1940. L. 591; casación, 2 de abril de 1941. LI. 889).

"Los informes administrativos son medios de prueba que se asemejan a instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto a los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y pueden verificarse por los sentidos". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, 13 de septiembre de 1947. LXII, 892).

"La Corte ha dado cabida en los procesos sobre responsabilidad civil, a los informes de estas comisiones como aparece de casación de 29 de noviembre de 1946 (LXI, 661), caso en el cual actor y reo apoyáronse en el rendido entonces; de sentencia de la Sala de Negocios Generales, fechada el 13 de septiembre de 1948 (LXIV), según la cual "se deduce de la parte transcrita del informe rendido por la comisión investigadora que el siniestro se produjo por la falta de gasolina", y con base, principalmente, en dicho informe, condenó a la Nación a pagar el daño; de la sentencia de la misma Sala, de 15 de julio de 1949 (LXVI, 529) apoyada igualmente en el informe de la comisión, del cual afirma que "se acepta como prueba en atención a lo dispuesto en el artículo 632 del Código Judicial"; y de la sentencia de 31 de agosto del mismo año de la Sala mencionada que dice: 'Esa declaración conteste de los miembros de la oficina de aviación en que ratifican sus exposiciones técnicas y los conceptos que emitieron con apoyo en la observación directa de los elementos que integran la base, dejan establecido sin lugar a duda, que hubo imprevisión por parte de la entidad directora y organizadora de la aviación militar. Pretendía mantener el servicio con elementos naturalmente desgastados y que por lo mismo podrían fallar en un momento dado. Eso sí era previsible, como era previsible que las condiciones para todo mundo palpables en que mantenía la pista, habían de producir cualquier día un siniestro, si era que antes no se había presentado'.

"Dada la crítica severa que el recurrente formula a la admisión del informe en el fallo de instancia, como si no existieran estos antecedentes, y siendo así que es la primera vez que se plantea en casación el valor de los informes dichos, la Sala agrega a las razones anteriores, lo siguiente:

"Fuera del apoyo que los artículos 632 del Código Judicial, 251 del Código de Procedimiento Penal y los citados de la Ley 89 de 1938 prestan a la aceptación de los expresados, informes, la respaldan también factores de importancia que no pueden pasar inadvertidos en la misión interpretativa de la ley y actúan por igual en favor y en contra de transportadores y particulares, tales como la rapidez con que obran las comisiones, a raíz de los siniestros, por lo mismo sobre los hechos palpitantes, que escapan a la inspección ocular judicial, practicada de ordinario tardíamente; las dificultades para comprobar pasado el tiempo el funcionamiento de una instalación o de un servicio, y la circunstancia de que en tratándose de un servicio público, cuya reglamentación, inspección y vigilancia incumbe a la administración, es razonable y equitativo que el Estado coopere en el esclarecimiento de los hechos, a fin de saber si el servicio se prestó en las debidas condiciones.

"Por tanto, la Corte reitera la doctrina consistente en aceptar dichos informes, así: primero, limitando su ámbito a las observaciones relacionadas con el personal y funcionamiento de los equipos e instalaciones o de sus diferentes servicios, ya que no se trata de un dictamen pericial producido en la forma ordinaria; segundo, con un valor demostrativo de haber cumplido o no el transportador la obligación de prudencia y diligencia, valor que las partes pueden sustentar o desvirtuar por los medios legales y que al juez corresponde fijar de manera definitiva.

.....

"Es elemental que si al Estado concierne la reglamentación, la inspección y la vigilancia del servicio público aéreo, tenga la potestad de averiguar las causas de los accidentes, tarea en la cual ha de poder decir si personal, máquinas, equipos e instalaciones y el servicio mismo, han funcionado correcta o incorrectamente, registrando en este caso los vacíos o deficiencias observados, teniendo presentes la reglamentación oficial de la navegación y del transporte aéreos y demás actos o resoluciones de la administración que fijan las actividades de la respectiva empresa. Esta labor la realiza el Estado por medio de las comisiones de expertos que nombra la Dirección General de Aeronáutica Civil.

"Ahora bien, si las empresas tienen el deber legal de prudencia y diligencia, y si el cumplimiento de este deber está bajo la vigilancia y control del Estado, es apenas lógico que las deficiencias o vacíos que anoten las comisiones, como contrarios que son a la justa ejecución de ese deber, sean otros tantos puntos a que específicamente debe referirse el empeño liberatorio del transportador, eliminando así la culpa en relación con cada uno de esos puntos. La víctima no está comprometida a establecer la culpabilidad de la empresa; es ésta quien debe probar su inculpabilidad acreditando su diligente y prudente proceder integral, pero sin dejar de referirse particularmente a las fallas registradas por la comisión, pretextando haber sido observadas por ésta y no haberlas probado el damnificado. Porque por una parte, es el conductor quien debe comprobar su propia diligencia y no el damnificado la falta de diligencia en el conductor; y por otra, el Estado —se repite— ha de tener ese mínimo de participación (el señalamiento de las fallas o deficiencias) en tratándose de un servicio público de tanta monta como es el del transporte aéreo, puesto bajo su control, al cual no puede ser ajeno nada de lo que concierna a ese deber legal de diligencia que sintetiza justamente la responsabilidad del transportador.

"No se trata, en consecuencia, de un régimen de excepción al derecho común sobre pruebas, ...sino de una aplicación peculiar de los preceptos antes citados, a la materia del transporte aéreo, dentro de los límites antedichos. Ni se trata tampoco del dictamen pericial, reglamentado en el Capítulo VIII, Título XVII, del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil. Se trata simplemente de informes emitidos por expertos oficiales, dados en ejercicio de una función pública. Es verdad que los informes de que se trata se producen inicial-

mente al margen de toda controversia; mas reducida, por una parte, su órbita según queda expresado, y siendo controvertibles, en todo caso, al ser aducidos en el proceso civil, no es de monta la objeción formulada a este respecto".

18. Descendiendo al caso que ahora se estudia, se tiene que el informe que, a raíz del accidente de Málaga, rindió la Dirección General de la Aeronáutica Civil, es un verdadero instrumento público, no sólo en frente de los artículos 632 del Código Judicial y 251 del de Procedimiento Penal, ya derogados, sino también ante las normas de los nuevos Códigos que regulan esas mismas materias. En efecto, el escrito que contiene el informe no solamente fue autorizado por el funcionario público a quien la ley le ha atribuido la función específica de otorgarlo, sino que, además, los datos en él contenidos, los hechos que relata, fueron constatados con intervención de la comisión oficial cuya función propia es ésa en relación con accidentes de aeronáutica. (Art. 251, inciso 3º del C. de P. Civil y 251 del C. de P. Penal). Y, de la misma manera, la certificación expedida en relación con el aeropuerto de Málaga, relativamente a que sólo puede ser operado de día y cuando exista visibilidad, tiene también la calidad de documento público, conforme a lo dispuesto en el artículo 262-3 del actual Código de enjuiciamiento civil enlazado con el inciso 3º del artículo 251 ibídem.

De donde se concluye que, también en la actualidad, las certificaciones e informes de la dirección de la Oficina de Aeronáutica Civil que llenen los requisitos legales, por ser documentos públicos, hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los expide o autoriza.

19. En el certificado que obra a folio 51 del cuaderno 1º se lee que el aeropuerto de Málaga (Santander) "está limitado exclusivamente a operación diurna y en condiciones visuales" y el informe de la Oficina de Aeronáutica Civil, rendido como conclusión de la investigación del accidente de Málaga, al determinar cuál pudo ser la causa del siniestro, expresa que "la causa probable" se debió a "error de pilotaje en deficiente criterio del piloto al mando de la aeronave, al insistir en el aterrizaje después de tres aproximaciones fallidas, por condiciones meteorológicas que eran inferiores a las mínimas de seguridad para la operación de aterrizaje en el aeropuerto de Málaga y no haber procedido a su alterno".

Es claro que cuando tal ocurrencia se señala como causa 'probable' del accidente, no puede deducirse de allí que haya sido la causa única. Existe en el punto una conjetura, una afirmación vacilante.

Mas cuando allí se expresa el hecho en que consistió esa causa, entonces hay certidumbre sobre su existencia y no una mera probabilidad. Cuando el informe dice que existió error de pilotaje, no plantea duda de que éste haya existido en verdad. Y cuando asevera que ese yerro tuvo su origen en que el comandante de la nave insistió en aterrizar después de tres aproximaciones fallidas, a pesar de que "las condiciones meteorológicas eran inferiores a las mínimas de seguridad para la operación de aterrizaje en el aeropuerto de Málaga", está afirmando que existió notoria imprudencia del piloto, que éste procedió violando la prohibición de aterrizar cuando no eran favorables las condiciones de visibilidad.

Dejó de ver, pues, el Tribunal, no obstante que tal suceso lo pregona diáfanamente la prueba comentada, que el informe de Aeronáutica afirma contundentemente el proceder temerario y osado del comandante de la nave accidentada y, consecuencialmente, la culpa de la empresa de la cual era su agente. Si el aeropuerto de Málaga sólo podía ser utilizado diurnamente y en condiciones de visibilidad plena, es claro que decidir o intentar un aterrizaje en él, cuando "las condiciones meteorológicas eran inferiores a las mínimas de seguridad para esa operación", constituye palmar imprudencia que raya en la temeridad más osada. Previstas las consecuencias nocivas de un acto tal, aunque el piloto confiara en poder evitarlas con la ejecución de actos de destreza, el obrar sitúa al agente, en caso de que cause daño, en la obligación de resarcimiento por conducta culposa.

Está plenamente demostrado que el aeropuerto de Málaga sólo puede ser utilizado de día y con la condición de que exista visibilidad. Acreditado está también que, en

el momento de ocurrir el accidente la niebla había ocultado, al posarse sobre ellas, las cabeceras de la pista y que, por tanto, en ese instante no existían las condiciones meteorológicas requeridas para efectuar un aterrizaje, desde luego que, como lo enseña el informe comentado de la Aeronáutica Civil, eran "inferiores a las mínimas de seguridad para esa operación".

Para la Corte, entonces, proceder a ejecutar la operación de aterrizaje en ese momento, constituye un acto de indiscutible imprudencia, pues con él no sólo se transgredía directamente la prohibición de utilizar el aeropuerto cuando no eran favorables las condiciones de visibilidad, sino que entrañaba un acto de temeridad consistente en confiar a la habilidad del piloto el sortear con éxito una maniobra para la cual, sin correr riesgos mayores, se requería un campo despejado.

Cometió, pues, el Tribunal un error evidente de facto que fue causa del sentido de su decisión, cuando de lo afirmado por la Oficina de Aeronáutica Civil, sólo dedujo que el dicho informe no constituía prueba plena de cuál había sido la única causa del accidente ya que en ese documento se decía que el error de pilotaje había sido la "causa probable", dejando de ver que allí se asevera también el proceder claramente imprudente y negligente del comandante de la nave accidentada, lo que constituye culpa notoria, no desvirtuada.

Como ya lo ha dicho la Corte y lo reafirma ahora, los informes rendidos por la Oficina de Aeronáutica Civil tienen virtud para demostrar si el transportador por aire actuó como lo haría una persona prudente situada en las mismas condiciones externas que aquél, o si, por el contrario, obró con negligencia o imprudencia, dejando a salvo que el mérito de esta prueba puede ser controvertido por las partes, por lo cual es al fallador al que corresponde fijar su valor definitivo. Y como el Estado tiene la supervigilancia de las empresas de transporte aéreo, las deficiencias en la normal prestación del servicio que constatan las comisiones de la Oficina de Aeronáutica Civil encargadas de investigar la causa de los accidentes aéreos, el funcionamiento de las naves y el de las infraestructuras aeronáuticas, constituyen faltas de diligencia en la ejecución del contrato de transporte que hacen culpable al empresario, si por otros medios no se destruye ese valor de convicción. Utilizando las palabras de la Corte, el Estado ha de tener ese mínimo de participación (al señalamiento de las fallas o deficiencias) en tratándose de un servicio público de tanta monta como es el del transporte aéreo, puesto bajo su control, al cual no puede ser ajeno nada de lo que concierna a ese deber legal de diligencia que sintetiza justamente la responsabilidad del transportador.

20. También cometió yerro evidente el Tribunal cuando entendió que constituye fuerza mayor la "circunstancia imprevista de orden meteorológico, como fue la nubosidad o neblina que cubrió totalmente las cabeceras de la pista de aterrizaje, en especial la cabecera sur y los cerros circunvecinos, que vino a envolver en circunstancias imprevistas a la avioneta conducida por el capitán Palencia, quitándole la visibilidad y condiciones para un correcto manejo". Para la Corte tal apreciación del Tribunal está reñida con los datos que suministra el proceso y choca con la evidencia que ofrecen las pruebas, como quiera que, en tal época del año y en el aeropuerto de Málaga, ese fenómeno atmosférico, por ser el de común ocurrencia, nada tiene de imprevisible. Allí lo corriente, como lo dicen los testigos que acogió el Tribunal, es que alternativamente la pista se cubra y se descubra, que la niebla se aposente en el campo y luego se disipe para tornar a la pista y así sucesivamente. Tal acontecimiento, pues, por tener la calidad no sólo de previsible sino de ordinaria ocurrencia, no puede constituir fuerza mayor, la cual está caracterizada por hechos que a más de irresistibles sean imprevisibles.

Luis María Razzónico en su "Estudio de las obligaciones", novena edición, página 1554, acogiendo en el punto la tesis de Enrique Díaz de Guijarro, expresa: "en la aeronavegación o aviación, el riesgo del aire no es un factor extraño a la empresa, sino el propio peligro que se afronta de continuo o constantemente en el ejercicio de esa industria, que lucha con el aire donde encuentra su propio riesgo. Por tanto, no siendo este riesgo un acontecimiento 'imprevisto', ni tampoco 'inevitable' —pues se

le conoce y se le enfrenta—, no puede considerársele 'fuerza mayor' y no exime de responsabilidad al transportador o propietario de la aeronave (aeroplano, dirigible, hidroavión, globo) por los daños que resulten de la conversión de ese riesgo en 'accidente'."

21. Síguese de lo anterior que, aun dentro de la tesis que aceptaba la diligencia y cuidado del deudor como causa exculpativa de responsabilidad, como la sociedad demandada no desvirtuó el mérito de las pruebas que convencen de la imprudencia del piloto, no podía ser absuelta y que, como de otro lado, no acreditó el caso fortuito, no podía ser declarada exenta de responsabilidad. Si la absolución fue decretada por el Tribunal, ello se debió a que los yerros en que incurrió en el análisis probatorio lo condujeron a tal resultado, el cual será indispensable corregir mediante el aniquilamiento del fallo recurrido.

Debe pues casarse la sentencia de segunda instancia.

V

Fallo sustitutivo

1. La Corte toma como fundamentos, fuera de los que surgen de lo que atrás se ha dicho, los siguientes:

a) Como la relación jurídico-procesal se trabó en este proceso antes de la vigencia del actual Código de Comercio, el litigio no podrá decidirse por las normas de éste;

b) En este proceso ordinario suscitado por Esther Gómez viuda de Arango y otros frente a Taxi Aéreo Sabanero (Tass) Limitada, ningún disenso surgió inicialmente entre los contrincantes, aunque en el punto discrepara el juez de primera instancia, acerca de que la materia litigada es la responsabilidad del transportador aéreo de personas, por inejecución del contrato de transporte interno.

Conocido el texto de la demanda, indispensable es concluir que, ni por asomo, se discute aquí sobre responsabilidad aquiliana. El tema del litigio es la responsabilidad nacida de la infracción del contrato de transporte.

c) Este pacto que celebraron, de una parte, el demandante Hernando Mesa Alvarez, único sobreviviente del accidente, y los causantes de los demás demandantes y, de otra parte, la sociedad demandada, aparece plenamente probado. Sobre esto existe unanimidad en los contendientes. Es, pues, cosa indiscutida el vínculo jurídico que, al momento de ocurrir el accidente aéreo, ligaba a quienes protagonizan el litigio;

d) Aparece acreditado, del mismo modo, el daño sufrido por las víctimas del accidente: lesiones personales del sobreviviente y muerte de los demás pasajeros. No se discute, pues, el perjuicio.

2. Tratándose, entonces, de responsabilidad cuyo manantial es la inejecución de contrato de transporte, ajustado antes de la vigencia del Código de Comercio actual, a quien demanda la reparación del perjuicio sufrido con el incumplimiento, le basta simplemente demostrar la celebración del contrato, fuente de la obligación insatisfecha, y el daño padecido por causa del incumplimiento contractual, para que por virtud de la ley se presuma la culpa del deudor.

De la doctrina expuesta arriba sobre responsabilidad del transportador aéreo de personas, se viene en conclusión obligada que cuando se ejercita pretensión nacida de incumplimiento de esa clase de transporte, el acreedor no tiene sobre sí la carga de probar la inejecución de la prestación que se le debía, mas sí debe aportar la prueba de la obligación que dice insatisfecha, demostrando el contrato que la genera, pues quien alega la existencia de un vinculum iuris, debe comprobarlo, así como, del mismo modo, quien arguye la extinción de la obligación asumida, corre con el peso de aducir la prueba que tal demuestre, conforme lo dispone expresamente el inciso 1º del artículo 1757 del Código Civil.

Para librarse de responsabilidad contractual en caso de daños causados a los pasajeros en accidente aéreo, al transportista, respecto de convención celebrada antes de la vigencia del Código de Comercio de 1971, no le basta con demostrar el empleo de diligencia y cuidado, por no ser su obligación de medio, sino de resultado. Para lograr tal propósito debe acreditar el caso fortuito, la obra del tercero o la culpa exclusiva de la víctima, pues la obligación de transportar sanos y salvos a los viajeros al lugar de destino, debe considerarse como

obligación determinada, pues "consiste en lograr que el pasajero llegue sano y salvo al lugar de su destino, y no en poner los medios que de ordinario conducen a la realización de este fin, que es lo perseguido por el acreedor al celebrar el contrato de transporte".

3. Según antes quedó plasmado, el piloto que comandaba la nave que se estrelló en Málaga obró temerariamente, cometió error de pilotaje, pues insistió en hacer un aterrizaje en momentos en que las condiciones meteorológicas "eran inferiores a las mínimas de seguridad" que requería esa operación. Y como el comandante de la aeronave dicha actuaba bajo la dependencia y dirección de la sociedad demandada, de la cual era en ese momento su empleado que ejecutaba las funciones que ésta le había adscrito, el obrar culposo de aquél constituye culpa de la compañía.

4. Demostrado está el daño y que éste se produjo por incumplimiento de obligaciones asumidas por la sociedad demandada. Acreditado aparece también, no sólo por presunción no desvirtuada, sino porque se adujo prueba documental idónea, que la sociedad actuó culposamente. Entonces, ya que ésta no demostró causa que la exima de responsabilidad, debe ser condenada a pagar a los demandantes los perjuicios que padecieron quienes se accidentaron en el insuceso de Málaga.

Ahora bien, como la fuente de la obligación insatisfecha es el contrato de transporte celebrado entre la sociedad demandada y, de otra parte, el sobreviviente Mesa Alvarez y las demás víctimas fallecidas, es claro que los sucesores de éstas demanden la reparación del perjuicio que a las mismas se causó y no el que ellos hayan padecido. Y como ejercitan la acción nacida de la infracción contractual y no de culpa aquiliana, síguese que el perjuicio que debe indemnizarse es el que padecieron personalmente los pasajeros lesionados o muertos en el lamentable infortunio y no el que, a causa de la muerte de algunos, hayan sufrido sus sucesores a título universal. La acción de perjuicios por incumplimiento del conductor de la obligación determinada de llevar sanos y salvos a los viajeros al lugar de su destino, cuando los lesionados fallecen sin ejercitarla, se transmite, mortis causa, a sus herederos, los que, entonces, cuando en ejercicio de esa acción heredada demandan el resarcimiento de daños por la inejecución, no pueden reclamar el daño, ya moral, ya material, que ellos mismos hayan padecido, sino el que sufrieron sus respectivos causantes.

Para que el heredero pueda reclamar los perjuicios que personalmente ha padecido por las lesiones o la muerte del de cujus, indispensable es que ejercite la acción de indemnización de perjuicios nacida de culpa extracontractual y no la contractual que le transmite su causante. Al arbitrio del heredero está, pues, elegir entre el ejercicio de la acción de perjuicios que dimana del incumplimiento del contrato que su causante celebrara y la que tiene su fuente o manantial en la culpa extracontractual del autor del daño.

Dedúcese de lo expuesto que lo pedido en la demanda es la reparación del daño sufrido por los pasajeros por inejecución del contrato de transporte, y no el padecido por sus herederos a causa de culpa extracontractual.

5. Como lo ha enseñado la jurisprudencia (G. J. LXIX, 384 y LXXXI, 181), las bases para la estimación del daño deben ser las que se desprenden de elementos probatorios que acrediten la existencia del que fue causado con el quebrantamiento del contrato de transporte y que tenga repercusión en el patrimonio de la víctima del accidente, la edad de ésta en esa fecha, su capacidad productiva de acuerdo con su profesión, las entradas que percibía, duración de esa capacidad productiva (la que puede menguar con los años), y deducción lógica de los gastos de sostenimiento ordinario.

Apareciendo clara la existencia del daño, tanto moral como material que sufrieron las víctimas del accidente de Málaga, deberá ordenarse su reparación a cargo de la sociedad demandada. La condena, empero, para los perjuicios materiales, en virtud de que faltan algunas bases para determinar su monto, se hará en abstracto o in genere. Los perjuicios morales, en cam-

bio, serán reconocidos, mas sin exceder la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada pasajero, como quiera que los demandantes limitaron a esta suma su petición por ese concepto, no obstante que la Corte ve la urgencia de modificar su tesis de que no debe condenarse, por daños morales, a pagar suma mayor de $ 2.000.00 a cada lesionado.

Sobre la reparación del daño moral, la Corte prohija la tesis de los Mazeaud, quienes, contestando a la objeción de que ese daño no puede ser nunca justipreciado, expresan en la página 70 del volumen II de la parte II de sus "Lecciones de derecho civil":

"Es innegable que el papel de juez (para señalar la cuantía del daño moral) será más difícil que en el caso de un daño material. Pero ese papel no es imposible; porque no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo que es imborrable, sino para ...procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido".

6. Finalmente, para determinar el monto del daño material deberán tenerse en cuenta, fuera de los fundamentos generalmente aceptados para hacer tal fijación, los siguientes:

1º La indemnización por los perjuicios materiales irrogados a cada pasajero muerto o lesionado no podrá exceder del valor de veinticinco mil (25.000) gramos de oro puro, limitación que se fija aplicando por analogía la norma contenida en el artículo 1881 del Código de Comercio, la cual, cuando en este proceso se trabó la relación jurídico-procesal no estaba vigente, pero que rige ahora y que, por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 es guía para desatar materia semejante.

2º Siendo el contrato de transporte aéreo una actividad típicamente mercantil, y correspondiendo hoy los intereses legales y comerciales a los corrientes bancarios es apenas lógico concluir que, siendo éstos ahora del 16% anual, en el caso que se decide, para determinar la cuantía de la suma que debe pagar la sociedad demandada por el perjuicio material sufrido por los lesionados, ya no podrá aplicarse la tabla del ingeniero Garuffa, en cuanto esté hecha sobre la base de que el interés debía ser del 6% anual. La determinación de la suma deberá hacerse, pues, tomando como base tablas semejantes a las de Kent and Kent en las que para calcular el capital pagable se tenga en cuenta que el interés no es, en este caso del 6% anual, sino del 16% o del que rija al momento de aportarse el certificado que deberá expedir la Superintendencia Bancaria con tal fin, como lo dispone el artículo 884 del Código de Comercio.

VI

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 8 de mayo de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y, como tribunal de instancia, revoca la sentencia de primer grado, que pronunciara el Juez Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga el 30 de octubre de 1971 y, en su lugar,

Falla

1º Declárase que la sociedad "Taxi Aéreo Sabanero (Tass) Limitada" es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales irrogados a Hernando Mesa Alvarez, Iván Arango Mejía, Rodrigo Correa Arango, Jesús Londoño Montaño, Miguel Antonio Moreno Mejía y José Alejandro Toro Ochoa, por las lesiones recibidas por el primero y la muerte padecida por los restantes, a raíz del accidente de aviación acaecido el 9 de noviembre de 1968 en las cercanías del aeropuerto de Málaga (Santander) al estrellarse la avioneta Aerocomander, matrícula HK 1079.

2º En consecuencia, condénase a la citada sociedad demandada a pagar, por perjuicios morales, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) a Hernando Mesa Alvarez; la misma cantidad para los herederos y la viuda de Iván Arango Mejía; suma igual a los sucesores y a la viuda de Rodrigo Correa Arango; lo mismo para los herederos y la cónyuge sobreviviente de Miguel Antonio Moreno Mejía; a Aura Montaño viu-

da de Londoño también dos mil pesos ($ 2.000.00), como heredera de Jesús Londoño Montaño; y, finalmente, cantidad igual a los herederos y a la consorte de José Alejandro Toro Ochoa.

También condénase a la dicha sociedad a pagar a los demandantes los perjuicios materiales, los que, por no estar determinados, serán tasados siguiendo el procedimiento que señala el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

3º La Sociedad "Taxi Aéreo Sabanero (Tass) Limitada" pagará a los demandantes las costas causadas en primera y segunda instancias.

4º Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

PROMESA DE CONTRATO

Error de hecho.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 3 de julio de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario instaurado por Francisco y Fernando Botero Jaramillo frente a Angel María Martínez Rojas, María Luz Trujillo Quevedo y Angel Alberto Martínez Trujillo.

I

Antecedentes

1. Por Resolución número 14 de 30 de enero de 1959, inscrita el 8 de junio siguiente en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Villavicencio, el Departamento de Recursos Naturales del Ministerio de Agricultura de Colombia adjudicó a Angel María Martínez Rojas el terreno baldío denominado "Las Brisas", en extensión de 4.411 hectáreas y comprendido dentro de las alindaciones que en dicha resolución se consignan, ubicado en el municipio de San Martín, de la entonces intendencia del Meta.

Después de realizados el registro y la matrícula de dicho fundo, el adjudicatario procedió a protocolizar, mediante el otorgamiento de la escritura pública número 1083 de 11 de agosto de 1967 pasada en la notaría de esa capital e inscrita en el Registro al día siguiente, la resolución ministerial de adjudicación; y luego, mediante escritura número 1907 de 20 de diciembre de 1967, otorgada en la misma notaría, constituyó sobre el predio adjudicado hipoteca de primer grado a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de esa ciudad, para garantizar el pago de la suma de $ 346.500.00.

2. Mediante Resolución número 9287 de 16 de diciembre de 1970 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, después de haber surtido el trámite legal correspondiente y por haberlo explotado "desde hace diez años", adjudicó al mismo Angel María Martínez Rojas el terreno baldío denominado "Los Alpes", situado en el paraje "La Serranía", municipio de San Martín, departamento del Meta, en extensión aproximada de 952 hectáreas 5.200 metros cuadrados, comprendido dentro de los linderos especiales que dicho documento determina.

La precitada resolución fue inscrita bajo la partida 69, página 373 del Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de San Martín, el 29 de enero de 1971, y matriculada la finca en esta misma fecha.

3. Por Resolución número 918 de 8 de marzo de 1971 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, después de haber surtido el trámite debido, adjudicó a María Luz Trujillo Quevedo, quien lo "viene explotando desde hace diez años", el terreno baldío llamado "Casibare", ubicado también en el paraje "La Serranía" del mismo municipio de San Martín, en extensión aproximada de 995 hectáreas 9.800 metros cuadrados, comprendido dentro de los linderos que este documento describe.

Esta resolución fue también inscrita en la Oficina de Registro del Circuito de San

Martín, Libro Primero, página 484, partida 256, el 25 de marzo de dicho año y la finca matriculada allí en esta misma fecha.

4. Mediante escritura pública número 109 de 19 de abril de 1971, otorgada en la notaría de San Martín e inscrita en la misma fecha en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de la misma población, Angel Alberto Martínez Trujillo hizo protocolizar las declaraciones de nudo hecho rendidas ante el inspector de policía de allí por Leopoldo López y Reinaldo Ramírez, según las cuales el citado Martínez Trujillo es "poseedor y ocupante de buena fe de un fundo rural conocido con el nombre de Brasilia, situado en la región La Serranía, jurisdicción del municipio de San Martín, departamento del Meta, con una extensión superficiaria de 701 hectáreas 5.000 metros cuadrados", distinguido por las específicas alindaciones que dichos testigos describen.

5. El 2 de febrero de 1971, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron ante testigos en la ciudad de San Martín, se pactó entre los citados Angel María Martínez Rojas, María Luz Trujillo y Angel Alberto Martínez por una parte, y Francisco y Fernando Botero Jaramillo, por la otra, el contrato de promesa, cuyas cláusulas fundamentales son:

a) Los tres primeros se obligaron a vender a los dos últimos y éstos a comprar a aquéllos, los siguientes bienes:

1º El globo de terreno que componen las fincas "Los Alpes" y "Casibare", situado en jurisdicción del municipio de San Martín, con extensión superficiaria de 2.650 hectáreas, "que tiene los siguientes linderos generales, según plano levantado por Armando Gaitán G., el 16 de abril de 1969: "Sureste: partiendo del mojón 'A' pasando por los puntos 1 a 17, en línea quebrada, a encontrar el mojón 'B'; de aquí en línea quebrada, pasando por los puntos 20 a 41, a encontrar el mojón 'C'; de aquí en línea recta pasando por los puntos 41 a 57 a encontrar el mojón 'D', por este costado linda en parte con predios de Gustavo Sánchez, Gerardo Sánchez y baldíos; noreste: del mojón 'D' citado pasando por los puntos 59 a 70, en línea recta a encontrar el mojón 'E', lindando en este costado con terrenos baldíos; noroeste: del mojón 'E' nombrado, en línea quebrada pasando por los puntos 72 a 92 a encontrar el mojón 'F' lindando por este costado con tierras de Leonidas Martínez; suroeste: del mojón 'F' antes nombrado pasando por los puntos 92 a 108 a encontrar el mojón 'A' primeramente citado y encierra, lindando en este costado, caño de Casibare de por medio, con tierras del prometiente vendedor Angel María Martínez R."

2º El derecho de dominio y posesión sobre una faja de terreno de 70 hectáreas de superficie, que hace parte de la finca denominada "Las Brisas" que limita "por el suroeste con el globo de terreno antes nombrado, caño de Casibare de por medio, que se localizará al frente del punto 105 del plano general de las fincas 'Casibare' y 'Los Alpes', que se denominará 'El Embarcadero', comprendido dentro de estas alindaciones especiales: De un mojón que arranca del caño de Casibare en línea recta pasando por encima de los corrales, y llega a otro caño denominado 'Barranco-Colorado' y de éste abajo hasta encontrar nuevamente el caño de Casibare, y de éste arriba hasta encontrar el punto de partida".

3º La constitución sobre el fundo "Las Brisas" de un gravamen de servidumbre de tránsito para el transporte de ganado o automotores, "ya por los caminos carreteables existentes o los que en el futuro se construyan" en la citada finca.

b) Acordaron como precio de la compraventa prometida la suma de $ 1.100.000.00, de los cuales los prometientes compradores entregaron $ 300.000.00 en ese acto a sus prometientes vendedores, comprometiéndose a pagar el saldo así: $ 200.000.00 en el término de los noventa días siguientes; $ 100.000.00 el 28 de junio de 1971; y $ 500.000.00 el 30 de enero del año siguiente, sumas estas dos últimas que se harían constar en dos letras de cambio "que se extenderán el día que se firme la correspondiente escritura pública";

c) Después de haber expresado que el globo de terreno que prometían enajenar lo habían adquirido, parte por adjudicación que les hizo Incora y otra parte "por el ejercicio del derecho de posesión que los prometientes vendedores han venido efectuando", éstos se obligaron a entregar materialmente los bienes "el día 15 de febre-

ro de 1971 o antes si así lo resuelven los prometientes compradores"; y los títulos de propiedad de las fincas "Los Alpes" y "Casibare", debidamente legalizados, "cinco (5) días antes de la fecha en que se debe firmar la escritura pública, a objeto de hacer su estudio jurídico", y

d) Por la cláusula séptima del contrato, estipularon los intervinientes que el contrato prometido se perfeccionaría, mediante el otorgamiento de la respectiva escritura pública, "en el término de noventa días contados a partir de la fecha de este documento" en la notaría de la misma ciudad de San Martín.

6. Mediante comunicación telegráfica dirigida desde San Martín a Bogotá el 21 de abril de 1971, los prometientes vendedores hacen saber a sus prometientes compradores que ya estaban registradas las resoluciones de Incora, mediante las cuales adjudicó las fincas "Los Alpes" y "Casibare"; que en consecuencia se encontraban ya en capacidad de cumplir el contrato de promesa de compraventa; y que esperaban el envío de la suma de $ 200.000.00, de acuerdo con lo estipulado contractualmente.

7. Durante los días 30 de abril y 3 de mayo de dicho año de 1971, en horas hábiles, los prometientes vendedores, llevando consigo todos los documentos "necesarios para la celebración del acto solemne de compraventa de bienes raíces y a que están obligados", documentos que depositaron en la notaría de San Martín desde la primera de estas dos fechas, comparecieron a esta oficina en donde manifestaron su intención de perfeccionar la venta por ellos prometida a los Botero Jaramillo.

Y como a la postre la compraventa prometida no pudo perfeccionarse, aquéllos otorgaron el 4 de mayo siguiente, en la misma notaría, la escritura pública número 131-bis, mediante la cual protocolizaron los antedichos documentos.

8. Los prometientes compradores, por su parte, luego de haber obtenido el 3 del mismo mes de mayo constancia del notario de San Martín de haberse presentado en esa fecha a dar cumplimiento a la promesa de compraventa de 2 de febrero anterior, llevando consigo un cheque de gerencia por la suma de $ 200.000.00; las dos letras de cambio atrás referidas por valores de $ 100.000.00 y $ 500.000.00, con vencimiento el 28 de junio de 1971 y el 30 de enero del año siguiente, respectivamente; y los certificados de paz y salvo suyos; de haber manifestado ante ese funcionario que no podían otorgar la escritura de compra por no haber encontrado "a satisfacción" los títulos de propiedad de las fincas que pretendían comprar, y porque, además, "la cabida de los bienes prometidos en venta no corresponde a la que indica el contrato", procedieron a otorgar la escritura pública número 138 de 7 de mayo del mismo año, mediante la cual protocolizaron en dicha notaría los documentos referidos.

III

El litigio

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la causa petendi los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que los prometientes vendedores habían incumplido todas sus obligaciones, puesto que no habían entregado con la anterioridad estipulada los títulos de propiedad de las fincas por ellos prometidas en venta; que éstos no estaban legalizados; que, además, los predios no habían podido ser identificados debidamente; que la extensión real de éstos era inferior en 703 hectáreas a la que se había fijado en el contrato de promesa; que, por otra parte, esos fundos están realmente ubicados en el municipio de Puerto Lleras y no en el de San Martín, como se había expresado en el pacto; y que, por su parte, los prometientes compradores habían estado siempre listos a cumplir las obligaciones suyas, los citados Francisco y Fernando Botero Jaramillo demandaron ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín a Angel María Martínez Rojas, María Luz Trujillo Quevedo y Angel Alberto Martínez Trujillo, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de los demandados, el contrato de promesa de compraventa acordado por ellos y contenido en documento suscrito en la ciu-

dad de San Martín el 2 de febrero de 1971; b) Que, consecuencialmente, los mismos demandados deben restituir a los demandantes la suma de $ 300.000.00, junto con los intereses corrientes causados por esta cantidad desde el 2 de febrero de 1971 y hasta el día de la restitución, suma que recibieron en esta fecha por razón de la promesa resuelta, y c) Que igualmente se los condene al pago de los perjuicios provenientes de su incumplimiento y las costas procesales.

2. Los demandados, en su contestación al libelo incoativo del proceso, se opusieron a las pretensiones de sus demandantes.

Y luego de negar los hechos por éstos invocados, salvo los relacionados con la celebración de la promesa de compraventa, los cuales aceptaron, afirmaron que siempre han estado dispuestos a cumplir lo pactado con los Botero Jaramillo; que fueron éstos quienes incumplieron el contrato de promesa al negarse a suscribir la escritura correspondiente; que si bien los demandantes no se presentaron el 15 de febrero de 1971 a recibir los predios, "posteriormente sí los recibieron a satisfacción y entraron en el libre goce y posesión de ellos, procediendo a ejecutar toda clase de trabajos y demás actos de señores y dueños"; que prometieron vender "no por cabida sino por linderos y como cuerpo cierto", según manifestación consignada en las cláusulas 1ª, 2ª y 6ª del contrato de promesa; y que si ciertamente los fundos se encontraban ubicados dentro de la jurisdicción municipal de San Martín, también es verdad que "posteriormente, por acto soberano de la Asamblea del Meta, se creó el municipio de Puerto Lleras y los terrenos de marras pasaron a pertenecer a dicho municipio".

3. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 18 de enero de 1973, mediante la cual absolvió a los demandados de los cargos contra ellos formulados e impuso las costas a los demandantes.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida con dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el que, en fallo de 3 de julio del mismo año, confirmó el apelado con costas de la instancia a cargo de los demandantes, quienes propusieron el recurso de casación que ahora se decide.

III

Motivación del fallo impugnado

1. En el inicio de su providencia, después de consignar los antecedentes del litigio y todo el desarrollo del proceso, aparte en el cual hace énfasis en la posición asumida por los demandados; de relacionar, extractando su contenido, las pruebas, aducidas por los litigantes y de compendiar la sentencia del primer grado de jurisdicción, pasa el Tribunal a concretar, considerándolas separadamente, las diferentes obligaciones que del contrato de promesa estipulado el 2 de febrero de 1971 surgieron para los demandados y que, según los demandantes, fueron incumplidas por aquéllos.

2. En esta tarea, el ad quem comienza las consideraciones de su fallo aludiendo al deber de entrega material de los bienes prometidos en venta, que según la convención ajustada debía efectuarse el 15 de febrero de dicho año, obligación ésta que el sentenciador estima cumplida por los demandados.

En apoyo de su aserto primeramente cita, resumiendo su contenido, los testimonios de Francisco Antonio Valencia, Zenón Leal Cavcedo, Libardo Amú García y José Nicasio Esguerra. Según el Tribunal todos estos testigos, cuyas declaraciones encuentra razonadas y precisas en los hechos sobre los cuales deponen, están de acuerdo en sostener que los demandados, durante los días comprendidos entre el 13 y el 16 de febrero de 1971, sacaron el ganado de su propiedad que tenían en las fincas que debían entregar a los demandantes, pero que entonces éstos no se hicieron presentes allí: que luego, el 10 de marzo siguiente, los Botero Jaramillo se presentaron en ese lugar "con un camión, un bulldozer y una camioneta y procedieron a abrir un camino para llegar a la finca, a la vez que realizaron una excavación como para una piscina"; que ese mismo día ordenaron "des-

baratar la camareta donde se guardaba el maíz,... ordenaron la quema de los potreros, en tanto que al encargado de los Martínez lo despidieron y su trasteo fue llevado en la camioneta de los Botero hasta el caño Casibare"; y que más tarde, hacia el 10 de mayo del mismo año, por cuenta de los demandantes algunos trabajadores suyos procedieron a efectuar una rocería en la referida finca.

Agrega el ad quem que todos los anteriores hechos se hallan ratificados, en primer lugar, con la propia confesión de los demandantes quienes los reconocieron como ciertos al absolver el interrogatorio que a ellos se sometió el 12 de septiembre de 1972; y, en segundo, con la inspección judicial practicada el 15 de ese mismo mes en el fundo "Los Alpes", en la cual "el personal de la diligencia, con el juez a la cabeza, constató las huellas de los trabajos realizados con el bulldozer en aquel predio".

De todo lo cual concluye, en punto de esta específica obligación, que "es, por lo demás un hecho cierto a lo largo del proceso que los vendedores estuvieron listos a ejecutar la entrega en la fecha primitivamente convenida, es decir, el día 15 de febrero; que lo estuvieron luego en aquella otra en la cual los compradores se hicieron presentes provistos de maquinaria y equipo para empezar a realizar los correspondientes actos posesorios".

3. En lo que respecta a la superficie de los predios "Los Alpes" y "Casibare", dice el juzgador de segundo grado que ella está conforme con lo estipulado contractualmente. En respaldo de su afirmación, cita el plano elaborado en abril de 1969 por Armando Gaitán G., presentado en la inspección judicial practicada e "incorporado al expediente, en el cual aparece que, de acuerdo a la escala con que fue levantado, la superficie de las fincas es de dos mil seiscientas cincuenta hectáreas"; y agrega que de éste se hizo expresa referencia en la cláusula primera del pacto de promesa, "como el plano al que se sujetará o en el que se determinan los predios objeto del contrato, con su extensión superficiaria, linderos específicos, etc.".

"De esta suerte —concluye el Tribunal— la cabida objeto de las diferencias entre las partes, resulta acreditada, pues el contrato de promesa habla de un total de 2.650 hectáreas. Este total superficiario —continúa— debía ser adicionado con parte del fundo Las Brisas para la constitución de servidumbre de tránsito con el nombre de El Embarcadero y respecto del cual se dijo en la cláusula 4ª, que su adquisición había tenido lugar en la forma y términos que serían objeto de descripción en la escritura pública de venta que perfeccionara el contrato prometido".

4. En lo atinente al deber contractual que tenían los demandados de poner a disposición de sus demandantes, cinco días antes de la fecha acordada para otorgar la escritura mediante la cual se perfeccionaría la compraventa prometida, los títulos de propiedad de los predios, el ad quem estima que el cumplimiento de esta obligación también "se halla acreditado suficientemente".

Para sustentar esta aseveración el Tribunal alude, en primer término, al testimonio de José Nicasio Esguerra quien, según lo dice la sentencia, afirmó en su declaración que el sábado 17 de abril de 1971, "estando en compañía de Angel María Martínez, en casa de éste, se asomó a la puerta y vio llegar al establecimiento 'Los Alpes' a don Fernando Botero, hecho del que dio cuenta a Martínez, quien inmediatamente sacó los títulos de las fincas y los invitó a él, así como a Manuel Rodríguez, para que constataran que se los entregaba a Botero y que éste los miraba y leía, como en efecto ocurrió, devolviéndolos luego a su dueño".

En segundo término se refiere el fallador a la comunicación telegráfica dirigida desde San Martín a Bogotá el 21 de abril de dicho año por los demandados a sus demandantes, que se protocolizó en la escritura número 131-bis y que, agrega, fue recibido por éstos según lo confiesan "en su declaración de parte", mediante el cual los primeros hacen saber a los segundos "que los documentos están listos y a su disposición para otorgar la escritura"; añade el Tribunal que "además obran los testimonios de personas que presenciaron la entrega de los papeles a Fernando Botero, con suficiente anterioridad a la fecha señalada para hacer el acto escriturario".

Y agrega que, de otra parte, con las certificaciones expedidas por el notario de San Martín, a las que atribuye pleno valor probatorio por considerarlas documentos públicos, está "debidamente establecido que la titulación de los fundos prometidos se depositó en la notaría, con anterioridad a la fecha indicada para la escritura y que con días de anticipación se había puesto a disposición de los compradores para su análisis. Luego, —dice la sentencia rematando este aspecto de la cuestión— no puede afirmarse con justicia que haya existido incumplimiento de parte de los vendedores y antes, la voluntad de allanarse a cumplir lo pactado".

5. Refiriéndose a la suficiencia de los títulos de propiedad que los demandados pusieron a disposición de los demandantes "para su análisis", expresa el ad quem que si bien es verdad que no se presentaron los certificados sobre tradición y libertad de los inmuebles "Los Alpes" y "Casibare", también lo es que no era indispensable, "de un lado, —dice— porque en el texto mismo de la cláusula segunda del contrato se especifica lo atinente a la forma de adquisición y la tradición de los inmuebles objeto del convenio y ella, por sí misma, estaba indicando que carecía de objeto la presentación de una libertad y tradición de 20 años o más, si apenas acababan de ser adjudicados los fundos y, en lo restante, se aclara que se transfiere no otra cosa que la posesión que los prometientes vienen ejerciendo"; estipulación ésta que, observa el Tribunal, fue consentida por los contratantes.

Con relación a este mismo aspecto de la cuestión debatida, agrega el sentenciador que en la inspección judicial practicada en el protocolo de la notaría de San Martín y en la Oficina de Registro de esa población el 18 de julio de 1972, se comprobó el registro y protocolización de las Resoluciones números 14 de 30 de enero de 1959, 9287 de 16 de diciembre de 1970 y 918 de 8 de marzo de 1971, mediante las cuales el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria adjudicó los predios "Las Brisas", "Los Alpes" y "Casibare" a Angel María Martínez, los dos primeros, y el último a María Luz Trujillo.

Considera además el Tribunal de Villavicencio, y así lo consigna en su sentencia, que "aun en el evento de que algunos de los documentos aportados y que pudieran considerarse de vital importancia para la ejecución del contrato presentaron algunas fallas en su confección y en su inscripción, o en el texto de su contenido, desde el punto de vista de la reglamentación legal a que por su naturaleza deben estar sujetos, mientras no sea declarada su invalidez por la autoridad correspondiente, no podía el juzgado, ni lo puede la Sala tomar como hecho indubitable y debidamente probado las aseveraciones de los demandantes para deducir hipotéticos vicios del consentimiento u otros errores suficientes para restarle toda eficacia a tales documentos".

Expresa además el juzgador de segunda instancia, que si bien el predio "Las Brisas" estaba sometido a un gravamen hipotecario en favor de la Caja de Crédito Agrario, también lo es que su dueño tenía "autorización expresa del acreedor para seccionar una zona destinada al cumplimiento de la obligación contraída", por lo cual considera que la promesa de enajenar 70 de las 4.411 hectáreas que integran su contenido no ofrece reparo.

6. En torno a la ubicación de los inmuebles y por consiguiente a las oficinas expedidoras de los certificados de paz y salvo de éstos, dice el Tribunal que si bien es cierto que los fundos están situados dentro del municipio de Puerto Lleras, y no en el de San Martín como lo expresa el contrato, este hecho, sin embargo, "no alcanza a producir un vicio de naturaleza tal que por ello se haya inducido a error a los compradores, o se haya obrado de mala fe por los prometientes vendedores y se haya tornado imposible el cumplimiento y sindicar de él a la contraparte; puede ser un medio habilidoso, pero que no es de recibo, cuando menos".

Para fundamentar su criterio, dice el ad quem que "desde luego aparece muy claro que el municipio de Puerto Lleras es de una creación reciente por la circunstancia de que antes de ascender a la categoría de departamento, en la antigua intendencia no existía en esa región municipio distinto al de San Martín, el cual comprendía in-

calculables extensiones territoriales. Esto explica —agrega— que al crearse el de Puerto Lleras, grandes zonas territoriales pasaran a ser parte de la jurisdicción de este último, entre ellas, precisamente aquellas donde se encontraban ubicados los predios. Pero que del desconocimiento de la nueva división político-administrativa se pueda deducir un error en cuanto a la identidad de los fundos para sugerir que se podría tratar de otros diferentes con los cuales se buscaría engañar a los compradores, podría ser un medio de defensa bastante rebuscado, pero inefectivo puesto que a ese respecto no cabe duda alguna, entre otras cosas, por el conocimiento directo y personal adquirido por los prometientes compradores sobre el terreno mismo".

IV

El recurso extraordinario

1. En la respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes formulan un solo cargo contra la sentencia antes extractada.

Mediante él se denuncia el quebranto indirecto de los artículos 1546, 1608-1º, 1603, 1613, 1614, 1615, 1617, 1627, 1649, 1884, 1888 y 1889 del Código Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Asevera el casacionista que en su sentencia el ad quem, como efecto de la errónea interpretación de algunos de los medios probatorios aducidos y de la no apreciación de otros, incurrió en los siguientes yerros de hecho: a) Dar por demostrado el cumplimiento de los demandados de su obligación de entregar materialmente los inmuebles por ellos prometidos en venta; b) Considerar cumplido también por éstos el deber de entregar oportunamente a sus demandantes los títulos de propiedad de las fincas; c) Dar por ausente del contrato la obligación de presentar los certificados de libertad que garantizarían "la sanidad del título y la ausencia de gravámenes"; d) Estimar que la cabida real de los fundos "Los Alpes" y "Casibare" coincide con la que se estipuló en el pacto de 2 de febrero de 1971, y e) Haber ignorado que el predio "Las Brisas", en extensión de 70 hectáreas, fue también parte primordial del contrato de promesa de compraventa, "quizá porque respecto de él no se presentó título alguno y porque, además, se encontraba y se mantiene hipotecado a la Caja Agraria por $ 346.500.00, pese a que se garantizó la ausencia de todo gravamen".

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, refiriéndose a la primera de las conclusiones del Tribunal, dice que si bien es cierto que según las declaraciones de Francisco Antonio Valencia, Zenón Leal, Libardo Amú y José Nicasio Esguerra y la confesión de los demandantes, éstos, a mitad de marzo de 1971 llegaron con maquinaria, abrieron un carreteable, iniciaron excavación para piscina, cuyos rastros se encontraron en la inspección judicial, y practicaron roza de unos potreros, tumbaron una enramada y sacaron unos bultos de maíz, también lo es que tales hechos "no demuestran nada distinto de un principio de entrega, y no la entrega" del globo de terreno de 2.650 hectáreas integrado por las fincas "Los Alpes" y "Casibare" y de 70 en "Las Brisas", que fue la prevenida en la cláusula 8ª de la convención ajustada entre los litigantes. Añade que, de otra parte, ese "principio de entrega" está modificado en su significación por el hecho de que, como lo confesó el demandado Martínez Trujillo, los prometientes vendedores conservaban ganados en el fundo luego de ese comienzo de entrega.

Concretando el error de hecho que denuncia, afirma el recurrente que en él incurrió el sentenciador por "no haber tenido en cuenta la confesión del demandado (pregunta 8ª, cuaderno 7º, folio 19 vuelto), de que los prometientes vendedores mantuvieron ganados en el inmueble. Y en haber considerado que los trabajos mencionados satisfacían la obligación de entregar una superficie determinada debidamente titulada, siendo así que no media recibo alguno, que no hay aserto ninguno de entrega de El Embarcadero y que falta la titulación de 703 hectáreas en Casibare (Brasilia) y de las 70 hectáreas de Las Brisas: Error en atribuir a las declaraciones y a la

confesión un contenido y un alcance que no tienen en su contexto; error al olvidar el texto de las cláusulas 2ª, 5ª y 8ª del contrato; error al perder de vista que los títulos protocolizados en la escritura 132 bis, Resolución 09287 de 16 de diciembre de 1970, del Incora (C. 1º, Fls. 42 Vto. a 44) por 952 hectáreas 5.200 metros cuadrados y Resolución número 918 de marzo 8 de 1971, del mismo Instituto (C. 1 Fls. 44 a 45) por 995 hectáreas, 9.800 metros cuadrados, dejan un claro de 703 más 70 hectáreas".

3. En lo que respecta a la obligación de entregar los títulos de propiedad cinco días antes de la fecha acordada para otorgar la escritura, asevera el recurrente que al darla por satisfecha el Tribunal también incurrió en yerro fáctico, porque es incuestionable, dice, que los prometientes vendedores no los entregaron en oportunidad, que los prometientes compradores no los recibieron, que los documentos permanecieron en poder de la contraparte hasta su depósito final en la notaría de San Martín el 3 de mayo, y que no aparecen títulos relativos a 703 hectáreas del fundo "Casibare", ni al llamado "Las Brisas", en la parte que se prometió enajenar.

"Por consiguiente —dice el impugnador censurando la conclusión que en el punto dedujo el ad quem— medió error evidente de hecho en la apreciación del testimonio de Esguerra, del telegrama de 21 de abril y de la declaración de Fernando Botero por concedérseles un contenido y alcance que no tienen: de entrega oportuna de los títulos para su estudio jurídico. Y en la falta de apreciación del certificado del notario (C. 1º Fls. 51 y Vto.), que da cuenta que los prometientes vendedores le entregaron los títulos el día 3 de mayo para su protocolización, de la confesión de los demandados de que Martínez Rojas no entregó los títulos, sino que los mantuvo en su poder hasta entregarlos al notario, y de la escritura 132-bis de 3 de mayo de 1971, notaría de San Martín (C. 1º Fls. 40 a 59) que muestra cómo la titulación presentada se circunscribe a los predios Los Alpes y parte de Casibare, y no existe título alguno del resto de Casibare (Brasilia) y Las Brisas".

4. En torno a la conclusión que trae la sentencia impugnada, referente a que por tratarse de predios baldíos recientemente adjudicados es innecesario pedirse certificado de tradición de 20 años, tesis que el recurrente califica de "torpe", éste expresa que "nadie está pidiendo cadena de 20 o más años de longitud", sino la presentación del certificado sobre la vigencia del título de los prometientes vendedores y sobre la ausencia de gravámenes, circunstancias ambas garantizadas expresamente por ellos.

Concretando el yerro fáctico que en el punto denuncia, dice que en él incurrió el Tribunal al no observar la promesa "en cuanto obliga a los vendedores, a demostrar esos hechos y, por ende, a aportar oportunamente los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos, y en haber tergiversado el contexto de la misma, con maliciosa ingenuidad".

5. Avanzando en el desarrollo del cargo, el casacionista alude luego a la cabida de los predios que fueron objeto de la promesa de contrato. Sobre este aspecto de la cuestión asevera que es errado afirmar, como lo hace el sentenciador, que la cabida real coincide con la prometida, y porque —añade— las 703 hectáreas de "Casibare" no están legalizadas, ni aparece título de las 70 del fundo "Las Brisas", que también fue objeto del contrato.

Y expresa que aquí "median tres errores evidentes de hecho: el atribuir al plano un contenido y alcance que físicamente no tiene. El plano, —agrega— no aumenta su contenido ni su proyección por el hecho de estar firmado o de haberse protocolizado. El plano muestra simplemente un croquis y un cálculo superficiario, no expresa un hecho cierto distinto del dibujo y la mención de las cifras pese a lo cual el Tribunal le atribuye información definitiva de cabida. El contrato no reduce la obligación del sector de Casibare a la transferencia de la posesión. Por el contrario, el parágrafo de la cláusula segunda menciona los fundos Los Alpes y Casibare bajo la exigencia de hallarse 'debidamente titulados, estampillados y registrados', otro tanto dice el parágrafo de la cláusula séptima. En la misma cláusula segunda se indica el es-

tado de la titulación de esos fundos, discriminadamente, pero no para excluir de la obligación de titulación una sección de Casibare, pues no se pactó así y en cambio sí se exigió la titulación debida del lote Casibare sin distinción ni fraccionamiento".

Rematando este aspecto del cargo, dice el impugnador que "el Tribunal malinterpretó esa cláusula y olvidó los dos parágrafos. No tomó el contrato en su integridad para analizarlo conjuntamente, como lo manda el artículo 1622 del Código Civil, e hizo caso omiso de dos cláusulas fundamentales e insoslayables. Además no tuvo en cuenta que no existe prueba alguna de la titulación del fundo Las Brisas, básico y definitivo en la operación, como entrada y servidumbre de tránsito, y que esas 70 hectáreas contribuyen a aumentar el faltante de la cabida titulada prometida".

6. Finalmente, con relación al olvido que le atribuye a la sentencia de las 70 hectáreas de la finca "Las Brisas", sector que según el censor se estimó como primordial en la convención porque se destinaría a embarcadero, asevera que basta repasar el fallo del ad quem para advertir que en él no se menciona nada referente a dicho predio, a sus títulos y a la hipoteca que lo grava, "y retornar a la demanda (hecho 11), para comprobar que un cargo fundamental fue pasado por alto. Y, dentro del cómputo de los errores de hecho por omisión, continuar con el certificado del folio 23, cuaderno 1, en donde aparece que por escritura 1907 de diciembre 20 de 1967, notaría de Villavicencio, se hipotecó el inmueble a la Caja Agraria para garantizar obligación en cuantía de $ 346.500.00, gravamen vigente para 30 de julio de 1971; ir al certificado expedido por la misma entidad el 26 de julio de 1972 (Fl. 22 C. 7); y terminar en el dicho confesorio de los demandados en su contestación a la demanda (hecho 11, Fol. 64) al sostener que la acusación por causa de la hipoteca es temeraria, si se tiene en cuenta que la finca Las Brisas no fue materia del contrato (en contra del texto de la promesa) y que Angel María Martínez tenía autorización de la Caja para ceder 60 ó 70 hectáreas de dicho predio a los demandantes para la servidumbre a que se obligó".

V

Consideraciones de la Corte

I. Según se infiere claramente del resumen que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal de Villavicencio, después de haber analizado los testimonios de Francisco Antonio Valencia, Zenón Leal Caycedo, Libardo Amú García y José Nicasio Esguerra; la confesión de los demandantes contenida en el interrogatorio absuelto por éstos el 12 de septiembre de 1972; y de haberse referido expresamente a la inspección judicial practicada el 15 de ese mismo mes, dedujo que todos estos medios de prueba acreditan el cumplimiento, por parte de los promitentes vendedores, de la obligación de entregar materialmente a los prometientes compradores los predios objeto del contrato de promesa.

El cargo que se examina, como se deduce del extracto que de él se ha hecho, se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en manifiestc error de hecho por errónea apreciación de los testimonios y de la confesión de los demandantes; y por falta de apreciación de alguno de otros medios probatorios.

Palmar es, pues, que el recurrente omite absolutamente atacar la inspección judicial que también el Tribunal consideró y tomó como fundamento de la declaración absolutoria contenida en su fallo; reduce su ataque a los otros medios. Pero como aun en el supuesto de que la impugnación así planteada resultare victoriosa, subsistirían sin embargo, por falta de objeción, las razones que en torno a aquella prueba expuso el sentenciador, la acusación, en este aspecto de la censura, se torna necesariamente impróspera, desde luego que dichas razones son suficientes para sostener la conclusión a que en el punto llegó el ad quem.

II. Y si haciendo abstracción de este defecto de técnica, debiera la Corte entrar al estudio de la censura en el fondo, tendría que decir, luego de analizar el contenido de los testimonios y de la confesión de los demandantes y de cotejarlo con la deducción que con base en estas pruebas sacó el Tribunal, que éste en nada alteró la realidad de los hechos que dichos medios

probatorios exponen; que los apreció tal y como ellos obran en el proceso; y que, consecuencialmente, no existe el error de hecho que en la estimación de tales medios denuncia la censura.

En efecto, según las declaraciones de los cuatro testigos que el recurrente cita, los demandantes, hacia el 10 de marzo de 1971, llegaron con maquinaria a las fincas por ellos prometidas comprar, abrieron un carreteable, iniciaron excavación para piscina, practicaron roza en algunos potreros, tumbaron una enramada, sacaron el maíz ya cosechado y despidieron al administrador que allí tenían los Martínez. Y los demandantes, al absolver las preguntas 7ª y 8ª del interrogatorio, manifestaron el 12 de septiembre de 1972 que sí fue cierto que realizaron dichos trabajos, pues que "como las intenciones de nosotros era recibir dichas propiedades, llevamos un bulldozer el cual se utilizó para poder llegar al campamento. En cuanto a la excavación en dicho campamento no había agua y se utilizó para buscar el medio de sacarla".

Si, pues, es de meridiana evidencia, según estas pruebas, que desde el 10 de marzo de 1971 los prometientes compradores, con la aquiescencia y el beneplácito de la contraparte, aprehendieron materialmente los inmuebles y procedieron a ejecutar en ellos muy variados trabajos de explotación, no es posible en rigor jurídico afirmarse que tales actos no demuestren el cumplimiento de la obligación de entrega material; consiguientemente no corresponde a la realidad procesal sostener, como lo hace el censor, que el Tribunal atribuyó a dichos medios de prueba un contenido y un alcance que no tienen.

Verdad es que la sentencia no alude explícitamente a la confesión del demandado Angel María Martínez Trujillo, hecha el 21 de julio de 1972 al absolver la pregunta 8ª del interrogatorio a que fue sometido, y según la cual por la época en que se dice hecha la entrega de las fincas "allí se encontraban unas vacas de lechería de propiedad de mi papá, que don Kiko y don Fernando le habían dicho que les dejara, mientras ellos llevaban ganado". Sin embargo, el carácter cualificativo de esta confesión, no desvirtuada en el hecho adicional o explicativo, en nada demerita la conclusión de entrega material que con base en las demás pruebas producidas dedujo el sentenciador.

III. Analizando el contexto del contrato de promesa ajustado entre los litigantes el 2 de febrero de 1971, por lo menos en lo que al primero de los bienes prometidos en venta se refiere, aparece que éste se determinó como cuerpo cierto antes que con relación a su cabida. En efecto: mediante la cláusula primera de dicho pacto los demandados prometieron enajenar en favor de los demandantes, a título de venta "el globo de terreno que componen las fincas denominadas 'Los Alpes' y 'Casibare', que tiene los siguientes linderos generales, según plano levantado por Armando Gaitán el 16 de abril de 1969, el que se protocolizará al suscribir la escritura pública", alindaciones éstas que a continuación se consignan; por la cláusula segunda se expresó que dicho globo de terreno había sido adquirido, una parte por adjudicación que el Incora le hizo a Martínez Rojas, otra a María Luz Trujillo, y el "resto por el ejercicio del derecho de posesión que los prometientes vendedores han venido efectuando"; en la cláusula 6ª se estipuló un precio global para todos los bienes, sin indicación alguna de valor por cada hectárea; y solamente por la cláusula 8ª advirtieron "que la extensión superficiaria del globo de terreno compuesto por las fincas Casibare y Los Alpes tiene una extensión superficiaria de 2.650 hectáreas".

Siendo esto así, y si el referido "globo de terreno" resultó comprendido en todo su contenido espacial dentro de los específicos linderos que describe el plano levantado por Armando Gaitán el 16 de abril de 1969, el que se protocolizó en la notaría de San Martín mediante el otorgamiento de la escritura número 131-bis de 4 de mayo de 1971, no puede decirse, sin alterar la verdadera voluntad de los contratantes expresamente consignada en el documento en que plasmaron el pacto, que se entregó dicho predio en extensión menor de la debida.

Y en el supuesto de que debiera entenderse que este fundo se prometió vender en consideración a la cabida de 2.650 hectáreas y no como cuerpo cierto, tampoco sería pertinente aseverar, como lo hace el casacionista imputando así error de hecho al Tribunal, que de dicha finca faltaron por entregar 703 hectáreas, puesto que el área que indica el citado plano, tomado como fundamento cardinal por el sentenciador para sacar su conclusión en el punto, es precisamente de 2.650 hectáreas, discriminadas en él así: "Los Alpes", 952 hectáreas, 5.200 metros cuadrados; "Casibare", 995 hectáreas, 9.800 metros cuadrados; y "Brasilia", 701 hectáreas, 5.000 metros cuadrados. No debe perderse de vista, como lo advirtió el Tribunal, que si bien las resoluciones de Incora indican las dos primeras superficies para los dos primeros fundos, es decir, "Los Alpes" y "Casibare", adjudicados en su orden a Angel María Martínez y a María Luz Trujillo, "el globo de terreno" prometido en venta por éstos y por Angel Alberto Martínez Trujillo se debía integrar, según la cláusula segunda del contrato, además de las dos parcelas indicadas, con otra porción, sobre la cual se dijo que éstos "han venido efectuando el ejercicio del derecho de posesión", con lo que indiscutiblemente se referían al inmueble "Brasilia" que, según el plano referido y según también la escritura número 109 de 19 de abril de 1971, de la notaría de San Martín, tiene una extensión de 701 hectáreas 5.000 metros cuadrados.

Como el ad quem vio y apreció el aludido plano en su real contenido, no puede aceptarse el aserto del recurrente consistente en que aquél dio a dicho documento un alcance que no tiene. Y si la censura considera, como parece expresarlo, que el plano no es medio idóneo para demostrar la superficie y las alindaciones de una finca, entonces el pretenso yerro del sentenciador, por referirse a la eficacia legal de la prueba y no a su realidad objetiva, debió denunciarse como error de derecho y no de hecho.

IV. El testigo José Nicasio Esguerra, en declaración jurada rendida en la primera instancia del proceso, afirmó que el día sábado 17 de abril de 1971, encontrándose el deponente en casa de Angel María Martínez, vio llegar a Fernando Botero al granero llamado "Los Tolimas" hecho del cual informó a aquél; que inmediatamente Angel María "sacó los títulos que tenía en la casa y me invitó a mí y a don Manuel Rodríguez para que nos constara que sí los había mirado y los había leído don Fernando, entonces don Angel María le entregó los títulos a don Fernando en la tienda de Los Tolimas, don Angel se los pasó y don Fernando los tuvo en la mano y los miró y le dijo que sí, que están bien y se los devolvió a don Angel María".

Mediante comunicación telegráfica dirigida desde San Martín a Bogotá el 21 de abril de dicho año por los demandados a sus demandantes, que se protocolizó en la escritura número 131-bis otorgada en aquella ciudad el 4 de mayo siguiente, los primeros hacen saber a los segundos que Incora ya les había adjudicado los predios "Casibare" y "Los Alpes"; que las resoluciones respectivas se encontraban registradas; y que "como están legalizados los títulos de dichos predios tal como cónstale a Fernando Botero a quien se los enseñé, ruégoles dar cumplimiento" al contrato de 2 de febrero, puesto que ellos estaban "listos para firmar la escritura correspondiente". Esta comunicación fue recibida por sus destinatarios, según lo confiesa Francisco Botero Jaramillo al absolver la pregunta 5ª del interrogatorio formulado el 12 de septiembre de 1972.

Conforme a certificación expedida el 3 de mayo de 1971 por el notario del circuito de San Martín, protocolizada también por la escritura anteriormente citada junto con los certificados de paz y salvo de los prometientes vendedores y los relativos a los predios "Casibare", "Los Alpes", "Las Brisas" y "Brasilia"; los certificados del catastro referentes a estos mismos fundos; las resoluciones números 14 de 30 de enero de 1959 del Ministerio de Agricultura, 9287 de 16 de diciembre de 1970 y 918 de 8 de marzo de 1971, dictadas éstas por Incora, mediante las cuales se adjudicaron los predios de los tres primeros nombres arriba mencionados, resoluciones que se encuentran inscritas en el registro; el plano levantado por Armando Gaitán y algunos otros documentos, los prometientes vendedores se presentaron a su oficina con los anteriores

documentos, los que "desde el día treinta (30) de abril del año en curso y a partir de las ocho de la mañana fueron consignados en esta notaría"; y que dichos contratantes, primero el 30 de abril y posteriormente el 3 de mayo de 1971, se "presentaron a otorgar la escritura pública a que están obligados de conformidad con lo pactado en el contrato de promesa de compraventa..."

Amparado en estos medios probativos el Tribunal dedujo que los prometientes vendedores se allanaran siempre a cumplir la obligación de entregar a los prometientes compradores "los títulos de propiedad debidamente legalizados de las fincas Los Alpes y Casibare, cinco (5) días antes de la fecha en que se debe firmar la escritura pública". Esta conclusión del sentenciador es atacada por el casacionista quien la califica de ser producto de errores de hecho en que habría incurrido aquél en la apreciación de las referidas pruebas.

La Corte, sin embargo, después de examinar el contenido del testimonio de Esguerra, de la comunicación telegráfica y de la certificación notarial y de cotejarlo con las deducciones que al respecto sacó el fallador, no encuentra que éste les haya hecho decir a tales pruebas lo que ellas no expresan, o que haya ignorado lo que las mismas afirman, ni mucho menos que sea arbitraria la conclusión a que llegó en torno al allanamiento de los demandados a cumplir con esta específica obligación.

V. Por la cláusula segunda del contrato de 2 de febrero, después de determinar los linderos generales que lo encierran y que coinciden con los que describe el plano atrás indicado, expresaron los contratantes que el "globo de terreno" prometido en venta en primer término, lo habían adquirido los prometientes vendedores así: una parte, "o sea el lote denominado 'Los Alpes' por Angel María Martínez", por adjudicación que le hizo Incora según resolución 9287 de 16 de diciembre de 1970; otra parte, "o sea el lote de terreno denominado 'Casibare', por María Luz Trujillo Q. por el ejercicio de la posesión material que sobre él ha ejercido, y por tal hecho ha solicitado su adjudicación, diligencias que se hallan en trámite y listas para recibir la resolución"; y "el resto del terreno que cobija el globo de terreno antes determinado por sus linderos generales, por el ejercicio del derecho de posesión que los prometientes vendedores han venido efectuando". Y mediante el parágrafo de esta misma cláusula se comprometieron los prometientes vendedores a entregar a los prometientes compradores, el día que se suscriba la escritura, "debidamente titulados, estampillados y registrados los lotes denominados 'Los Alpes' y 'Casibare' "; luego, al través del parágrafo de la cláusula séptima, se obligaron también a entregar "los títulos de propiedad debidamente legalizados de las fincas Alpes y Casibare, cinco (5) días antes de la fecha en que se debe firmar la escritura..."

Lo cual significa, en sana lógica, que los demandados sólo se comprometieron a presentar la titulación de dos de las tres porciones que integran el "globo de terreno" de 2.650 hectáreas; es decir, la correspondiente a "Los Alpes" y "Casibare", por así haberlo manifestado expresa y claramente, y porque además sobre la tercera porción, que indudablemente es la llamada "Brasilia" y que entonces estaba siendo poseída por el prometiente Martínez Trujillo, se hizo alusión separada acerca de la forma de adquisición.

De manera que si los demandados ofrecieron primero a los demandantes, y después de la renuencia de éstos a recibirlas consignaron en la notaría el 30 de abril, tal cual lo afirma la sentencia impugnada, las resoluciones números 9287 de 16 de diciembre de 1970 y 918 de 8 de marzo de 1971, mediante las cuales Incora adjudicó los fundos "Los Alpes" y "Casibare" a Angel María Martínez y a María Luz Trujillo, en su orden, resoluciones que para entonces ya se encontraban debidamente inscritas en la competente oficina de registro, se impone concluir, como concluyó el Tribunal por lo que no incurrió en el yerro fáctico que se le imputa, que los prometientes vendedores sí cumplieron el deber contractual que al respecto habían adquirido.

Si bien es verdad que no se presentó título legalizado de la heredad llamada "Brasilia", la que también entraría a integrar el "globo de terreno" que estaría demarcado por los linderos descritos "en el plano

levantado por Armando Gaitán G. el 16 de abril de 1969", no lo es menos que tal no era deber de los prometientes vendedores, puesto que, según clara estipulación contractual, de dicho predio sólo se ofreció en venta el derecho de posesión. Sin embargo, y a pesar de no ser título de propiedad idóneo, los demandados presentaron la escritura número 109 de 19 de abril de 1971, otorgada en la notaría de San Martín e inscrita en la misma fecha en la Oficina de Registro de dicha población, mediante la cual Angel Alberto Martínez Trujillo hizo protocolizar las declaraciones rendidas extraprocesalmente por Leopoldo López y Reinaldo Ramírez, según las cuales aquél es el "poseedor y ocupante de buena fe" del inmueble "Brasilia", situado en la región "La Serranía", jurisdicción del municipio de San Martín, con extensión superficiaria de 701 hectáreas 5.000 metros cuadrados y cuyas alindaciones especiales coinciden con las descritas en el plano topográfico de que se viene haciendo mención.

De otra parte cabe observar que si también se ofreció por los demandados y fue luego consignada en la notaría, según lo expresa la constancia respectiva, la copia de la escritura número 1083 de 11 de agosto de 1967, mediante la cual Angel María Martínez Rojas protocolizó la Resolución número 14 de 30 de enero de 1959, inscrita el 8 de junio siguiente en el registro de Villavicencio, por la cual el Ministerio de Agricultura de Colombia le adjudicó el terreno baldío denominado "Las Brisas", en extensión de 4.411 hectáreas, también ubicado en el municipio de San Martín y del cual se prometió en venta una parte con cabida de 70 hectáreas, no puede aceptarse el aserto del recurrente fundado en que el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por establecida en el proceso la titulación de las dichas 70 hectáreas de la mencionada finca "Las Brisas".

VI. No dijo el Tribunal que los prometientes vendedores no habían adquirido el deber contractual de presentar los certificados sobre la vigencia de los títulos de propiedad referentes a los fundos "Los Alpes" y "Casibare", como lo asevera la censura; lo que en el punto expresa la sentencia, dando por sentado que dicha estipulación sí se pactó, por lo que no es cierto que haya tergiversado los términos de la promesa de compraventa, es que la presentación de esos documentos no se hacía indispensable para otorgar la escritura por tratarse de fundos baldíos que "apenas acababan de ser adjudicados"; y que, además, por haberse expresado contractualmente la forma de su adquisición, los prometientes compradores la conocían.

Y como este argumento del ad quem no es impugnado por el censor, dado el carácter eminentemente dispositivo del recurso es intocable en casación y por ende sigue amparado por la presunción de acierto, capaz por tanto para sostener la conclusión que al respecto dedujo el Tribunal.

VII. El Tribunal, en numerosos pasos de su sentencia, expresa y paladinamente se refiere al fundo "Las Brisas" y al gravamen hipotecario que sobre él existe. Así, al compendiar los antecedentes del litigio, nota que además de "Los Alpes" y "Casibare", también fue objeto de la compraventa prometida "una faja de terreno, parte de otra de mayor extensión denominada Las Brisas"; al extractar el contenido de la sentencia del a quo, dice que según éste "resulta evidente que para el día 3 de mayo de 1971, la finca Las Brisas estaba gravada con hipoteca a la Caja Agraria por la suma de $ 346.500.00, gravamen que afectaba a todo el globo de una extensión superficiaria de 4.411 hectáreas y de este total únicamente fueron prometidas en venta 70 hectáreas"; posteriormente, en la parte considerativa de su providencia, dice que según el contrato de promesa el total de 2.650 hectáreas "debía ser adicionado con parte del fundo Las Brisas para la constitución de la servidumbre de tránsito con el nombre de El Embarcadero"; y que "el complemento lo formaba una parte de otro predio debidamente identificado, gravado con una hipoteca, pero con la autorización expresa del acreedor para seccionar una zona destinada al cumplimiento de la obligación contraída y con ello se cumplía a cabalidad el contrato celebrado".

Todo el contenido del fallo indica, entonces, que el sentenciador de segundo grado no olvidó ni las 70 hectáreas del inmueble "Las Brisas", ni menos el gravamen que sobre éste pesaba; y que al percatarse de estos hechos consiguientemente consideró

la prueba documental que los acredita. Dijo que el gravamen hipotecario sobre una finca de 4.411 hectáreas no era obstáculo para enajenar 70 de éstas, tanto más si el acreedor lo había autorizado, conclusión que, aun en el supuesto de no existir dicha autorización, sería fundada puesto que, según lo establece el artículo 2440 del Código Civil, el dueño de los bienes hipotecados puede siempre enajenarlos, "no obstante cualquier estipulación en contrario".

Y si bien es cierto que el Tribunal en su fallo no hace explícita referencia al título de adquisición del predio "Las Brisas", no por esto puede endilgársele la comisión de un error evidente de hecho, puesto que protocolizada por la tantas veces citada escritura número 131-bis de la notaría de San Martín se trajo oportunamente al proceso, y por tanto se presume su conocimiento por el sentenciador, la copia debidamente registrada de la resolución número 14 de 30 de enero de 1959, mediante la cual el Ministerio de Agricultura adjudicó dicho inmueble a Angel María Martínez.

No se trata, pues, de que el sentenciador hubiera dejado de ver en su integridad los medios probatorios cuyo olvido le imputa la censura, ni de que hubiese supuesto alguno; sino de que los medios aportados, tal como obran en el proceso, no le demostraban el incumplimiento contractual que la demanda le atribuye a los demandados, que es cosa bien distinta.

VIII. No encuentra, pues, la Corte los errores de hecho que el recurrente le imputa al Tribunal en la apreciación de los medios de prueba producidos en el proceso; y, en esa virtud no hay base para estudiar si las normas de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringidas por consecuencia de los yerros de facto alegados, fueron violadas o no por el sentenciador al no aplicarlas.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

VII

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha tres (3) de julio de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio 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.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados doctores Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda y Ernesto Escallón Vargas.

Las siguientes razones, expuestas con brevedad, explican por qué no acogimos las importantes argumentaciones que sirvieron para fundar el fallo del que disentimos:

1ª Encontramos que está probado el error de hecho manifiesto que denuncia el censor, relativamente a que el Tribunal, basado únicamente en la declaración de José Nicasio Esguerra, en el telegrama que enviaron los Martínez a los Botero y en certificado del notario, dio por demostrado que los demandados habían satisfecho la obligación asumida de entregar a los demandantes, por lo menos con cinco días de anticipación a la fecha acordada para otorgar la escritura de compraventa, los títulos de propiedad de los inmuebles enajenados, con el fin de que éstos pudieran disponer el estudio de títulos.

Si los prometientes compradores exigieron que, para ajustar con sus solemnidades el contrato de compraventa, previamente debían poner a su disposición los títulos de los inmuebles prometidos en venta, con el expreso fin antes dicho, tal cláusula entrañaba, por una parte, que, en tanto la titulación no fuera satisfactoria legalmente, ellos no estarían obligados a cumplir las contraprestaciones prometidas, pues nadie puede ser constreñido, en tales circunstancias, a adquirir un inmueble cuya titulación sea defectuosa. De otra parte, aunque pocos días antes se hubieran expedido las resoluciones de adjudicación de dos de los terrenos prometidos en venta, lo reciente de esos títulos no autorizaba a los demandados, como erradamente lo entendió el Tribunal, para eximirse de entregar los certificados llamados de libertad. Si los prometientes compradores estipularon expresamente que, con el fin de hacer el respectivo estudio de títulos, se les debían entregar con antelación todos los requeridos para efectuarlo debidamente, es claro que tal cláusula imponía a los prometientes vendedores entregar los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados atinentes a cada uno de los predios que debían enajenar titulados. Tal exigencia no fue satisfecha por éstos.

Dio el Tribunal pues, por demostrado que los demandados habían cumplido la obligación de entregar los títulos requeridos para hacer el estudio legal de ellos, siendo que se abstuvieron de aportar los certificados del registrador sobre la suficiencia de ellos y sobre libertad de los inmuebles. Por ello sostenemos que el ad quem cometió ese primer yerro evidente.

2ª Entre los inmuebles materia de la promesa de venta se contaba uno que consistía en un lote de tierra con cabida de setenta hectáreas, desprendido de la hacienda Las Brisas, terreno que habría de servir para embarcadero. El Tribunal pasó por alto que sobre este inmueble, al momento en que debía otorgarse la escritura de la compraventa prometida, y sin que de ello se hubiera dado aviso a los demandantes, pesaba un gravamen hipotecario por valor de $ 346.500.00 en favor de la Caja Agraria, por lo cual no podía haberse satisfecho la obligación de transferirlo libre, cual lo habían prometido quienes se obligaron a enajenarlo. Por tanto, también está probado este segundo error manifiesto y trascendente en que incurrió el Tribunal.

Brota de lo expuesto que, estando demostrado plenamente que los prometientes vendedores dejaron de satisfacer al menos dos de sus principales obligaciones y que, por el contrario, los prometientes compradores se habían allanado a cumplir las suyas, el ataque formulado por los recurrentes debía haber salido victorioso y consecuencialmente procedía aniquilar la sentencia impugnada.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas.

OBJECIONES A LA PARTICION

(División material de comunidad con objeto múltiple). Comunidad: derecho de los comuneros.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de abril de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Inés Mariño de Cabrera frente a Ana Francisca Mariño Herrera y otros.

Antecedentes

Inés Mariño de Cabrera demandó a Ana Francisca Mariño Herrera, Guillermo, Gregorio, Juan José, Santiago, Alvaro y Eduardo Mariño Herrera, para obtener la partición material de la finca rural La Soledad, situada en jurisdicción del municipio de Gachetá, departamento de Cundinamarca: los ganados vacuno y caballar, y la maquinaria, herramienta y demás equipo del mencionado predio.

Los hechos se resumen así:

a) La comunidad de demandante y demandados se origina de las adjudicaciones que en común y proindiviso se hicieron a todos ellos en los sucesorios de Juan José Mariño y María Francisca Herrera de Mariño, en la proporción indicada en las respectivas particiones, que fueron registradas en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ubaté, el 2 de noviembre de 1934 y el 17 de diciembre de 1962, respectivamente;

b) El inmueble La Soledad, que incluye sus tierras, construcciones, cercas, aguas, servidumbres, semovientes, maquinaria y herramientas se halla integrado por varios lotes, identificados por los linderos especificados en la demanda;

c) La demandante no desea ni está obligada a continuar en indivisión.

La demanda fue repartida el 12 de mayo de 1967 al Juzgado 16 del Circuito de Bogotá, quien la admitió el 16 de mayo del mismo año. Descorrido el traslado, los demandados admitieron ser ciertos los hechos de la causa petendi y manifestaron su aceptación y conformidad con la partición material solicitada, agregando que es su propósito "continuar explotando la finca conjuntamente, mediante la asociación de los restantes comuneros" constancia que tiene por objeto, "producir los efectos consiguientes en la futura partición material", y en memorial que obra al folio 81 del cuaderno número 1, solicitaron que se hicieran dos hijuelas una a la demandante y otra conjuntamente para los demandados "para preservar la unidad económica de la empresa . . . evitando en lo posible su desmembración".

El litigio

El juzgado del conocimiento en providencia de 27 de septiembre de 1967 decretó la división de los bienes relacionados en el libelo.

Los peritos, en dictamen que no fue objetado, avaluaron los terrenos de la hacienda La Soledad, así:

Terrenos	Area fanegada	Precio fanegada	Precio total
Lote "La Soledad"	100,5920	$ 12.000.00	$ 1.207.104.00
Lote "Liverpool"	15,2140	12.000.00	182.568.00
Lote "La Manga"	3,8340	12.000.00	46.008.00
Lote "La Mariposa"	7,9800	12.000.00	95.760.00
Lote "El Triángulo"	22,2980	10.800.00	240.818.40
Lote "El Aliso"	13,4640	10.200.00	137.339.80
Lote "El Sembradero"	8,6220	12.000.00	103.440.00
Potreros de La Casa y Estancia	28,8270		31.709.70
Casa de habitación		100.000.00	100.000.00
Area total	200,8290		$ 2.144.746.90

Demandante y demandados designaron de común acuerdo partidor y éste, con base en el avalúo de los bienes a dividir, presentó su trabajo, adjudicando a Inés Mariño de Cabrera en tierras, parte del globo de terreno "La Soledad".

Tanto demandante como demandados propusieron objeciones a la partición. Las de éstos que son los recurrentes, fueron del siguiente tenor:

1º "Se violó lo dispuesto por el artículo 1394 del Código Civil, que en su inciso 8º dispone que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio..." En efecto, estando compuesta la comunidad por varios globos de terreno debidamente alindados e independientes, como se explicó anteriormente y con valores iguales, por unidad de medida algunos de ellos, como consta en dictamen pericial base de la partición, es inequitativo y contrario a lo dispuesto por la ley, dividir uno de los globos de terreno, para adjudicarle una porción del mismo a la demandante en pago de sus derechos, en lugar de tomar la tierra de precio igual, en uno o varios de los otros globos de terreno cuya alinderación y cercas ya existen, para adjudicarles unidades completas sin causarles perjuicio al resto de los comuneros que están defendiendo la unidad de la empresa agrícola y sin recargarlos con costos adicionales, tales como el levantamiento y construcción de cercas, etc. Por otra parte se está contrariando el mismo inciso que impone la obligación de observar la equivalencia en la formación de los lotes, pues se le adjudica a la demandante tierra de primera calidad, cuando de acuerdo con el avalúo pericial hay un 14.35% de tierra calificada de inservible, por ser montañosa; y un 17.80% más de tierra de inferior calidad a la adjudicada en pago del derecho de la demandante, o sea que existe un 32.15% de tierra inferior que se le asigna en su totalidad al resto de los comuneros y a la demandante se le asigna no sólo la mejor tierra, sino que para ello se desmembra un terreno o potrero importante de la finca perjudicando su eficaz explotación económica. La afirmación anterior no es pues caprichosa, si se observa el plano de distribución de los vallados que atraviesan el lote de "La Soledad", se notará claramente que en el proyecto de desmembración presentado, queda una porción de terreno en forma de triángulo en el potrero denominado "Quirinal", que no podrá aprovecharse técnicamente para su explotación adecuada. Por otra parte, los establos que están colocados en sitio más o menos equidistante de los extremos del lote "La Soledad", quedarían por razón del proyecto de desmembración, colocados en el extremo norte del resto de ese mismo lote, con evidente perjuicio para la racional explotación de ese predio".

2º "El partidor ignoró los planteamientos presentados desde el comienzo del juicio divisorio, los cuales tiene que respetar y acatar y que consisten en la manifestación uniforme de seis de los siete comuneros que consideran, inconveniente la división material de la finca, por perjudicar su mejor explotación económica, y por ello manifes-

taron su deseo de continuar en la comunidad sin oponerse desde luego al deseo de la demandante que exigió la división y entrega de su porción. Al hallarse planteados estos puntos que no son materia de divergencias en el juicio sino posiciones o criterios que naturalmente tienen que respetarse, el partidor no puede entrar a estudiar solamente la mejor conveniencia para los intereses de la demandante que está proponiendo la división, sino que tiene que considerar y defender los intereses de la empresa agrícola que quieren preservar los demás comuneros, y por cuya razón han manifestado al señor juez que desean continuar indivisos. Con la partición propuesta, y que es materia de nuestra objeción se está atentando contra los intereses de la empresa agrícola, desmembrándole una porción importante del terreno en el globo de terreno que presenta una mayor unidad de explotación habiendo podido adjudicarle a la demandante la misma cantidad de tierra de igual calidad en otro sector de la finca que produzca menores perjuicios para el objetivo tantas veces propuesto dentro de este juicio".

3º "El partidor está obligado a observar y cumplir las instrucciones impartidas por los interesados, en cuanto ellas no contraríen la equivalencia y la equidad de los respectivos derechos. En el expediente a folio 81 obra un memorial suscrito por nosotros en el que al exponerle nuestros deseos de preservar la unidad económica de la empresa agrícola, textualmente se le dice: 'que lo que determina forzosamente que ese criterio de unidad se manifiesta y se traduzca en adjudicación de globos de terreno, evitando en lo posible su desmembración'. El partidor ha hecho caso omiso de estas instrucciones que no están violando su libertad de apreciación, pero que sí son una pauta ineludible si se trata de cumplir con la equivalencia, semejanza y equidad que busca la ley en estos procesos, pues, la posición asumida por cada una de las partes no ha sido materia de objeción ni de controversia y por lo tanto, son presupuestos que no puede el partidor ignorar al realizar el trabajo".

4º "Existe contradicción manifiesta entre el criterio expuesto por el partidor y el proyecto de división presentado por el mismo. Resulta que el criterio formado por el partidor para elaborar el proyecto a él encomendado, era el de que asignar a la demandante una porción en el predio 'La Soledad', era inconveniente y antitécnico, pues se rompía la unidad de ese globo de terreno y se atentaba contra el principio de equidad, ya que se asignaba a un solo comunero tierra toda de primera calidad, sin adjudicarle una proporción en terrenos de inferior calidad... lo que hace pensar que el partidor obró contra su propio criterio, desconoció el principio de equidad que impone la ley y se parcializó abiertamente, adjudicándole a la demandante su derecho en el lugar que él mismo había proyectado descartar, por considerarlo inconveniente e inequitativo..."

5º El trabajo de partición es incompleto porque el partidor se abstuvo de adjudicar el ganado y trasladó esa obligación a los peritos avaluadores.

6º El partidor no investigó todas las obligaciones a cargo de la comunidad para elaborar la correspondiente hijuela de deudas, a tenor de lo dispuesto por los artículos 1343 y 1393 del Código Civil.

7º "El criterio de unidad en la adjudicación, no es aplicable en este caso. La explicación muy clara de esta tesis, la está dando la situación propia de la comunidad que se quiere partir, pues como se puede apreciar en reproducción fotográfica de la misma, está compuesta por una serie de globos de tierra totalmente separados entre sí e independientes. Esta característica defectuosa de la hacienda, tiene qué recaer proporcionalmente sobre todos los comuneros, y la demandante, por el hecho de querer separarse de la misma, no puede sustraerse a esa situación. Cualquier cosa que se haga en tal sentido representaría un tratamiento preferencial para mejorarla, con perjuicio real y evidente para el resto de los comuneros. Por las anteriores consideraciones, tenemos que manifestarle al señor juez que no aceptamos de ninguna manera la adjudicación en un globo de tierra continua, en favor de la demandante, desmembrándola de la porción que reúne las mejores condiciones para una explotación racional y técnica, perjudicando dicha unidad; que en toda su extensión es de primera calidad; dejándole al resto todas las zo-

nas de tierra de inferior clase, inclusive las calificadas como inservibles o inexplotables, y descargando sobre el resto de los propietarios el problema de la falta de unidad de los bienes que constituyen la comunidad. Claramente expusimos oportunamente al partidor, por intermedio de ese juzgado, que se adjudicara globos completos de tierra, para no desvertebrar más lo que ya está desvertebrado y esta observación no puede ignorarla el partidor con perjuicio de los demás comuneros. Si los globos de tierra que se asignan a la demandante, no alcanzan a cubrir su derecho, hay un factor clásico dentro de la comunidad que sirve para complementarlo, cual es el ganado, que se puede adjudicar en la cantidad necesaria para completar el monto de su cuota".

8º El partidor incluyó en la partición los muebles de la casa, los cuales no eran materia del divisorio.

9º El partidor estableció una servidumbre de tránsito innecesaria a cargo del predio "La Soledad".

El a quo en providencia de 8 de agosto de 1969 al declarar probadas las objeciones 1ª, 5ª, 7ª y 9ª, dispuso:

"1º En la porción de terreno denominada 'La Soledad', el partidor formará dos lotes así: Uno de una extensión superficiaria de veinticuatro fanegadas (24 Fgds.) con 912,10 varas cuadradas, para cubrir en parte la cuota de la demandante, y otro, el resto de esa porción 'La Soledad' que en común y proindiviso se adjudicará a los demandados.

"2º Para completar la hijuela de la parte actora, el partidor le adjudicará el lote de terreno denominado 'La Manga', con una extensión de tres fanegadas, 4.537.60 varas cuadradas, y el resto, en ganados y maquinaria.

"3º De igual manera para completar la hijuela de los demandados se les adjudicarán los inmuebles restantes de la comunidad, y los ganados y maquinaria que quedaren, deducida la parte que debe adjudicarse a la demandante según lo antes dicho...

"5º En la distribución de los ganados y maquinaria, el partidor debe obrar personalmente, sin que se produzcan delegaciones, ya que ese trabajo es de su incumbencia.

"6º El partidor debe abstenerse de incluir en la distribución, los muebles y enseres de la casa de habitación...

"8º El partidor debe establecer solas las servidumbres necesarias. (Art. 1394 C. C.)...

"13. El partidor debe también, establecer en su nuevo trabajo los gastos comunes a la división y que causados ya en el juicio no se hayan cubierto, así como detallar los posteriores a ese trabajo de partición como son: Honorarios del partidor, del topógrafo, agrimensor o ayudante, los de cerramientos, amojonamiento, construcción de servidumbres, caminos, sendas, acueductos, acequias, canales, conducción de aguas, etc., registro de partición protocolización del expediente, etc.".

Apelada la providencia por ambas partes, y habiendo solicitado los demandados su confirmación en relación con la prosperidad de las objeciones 1ª, 5ª, 7ª y 9ª, el Tribunal en providencia del 26 de mayo de 1970, confirmó la del juez, y dispuso excluir de la partición los muebles y enseres de la casa.

Rehecha la partición, el juzgado en sentencia de 12 de diciembre de 1970, la aprobó. Apelada ésta también, por las partes contendientes, el Tribunal, al resolver el recurso en providencia de 8 de mayo de 1971, expresó: "Primero. Reformar la sentencia apelada para que el partidor rehaga la partición y adjudique a todos los herederos la hijuela de deudas y gastos y para que los bienes en ella comprendidos sean licitados y con el producto se paguen esos gastos. Segundo. Confirmar en todas sus demás partes el fallo materia de la revisión".

Acatando lo allí dispuesto presentóse la hijuela de deudas y gastos, y el a quo en sentencia de 30 de octubre de 1971, aprobó la partición "especialmente en lo relacionado con dicha hijuela". Los demandados, recurrieron de esta providencia citada y el ad quem en sentencia de 27 de abril de 1972, después de expresar en su parte motiva que aun cuando en su providencia de 8 de mayo de 1971 "se le dio la forma de sentencia, como se ordenó rehacer nuevamente el trabajo sobre el aspecto ya mencionado (hijuela de gastos y deudas) sola-

mente tiene carácter de auto, pues no aprobó la partición. Sin embargo, como esta irregularidad en que incurrió el suscrito ponente no conlleva nulidad de ninguna naturaleza ni produce efecto procesal alguno, solamente constituye una equivocación que en nada incide en el proceso", confirmó el fallo apelado o sea el pronunciado por el juzgado con fecha 30 de octubre de 1971.

El proceso fue devuelto al juzgado de origen. Este, después de dictar el auto de obedézcase y cúmplase, lo modificó, con fundamento en certificación expedida por la Secretaría del Tribunal, según la cual los demandados habían interpuesto en tiempo el recurso de casación contra la sentencia de 27 de abril de 1972, y devolvió el proceso al Tribunal, quien concedió el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia últimamente citada.

Al interponer el recurso de casación. los recurrentes expresaron que "el recurso tiene relación también con el fallo pronunciado con anterioridad por el mismo Tribunal y que forma un todo con la sentencia impugnada".

Las providencias impugnadas

A. La de 8 de mayo de 1971

Sobre la base de que por motivos de equidad a la "demandante no podrá excluirse de la adjudicación en el globo 'La Soledad', dado que él constituye la mayor parte de la hacienda, según se ha demostrado dentro del juicio, conformado el 50% del total del terreno y ser homogéneamente de primera calidad", dice el Tribunal, que la finalidad de la partición y del juicio divisorio es poner fin a la comunidad y concretar los derechos de cada uno de los comuneros sobre el bien o bienes sociales y no prolongarla, transformarla, hacerla desaparecer, para crear otras, de tal manera que tal criterio fundamental será el que ha de guiar al partidor.

"En este caso, continúa, en donde se han clasificado las tierras en cuatro calidades y en donde se ha sentado como premisa el que el globo 'La Soledad', no obstante tener un avalúo igual al de Liverpool, La Manga, La Mariposa y Sembradero, constituye la mejor porción de la hacienda y donde existen además otros lotes como El Triángulo, El Aliso, y los potreros de La Casa y La Estancia, hubiera que adjudicar a cada uno de los comuneros la parte que les corresponde en todas y cada una de esas porciones, tendríamos que llegar a la conclusión para guardar en una forma absoluta esa semejanza, ya estudiada en el auto del Tribunal, que habría de darle a la demandante, por ejemplo, un 16,7434% en cada una de esas porciones y a los demandados también el 83,256%, con lo cual se volvería al mismo estado de indivisión que se ha pretendido terminar".

Es por eso, expresa el ad quem, citando doctrina de la Corte, por lo que las reglas 3ª, 4ª, 7ª y 8ª, del artículo 1394 del Código Civil, no son absolutas e intangibles, pues si así se entendiera sería muy raro el caso en que pudiera operar.

Los demandados, dice, "en esencia y por lo que respecta a la distribución y adjudicación de tierras... atacan el nuevo trabajo de partición, porque a la actora no se le adjudicó tierra del potrero 'La Casa y La Estancia' el cual tiene una extensión aproximada de 37 fanegadas. Sin embargo, cabe observar a este respecto que si bien hubo tal cosa, también es evidente que en las tierras de segunda calidad, o sea en las avaluadas a $ 10.800.00, que constituyen aproximadamente el 11,23% de la hacienda y conformadas por el lote 'El Triángulo' no se hizo adjudicación alguna a la demandante, porque al completarle su hijuela con el lote 'El Aliso' quedaba asegurada la proporción y semejanza buscadas por la ley, ya que allí se excluía a los demandados, a quienes de acuerdo con la proporción matemática, debía corresponderles aproximadamente once fanegadas".

Tuvo en cuenta el partidor, agrega, si se observa el plano de la hacienda, que el lote El Aliso, constituye una porción continua y que al adjudicársele a una sola parte, atendía a la regla 3ª del artículo 1394, por lo que no hubo la desproporción que predican los demandados.

Por último, añade el Tribunal, al adjudicar la casa de la hacienda a los demandados, se atiende su voluntad de que se mantenga la unidad en lo posible; su deseo de continuar la explotación de la ganadería que allí tienen; ajustándose pues el trabajo de partición a lo dispuesto al re-

solver las objeciones, "la sentencia, por este aspecto habrá de ser confirmada".

Y respecto a la hijuela de deudas y gastos dice que el valor de las cercas de alambre y lo correspondiente a la localización y postura de mojones para el cerramiento del potrero 'La Soledad' constituye uno de los gastos que demanda la división, porque la fijación de los mojones y las cercas es lo que permite delimitar los globos que se adjudican a las dos partes, concretando así la división, gastos que de acuerdo con el artículo 1142 del Código Judicial, son comunes.

B. La de 27 de abril de 1972

La inconformidad de los demandados, dice el Tribunal, radica en que el partidor dispuso que los comuneros deberían vender los bienes en pública subasta cuando ha debido pedir al juez que la autorizara. "Es lógico entender, agrega, que el partidor no quiso expresar que los mismos comuneros fueran a vender en pública subasta los ganados incluidos en la hijuela de deudas y gastos, sino que ella se realizara por conducto del juzgado, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 613 del Código de Procedimiento Civil ... porque no se trata de la licitación de especies previstas por el artículo 610 en su ordinal 2º ni de remate para facilitar la partición, sino de subasta de la hijuela de deudas y gastos ... la solicitud puede formularla cualquiera de los adjudicatarios dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que apruebe la partición, según lo estatuye perentoriamente el ya citado artículo... Teniendo pues los medios que se echan de menos en el escrito sustentatorio para realizar esa venta, queda sin base el reparo formulado a la partición y por ello se llega a la conclusión de que ella debe ser confirmada".

Tres cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, los cuales se proceden a estudiar en su respectivo orden.

La censura

Cargo por la causal segunda

Después de hacer un recuento de las incidencias procesales, de las objeciones a la partición, dice el censor, que por sentencia de segunda instancia de 27 de abril de 1972, recurrida ahora en casación, se aprobó la partición respecto a la hijuela de deudas y gastos, pero que en cuanto a las demás adjudicaciones hechas en la partición, es decir, en cuanto a lo principal de ella, la aprobación radicaría en la sentencia de 8 de mayo de 1971 proferida por el Tribunal en la cual se confirmó la decisión aprobatoria del ad quem relativa a la totalidad del acta partitiva con la reforma de que la partición debía ser rehecha por aspectos relacionados con la hijuela de deudas y gastos. Es decir, que la aprobación de la partición considerada en su totalidad, habría quedado contenida en dos actos jurisdiccionales y separados: la sentencia de 8 de mayo de 1971 y la sentencia de 27 de abril, ambas del Tribunal.

Luego expresa: "Mas la verdad es que de los dos actos aprobatorios a que acaba de hacerse referencia, sólo el segundo puede corresponder al concepto legal y conceptual de la sentencia, no así el primero. No éste, porque desde el momento en que esa providencia de 8 de mayo de 1971 ordenó rehacer la partición, no podía ser una sentencia, habida consideración a la técnica propia del incidente de objeciones a una partición. Como es sabido, dentro del Código Judicial anterior (Ley 105 de 1931), bajo el cual se dictó la providencia de 8 de mayo aludida, y dado el silencio del mismo al respecto, la jurisprudencia y la doctrina, siempre entendieron que en ningún caso podía ser sentencia la providencia que improbara u ordenara rehacer en cualquier sentido la partición, pues ella dejaba subsiguiente el proceso al no decidir definitivamente sobre la relación de derecho material objeto del mismo (Art. 456 del C. J.); por lo cual, aunque se le imprimiera la forma externa propia de las sentencias, en realidad sólo podían ser tenidas y apreciadas como un auto interlocutorio ... Es innegable, pues, de acuerdo con lo dicho bajo el punto anterior, y conforme a lo afirmado bajo el punto 7, que la providencia del Tribunal de 8 de mayo de 1971, que dejó en firme la partición elaborada por el partidor, salvo en cuanto a la hijuela de deudas y gastos, y no obstante la forma de sentencia que se le dio y la fuerza que de

tal se le reconoció bajo el punto primero de la sentencia del juzgado a quo de fecha 30 de octubre de 1971, no es en modo alguno tal sentencia, y apenas tiene la condición o calidad de auto interlocutorio. Corroborando las razones doctrinarias atrás mencionadas parece obvio que la voluntad y los poderes decisorios de un juez no pueden expresarse y hacerse efectivos sino con observancia estricta de las formas que la ley tenga prescritas al efecto, y en ningún caso bajo las que él quiere utilizar con esos fines.

"La consecuencia final a que conduce todo lo expuesto no puede ser más clara: nos encontramos frente al caso, verdaderamente anómalo de que la partición practicada en este proceso sólo ha sido aprobada en cuanto a una porción de ella, y no la más importante por cierto, habiendo quedado el resto de la misma, por lo tanto, pendiente de aprobación, vale decir, de adquirir fuerza jurídica que la haga eficaz no sólo entre los copartícipes, sino frente a terceros y al medio jurídico en general.

"De esta suerte viene a resultar en últimas que la sentencia ahora recurrida en casación, que pretende haberle puesto término a las instancias del juicio, es notoriamente incompleta. Por ende, el ser incompleta la convierte en incongruente por omisión: Incongruente con las peticiones iniciales de los interesados, que fueron desde un principio las de ponerle fin al estado de indivisión e incongruente con las pretensiones más concretas hechas valer por ellos con ocasión del incidente de objeciones a la partición, porque aquéllas no se plantearon simplemente con la finalidad de que fueran aceptádas, sino además con la de que tras aceptarlas, se pasara a darle aprobación en debida forma a la nueva partición que las tuviera en cuenta.

"En el presente caso, pues, hay un fallo omiso o diminuto, porque la sentencia recurrida debió haberse pronunciado sobre la aprobación de la partición en su integridad, y no solamente como lo hizo, sobre una parte de ella, guiado en esto el Tribunal por el equívoco entendimiento de que la presente sentencia suya de 8 de mayo de 1971, que apenas era un auto interlocutorio, según se ha demostrado, contenía aprobación bastante el resto".

"La incongruencia es manifiesta, y por lo mismo el fallo acusado debe ser anulado en vía de casación, para efectos de que el proceso regrese a las etapas de instancia y quede colocado en condiciones de ser rectificados los yerros cometidos".

Mas antes de continuar con los demás cargos dice el censor: "Al formular en este capítulo cargos por la causal primera, es bajo el supuesto de que la Corte llegue a desechar el cargo por la causal segunda, por no encontrar fundado el error in procedendo en que se hace consistir. Lo cual, en caso de ocurrir, implicará necesariamente: o bien que la sentencia de 27 de abril de 1972 lleva en su seno la aprobación íntegra de la partición, o bien que la sentencia de 8 de mayo de 1971 proferida por el Tribunal sí es tal sentencia, y que unida a la que fue objeto del recurso, completa la aprobación integral de la partición. Para este último evento, habrá de entenderse que se trata de un caso de sentencias complementarias, similar al que contemplan el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil; y que por serle similar, le son aplicables por analogía, con apoyo en los artículos 4º y 5º, del mismo Código, los artículos 331 y 369 ibídem. Según estos dos últimos preceptos, la sentencia adicionada o complementada, que en este caso sería la de 8 de mayo de 1971, no habría quedado ejecutoriada, al menos para efectos de recurrir en casación contra ella, sino con la ejecutoria de la adicional o completamente, de modo que conforme al último precepto, o sea el artículo 369, la interposición del recurso de casación contra dicha sentencia adicional o completamente abarca o comprende la adicionada o complementada".

Se considera

"El proceso civil contiene una relación jurídica que la doctrina ha denominado relación jurídico-procesal, la que, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez, mientras subsista. Constituida dicha relación, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según

los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez.

"Del anterior postulado emerge como consecuencia natural y obvia el principio de la congruencia del fallo, positivamente consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el cual preceptúa que 'la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley'.

"Como esta norma procesal establece un determinado comportamiento del juez al proveer, la inobservancia de ella por parte de éste implica un vicio de actividad que se traduce en el pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión, en todo o en parte acerca de las pretensiones o de las excepciones (mínima petita).

"Este yerro in procedendo puede reparase generalmente a través del recurso ordinario de apelación y, excepcionalmente mediante el extraordinario de casación, desde luego que en nuestro sistema procesal impera también 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 supuesto no se persigue reformar una resolución dictada en la sentencia sino proveer pretensiones oportunamente formuladas y no decididas en ella, el fallo incongruente por el aspecto dicho puede hoy ser adicionado por el mismo juez que lo profirió (Art. 311 C. de P. Civil).

"Para reparar a través del recurso extraordinario de casación el agravio que tal vicio de actividad infiere a las partes, el legislador tiene establecida como causal que goza de autonomía y a la que la ley ha investido de individualidad propia, el motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado (artículo 368-2 ibídem).

"Pero como son las peticiones de los litigantes las que delimitan la materia del debate judicial, la incongruencia, como causal de casación, tiene que buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos ostensible desacoplamiento de aquélla frente a ésta, ora sea porque el fallo resuelve sobre lo que no fue impetrado; ora porque otorgue más de lo pedido, o ya porque al decidir omite en todo o en parte, acerca de las pretensiones de la demanda o de las excepciones del reo". (Sentencia 8 de febrero de 1974, aún no publicada).

En el caso de este proceso, como se infiere al parangonar las pretensiones aducidas por los objetantes con las decisiones contenidas en la parte dispositiva de la providencia de segundo grado, es palmar la conformidad entre las unas y las otras, por lo cual no se incurrió en la incongruencia por omisión que le imputa la censura. En efecto: la sentencia es congruente con las objeciones, pues como lo dice el mismo recurrente, ella aprobó en su integridad la partición, y "especialmente en lo referente a la hijuela de deudas y gastos". De modo que, se repite, el Tribunal en su resolución de 27 de abril de 1972 aprobó en su integridad la totalidad de la partición.

Entendido así el conflicto procesal que ha surgido, es claro que el cargo en estudio resulta impróspero porque no hay fallo diminuto e incongruente. En tal entendimiento procede la Corte a estudiar los restantes cargos.

Cargos por la causal primera

Antes de formularlos el censor hace algunas consideraciones que se resumen así:

a) Derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Dentro de los de esta clase, el más completo es el de dominio, definido por el artículo 669 del Código Civil. La identificación e individualización del derecho de propiedad, diferenciándolo de cualquier otro, es en modo tan notable que se puede decir que de las cosas que están en el dominio privado, cada una es objeto de un derecho de propiedad distinto del que recaiga sobre

las demás, pues cada cosa singular constituye el centro de gravedad de un derecho de propiedad, a tal punto que la diferenciación continúa siendo la misma, no obstante que el titular de los derechos sobre las distintas cosas, sea una sola persona;

b) Por virtud de ser la cosa misma la que determina la diferenciación objetiva entre los derechos, la situación no varía en el evento jurídico de la copropiedad, o sea, cuando existiendo unidad de objeto, hay pluralidad de sujetos titulares de ese derecho. En esta hipótesis el derecho unitario de dominio de que es susceptible el objeto, está distribuido por cuotas partes entre varios sujetos, de modo que la separación entre ese derecho de dominio y la cosa común, y cualquier derecho de dominio de los mismos sujetos sobre otras cosas, subsiste inalterable;

c) Entonces, en el supuesto anterior, que es el que interesa en este caso, si cada bien es susceptible de un mismo y único objeto de dominio que radica en cabeza de varios sujetos, es claro que si éstos son copropietarios de varios bienes, por ejemplo de una serie de lotes de terreno individualizados, existen en tal evento tantas comunidades como lotes. Por lo mismo, dentro del ejemplo propuesto, en ningún caso puede decirse que la comunidad es una sola y única y paralelamente que se trata de un solo y único derecho de dominio distribuido por cuotas entre los comuneros;

d) En consecuencia, en el mismo ejemplo, cada lote debe ser objeto de una partición separada sin que sea posible, salvo convenio expreso en contrario, realizar la partición haciendo del conjunto de bienes una unidad, en forma que la cuota del comunero en cada bien, se concrete adjudicándole uno de los varios, y nada en los demás, porque la copropiedad sobre cada bien significa que los derechos de cuota de los distintos condueños recaen sobre cada molécula, sobre cada átomo del bien común, y el destino natural de la cuota de cada comunero es el de sufrir una modificación cualitativa en el sentido de que por la partición se convierte en propiedad exclusiva de cada bien, representativa del valor de la cuota, al tenor de la recta interpretación de los artículos 765, inciso tercero, 779, 1374, 1391, 1394, 1401, 2322, 2335, 2334, 2338 del Código Civil (Art. 1134 de la Ley 105 de 1931) y artículo 467 del Código de Procedimiento Civil;

e) La aplicación de lo expuesto a propósito de la pluralidad de comunidades singulares, conduce en el campo del derecho procesal a la conclusión de que si uno de los copropietarios pide la división de las distintas comunidades, se dé el caso de que en una misma demanda se están haciendo valer tantas pretensiones divisorias como comunidades, por lo que cada pretensión divisoria debe tratarse con independencia de las demás, vale decir, que la partición habrá de llevarse a cabo respecto de cada cosa común;

f) La combinación en la partición de una de las cosas comunes con las de otras, como si se tratara de una sola comunidad que tuviese como objeto distintos bienes, pero considerados a su turno como una sola y única cosa, es posible mediante la voluntad de todas las copartícipes, tratándose entonces no de simple fenómeno de partición, sino además de un acto de permuta en el cual cada comunero estará adquiriendo el excedente de lo que como tal le correspondía en el bien adjudicado, a cambio de cederles sus cuotas en los otros bienes comunes adjudicados a los demás copartícipes, en forma que cada adjudicatario estaría adquiriendo por un doble título: el de partición, la parte que a cada comunero le correspondería por derecho propio en el bien adjudicado, y a título de permuta el excedente.

Paralelamente habría título declarativo respecto al bien adjudicado a cada copartícipe que de todos modos le habría correspondido por partición, y título traslaticio respecto del excedente adquirido por permuta.

g) En este litigio, un comunero demandó a los otros para que se decretara la partición de la finca denominada "La Soledad" y de los ganados, maquinaria, herramientas y equipo de la misma. Pero no se trata de un predio único sino que con ese nombre se denomina un grupo de lotes entre los cuales no media siquiera continuidad y que tienen sus propios linderos y denominaciones y constituyen cuerpos ciertos e independientes. Respecto a los inmuebles, el partidor realizó un primer trabajo, adju-

dicándole a la actora un lote único, segregado de otro distinguido también con el nombre de "La Soledad" y a los restantes comuneros, que habían manifestado su propósito de continuar en comunidad, el resto del mismo predio y todos los demás predios comunes. Dicha partición fue objetada por los demandados, y ese veto frustraba cualquier propósito de cubrirle a los comuneros sus cuotas en los distintos bienes comunes, haciéndoles adjudicaciones en sólo alguno o algunos de ellos, como si no fueran comuneros en los restantes. (Art. 1391 del C. C.);

h) En auto de 26 de mayo de 1970, por el cual se resolvieron las objeciones propuestas contra la partición, el Tribunal, con apoyo en las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del Código Civil, ordenó rehacer la partición para que se diera cumplimiento a las reglas dichas, colocando casi la situación litigiosa en el ámbito jurídico que le correspondería, esto es, en el de que siendo varias las comunidades cada una debía liquidarse y partirse separadamente de los demás, al expresar que a la demandante debía adjudicársele parte en la mejor tierra, otra parte en otro u otros globos de la finca y parte en ganado y maquinaria, pues los comuneros debían recibir en proporción a sus derechos una adjudicación cada uno de distintos bienes de la comunidad;

i) Al rehacer el trabajo de partición se cubrió el derecho de la demandante adjudicándole una porción del inmueble "La Soledad" y la totalidad del inmueble "El Aliso". Los derechos de los demandados se cubrieron en el resto del inmueble "La Soledad" y adjudicándoles los demás inmuebles. Esta partición fue aprobada por el juzgado y el Tribunal la confirmó en lo concerniente a la adjudicación de bienes raíces.

Expresado lo anterior, el recurrente formula los cargos siguientes:

Primer cargo

El fallador, dice el censor, incurrió en error de hecho manifiesto que lo condujo a violar indirectamente disposiciones de derecho sustancial. El error de hecho consistió en que el Tribunal "no se percató de que las objeciones propuestas por la parte que represento contra la forma como fueron distribuidos los bienes comunes en la primera partición, y luego en la que se rehizo, y no obstante en que no prosperan en los términos en que fueron formulados, implicaban de todas maneras que los opositores sólo se conformarían con una partición que considerara las distintas comunidades, como un solo inmueble y una única comunidad, a condición de que se hiciera de acuerdo con sus intereses propios, manifestados en las objeciones mismas, y que por lo tanto, de no ser atendidas esas pretensiones, la partición sólo podría llevarse a cabo como normal y legalmente correspondía, esto es, sobre la base de que las comunidades eran tantas como inmuebles comunes, y que en tal virtud el inmueble debía ser partido autónomamente, sin considerar a los demás.

"Lo anterior es claro, porque conforme al artículo 1391 del Código Civil, aplicable a la partición de cosas singulares comunes según el artículo 2334 del mismo estatuto, la regla general es que la partición se lleve a cabo de conformidad con las disposiciones establecidas por la ley al efecto, que para el caso que me ocupa consisten primordialmente en que cada cosa común se parta independientemente de cualquier otra cosa (Arts. 1374, el mismo 2335 citado, 2337 y 2338, 1134 del Código Judicial, y 467 del Código de Procedimiento Civil). Lo excepcional es que la partición no se lleve a efecto con observancia de las reglas previstas por la ley al respecto, y eso sólo puede ocurrir cuando como lo expresa la parte final del artículo 1391 antes mencionado, los interesados acuerden legítima y unánimemente otra cosa ... La consecuencia en el campo de la legalidad es que el Tribunal dejó de aplicar al caso de autos la primera parte del artículo 1391 del Código Civil, que consagra la regla general atrás aludida; y le aplicó indebidamente, sin serle pertinente, la segunda parte del mismo precepto, que versa sobre la situación excepcional que también se mencionó. Violación del artículo 1391 que trajo consigo la inaplicación de los artículos 1374, (en cuanto habla de cosa singular) 2335, 2337 y 2338 del Código Civil, 1134 del Código Judicial (vigente cuando se aprobó la partición de los inmuebles) y el 467 del Código de Procedimiento Civil, sustitutivo del anterior, todos los cua-

les enseñan que la acción de partición de bienes en comunidad singular, tiene como objeto propio el bien común mismo, sin consideración a ningún otro, aunque pertenezcan también en comunidad a los mismos sujetos, y que es por lo mismo una porción de ese bien común lo que cada comunero debe y puede únicamente recibir a título de adjudicación que transforme su derecho de cuota sobre el total, el derecho exclusivo sobre aquella porción ... Pero no culminan allí las violaciones. Como se trata en la comunidad singular de una forma del derecho de dominio, y como la acción de partición corresponde a esa forma de propiedad, en un caso como el que aquí se considera, viene a resultar violado el derecho de dominio, por desconocimiento del jus abutendi que éste comporta, o sea, a la postre, ignorando el artículo 669 del Código Civil. Y como por otra parte, una partición como la aquí impugnada y con ella, el acto jurisdiccional que la aprueba, da por consentido, contra toda la evidencia puesto que no se dio el acuerdo unánime de que habla el artículo 1391 del Código Civil, una permuta o cambio de cuotas en un bien común por cuotas en otro u otros, es manifiesta también la violación por falta de aplicación, de los artículos 1494, 1495 y 1502 del Código Civil, que requieran un acto o declaración de voluntad como requisito esencial para que exista título voluntario, así como indebida la aplicación, por alcanzar a la permuta aludida, escondida tras la forma de partición, de disposiciones que nada tienen que ver con aquel contrato, como los artículos 765, inciso cuarto, 779 y 1401 del Código Civil".

Segundo cargo

Se formula por violación directa "derivada de haber interpretado erróneamente el Tribunal los artículos 1374, 2335, 2337, y 2338 del Código Civil, 1134 del Código Judicial o el 467 del Código de Procedimiento Civil, sustitutivo de éste, y haber sido conducido por ello a interpretar mal también la primera parte del artículo 1391 del Código Civil, lo mismo que las reglas tercera, séptima y octava del artículo 1394 del mismo Código".

En desarrollo del cargo, dice que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos citados, "porque entendió que ellos arropaban bajo el concepto de comunidad singular única tanto la que tuviera como objeto un único bien, como la que consistiera en la concurrencia de derechos de unos mismos sujetos sobre distintos objetos autónomos y que por eso el ad quem no tuvo obstáculo para considerar que los ocho lotes materia del juicio divisorio, constituían para los efectos de la división material un solo y único bien singular objeto de la comunidad por partir, interpretación errada, porque cada bien o cosa singular y autónoma constituye el centro de gravedad de un único derecho de dominio, distinto del derecho que recaiga sobre otro objeto, sin que la identidad del sujeto titular pueda tener influencia para eliminar la pluralidad de derechos y convertirlos en uno solo con diversidad de objetos". Esta interpretación, condujo al Tribunal a enjuiciar las objeciones a la partición en el ámbito de la primera parte del artículo 1391 del Código Civil, sin considerar la segunda parte del mismo precepto, por lo cual si no hubiera incurrido en esta errónea interpretación, el Tribunal habría vetado la partición, pues habría descubierto que los derechos de copropiedad, y consiguientemente las comunidades por partir, eran tantas como lotes objeto de aquéllas y se hubiera percatado de que lo procedente era partir cada bien o lote, independientemente de la partición de los otros y "darle entonces aplicación al artículo 1391 del Código Civil citado en su primera parte y tras él al 1394 ibídem, pero exclusivamente en relación con la partición de cada lote, y no teniendo en consideración los lotes objeto de otras particiones".

Finaliza diciendo que la equivocada interpretación invocada, causó los demás trastornos en el campo de la legalidad que fueron señalados en el anterior cargo. Esto es, que se infringió por falta de aplicación el artículo 669 del Código Civil, se dejaron de aplicar los artículos 1494, 1495, y 1502 del Código Civil, y quedaron indebidamente aplicados los artículos 765, inciso cuarto, 779 y 1401 del Código Civil.

Consideraciones

Dada la conexidad de estos cargos, la Corte los despacha en conjunto así:

En la comunidad existe una relación o conjunto de relaciones en que aparecen como sujetos, varias personas conjuntamente.

En cuanto a las cosas sobre que recae, los doctrinantes clasifican la comunidad en de cosa singular, de objeto múltiple y de universalidad, división tripartita que es importante para determinar la naturaleza jurídica del derecho de cada comunero sobre el conjunto de los bienes comunes y sobre el derecho de cada copartícipe en cada uno de los bienes en particular.

En opinión de ciertos autores, el comunero tiene en el conjunto de los bienes indivisos, un derecho individual, una fracción de dominio individual. Otros sostienen que el derecho de cada copartícipe sobre el conjunto de los bienes comunes, llamado cuota-parte, es un derecho de propiedad colectiva que se caracteriza porque las facultades de dominio, uso, goce y disposición, se presentan en forma restringida y no en la forma amplia y absoluta del dominio exclusivo o individual.

Los expositores están de acuerdo en que en las comunidades de objeto simple, cada comunero tiene un derecho de dominio individual, según unos, y colectivo en opinión de otros, sobre la cosa única común: el copartícipe tiene dominio sobre su cuota en la masa y ésta se identifica con el único bien común.

En relación al derecho de cada comunero en las comunidades de objeto múltiple y en las universalidades, hay discrepancias sobre su naturaleza: para algunos, se trata de un verdadero derecho de dominio; para otros de una simple expectativa de dominio. Los sustentadores de la primera tesis, se apoyan en dos argumentos a saber: a) Que no es nula la venta de uno de los objetos comunes realizada por uno de los comuneros, porque dicha venta puede quedar en firme si a éste se adjudica el bien, y aun si no se le adjudicase; la venta puede validarse considerándola como venta de cosa ajena, y b) Que el comunero puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular. "De manera, pues, que el derecho del comunero sobre cada uno de los bienes es un derecho de dominio, sometido a una condición suspensiva o una resolutoria. La suspensiva consiste en la incertidumbre de que se le adjudique el bien; la resolutoria, en que no se le adjudique" (Revista de derecho y jurisprudencia chilena, Tomo XVII, página 372).

Los sostenedores de la segunda teoría, que es la predominante, consideran que el comunero en las comunidades de objeto múltiple o en las de universalidades no tiene dominio sobre cada una de las cosas en particular. Al respecto ha dicho la Corte: "Es preciso distinguir entre la comunidad en un acervo de bienes y la comunidad en una cosa determinada. Respecto de la primera, ninguno de los partícipes tiene cuotas de dominio definidas en cada uno de los bienes que constituyen el acervo común, de modo que al hacerse la partición bien pueden vincularse los derechos de los comuneros en distintos bienes; en tanto que en lo que toca en la segunda comunidad, la cuota de dominio está radicada en cosa determinada, y puede procederse a la división material o a la venta, según el caso. Ninguna disposición legal se opone a que la primera comunidad pueda resolverse en varias de la segunda naturaleza, pues hay diferencia cardinal entre las dos" (Tomo XXXVI, 120).

"Mientras la comunidad no se haya liquidado, los copartícipes no tienen individualmente la propiedad de ningún cuerpo cierto de los que componen la comunidad. Tienen cuotas o derechos de copropiedad, que es propiedad en común, pero no propiedad propiamente dicha, que es dominio exclusivo. En consecuencia, el comunero puede enajenar su cuota, su derecho de copropietario, que es lo que tiene; no cuerpo cierto, para lo cual tendría que ser titular de la propiedad, que es lo que no tiene. De donde se sigue que la venta de un cuerpo cierto, celebrada por uno de los copropietarios, es simplemente venta de cosa ajena y se rige, en consecuencia, por las disposiciones que gobiernan esta figura; según lo establece el artículo 779 del Código Civil, para toda especie de comunidad, y el 1401 ibídem, para la comunidad herencial" (Gaceta Judicial. Tomo LXXVIII, página 607).

Sobre el mismo punto y refutando la teoría llamada del "dominio", Alessandri, entre otros muchos autores se expresa así: "Puede decirse que del hecho de que nuestra legislación no considere nula la venta

de una cosa común realizada por uno de los comuneros, no puede desprenderse que el comunero sea dueño de cada uno de los bienes comunes en particular, porque para vender una cosa no es menester ser dueño de ella, ya que está autorizada la venta de cosa ajena. Y todavía, el hecho de quedar en suspenso los efectos de la venta de un bien común hasta la partición, quiere decir que lo que realmente hay, no es una venta, sino una promesa de radicar el dominio del bien en el comprador en caso de serle adjudicado al comunero vendedor en la partición.

La doctrina del dominio dice que cada comunero lo tiene en forma condicional en los bienes de la comunidad. Ahora bien, dice Josserand, la condición suspensiva para unos debe forzosamente ser resolutiva para otros. Y viceversa, luego es necesario la existencia de dos dominios condicionales simultáneos. ¿Y, quién sería el titular del dominio bajo condición suspensiva, si se estima que bajo condición resolutoria lo tiene el comunero? Y, por el contrario, ¿quién sería el titular del dominio bajo condición resolutoria, si se piensa que el comunero lo tiene bajo condición suspensiva sobre cada uno de los bienes comunes en particular? El titular no puede ser otro que los demás comuneros. En consecuencia, si los comuneros todos tienen los mismos bienes bajo condición suspensiva y resolutoria, ambas condiciones se anulan y el dominio se hace puro y simple, lo que está muy lejos de la realidad. Hay que concluir pues, que el comunero no tiene sobre cada uno de los bienes comunes en particular dominio condicional alguno, sino una expectativa de que cada bien le sea adiudicado". (Alessandri y Somarriva, Tomo IV, página 839, edición de 1942).

Además, en las comunidades de objeto múltiple o en las universalidades si cada comunero tuviere derecho de dominio sobre cada uno de los bienes que las integran, habría que adjudicar a todo comunero una porción sobre cada bien, formándose así, nuevas comunidades. En esta forma se haría nugatoria la división material de los bienes, por la formación de nuevas comunidades, lo que a más de ser ilógico, contraría la voluntad del legislador que propicia la terminación de las mismas. Este fenómeno se hace más ostensible cuando, en casos como el que se decide, la comunidad está integrada también por un gran número de bienes muebles, cada uno de los cuales tendría entonces que ser materia de partición separada, generando a la vez en cada uno una nueva comunidad, al adjudicarle a cada comunero una parte del bien mueble.

En el caso de esta litis solicítase la división material de la hacienda denominada "La Soledad", con todos sus potreros, con todas sus maquinarias, con todos sus semovientes, etc. Descorrido el traslado, los demandados declararon su conformidad con la partición material pedida, pero agregando que lo que a ellos les correspondiera en la división se les adjudicara conjuntamente para "preservar la unidad económica de la empresa", evitando en lo posible su desmembración. Como se decretó la división en la forma así solicitada, dentro de ese marco quedó constituida la relación jurídica procesal con las consecuencias correspondientes. Las partes y el juez quedaron limitados dentro del proceso a ese determinado campo de acción, y, por ende, ni el demandante ni los demandados podían, con posterioridad, modificar unilateralmente ese planteamiento.

Ciertamente, entonces, el litigio quedó reducido a la división material de una comunidad con objeto múltiple.

4º No incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho al interpretar las objeciones propuestas por los demandados. Para llegar a esta conclusión basta cotejar lo expresado por éstos en el respectivo escrito con lo dicho por el Tribunal.

Primera objeción

"Es inequitativo dividir uno de los globos de terreno, para adjudicarle una porción del mismo a la demandante, en lugar de tomar la tierra de precio igual, en uno o varios de los otros globos de terreno cuya alinderación y cercas yà existen, para adjudicarles unidades completas, sin causarle perjuicio al resto de los comuneros que están defendiendo la unidad de la empresa agrícola ... Por otra parte, se está contrariando el mismo inciso que impone la obligación de observar equivalencia en la formación de los lotes, pues se le adjudica a la demandante tierra de primera calidad ...

y se desmembra un terreno o potrero importante de la finca, perjudicando su eficaz explotación económica..."

Segunda objeción

"...Con la partición propuesta, y que es materia de nuestra objeción se está atentando contra los intereses de la empresa agrícola desmembrándole una porción importante del terreno en el globo que presenta una mayor unidad de explotación, habiendo podido adjudicarle a la demandante la misma cantidad de tierra de igual calidad en otro sector de la finca..."

Tercera objeción

"...En el expediente a folios 81, obra un memorial suscrito por nosotros en el que al exponerle los deseos de preservar la unidad económica lo que determina ese criterio de equidad se manifiesta y se traduce en la adjudicación de globos de terreno evitando en lo posible su desmembración..."

Séptima objeción

"...Por las anteriores consideraciones... no aceptamos de ninguna manera la adjudicación de un globo de tierra continua en favor de la demandante desmembrándola de la porción que reúne las mejores condiciones para una explotación racional técnica, perjudicando dicha unidad... Claramente expusimos al partidor que se adjudicara globos de tierra, para no desmembrar más lo que está desmembrado..." (Subraya la Corte).

Conclúyese de lo anterior, que, ni expresa ni implícitamente, en el escrito de objeciones los demandados, atacaron la partición afirmando que por tratarse de varios inmuebles independientes unos de otros y singularizados uno a uno, se estaba en presencia de varias comunidades, por lo que a la comunera demandante debía adjudicársele una cuota en cada uno de ellos. Por el contrario, expresan claramente que se trata de una sola finca, de una empresa agrícola unitaria, compuesta por varios globos de terreno y que, por lo mismo, debe preservarse su unidad, evitando en lo posible su desmembración, para lo cual propusieron que a la demandante se le adjudicara su cuota en otro u otros globos de terreno, pero excluyéndola del conocido con el nombre "La Soledad".

De consiguiente, el Tribunal interpretó acertadamente las objeciones, y al ordenar rehacer el primer trabajo, dispuso que a la demandante se le adjudicara una parte determinada del predio "La Soledad", ya que siendo el de mayor extensión y el que los contendientes estiman mejor, sería inequitativo excluirla de allí, y que el resto de su cuota se le pagara con otros bienes, dejando también a los demandados la parte restante de "La Soledad", para cumplir así con el principio de igualdad.

El ad quem estudió el conflicto precisamente en el campo planteado y lo resolvió dentro de las reglas establecidas al efecto por el artículo 1394 del Código Civil. Por ende, no incurrió en el error manifiesto de hecho que le imputa la censura, ni violó las disposiciones sustanciales citadas por ésta.

5º Tampoco incurrió el sentenciador en errónea interpretación de las normas citadas por el recurrente, por las siguientes razones: El inciso 1º del 1374 del Código Civil consagra el derecho de coasignatario de cosa universal o singular para solicitar la división. Aunque el citado inciso se refiere a coasignatarios de cosa singular o universal "son tan generales los términos en que está formulado, que puede aplicarse a todos los individuos que se encuentran en indivisión", "no obstante que haya reglas especiales para otras comunidades, (artículo 2323, etc.)". (Vélez, Tomo 5, página 205). Luego al resolver las objeciones, el Tribunal no interpretó erróneamente ese artículo ni el 2335 del Código Civil, por las expresadas razones.

El 1391 ibídem, expresa que el partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas de que trata el título X del libro 3º del Código Civil, salvo que los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa. Y el 1392 dispone que el valor de tasación por peritos "será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies, salvo que los coasignatarios hayan legítima y unánimemente convenido en otra, o en que se liciten las especies, en los casos previstos por la ley".

"Las operaciones que debe ejecutar el partidor en desarrollo de su trabajo, pueden reducirse a tres: liquidación, distribución, y adjudicación. La primera tiene por objeto averiguar el activo, deduciendo, del valor de los bienes, el pasivo y los gastos correspondientes. La segunda, establecer qué le toca de ese activo a cada copartícipe. La tercera, determinar los bienes con que se paga cada cuota.

"Las reglas generales que el partidor debe tener como base para adjudicar los bienes, según las dos disposiciones últimamente citadas y sus concordantes del Capítulo III, Título XXXIII, Libro 4º del Código Civil, son: a) Para saber cómo formar los lotes de los asignatarios, a quién pertenecen los frutos, etc., debe tener presente los artículos 1394, 1395, etc.; b) Debe tener en cuenta el valor fijado a los bienes en los inventarios, para su adjudicación. Así es como a un asignatario no puede adjudicársele una especie de la sucesión sino en el precio en que fue valorada por el perito o peritos correspondientes" (Obra citada, página 250).

Las dos reglas mencionadas tienen como excepción que todos los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente una cosa distinta a lo que disponen estas normas. De modo que ellos pueden convenir en que el partidor para adjudicar los bienes, no las observe, sino que acoja la decisión unánime de ellos. Por lo mismo pueden acordar que el valor que se ha dado a los bienes en el avalúo, no sirva de base para adjudicarlos, respecto de todos los bienes o de algunos de ellos.

Según la regla 3ª, del artículo 1394, cuando un fundo se divide en varias porciones y, a un comunero le corresponde más de una porción, el partidor debe adjudicárselas continuas, a no ser que aquél las acepte separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los interesados.

Al tenor de la regla 8ª de la misma disposición, en la formación de los lotes, se procurará no sólo la equivalencia, sino la semejanza de todos ellos.

Comentando dicha disposición, dice el mencionado tratadista:

"Acerca de cada asignatario hay que resolver dos cosas: qué le corresponde y con qué se le satisface. Lo primero se resuelve en la distribución y se representa, por lo general, en una suma de dinero. Lo segundo se resuelve en la adjudicación.

"Respecto de lo primero la obligación del partidor es adjudicar al asignatario bienes de igual valor al de la suma de dinero. Respecto de la segunda, el partidor puede determinar los bienes en que se satisfaga esa suma..." (Obra citada, página 267).

Pero la aplicación de estas reglas no es inflexible, según lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, pues el partidor en la formación de los lotes tiene facultad para apreciar las circunstancias de cada caso y proceder a adjudicar unos bienes individuales a un copartícipe y otros a los demás. Así fue precisamente como se procedió en este caso.

Razonamiento igual puede hacerse respecto a la interpretación del artículo 2338, y en cuanto al 2337, basta observar que éste se refiere a la venta de una cosa común y en este caso se trata de división material.

Siendo esta la recta interpretación de los artículos 1391 y 1394, 2337 y 2338 precitados y teniendo en cuenta todas las razones expresadas ya al despachar el cargo primero, es claro que el Tribunal, al resolver las objeciones formuladas a la partición por los demandados, no incurrió en la violación de las normas mencionadas.

El artículo 467 del Código de Procedimiento Civil, hoy vigente, que desarrolla el 1374 del Código Civil, consagra el derecho de todo comunero para "pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto".

Y si el procedimiento señalado por los artículos 586 y siguientes es determinado para dividir solamente las comunidades universales, procede aceptar que, a falta de otro, el trámite del precitado artículo 467 es idóneo para dividir las comunidades de objeto singular y también de objeto múltiple, pues si así no fuera los de esta última clase no podrían dividirse, y tal conclusión sería ciertamente ilegal.

Por lo dicho, no prosperan los dos cargos en estudio.

Cargo por la causal primera, relativo a la hijuela del pasivo

Acúsase la sentencia por violación directa del artículo 1390 del Código Civil, en relación con el 2335 ibídem, del artículo 2338 del Código Civil, y del 1142 del Código Judicial, o del 473 del Código de Procedimiento Civil, todos por interpretación errónea, lo mismo que el 902, 903 y 904 del Código Civil, por indebida aplicación.

Expresa el impugnante que el Tribunal dijo que los gastos de la partición se distribuyeran a prorrata de los derechos de los comuneros; que en la nueva partición se incluyó en la hijuela de gastos una partida por $ 4.800.00 para la construcción de una cerca divisoria; que la parte demandada protestó por la inclusión de esa partida, pero que el Tribunal en su fallo de 8 de mayo de 1971 dijo que el cerramiento corría por cuenta de los comuneros a prorrata conforme al artículo 1142 del Código Judicial, y agrega: "En esta tesis del Tribunal hay un manifiesto error de interpretación de los preceptos atrás citados como violados por ese concepto, al igual que de los artículos 1374, en cuanto se refiere a cosas singulares, 2335 y 2338 del Código Civil; porque el fin de una partición material es señalar una porción cierta de la osa común que representa la cuota proindiviso que cada comunero tenga en ella, para lo cual es suficiente con hacer el alinderamiento de la respectiva porción, es decir, fijar los límites geográficos que la encierran y separan del resto, o dicho todavía con mayor simplicidad, deslindarla con líneas demarcatorias que la separen de los predios continguos. (Artículo 900 del Código Civil), en forma que se sepa hasta dónde llega superficialmente el alcance del respectivo título.

"Con este entendimiento, que es el correcto, del concepto de división material de un predio, nada tiene que ver el cerramiento, que se refiere es al aislamiento material del predio mediante paredes, fosos, cercas vivas o muertas (Art. 902 del C. C.) construidos a lo largo de la línea divisoria o lindero respectivo, y por eso el cerramiento supone la división o alindamiento, pero no es exigido por él. La ausencia del cerramiento no obsta en nada a la separación o demarcación entre predios contiguos.

"Por todo ello es equivocado entender que cuando la ley habla de división material de un predio común, sea esencial el cerramiento, y que los costos de éste deban incluirse entre los gastos de aquélla. Cuestión que aparece más evidente al advertir que mientras los gastos de la división son a prorrata de los derechos que se tenga en la cosa común, según las voces del artículo 1390 del Código Civil, los de cerramiento sean ordinariamente por mitad, salvo que, según la doctrina del artículo 904 del Código Civil, en circunstancias especiales, y según el interés de los propietarios colindantes en el tipo de cercamiento que les convenga, pueda el juez disponer que la contribución a aquéllos se haga en proporción distinta. En el caso de autos, por ejemplo, en que la cerca ordenada es una de alambre, o sea la más común y simple, la distribución de su costo, en el supuesto de que él cupiera entre los gastos de la división, y no cabe entre ellos como queda visto, no podía nunca decretarse con referencia a la proporción en que los comuneros tenían derechos en la cosa común, sino por partes iguales, pues el beneficio de una cerca como esa es el mismo para los predios que separa. Resulta así, entonces, que este cargo procede no sólo por haberse incluido en un gasto impertinente, sino también por haberse distribuido como no era, con aplicación indebida de los artículos 902, 903 y 904 del Código Civil".

Se observa

1º El partidor, tomando un lote de ganado en proporción a los derechos de los comuneros, lo adjudicó a todos ellos, para que fuera licitado a fin de pagar con su producto la totalidad de las deudas y gastos. Entre éstos se incluyó una partida de $ 4.800.00 destinada "para el cercamiento del predio que se segrega al lote de la 'Soledad'."

2º El Tribunal, respecto a este gasto se expresó así:

"Aun cuando, en concepto de los citados demandados, el valor de la cerca de alambre y lo correspondiente a la localización y postura de los mojones, para el cerramiento del predio que se segrega al lote 'La Soledad', no debe figurar en la hijuela de

deudas y gastos, considera esta corporación, que, precisamente, ellas constituyen uno de los gastos que demanda la división y que como es obvio y de acuerdo con lo dispuesto por la ley (Art. 1142 C. J.), deben ser pagados a prorrata. Y esto es así porque, sin lugar a dudas la fijación de esos mojones y la tendida de la cerca es lo que va a permitir delimitar exactamente los globos que se adjudicaron a las partes, concretando así la división que se hizo y porque yendo a pertenecer cada uno de esos globos a personas distintas lo lógico y lo práctico es que estén separados por cercas, que son el medio utilizado para hacer esos cerramientos. Si no, después es problema saber a quién toca pagar esa cerca, que en la forma planeada en la partición queda solucionado".

3º El artículo 1390 del Código Civil, expresa que los gastos comunes de la partición serán de cuenta de los interesados a prorrata, regla aplicable a la división de las cosas comunes al tenor de los artículos 2335 y 2338 de la misma obra, principio éste también consagrado en el artículo 1142 del Código Judicial y hoy en el 473 del Código de Procedimiento Civil.

El sentido de estas disposiciones es claro y lógico, pues si los comuneros gozan de los frutos en proporción a sus cuotas es obvio que en la misma proporción deben concurrir a los gastos. La parte de cada comunero en la comunidad, determina la extensión de sus derechos y obligaciones.

4º Al respecto ha dicho la Corte:

"En síntesis, de acuerdo con los preceptos contenidos en el Código Civil, sobre gastos causados por las particiones de bienes comunes (artículos 1390 y 2338 regla 4ª), contenidos como los entiende el Código Judicial, al reglamentarlos en su artículo 1142 es legal su distribución entre los interesados ya sea que se sufraguen proporcionalmente por los mismos o que se represente en uno o más lotes de terreno que cubran su valor". (Sentencia 21 de septiembre de 1960. Tomo, XCIII, 686).

5º Es natural esta solución porque la postura de mojones y sus correspondientes cercas —que constituyen una señal muy apreciable— es lo que permite precisar exactamente los globos que se adjudicaron a las partes.

"Cuando el muro o pared, el seto o cerca (se subraya) o el árbol, sean comunes, se establecen limitaciones a cada condómino, para que la cosa pueda servir a ambas igualmente.

"Prescindiendo de la obligación que ambos tienen a los gastos de reparación y de conservación del muro en proporción al respectivo derecho... puede cada uno de los dos servirse del mismo en tanto el uso no excluya o sea incompatible con el uso igual en el otro" (De Ruggiero, 595).

Dedúcese de lo anterior que el ad quem, en el aspecto que se estudia, tampoco incurrió en la violación de las disposiciones indicadas en el cargo, por lo cual éste no prospera.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 27 de abril de 1972 en el ordinario promovido por Inés Mariño de Cabrera frente a Ana Francisca Mariño Herrera y otros.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Alfonso Peláez Ocampo, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Oscar Alzate López, Conjuez; *Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RECURSO DE REVISION

Requisitos para la ocurrencia de la causal 1ª. — La causal 6ª puede alegarla también el tercero que sufra perjuicios con la sentencia y su invocación no requiere que preceda investigación penal. — Causal 8ª.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diez y ocho de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Gonzalo Prieto y Jesús Barrera contra la sentencia de 15 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por los recurrentes frente a la sociedad "Automotores Colombia R. A. Pérez e Hijos Limitada".

I

Antecedentes

1. Según documento firmado por las partes en esa fecha, el 23 de octubre de 1963 la citada entidad "Automotores Colombia R. A. Pérez e Hijos Ltda.", por intermedio de sus concesionarios en la ciudad de Málaga, recibió de Jesús María Barrera y Gonzalo Prieto la suma de $ 3.000.00, "como depósito para separar su turno para la importación..., de un chasís cabinado, marca Ford, tipo F-800, modelo 1964".

Se expresó en dicho escrito que en virtud de tal depósito los depositarios "quedan inscritos en el turno número nueve"; y, además, que la importación la haría la sociedad "de acuerdo con la reglamentación que para las mismas dicte el Gobierno Nacional, y el precio será el que fije la Superintendencia Nacional de Regulación Económica, de acuerdo con el equipo que el cliente escoja".

2. Desde entonces y hasta el 4 de mayo de 1966, los peticionarios del automotor entregaron a la sociedad importadora, como abonos a la cuota inicial del "chasís F-800", las siguientes cantidades: $ 12.000.00 el 15 de abril de 1964; $ 25.000.00 el 22 de abril de 1965; $ 15.000.00 el 26 de enero de 1966; $ 15.000.00 el 2 de abril siguiente, y $ 15.000.00 el 6 de este último mes.

Cancelaron además, durante el año de 1965, la suma de $ 32.620.00, equivalente al valor de 11 letras de cambio por ellos aceptadas, de $ 3.000.00 cada una de las diez primeras y de $ 2.620.00 la última.

3. Mediante factura número 498 de 4 de mayo de 1966, la sociedad importadora, previa constancia de que lo había importado con manifiesto de la aduana de Buenaventura de 1º de abril de ese año, expresó haber vendido a los citados Barrera y Prieto "un camión cabinado —marca Ford—, modelo 1966, tipo F-800-194 de color rojo. Distinguido bajo los números siguientes: En el motor F80FU-839936; en el chasís F80FU-839936".

Se consignó en este documento que el "valor del chasís" es de $ 105.000.00, el que, sin embargo, debía ser aprobado por la Superintendencia de Regulación Económica y que si en este procedimiento resultara menor al facturado, la vendedora reconocería la diferencia a favor de los compradores. Se expresó además en la mentada factura, que el "vehículo fue vendido a crédito y por tal razón el comprador ha firmado a favor de nosotros un contrato con pacto de reserva de dominio", del cual debería tomarse nota en la matrícula del automotor y de los posteriores traspasos que de éste se hiciesen.

4. En desarrollo del convenio, en el que también se dijo que "las cuotas y las letras de cambio que se giran para garantizar su pago deberán ser canceladas a sus vencimientos, mientras no se haya definido el reajuste, en la forma ya expresada", los compradores aceptaron a favor de la vendedora, el 16 de junio de 1966, para ser descargadas sucesivamente en cada uno de los meses siguientes, 18 letras por valor de $ 3.717.00 cada una, de las cuales los aceptantes han pagado las cuotas correspondientes a las doce primeras.

5. Apoyados en los hechos relatados anteriormente y afirmando además que por haber sido víctimas del error a que los condujo la conducta de la sociedad vendedora, pagaron a ésta más de lo debido como precio del contrato de compraventa ajustado; que también por error aceptaron los títulos-valores últimamente indicados; y que, por el yerro que padecieron llegaron hasta descargar la gran mayoría de éstos, junto con los intereses estipulados, Gonzalo Prieto y Jesús Barrera demandaron en proceso ordinario a la sociedad "Automotores Colombia R. A. Pérez e Hijos Ltda.", a fin de que por la justicia se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que "carece de eficacia legal y jurídica" el pago que ellos hicieron a la demandada de la suma de $ 65.699.22 y la correspondiente a los intereses de la cantidad de $ 53.038.00; b) Que en consecuencia, se condene a "Automotores Colombia R. A. Pérez e Hijos Ltda." a restituir a los demandantes las citadas cantidades, junto con los intereses corrientes de la suma total "pagada y no debida", producidos desde el 4 de mayo de 1966 y los que se produzcan hasta el día en que hagan la restitución; c) Que también "carecen de eficacia y validez legal", por falta de causa, las seis letras de cambio de $ 3.717.00 cada una, aceptadas por los demandantes a favor de la demandada con ocasión de la compraventa referida, las cuales ésta detenta aun por no haber sido canceladas; d) Que, de consiguiente, la citada sociedad está en la obligación de devolver a sus aceptantes los mentados seis títulos-valores; e) Que igualmente es inválida, por carecer de causa legal, la cláusula pertinente al pacto de reserva de dominio del citado vehículo, que aparece consignada en la factura de 4 de mayo de 1966, y f) Que, por lo mismo, se ordene la cancelación de dicho pacto, para lo cual solicitaron que se oficie a la Dirección Departamental de Tránsito y Transportes de Santander.

6. Con oposición de la demandada se adelantó la primera instancia, la que culminó con sentencia de 6 de mayo de 1971 mediante la cual el juzgado del conocimiento, que lo fue el Quince Civil del Circuito de Bogotá, acogió todas las peticiones de la demanda y condenó a la demandada al pago de las costas procesales.

7. Por virtud de apelación interpuesta contra dicha providencia por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia proferida el 15 de diciembre de 1972, luego de revocar el fallo apelado, negó todas las súplicas deducidas en la demanda inicial del proceso y absolvió a la entidad demandada de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ella.

Estimó el juzgador ad quem, y en esta cardinal consideración apoyó su fallo absolutorio, que de acuerdo con lo expresado en el recibo de depósito de 23 de octubre de 1963 y lo confesado por los demandantes en los interrogatorios de parte por ellos absueltos, del proceso aparecía establecido "de manera plena que el precio del camión sería el que fijara la Superintendencia de Regulación Económica"; y que esta entidad, mediante su Resolución número 105 de 22 de abril de 1968, sin embargo de no encontrarse en firme esta providencia por haberse interpuesto contra ella algunos recursos, fijó en la suma de $ 117.000.00 el precio de los "chasises" importados por "Automotores Colombia", entre los cuales se enlistó el distinguido con el número "F80FU-839936", sin contar el impuesto de venta ni los intereses por financiación.

III

El recurso de revisión

1. Gonzalo Prieto y Jesús M. Barrera, quienes fueron demandantes en el proceso

ordinario de nulidad a que atrás se hizo alusión, mediante escrito de 31 de enero del presente año, propusieron este recurso extraordinario contra la sentencia de 15 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para dirimir la controversia.

En la respectiva demanda solicitan que, con citación de la sociedad "Automotores Colombia R. A. Pérez e Hijos Ltda.", la Corte invalide la sentencia por ellos impugnada ahora para que, en su lugar, confirme la proferida por el juzgado de la primera instancia.

2. En apoyo de su pretensión, los recurrentes invocan las causales previstas en los numerales 1º, 6º y 8º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, las cuales fundamentan en las siguientes afirmaciones sustanciales:

a) Que el precio de $ 117.000.00, fijado por la Superintendencia de Regulación Económica como valor de venta de los "chasises marca Ford", mediante Resolución número 105 de 22 de abril de 1968, fue luego modificado por esta misma entidad en virtud de recursos interpuestos por la importadora, como se infiere del contexto de la Resolución número 384 de 4 de diciembre de 1970; b) Que esta última resolución, como se deduce de su fecha, fue proferida "no solamente después de que había vencido el término para pedir pruebas, sino después de fallado el pleito en primera instancia", por lo que no pudo ser aportada al proceso y porque además los demandantes ignoraban su existencia; c) Que dicho documento, en caso de que hubiere obrado en el proceso, "habría variado la decisión del honorable Tribunal"; d) Que, de otra parte, al apreciar el Tribunal documentos aportados por la demandada sin que se hubiera pagado el impuesto de timbre legalmente establecido, cohonestó un "fraude al fisco nacional y a la ley"; e) Que, dicen los recurrentes en el hecho 13 de su demanda, si es innegable que "la sentencia se dictó en base a (sic) esos documentos, a sabiendas de que los artículos 19 y 20 del Decreto extraordinario número 2908 de 1960, prohiben a los funcionarios oficiales que los acepten y que los admitan como pruebas, es patético el hecho de que existe una maniobra fraudulenta patentizada en la sentencia, como única causa de la absolución de la parte demandada, y de los perjuicios causados por dicha sentencia a la parte demandante", y f) que esta conducta del Tribunal, atinente a la estimación como prueba de documentos no estampillados, a más de implicar "una maniobra fraudulenta", estructura "nulidad de la sentencia de segunda instancia".

3. Por cuanto el recurso extraordinario se interpuso dentro de la oportunidad indicada en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil y los impugnadores constituyeron la caución exigida, la Corte, luego de haber recibido el expediente del juzgado de origen, mediante auto de 5 de abril pasado admitió la demanda y ordenó correrla en traslado a la sociedad demandada.

Esta, oportunamente le dio contestación oponiéndose a la pretensión de los demandantes, negó los hechos que en ella se le imputaron puesto que, dijo, "los demandantes de la revisión sabían que el precio final del camión sería el que fijara la Superintendencia Nacional de Precios y que, cuando presentaron la demanda del ordinario el 22 de enero de 1969, todavía no se había producido la resolución pertinente"; que ésta se profirió por la entidad correspondiente el 4 de diciembre de 1970, "esto es, cuando ya había precluido el término probatorio en la primera instancia y en la segunda los demandantes se opusieron a que el Tribunal decretara pruebas distintas de las que ya se habían decretado en la primera. De manera que —continúa afirmando la demandada— la resolución de marras estuvo a disposición de los demandantes antes de que se dictara la sentencia de segunda instancia y su no aportación como prueba al ordinario no puede achacarse a fuerza mayor, o caso fortuito o a obra de la parte demandada sino a pura negligencia de la parte demandante".

4. Por auto de 30 de abril se decretaron las pruebas solicitadas por los recurrentes, entre las cuales merecen relievarse, por su trascendencia en este recurso, las Resoluciones números 105 y 384 de la Superintendencia Nacional de Regulación Económica, proferidas el 22 de abril de 1968 y el 4 de diciembre de 1970; la certificación expedida en febrero de 1970 por el Inspector de Tránsito y Transportes de Málaga; y todos

los demás documentos que en relación con el negocio de la litis se adujeron al proceso en el que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende.

Surtido el término de prueba, se ordenó dar el proceso en traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión, derecho que ninguna ejercitó.

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

IIII

Consideraciones de la Corte

1ª Con apoyo en principios doctrinarios y jurisprudenciales, tiene dicho la Corte y hoy lo reitera que la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada, 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. Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo definitivo, el anterior postulado 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 que se endereza a quebrantar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es pues invalidar por injusta una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho.

2ª Mas, 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 permisible convertirla en un juicio contra la sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda que con tal sentencia decide.

Ciertamente, los aspectos formales de un fallo, 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 proferirlo, son 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 a través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad al pronunciamiento del fallo que se pretende aniquilar, precisamente porque el desconocimiento de estos hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una sentencia justa.

3ª Si, pues, la revisión es recurso de naturaleza extraordinaria, una sentencia ejecutoriada sólo es procedente aniquilarla en casos igualmente extraordinarios. Dada su naturaleza jurídica, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y se demuestre, por parte legítima, alguna de las causales expresas y limitativamente previstas en la ley al efecto.

Y si bien es cierto que comparativamente con la Ley 105 de 1931 el estatuto procesal vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, en punto de revisión de sentencias ejecutoriadas, amplió las causales al efecto, no lo es menos que conservó sin embargo para el recurso de revisión el mismo carácter extraordinario y el criterio taxativo de los motivos para su viabilidad. Entre éstos el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, enlista, evidentemente, las tres causales que aquí invocan los recurrentes y que la Corte procede a examinar.

Causal primera

4ª Consiste ésta, al decir del precitado artículo 380 en su regla 1ª, en que el recurrente encuentre, después de pronunciada la sentencia, "documentos que habríam variado la decisión contenida en ella, y que no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

Siguiendo la preceptiva contenida en esta norma, cabe afirmar que para la proce-

dencia de dicha causal es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se trate de una prueba literal encontrada después de proferida la sentencia; b) Que el recurrente hubiera estado, durante las oportunidades probatorias del proceso, en absoluta imposibilidad de aducir a éste el referido documento, debido a fuerza mayor, caso fortuito o por obra de su contraparte, y c) Que el documento sea decisivo para el caso, vale decir, que tenga tal eficacia legal que de haber obrado en el proceso habría determinado un fallo en sentido contrario a como fue resuelto.

Dada la finalidad propia del recurso no se trata, en el evento de esta causal de revisión, de mejorar la prueba aducida deficientemente al proceso en el que se dictó la sentencia cuyo aniquilamiento se busca, o de producir otra después de pronunciado el fallo, pues si esto fuera posible jamás habría cosa juzgada; se contrae el supuesto indicado a demostrar que la justicia, por absoluto desconocimiento de un documento que a pesar de su preexistencia fue imposible de oportuna aducción por el litigante interesado, profirió un fallo que resulta a la postre paladinamente contrario a la realidad de los hechos y por ende palmariamente injusto.

5ª Como ya está dicho, entre las causales que los aquí recurrentes invocan para la revisión que pretenden, está la contenida en la norma atrás transcrita. Y la fundan en que la Resolución número 384 de 4 de diciembre de 1970, mediante la cual la Superintendencia Nacional de Regulación Económica fijó definitivamente el precio de venta del chasís F80FU-839936, sólo fue conocida por ellos después de tramitado el proceso y que por tanto no la pudieron aportar a éste como prueba.

Considera la Corte, por las razones que adelante consigna, que el referido documento no es prueba decisiva, ni que su no aportación al proceso ordinario se hubiera debido, exclusivamente, a la fuerza mayor, al caso fortuito o a obra de la contraparte de los recurrentes; por tanto, que la causal de revisión aquí considerada no existe por ausencia de sus elementos estructurales. En efecto:

a) Si bien la mentada resolución fue proferida después de agotado el término probatorio de la primera instancia del proceso, pero antes, mucho antes de iniciado el trámite de la segunda, entonces sí habría podido aportarse como prueba en ésta. Y no aparece, por parte alguna, que el silencio de los recurrentes en el punto lo hubiera determinado una fuerza mayor, un caso fortuito, ni menos la conducta de la sociedad demandada, puesto que contrariamente ésta solicitó la concesión de término probatorio en la segunda instancia del negocio, que no la obtuvo por expresa oposición de los demandantes, y

b) Menos tiene ese documento categoría de prueba decisiva, hasta el punto de tener eficacia legal bastante que hubiera determinado fallar el litigio de manera distinta a como fue resuelto. Porque si el Tribunal decidió la controversia con base en la Resolución número 105 de 22 de abril de 1968, mediante la cual se había fijado en $ 117.000.00 el precio de venta para el chasís aquí descrito, idéntica disposición habría tomado en su fallo si hubiera conocido la Resolución número 384 de 4 de diciembre de 1970, puesto que en ésta, que decidió los recursos interpuestos contra la anterior por la sociedad importadora, la Superintendencia de Regulación modificó, en el sentido de aumentarlo a $ 117.774.42, el precio de venta "de los chasises marca Ford, modelo 1966, de 8 cilindros, tipo F-800, ... importados por Automotores Colombia Ltda.".

Causal sexta

6ª Consiste ésta, al decir del precitado artículo 380 en su numeral 6º, en "haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente".

Esta causal de revisión, consagrada positivamente como uno de los medios o maneras de reprimir la colusión o el fraude procesal, puede invocarla no solamente la parte que fue víctima de él, sino también el tercero que por causa de las maniobras de las personas que fueron partes en el proceso sufre perjuicios con la sentencia que en éste se profiera. Y como las referidas maniobras fraudulentas no siempre consisten en la ejecución de hechos constitutivos

de delito, el legislador determina que para su invocación no se requiere que preceda investigación penal, aunque sí es indispensable demostrar plenamente su ocurrencia.

Concretando el alcance de la causal en comento, ha dicho la Corte: "... 'El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto, a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa, al paso que el fraude es la maquinación para perjudicar a otro. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido, como atributo que le pertenece por esencia. El dolo no es propiamente el fraude, sino más bien una especie de éste, en el que el elemento intencional de causar perjuicio a otra predomina, pero el que no siempre está condicionado por una maquinación sino más bien por una sagacidad para causar perjuicio'. Y más adelante agregó que vale la pena 'observar que engaño no es lo mismo que error.... Y ha subrayado la Corte que el engaño no es el error, porque cuando en una sentencia se ha incidido en error de hecho o de derecho, y se demuestra, se rompe en casación el fallo; pero nunca en el recurso de revisión". (LV, Pág. 533).

7ª El hecho constitutivo de la causal que aquí se analiza, como se desprende de su planteamiento, lo hacen consistir los recurrentes en que el sentenciador, desacatando la prohibición contenida en los artículos 19 y 20 del Decreto número 2908 de 1960, apreció como pruebas, y en ellas fundó principalmente su fallo, unos documentos aducidos por la demandada al proceso sin las estampillas de timbre nacional, ni constancia de haberse pagado por ellos el impuesto correspondiente.

Concebida en tales términos la causal de revisión invocada, de ellos se sigue su absoluta improcedencia como tal, puesto que, de un lado, la omisión del pago de determinado impuesto que cause un documento no corresponde, ni por asomo, a la ejecución de actos realizados por un litigante con la intención fraudulenta de causar perjuicio a su contraparte; y de otro, la apreciación como prueba que de dicho documento haga el fallador podría constituir, quizás, un error de derecho, que no puede repararse a través del recurso extraordinario de revisión. Por lo demás, si los documentos a que aluden los recurrentes se allegaron al proceso con su conocimiento, como evidentemente lo fueron, hay que decir que éstos tuvieron allí la oportunidad de fiscalizar la producción de dicha prueba en todos sus aspectos, incluso el atinente al pago de impuestos, y que si tal no hicieron es inadmisible que apoyados en esa circunstancia pretendan desconocer los efectos de la sentencia que en el proceso se dictó.

Causal octava

8ª Este motivo especial de revisión, cuya consagración positiva como tal es flamante en la legislación procesal hoy vigente, consiste en la existencia de nulidad "originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso", según lo pregona el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 8º.

No se trata, pues, de alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse antes de esta oportunidad so pena de considerarla saneada; ni tampoco de indebida representación o de falta de notificación o emplazamiento, que constituye causal específica y autónoma del recurso de revisión, como lo indica el numeral 7º del texto citado, sino de las irregularidades en que, al tiempo de proferir la sentencia no susceptible de recurso de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad, como lo sería, por ejemplo, el proferir sentencia en proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o condenar en ella a quien no ha figurado como parte; o cuando dicha providencia se dicta estando suspendido el proceso.

9ª Como ha quedado dicho, considera el recurrente que en el caso presente el Tribunal de Bogotá profirió su sentencia de 15 de diciembre de 1972 apoyándola en documentos en los que se pretermitió el pago

de impuestos fiscales, y que tal conducta es generante de nulidad del fallo, por lo que pide su revisión con base en la precitada causal octava.

Acontece, sin embargo, que el hecho invocado como fundamento de la causal alegada, no configura nulidad "originada en la sentencia", puesto que él, en caso de ser cierto, sólo implicaría yerro de interpretación probatoria, pero nunca falta de competencia del juez para proferirla o quebranto de las normas tutelares del derecho de defensa de las partes.

10. De todo lo anteriormente discurrido fluye la conclusión de que el recurso de revisión aquí intentado resulta infundado; y que por ello la Corte, de conformidad con lo estatuido por el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, así debe declararlo, imponiendo al recurrente la condena al pago de los perjuicios causados a la demandada y las costas procesales.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Declárase infundado el recurso de revisión interpuesto por Gonzalo Prieto y Jesús M. Barrera contra la sentencia de quince (15) de diciembre de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario que éstos instauraron contra la sociedad "Automotores Colombia R. A. Pérez e Hijos Ltda."

Segundo. Condénase a los mismos recurrentes a pagar a la entidad demandada los perjuicios a ella causados con la proposición de este recurso extraordinario.

Parágrafo. Para la liquidación de la anterior condena se seguirá el procedimiento indicado en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. Condénase a los mismos recurrentes a pagar a la sociedad demandada las costas causadas en este proceso de revisión, y

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

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

FILIACION NATURAL

De las relaciones sociales se pueden inferir las sexuales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diez y nueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Estando agotado el trámite del recurso, la Corte procede a decidir el extraordinario de casación que la parte demandada propuso contra el fallo de 14 de noviembre último, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este proceso ordinario que, frente a los herederos de Jesús Antonio Mancera Norzagaray, promoviera el menor Edgar Hidalgo.

I

El litigio

1. Ante el Juez Promiscuo del Circuito de Arauca, Leonor Hidalgo, actuando en representación de su hijo natural Edgar, sobre quien ejerce la patria potestad, formuló demanda ordinaria para que, con citación de Berta Norzagaray viuda de Mancera y Yezid, José y Olga Mancera Borja, los tres últimos representados por su madre Beatriz Borja, todos los cuales son demandados como herederos de Jesús Antonio Mancera, se declarase que éste es el padre natural del menor Edgar Hidalgo, quien, por tanto, tiene derecho a intervenir como legitimario dentro del proceso de sucesión de aquél y al cual los demandados deben restituirle su cuota hereditaria que injustamente ocupan.

2. La causa para pedir consiste en que, durante la época de la concepción del demandante, quien nació el 11 de octubre de 1955, entre su madre, Leonor Hidalgo, y Jesús Antonio Mancera existieron relaciones sexuales, y en que éste dio al demandante posesión notoria del estado civil de hijo natural.

3. Con oposición de los demandados se tramitó la primera instancia, la cual finalizó con sentencia que acoge las pretensiones del libelo introductorio del proceso. Apelada esta decisión por los demandados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio la confirmó por medio de su fallo de 14 de noviembre de 1973, contra el que la misma parte apelante interpuso el recurso de casación.

III

Bases de la sentencia impugnada

Después de hacer una síntesis de lo que expresan las declaraciones de Angel Custodio Tovar, Timoteo Baquero, Jesús Arturo Tovar, Luis Alfredo Ortiz, Angel María Daza y María Marchena Hidalgo, dice el Tribunal que la demanda se funda en dos presunciones de paternidad: las relaciones sexuales ocurridas en la época de la concepción del demandante y la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

Expresa que ya no se requiere, como antes lo exigía la Ley 45 de 1936, probar que las relaciones sexuales fueran públicas y estables. Que frente a la Ley 75 de 1968, basta con demostrar que, durante la época de la concepción del hijo, existieron simples relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, "y que este hecho a falta de otros medios delatorios del mismo, puede ser inferido, como lo dice la misma norma legal, del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de los antecedentes y circunstancias en

que tuvo lugar y tomando en consideración la naturaleza, intimidad y continuidad de dichas relaciones". Que como los declarantes "no han aludido de manera precisa al trato personal y social... puesto que no dan fe de que en público o ante sus relacionados o en la vida ordinaria del poblado, le diera el presunto padre a la madre del demandante el trato afectuoso o de entendimiento y convivencia suficiente para deducir de allí la existencia de tales relaciones, esta circunstancia afecta el alcance probatorio de los testimonios en cuanto a este aspecto", al de la existencia de relaciones sexuales entre los progenitores, porque "de acuerdo con la jurisprudencia nacional no es posible reclamar la paternidad natural 'sobre prueba de lazos sexuales más o menos estables, pero ocultos en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social' ". El Tribunal concluye entonces que lo anterior es base para desechar la primera de las presunciones de paternidad natural.

Pasa en seguida a estudiar la segunda de las invocadas en la demanda: la de posesión notoria, la que encuentra plenamente acreditada, puesto que, en su sentir, "sin excepción, todos los declarantes coinciden en la afirmación de que el pretendido padre natural trató al menor Edgar Antonio Hidalgo como a su propio hijo y no solamente esto, sino que repetidas veces hizo la manifestación en forma clara y terminante ante diferentes personas de que ese niño era su hijo... Es más: no se limitó el presunto padre natural, Jesús Antonio Mancera, a hacer estas manifestaciones a sus amigos y relacionados, sino que les dio pruebas de que atendía a su subsistencia al comisionarlos, en algunos casos, para entregarle directamente al hijo, otras veces a la madre, dineros para sus gastos personales de alimentación y vestuario... A lo anterior hay que agregar la manifestación conteste de todos los testigos sobre los hechos diversos y repetidos por medio de los cuales atendía económicamente a la educación del menor, por tratarse de su hijo, el interés que en su porvenir mostraba, su preocupación por educarlo en las mejores condiciones, etc., atestaciones todas que contribuyen a robustecer la prueba de la alegada posesión notoria del estado civil de hijo natural que el occiso no ocultaba a nadie y que, por el contrario, reconocía paladinamente".

Por último expresa el sentenciador que es intrascendente el hecho de que Leonor Hidalgo, la madre del demandante, haya dado a luz otros hijos después de éste, pues con tal episodio no se demuestra que en la época de la concepción de aquél, ella hubiera tenido trato sexual con distintos hombres y "aunque así fuese, se le opondría el hecho de que el presunto padre, 'por actos positivos, acogió al hijo como suyo', según la acreditada posesión notoria" y que, por tanto, al surgir la presunción de paternidad fundada en tal posesión del estado civil de hijo natural, la sentencia apelada debe sostenerse.

IIII

La impugnación

La parte demandada recurrente enfila dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causal primera de casación.

En el primero denuncia quebranto indirecto, por indebida aplicación de los artículos 6º, numerales 4º y 6º de la Ley 75 de 1968 y 92 del Código Civil, a causa de error manifiesto de hecho en la apreciación de las declaraciones de los testigos que menciona.

Toda la fuerza combativa del censor se concentra en la demostración de que de la prueba testimonial aportada por el demandante, no puede concluirse sanamente, como equivocadamente lo hicieran los jueces de instancia, que entre Leonor Hidalgo y Jesús Antonio Mancera hubiera existido trato carnal en la época en que debió ser concebido el demandante, por lo cual no estaría demostrado el fundamento de esa presunción de paternidad natural.

En el segundo cargo, el impugnante denuncia violación, por aplicación indebida, de los artículos 4º, 6º y 9º de la Ley 75 de 1968 y 92 y 399 del Código Civil, a consecuencia de yerros fácticos en la apreciación del contenido de la prueba.

Después de transcribir el texto de los preceptos 399 del Código Civil y 9º de la Ley 75 apuntada, el recurrente expresa que "los testimonios allegados al proceso no es-

tablecen de un modo cierto la fecha exacta desde cuando principiaron las relaciones concubinarias entre Leonor Hidalgo y Jesús Antonio Mancera, condición indispensable para que el estado del hijo natural pueda ser establecido con sujeción a los presupuestos procesales previstos por los artículos transcritos, en razón de que se exige continuidad en las relaciones sexuales de cinco años por lo menos".

En seguida entra a analizar el contenido de las declaraciones de Angel Custodio Tovar, Angel María Daza, Timoteo Baquero, Luis Alfredo Ortiz y Jesús Arturo Tovar, para concluir que en ellas no se precisa "la fecha exacta de la iniciación de las relaciones concubinarias entre Leonor Hidalgo y Jesús Antonio Mancera, ni cuánto tiempo duraron tales relaciones, como tampoco se establece el lapso de tiempo, con cita de fechas, durante el cual éste hubiera dado trato público y notorio de hijo natural al menor Edgar Antonio Hidalgo".

La censura finaliza afirmando que "el Tribunal sentenciador, por errada apreciación de los hechos, aplicó indebidamente la ley sustancial y la quebrantó en forma indirecta".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Como prestamente se advierte con la simple lectura del fallo acusado y cual brota del resumen que de éste se hizo atrás, el Tribunal confirmó la sentencia apelada, no porque hubiera encontrado probada la presunción de paternidad fundada en relaciones sexuales, sino porque halló que se había demostrado a plenitud la posesión notoria del estado de hijo natural. De consiguiente, si la sentencia recurrida expresamente "desechó la primera de las presunciones de paternidad natural invocadas", la de trato sexual entre la madre del demandante y el presunto padre, síguese necesariamente que no aplicó ningún precepto de linaje sustancial relativo a ese punto y que, por lo mismo, no pudo infringir, por indebida aplicación, ni el artículo 92 del Código Civil, ni el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

Claramente indica lo anterior que el primer cargo está formulado en el vacío, pues es falso el piso en que se apoya. No puede prosperar, por tanto.

2. Y cuando el ad quem concluyó que se presumía que Jesús Antonio Mancera Norzagaray era el progenitor del demandante, lo hizo con estribo en que, con lo aseverado por los testigos Angel Custodio Tovar, Angel María Daza, Timoteo Baquero, Luis Alfredo Ortiz, Jesús Arturo Tovar y María Marchena Hidalgo, habíase acreditado la posesión notoria del estado civil de hijo natural del menor Edgar Hidalgo. Si el fallador, pues, fundó su decisión en el dicho de esos seis testigos, que apreció en conjunto, resulta ineficaz todo ataque que pretenda aniquilar las conclusiones del Tribunal imputándole error en la apreciación de sólo cinco de ellos y guardando silencio sobre las deducciones que hizo de lo declarado por el sexto. Tal omisión, que es falta grave en el recurso extraordinario, se aprecia en la formulación del segundo cargo.

Ha sido doctrina constante de la Corte, que emerge lógica y naturalmente de la índole propia del recurso de casación, que las sentencias, contra las que se propone este recurso extraordinario, llegan a la Corte tuteladas con presunción de que el sentenciador de instancia acertó tanto en la aplicación del derecho como en la apreciación del haz probatorio. De consiguiente, los puntos de la sentencia recurrida que no sean objeto de impugnación, o que siéndolo, ésta no resulte victoriosa, son intocables para la Corte y le obligan, como quiera que este recurso extraordinario no genera una nueva instancia en que pudiera entrarse a una revisión de todos los temas litigados por las partes y decididos antes. La sujeta materia del recurso de casación es la sentencia impugnada y no el litigio y el campo en que puede moverse la Corte no es el señalado por la demanda introductoria del proceso y por la contestación respectiva, sino el limitado marco que se forma por los puntos trazados en la demanda de casación.

De lo dicho síguese que el segundo cargo tampoco puede prosperar.

3. Por último, y con el empeño de lograr la unificación de la jurisprudencia nacional, objetivo principal al que apunta el recurso de casación, según lo declara el artículo 365 del Código de Procedimiento

Civil, la Corte se ve obligada a precisar los temas siguientes:

Primero. Cuando la Ley 75 de 1968, en su artículo 6º, al señalar taxativamente los casos que dan lugar a presumir la paternidad natural, dispuso, en el inciso segundo del numeral 4º, que las relaciones sexuales "podrían" inferirse del trato personal o social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, no con ello preceptuó que para dar por demostradas esas relaciones, "siempre" sea necesario demostrar que los progenitores se trataron de tal manera, ya personal, ya socialmente, que la naturaleza, intimidad y continuidad de ese trato permita sacar la inferencia de paternidad. El querer del legislador fue otro: permitir dar por demostrada la existencia de relaciones sexuales durante la época en que se presume haber ocurrido la concepción del demandante, cuando los antecedentes y el comportamiento de los amantes durante tal período permite inferir, por la naturaleza, intimidad y continuidad del trato que se han prodigado personal o socialmente en ese lapso, que entre ellos existieron relaciones sexuales. Es claro entonces que la continuidad de que habla ese texto legal no se refiere a las relaciones sexuales sino al trato de los amantes.

Hoy, como lo viene sosteniendo la Corte desde la vigencia de la Ley 75, las relaciones sexuales que permitan fundar la presunción de paternidad natural no tienen que ser ni públicas, ni estables, como sí lo exigía la abrogada Ley 45 de 1936. En la actualidad, con demostrar que entre la madre y un determinado hombre existieron relaciones sexuales durante la época en que, de derecho, se presume haber ocurrido la concepción del hijo, surge sólido fundamento para declarar la paternidad de aquél, aunque dichas relaciones no hayan trascendido al círculo familiar o al vecindario, y aunque hayan sido pasajeras y no estables. Ahora el trato carnal puede ser público y no estable, o puede tener estabilidad y no ser público, o puede suceder que no tenga ninguna de esas características. Lo decisivo es que efectivamente hayan existido relaciones sexuales y que su ocurrencia sea coincidente con la época en que, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, tuvo que ocurrir la concepción del hijo.

Si frente a la Ley 75, pues, no se requiere ni la estabilidad ni la notoriedad de las relaciones sexuales, es magno error afirmar, como lo hizo el Tribunal, que "no es posible reclamar la paternidad sobre prueba de lazos sexuales más o menos permanentes, pero ocultos, en el sentido de que quienes los sostienen no los han descubierto voluntariamente ante su ambiente social". Y grave yerro es también sostener que "no alcanza a probar suficientemente el dicho de quienes en forma casual o voluntaria han sorprendido a los amantes o han sido depositarios de sus confidencias o han llegado a inferir por medio diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento, un determinado vínculo de amor ilícito". Tales tesis guardaban concordancia con el régimen que imperó durante la vigencia de la Ley 45, mas ahora, frente a la reforma introducida por la 75 de 1968, esplende que desacompasan con el nuevo sistema legal y que, por tanto, deben ser proscritas inexorablemente.

Segundo. Cuando el demandante tiene el empeño de probar posesión notoria del estado civil de hijo, es superfluo que encamine su afán probatorio a demostrar la existencia de relaciones sexuales entre sus padres por el lapso de 5 años continuos, pues esa posesión notoria surge, no del trato que se hayan dado los padres entre sí, sino del que el presunto progenitor haya prodigado al hijo. En el caso de que se demuestre ese trato sexual, él sólo tendría eficacia en el evento de que coincida con la época en que fue concebido el hijo, y en tal hipótesis serviría para fundar una declaración de paternidad, mas no estribada en prueba de la posesión notoria, sino de relaciones sexuales.

Lo expuesto por el censor relativamente a este tema en el cargo segundo, resulta, entonces, ser descaminado.

V

Resolución

A mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 14 de noviembre último, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este proceso ordinario que, frente a los herederos de Jesús Antonio Mancera Norzagaray, promoviera el menor Edgar Hidalgo.

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

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

Obligaciones puras y simples, a plazo y condicionales. — En la promesa de compraventa la obligación es siempre condicional o a plazo. — Cumplida la condición ha de requerirse a la contraparte para constituirla en mora; no así vencido el plazo, cuando dies interpellat pro homine.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

En este proceso ordinario suscitado por Luis José Silva y Margarita Valdés Brochero frente a Hernando Obando Gutiérrez, los primeros interpusieron recurso de casación contra la sentencia de 17 de octubre de 1973, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

I

El litigio

1. En demanda que fue admitida en auto de 15 de mayo de 1970 por el Juez Civil del Circuito de Valledupar, Obando Gutiérrez fue llamado a proceso ordinario por Luis José Silva y Margarita Valdés, para que se declarase, por incumplimiento del primero, la resolución del contrato de promesa de compraventa que éstos habían celebrado con aquél, contrato contenido en documento privado calendado el 8 de marzo de 1965 en el corregimiento de Manaure del municipio de Robles, cuyo objeto fue la venta de la hacienda denominada "El Cielo", singularizada como se dice en ese escrito y que, consecuencialmente, se declarase que el demandado debe restituir a los demandantes el inmueble expresado con los frutos civiles y naturales recibidos durante el tiempo que tuvo la finca en su poder, y, finalmente, para que se condenase al demandado Obando Gutiérrez al pago de los perjuicios que les causó con su incumplimiento contractual y el de las costas procesales.

2. Estas peticiones tienen como base o causa los hechos que en seguida se compendian:

Entre demandantes y demandado se ajustó, el 8 de marzo de 1965, un contrato de promesa de compraventa por el que aquéllos se obligaron a transferir a éste, quien prometió adquirir a su vez, la finca rural denominada "El Cielo", de unas 100 hectáreas de extensión, ubicada en el corregimiento de Manaure del municipio de Robles y alindada como se dice en el escrito privado que recoge la promesa. El precio pactado, que fue de $ 160.000.00, debía cubrirlo Obando Gutiérrez en tres contados, el último de los cuales, que era de $ 45.000.00, se obligó a pagarlo el postrer día del mes de febrero de 1967. El prometiente comprador satisfizo los dos primeros contados, pero dejó de cancelar el tercero. Los demandantes se obligaron, por su parte, a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa "luego que recibieran el pago del último contado". Desde la misma fecha en que se concluyó y suscribió la promesa, ellos hicieron entrega material al comprador de la hacienda "El Cielo", la cual tenía, entonces, una producción anual de 350 quintales de café, que ha desmejorado notablemente por incuria del demandado. El incumplimiento de éste ha causado perjuicios a los demandantes.

3. Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia que finalizó con

sentencia de 15 de noviembre de 1972, por medio de la cual se acogen las pretensiones de la demanda. Apelada esta decisión por Hernando Obando Gutiérrez, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar la revocó y absolvió al demandado por medio de la suya calendada el 17 de octubre pasado, contra la cual los demandantes interpusieron el recurso de casación que ahora se decide.

III

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Tras copiar las peticiones y hechos de la demanda y luego de transcribir lo resuelto por el a quo, el ad quem expresa que el escrito demandatorio persigue obtener declaración de que, por incumplimiento de la obligación de pagar el precio, se resuelve el memorado contrato de promesa de compraventa. Expresa el Tribunal que la dicha promesa, por ser pacto bilateral, envolvía la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pero que por la misma bilateralidad del contrato, ninguno de los contratantes estaría en mora si el otro no cumplía por su parte las costas a que se obligó o se allanaba a cumplirlas.

A vuelta de analizar la prueba aducida, concluye el ad quem que, efectivamente, los demandantes hicieron entrega material al demandado de la finca "El Cielo" en el lugar y tiempo debidos, a pesar de lo cual éste dejó de pagar oportunamente $ 45.000.00, último contado del precio convenido, por lo cual "incumplió por este aspecto". Y agrega: pero como los demandantes no solamente se obligaron a hacer la entrega material del inmueble, sino que asumieron también la obligación de "correrle al prometiente comprador las respectivas escrituras al recibir el pago de la última cuota, lo que debía tener ocurrencia en el mes de febrero de 1967", y no hay prueba de que hayan satisfecho esta obligación o allanádose a cumplirla, concluye que, aunque el demandado no ha pagado el último contado del precio, desde luego que los demandantes tampoco han cumplido el pacto, aquél no está en mora a su vez, según lo preceptuado por el artículo 1609 del Código Civil. Que como los demandantes demostraron el incumplimiento de Obando Gutiérrez, mas dejaron de acreditar que ellos sí habían cumplido, "estaban en imposibilidad jurídica de intentar la acción resolutoria".

IIII

La demanda de casación

Un solo cargo se formula, en la órbita de la causal primera, por la vía indirecta del error de hecho, a causa del cual se infringió, por aplicación indebida, el artículo 1609 del Código Civil y, por falta de aplicación, los artículos 1546, 1530, 1536, 1539, 1542, 1602, 1603, 1608, 1613, 1614 y 1615 de la misma obra. Los yerros fácticos consisten en que, por haber dejado de apreciar la confesión del demandado contenida en las posiciones que absolvió y por haber apreciado erróneamente el contrato de promesa de compraventa, el Tribunal no tuvo como demostrado, estándolo, "que la obligación de los prometientes vendedores de otorgar la correspondiente escritura estaba sujeta a una condición suspensiva que, por haber fallado, impidió su nacimiento"; y en "haber tenido como probado sin estarlo, que los prometientes vendedores incumplieron la obligación de otorgar la escritura de compraventa y se colocaron en mora de hacerlo".

Desenvolviendo su impugnación, el censor dice que está fuera de debate que los demandantes cumplieron plenamente su obligación de hacer la entrega material de la finca "El Cielo", y que el demandado incumplió la suya de pagar el último contado del precio. Que en cuanto a la entrega jurídica que aquéllos deberían hacer, la cláusula cuarta del contrato de promesa estipula lo siguiente: "los vendedores se comprometen a darle al comprador las escrituras de dicha finca al recibir el pago del último contado", de donde surge que la obligación de aquéllos era condicional y la de éste a plazo. No había simultaneidad, como erradamente lo entendió el fallador. "Otra cosa hubiera sido si en el contrato se estipula que el pago de la última cuota

debía hacerse en el momento del otorgamiento de la escritura" de compraventa, pues "en esas condiciones sí habría sido procedente, y hasta necesario, exigirles a los prometientes vendedores la prueba de que estuvieron dispuestos o allanados a cumplir su obligación, pues ésta no había estado sujeta a condición alguna". Que solamente después de pagarse todo el precio "surgía la obligación de otorgar la escritura", pues aquél era el hecho futuro "de que dependía su nacimiento".

Agrega el censor que el yerro fáctico del Tribunal se originó también en deficiente apreciación de la respuesta dada por el demandado a la séptima de las posiciones que los demandantes le formularon, pues aquél aceptó ser cierto que éstos debían otorgar la escritura pública de venta "una vez el absolvente les cancelara el último contado, vale decir, después de recibir el pago de manos del prometiente comprador", a pesar de lo cual el ad quem entendió que era simultánea la exigibilidad de una y otra obligación.

Para finalizar su ataque, el recurrente arguye:

"Tales errores condujeron al Tribunal a infringir, por aplicación indebida, el artículo 1609 del Código Civil, por cuanto desconoció la acción resolutoria en cabeza de los demandantes o la tuvo como errada mediante el reconocimiento oficioso de la exceptio non adimpleti contractus. La aplicación indebida de esa norma lo llevó a dejar de aplicar los otros preceptos que se citan en el cargo, de modo especial el artículo 1546 que consagra la acción resolutoria por incumplimiento de uno de los contratantes, y los artículos 1613, 1614 y 1615, reguladores de la indemnización de perjuicios".

Y con fe en que el ataque ha de salir triunfante, dice que, casada la sentencia impugnada, la Corte, como tribunal de instancia, reforme los numerales 3º y 4º de la del a quo para que haga, en concreto, "condena por perjuicios y por lucro cesante, de acuerdo con las cifras suministradas por los peritos".

La Corte considera

1. En las obligaciones puras y simples, el momento en que la obligación nace y aquel en que debe ser cumplida, es decir, el instante del nacimiento y el de su exigibilidad, se confunden. Esos dos momentos son uno mismo en el tiempo. No acaece lo propio en las obligaciones a plazo, en que a pesar de existir ya la obligación, su cumplimiento, en principio, sólo puede demandarse después de que llega el tiempo prefijado para el pago (artículo 1553 del Código Civil); la ley ha definido el plazo como la época que se determina para el cumplimiento de la obligación (Art. 1551 ibídem). En esta última especie de obligaciones, pues, no puede exigirse su pago antes de expirar el concedido, exceptuándose los casos excepcionales del artículo 1553 citado, desde luego que contemplan claras situaciones en que las posibilidades de cumplimiento por parte del deudor se ven menguadas palmariamente.

De manera semejante, en las obligaciones condicionales, como lo declara el artículo 1542 de la misma obra, no puede exigirse su cumplimiento sino verificada la condición totalmente.

Pero, de que los artículos 1542 y 1553 precitados establezcan, en general, que tanto en las obligaciones condicionales como en las a plazo no puede exigirse su cumplimiento "sino verificada la condición totalmente" o "antes de expirar el plazo", no se sigue que plazo y condición sean una misma cosa y que produzcan los mismos efectos jurídicos. La condición, como bien la define el artículo 1530 antecedente, consiste en un acontecimiento futuro, que puede suceder o no, en tanto que el plazo es el tiempo cierto prefijado para cumplir la obligación ya nacida; la condición siempre entraña acaecer futuro, pero incierto, es decir, que su ocurrencia puede llegar o no, mientras que el plazo, aunque también conlleva idea de futuridad, entraña la idea de ocurrencia cierta, porque, de antemano, se sabe que llegará el día señalado o expirará el plazo convenido. No sucede lo mismo tratándose de la condición, cuya característica esencial es precisamente la incertidumbre, la posibilidad de suceder o no, albur que no puede adivinarse con antelación. También diferénciase la obligación a plazo de la condicional, en que la primera nace, como las puras y simples, coetáneamente con la formación de la fuente de donde dimana, que generalmente es el con-

trato, mientras que la obligación sujeta a condición suspensiva, tiene su nacimiento en suspenso hasta que ocurra el acontecimiento futuro e incierto en que consiste la condición, ya que antes de este momento no tiene vida jurídica ni, por ende, posibilidad de exigirse su cumplimiento.

Adviértese, pues, que en las obligaciones puras y simples, es uno mismo el tiempo en que se forma el manantial de donde proceden, uno mismo aquel en que la obligación nace y uno mismo el de su exigibilidad; en las a plazo, a pesar de que nacen al mismo tiempo con la fuente de donde dimanan, el momento en que pueden hacerse exigibles es posterior, pues el acreedor sólo podrá demandar su cumplimiento cuando expire el plazo; finalmente, la obligación condicional, bajo condición suspensiva, no nace simultáneamente con la fuente de donde derívase, pues ésta queda formada con antelación al nacimiento de aquélla, que sólo nacerá en el evento de ocurrir el acontecimiento futuro e incierto del cual se hizo depender su nacer; en esta clase de obligaciones solamente pueden ser simultáneos el tiempo de su nacimiento y el de su exigibilidad.

2. No obstante el auge del empleo de medios mecánicos en todos los estados de la vida actual y a pesar del avance operado últimamente en la doctrina de la culpa aquiliana, la principal entre las fuentes de las obligaciones civiles sigue siendo el contrato. Es la voluntad jurídica el manantial más prolífico y el que, por no ser imprevisto ni impuesto, consulta mejor el querer individual de los asociados, lo cual no entraña crítica alguna al hondo sentido de protección social en que descansan, en el punto, los principios del enriquecimiento sin causa, de la expresa voluntad de la ley y de la lex aquilia que, con profundo sentido ético, obliga a la reparación del daño causado por toda negligencia o dolo.

Ajustada la voluntad de los contratantes sobre unos mismos postulados con entraña capaz de producir efectos jurídicos, en tratándose de pacto sinalagmático, surgen obligaciones para cada parte, las que, en principio, deben satisfacerse simultánea e inmediatamente, de no estar sujetas a modalidades como el plazo o la condición. Mientras la voluntad de los convencionistas no intervenga para modificar los efectos que, en general, producen los contratos bilaterales en que las obligaciones asumidas serían puras y simples, cada parte puede exigir el cumplimiento de la obligación que respectivamente se le deba.

3. Por la índole propia de la promesa de compraventa de inmuebles, que es convención bilateral, la principal obligación que contrae el vendedor es de hacer, como quiera que generalmente consiste en el otorgamiento de escritura pública de enajenación. Esta precisa obligación nunca es pura y simple en la hipótesis contemplada, pues para su cumplimiento se debe fijar siempre un plazo o sujetarla al acontecer de un hecho futuro e incierto, es decir, que, por mandato de la ley, la obligación es siempre condicional o a plazo. Y apenas es lógico que así sea, pues el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que concedió efectos jurídicos a la promesa de celebrar un contrato, derogando el precepto negativo del artículo 1611 del Código Civil, señaló entre otras, como circunstancia que debía revestir tal acto, el que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

4. Si, como ocurre en el caso litigado en este proceso, los prometientes vendedores, por el contrato de promesa se obligaron pura y simplemente a hacer entrega material al comprador del inmueble objeto del pacto y, al mismo tiempo, se obligaron condicionalmente a otorgarle la escritura de venta, pues acordaron que ésta se extendería una vez ocurriera el pago total del precio, es claro que esa precisa obligación sólo nacía al mundo jurídico después de que ocurriera el hecho de que dependía su nacimiento: el pago íntegro del último contado. Antes de suceder tal cosa, los vendedores no tenían aún a su cargo el deber de otorgar la respectiva escritura, pues la obligación, por ser condicional bajo condición suspensiva, sólo podía nacer a la vida del derecho una vez acaeciera el suceso futuro e incierto del que dependía su existencia. Antes de producirse el pago del último contado, pues, no nacía a la vida jurídica esa obligación, lo cual indica claramente que en tanto el prometiente comprador no satisficiera su obligación de pagar, no podía

demandar la condicional contraída por los prometientes vendedores.

Y es más, aun en el evento de que el pago se hubiera satisfecho en el lugar y tiempo debidos, para que los prometientes vendedores quedaran incursos en mora, no bastaba con probar que la condición suspensiva se había cumplido, sino que era indispensable acreditar, además, que habían sido requeridos para el cumplimiento. Siendo condicional y no a plazo la obligación que tendrían los demandantes de otorgar la escritura de venta, la simple ocurrencia del hecho en que consistía la condición suspensiva no era bastante para que quedaran en mora inmediatamente, no obstante los términos en que está redactado el artículo 1542 del Código Civil, pues para que tal aconteciera se requería a tono con el canon 1508 de la misma obra, la reconvención o requerimiento previo del deudor.

No sucedía lo mismo respecto al promitente comprador, pues la obligación de pagar íntegramente el precio era obligación a plazo, por lo cual, no pagando el último contado dentro del término estipulado para ello, automáticamente quedaba constituido en mora, ya que en las obligaciones de esa especie no es menester requerir al deudor para constituirlo en mora, desde luego que en tal punto señorea el principio que se enuncia diciendo: dies interpallat pro homine, consagrado en el artículo 1608-1º del Código Civil.

5. Ahora bien, si el demandado no pagó el último contado del precio que, según el escrito en que está consignada la promesa de compraventa de la finca "El Cielo", debía cubrirse en el mes de febrero de 1967, es claro que él incumplió esa específica obligación. De otro lado, como los prometientes vendedores, según la cláusula cuarta del documento en que está contenida la promesa de venta, se obligaron "a darle al comprador las escrituras de dicha finca al recibir el pago del último contado", es decir, como lo confesó el demandado, "una vez" les cancelara ese instalamento (posición séptima), síguese que los prometientes vendedores no estaban obligados a otorgar la escritura apuntada antes de que se satisficiera ese pago.

6. Despréndese de todo lo anterior que el Tribunal incurrió en el yerro fáctico que le endilga el censor, pues encontró que el prometiente comprador, no obstante que dejó de pagar el precio en el lugar y tiempo convenido, dejando vencer el plazo que para ello tenía, y no obstante que no alcanzó a nacer la obligación de otorgar la escritura de venta, la cual estaba condicionada a que primero se hiciera ese pago, encontró que los demandantes no se habían allanado a satisfacerla ni la habían cumplido.

Debe casarse, pues, la sentencia recurrida y pronunciarse la que ha de reemplazarla, para lo cual

Se considera

a) No se encuentra reparo en cuanto a que están satisfechos los presupuestos procesales, lo cual permite dictar sentencia de mérito;

b) La Corte colocada, en virtud de la prosperidad del recurso de casación, en el lugar del Tribunal, debe entrar a revisar la sentencia de 15 de noviembre de 1972, dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, que declaró la resolución de la promesa de contrato y contra la cual sólo el demandado interpuso el recurso de apelación. Como primera conclusión de este último hecho, impónese la de que el fallo apelado no podrá modificarse en ningún sentido que agrave la posición del demandado, desde luego que él sólo interpuso el recurso de alzada y que los demandantes se conformaron íntegramente con lo decidido en esa providencia. Tal el motivo poderoso para que, en ningún caso, puedan modificarse, como lo pidió el recurrente en casación, los numerales 3º y 4º;

c) La pretensión de los demandantes es la de resolución de la promesa de contrato de compraventa que celebraron con el demandado Obando Gutiérrez, según consta en el escrito privado que suscribieron el 8 de marzo de 1965 (Fls. 2 y 3 del cuaderno 1º).

Los demandantes, con la prueba de confesión del adversario, probaron no solamente que habían satisfecho la obligación de hacer entrega material a Obando de la finca prometida en venta, sino que acreditaron que éste dejó de pagar, en el tiempo convenido, el último contado del precio estipulado. Y si en verdad los demandantes no

otorgaron la respectiva escritura de compraventa, ello en nada favorece la situación del demandado, pues esa obligación, por ser condicional, y desde luego que nunca ocurrió el hecho de cuyo acaecer pendía su nacimiento, no alcanzó a nacer y menos a ser exigible.

La consideración antecedente es estribo sólido para apoyar en ella la declaración de resolución de la ameritada promesa de compraventa y para condenar a la indemnización de perjuicios, pues está demostrada la mora en que, por no pagar el precio, incurrió el prometiente comprador (Art. 1546 del C. C.). La fijación del daño emergente, sin embargo, no podrá hacerse en la suma de $ 80.000.00, como lo hizo el a quo con base en el dictamen pericial rendido en el proceso, ni podrá condenarse en abstracto al pago de lucro cesante, pues los protagonistas de la promesa de venta, anticipadamente, habían determinado la suma de $ 10.000.00 como cantidad que el contratante infiel debía pagar al que cumpliera por su parte, en caso de quebranto de la convención. Tal resulta del contenido de la cláusula tercera del documento que recoge el contrato, la cual fue redactada así: "el que reincida (sic) el presente contrato pagará, como perjuicios, por este concepto, a la otra parte, la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00)". Por ende, la condena por perjuicios, comprendiendo en ellos lucro cesante y daño emergente, no podrá rebasar la cantidad expresada últimamente. (Art. 1600 del C. C.).

Ahora bien, como aparece demostrado que el prometiente comprador pagó a los demandantes, como parte del precio, la suma de ciento quince mil pesos ($ 115.000.00), se dispondrá que esta cantidad sea devuelta a aquél, mas reconociéndoles derecho a compensarla hasta el monto de las sumas que, por concepto de perjuicios y frutos, deberá pagarles el demandado.

Este, para el pago de frutos, será considerado como poseedor de mala fe, según lo dispuesto por el artículo 1932 del Código Civil.

No se advierte que esté demostrada ninguna excepción, en especial las de compensación y contrato incumplido, propuestas por el demandado, por lo cual así se declarará.

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 17 de octubre de 1973, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar y en su lugar, actuando como tribunal de instancia,

Resuelve:

1º Declárase que no están probadas las excepciones propuestas.

2º Confírmanse los numerales 1º, 2º, 3º y 5º de la sentencia dictada el 15 de noviembre de 1972 por el Juez Segundo Civil del Circuito de Valledupar, pero con las reformas de que la liquidación de frutos se hará por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y que al demandado se le condena al pago de frutos, mas no en su totalidad, sino en la proporción que corresponda a la parte del precio que no pagó (Art. 1932 del C. Civil).

3º Revócase el numeral 4º de la misma y, en su lugar, condénase a Hernando Obando Gutiérrez a pagar a Luis José Silva y Margarita Valdés Brochero, la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) por concepto de los perjuicios que les causó en el incumplimiento del contrato.

4º Dispónese que los demandantes restituyan al demandado Hernando Obando Gutiérrez, la suma de ciento quince mil pesos ($ 115.000.00) que de él recibieron como parte del precio, quedando los primeros facultados para descontar de esta suma, a título de compensación, aquellas a que fue condenada la parte demandada por concepto de frutos y perjuicios.

5º El demandado pagará también el 50% de las costas de segunda instancia. Sin cos-

tas en casación, porque el recurso extraordinario salió triunfante.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

(Venta de vehículo con reserva de dominio).

Requisitos de la acción.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 29 de noviembre de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por Carlos Enrique Roa Ardila frente a Silverio Hernández.

I

Antecedentes

El 16 de marzo de 1971, según el documento privado que en esa fecha otorgaron en la ciudad de Tocaima, se ajustó entre Silverio Hernández y Carlos Enrique Roa Ardila el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) Expresó el primero vender al segundo, y éste manifestó comprar a aquél, la camioneta marca "Dodge", distinguida con las placas números VS-8023, motor FT-12528, modelo 1970, capacidad de 2 y ½ toneladas, "tipo estacas, mixto, color blanco-verde-rojo, de cuatro puertas", afiliada a la empresa de servicio público denominada "Cootracaice";

b) Acordaron los contratantes como precio del automotor la suma de $ 120.000.00, que el comprador se obligó a pagar así: $ 58.260.00 que en ese acto entregó al vendedor a su satisfacción; y los $ 61.740.00 restantes que debía cubrir "a la compañía Autogiral S. A., de Girardot, en veintiuna (21) letras de dos mil novecientos cuarenta pesos ($ 2.940.00) cada una, la primera de las cuales vence el cinco (5) de abril próximo; la segunda un (1) mes después, o sea el cinco (5) de mayo del presente año, y así sucesivamente cada mes y sin interrupción";

c) Mediante la cláusula cuarta del pacto, expresaron las partes que "los documentos de traspaso serán, en su confección, de cargo del comprador, y los costos que ello demande ante las autoridades de tránsito, serán de cargo del vendedor, quien queda obligado a su tramitación el próximo mes de abril", y

d) Obligóse el comprador, quien entonces manifestó haber recibido desde esa fecha el vehículo, a someterse "a los requisitos que la compañía Autogiral exija para la sustitución de deudor"; y el vendedor se comprometió a entregar a aquél "todos los documentos que acrediten la propiedad del vehículo, tales como tarjeta de propiedad, revisado y tarjeta de afiliación a la empresa de servicio público para efecto del tránsito".

III

El litigio

1. Invocando primeramente como hechos constitutivos de la causa petendi los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que el vendedor "no cumplió en tiempo, ni lo ha hecho aún" su obligación de entregar los documentos de propiedad del automotor y los demás indispensables para el tránsito de éste; que el comprador, quien sí cumplió con todos los de-

beres que para él generó el contrato, por causa del incumplimiento del demandado ha tenido que mantener inmovilizado el vehículo para "no incurrir en violación de reglamentos"; y que ya no tiene interés en "perseverar" en el convenio, el citado Carlos Enrique Roa demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot a Silverio Hernández, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de las obligaciones del vendedor, el contrato de compraventa acordado por ellos y contenido en documento suscrito en la ciudad de Tocaima el 16 de marzo de 1971; b) Que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituir al demandante, dentro del término que la sentencia le fije, las sumas que por concepto del precio éste ha pagado a aquél, y c) Que igualmente se lo condene al pago de los perjuicios provenientes de su incumplimiento, los que el actor estimó en $ 500.00 diarios, "o en su defecto, en la suma que se liquide en el decurso del proceso".

2. Oportunamente el demandado contestó la demanda negando los hechos en ella contenidos, salvo los atinentes a la celebración de la compraventa y su precio, los cuales aceptó, y oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

Aseveró que además de haber entregado satisfactoriamente al comprador el automotor enajenado, ha estado siempre listo a cumplir "con los denominados documentos de traspaso"; que éstos, sin embargo de haberse confeccionado, no se han perfeccionado porque el adquirente no ha llevado el vehículo a la ciudad de Sevilla donde está matriculado; que, de otro lado, el demandante "aún no ha terminado de pagar el precio convenido, pues lo viene haciendo de acuerdo a (sic) los plazos estipulados"; y que como en el contrato se estipuló el pacto de reserva de dominio a favor de la compañía que fue la vendedora inicialmente, "el traspaso o enajenación del vehículo no se puede efectuar hasta tanto el comprador demandante no cancele la última cuota del precio". Y fundándolas en estas afirmaciones, el demandado propuso las excepciones de contrato no cumplido por el demandante y petición antes de tiempo.

3. Replicada así la demanda, surtióse a continuación la primera instancia del proceso a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 18 de septiembre de 1972, mediante la cual declaró probada la excepción de contrato no cumplido por el demandante y condenó a éste al pago de las costas procesales.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida con dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en fallo de 29 de noviembre último, luego de revocar la primera resolución contenida en el apelado y de confirmar la segunda, decidió "denegar las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia"; absolver al demandado de los cargos formulados en su contra; y condenar al recurrente al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso.

IIII

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de relacionar los antecedentes del litigio, expresa el Tribunal que como la relación procesal está regularmente constituida por concurrencia de todos los presupuestos indispensables para ello, se impone el pronunciamiento de un fallo que decida en el fondo el problema planteado.

2. Amparado en este razonamiento inicial, el sentenciador ad quem acomete el estudio de la acción resolutoria de contrato, que es la que encuentra deducida principalmente en el libelo incoativo del proceso y cuya consagración positiva, añade, está en el artículo 1546 del Código Civil.

Asevera, al punto, que conforme a la preceptiva contenida en dicho texto legal y según también la jurisprudencia patria al respecto, la referida acción reclama para su procedencia de los siguientes tres presupuestos: existencia de un contrato bilateral; incumplimiento del demandado en las obligaciones que para éste generó el pacto; y cumplimiento de las suyas por parte del demandante, o cuando menos allanamiento del mismo a cumplirlas, de los cuales afirma que, en el presente caso, solamente el primero se halla plenamente comprobado.

Refiriéndose al segundo de los tres elementos enunciados, el Tribunal, después de concretar las diferentes obligaciones que del contrato plasmado en documento de 16 de marzo de 1971 surgieron para Silverio Hernández, como vendedor del vehículo, expresa que éste "no ha satisfecho ninguna de ellas", porque, explica, si bien los documentos que acompañó al escrito de contestación de la demanda son auténticos, ellos sin embargo "en modo alguno pueden estimarse como prueba del cumplimiento, por parte del demandado, de las obligaciones que contrajo al suscribir el contrato... porque no existe constancia de que hubieran sido presentados ante las autoridades administrativas de tránsito, ni mucho menos que hubieran sido tramitados por éstas".

En seguida emprende el sentenciador el análisis del último de los tres presupuestos indicados. Y después de notar que según los términos del documento en el cual se plasmó el contrato de compraventa ajustado entre los sujetos del litigio, el comprador adquirió el deber de pagar a la firma "Autogiral S. A." de Girardot el saldo del precio acordado para el vehículo comprado, descargando 21 letras de cambio por valor de $ 2.940.00 cada una, en pagos mensuales y sucesivos a partir del 5 de abril de 1971 en que debía cancelar la primera, asevera que el demandante no ha cumplido con esta obligación, fundando su aserto en que "el documento visible al folio 3 del cuaderno número 2, apenas demuestra que el señor Carlos Enrique Roa Ardila ha venido pagando las letras cumplidamente, pero no que las haya cancelado en su totalidad, como es su obligación contractual..."

3. Finalmente, concretando sus consideraciones a las excepciones de contrato no cumplido y petición prematura que propuso el demandado, el ad quem, censurando el reconocimiento que de la primera de éstas hizo el a quo en su fallo, afirma que siendo la excepción "el medio de defensa que la ley le ofrece al demandado para impugnar las pretensiones del actor, cuando éstas no prosperan, como acontece en el caso sub judice, se hace inoficioso el estudio de tales excepciones". Y con apoyo en su postulado dice el Tribunal, y así lo resuelve en su sentencia, que el primer ordenamiento de la providencia apelada "debe ser revocado", para, en su lugar, negar las pretensiones deducidas en la demanda.

IV

El recurso extraordinario

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 le formula dos cargos, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Primer cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 1546 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación del documento de 17 de marzo de 1972, visible al "folio 2 del cuaderno Nº 2 del expediente", y al interpretar la demanda.

2. En desenvolvimiento de la censura el recurrente, luego de afirmar que conforme a las estipulaciones del contrato el comprador se obligó, para cubrir el saldo del precio de la venta, a pagar el 5 de cada mes, a partir de abril de 1971, el valor de cada una de las 21 letras de cambio giradas a favor de la compañía "Autogiral S. A." de Girardot, asevera que el demandante, por la época en que instauró su demanda, había cancelado "satisfactoriamente cada una de las letras vencidas hasta ese momento", como lo expresa la certificación expedida por la compañía acreedora en marzo de 1972. Que, en consecuencia, incurrió el Tribunal en evidente yerro de facto al sostener que el demandante estaba en mora de cumplir con la obligación de pagar el precio.

"La recta apreciación del contenido del documento visible al folio 2 del cuaderno Nº 2 del expediente, proveniente del acreedor Autogiral S. A., —expresa el impugnador— no deja duda alguna acerca del cumplimiento por el señor Carlos Enrique Roa de su obligación contractual en los términos previstos"; y, añade que como el error

en que incurrió el sentenciador al interpretar el contenido de dicho escrito, fue el fundamento cardinal del fallo desestimatorio de la pretensión del demandante, dejó de aplicar, violándolo por ende, el artículo 1546 del Código Civil.

V

Consideraciones de la Corte

1ª Ha sido doctrina constante de esta corporación, dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el artículo 1546 del Código Civil, la de que 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, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas.

Lo cual significa que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso.

2ª 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, generalmente según lo preceptuado por el artículo 1608 del Código Civil, 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 es exigible desde el instante del nacimiento de aquélla. Y si bien es ésta la regla general, nada impide que las partes puedan convenir en que el pago no sea exigible sino luego de cierto plazo, o que lo sea de cumplimiento sucesivo: 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.

3ª En la especie de esta litis el demandante Carlos E. Roa Ardila, como comprador del vehículo atrás especificado, según lo expresa el documento contentivo del contrato, adquirió la obligación de pagar a partir del 5 de abril de 1971, por concepto de saldo del precio, en 21 cuotas mensuales y sucesivas de $ 2.940.00 cada una, la cantidad de $ 61.740.00 a la compañía "Autogiral S. A." de Girardot. Se estipuló, pues, una obligación no de cumplimiento inmediato sino sucesivo y por ello el deudor debía satisfacerla a medida que cada uno de los instalamentos se hiciera exigible.

Y efectivamente así lo hizo, cuando menos en relación con las doce primeras letras de cambio, puesto que la entidad acreedora, en documento por ella suscrito el 17 de marzo de 1972, expresa que "el señor Carlos Roa Ardila, ha venido cancelando hasta la fecha las letras a cargo del señor Silverio Hernández, mensualmente y en la fecha de su vencimiento"; hecho éste que, de otra parte, lo acepta el demandado, puesto que en el interrogatorio por él absuelto el 16 de marzo del mismo año, al responder la pertinente pregunta manifestó: "A mi no me han cobrado nada, debe estar (se refiere a Roa) cumpliendo" con "las cuotas mensuales del saldo del precio del vehículo".

4ª Al analizar el contexto del documento de 17 de marzo de 1972 dedujo el Tribunal, y sobre tal presupuesto edificó su sentencia, que no habiendo pagado hasta entonces el comprador todo el saldo del precio del vehículo por él adquirido, estaba en mora de cumplir sus compromisos y que, como consecuencia, carecía de derecho para demandar la resolución del contrato.

Al razonar así, el sentenciador de segundo grado incurrió en evidente falencia, puesto que olvidando que se trataba, según lo pactado por las partes, de obligaciones de cumplimiento sucesivo y no inmediato, vio en dicho documento, sin aparecer ciertamente de su contenido, la prueba de la mora del comprador en su obligación de pagar el saldo del precio por el mes de octubre de 1971, cuando presentó su demanda y le fue admitida. Y palmar es que dicho instrumento expresa, al contrario de lo que de él dedujo el Tribunal, que hasta el 17 de marzo de 1972, y por ende a la época de la presentación de su demanda, el compra-

dor había satisfecho cabalmente las obligaciones que para él generó el contrato cuya resolución se demanda.

5ª Si, pues, al apreciar el documento de 17 de marzo de 1972, otorgado por la compañía "Autogiral S. A." de Girardot en su calidad de acreedora de la deuda, el ad quem desfiguró la objetividad misma de este medio de la prueba haciéndole decir lo que él no expresa, debe seguirse que incurrió en error de hecho manifiesto, yerro que trascendió a su fallo absolutorio y con esta decisión al quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 1546 del Código Civil; y que, por consiguiente, procede casar la sentencia impugnada.

VI

Sentencia sustitutiva

1º Presupuestos del proceso

En el caso sub judice 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 encuentra 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 Girardot, ante el cual se formuló la demanda, era legalmente el 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 una cuestión de jurisdicción contenciosa entre particulares, domiciliados en uno de los municipios integrantes de ese circuito judicial; el escrito mediante el cual el demandante suplica otorgamiento de tutela jurídica para un derecho suyo, observó en su estructuración las formalidades establecidas por los artículos 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil para toda demanda, a más de que se le imprimió el trámite legalmente indicado para la pretensión en ella deducida; asimismo la capacidad para ser parte de un proceso también está 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 mayoridad, a más de que tanto el uno como el otro han estado asistidos por abogados inscritos.

2º Las pretensiones deducidas y las pruebas practicadas

1. En el presente caso, según se infiere claramente tanto del petitum de la demanda como de la causa petendi en ella expresada, el demandante ejercita principalmente la acción resolutoria de un contrato ajustado entre él y su demandado; y acumulada consecuencialmente a ésta la de indemnización de perjuicios, consagradas positivamente en el artículo 1546 del Código Civil al decir que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado"; y que, en tal supuesto, "podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Analizando el alcance de esta disposición, **han dicho insistentemente la doctrina y la jurisprudencia 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 forma y tiempo debidos.**

2. En el presente caso el primero de dichos presupuestos queda suficientemente acreditado con el documento suscrito por los contratantes el 16 de marzo de 1971, oportunamente aducido al proceso y expresamente reconocido por sus otorgantes, por lo que constituye plena prueba de sus estipulaciones.

En él, Silverio Hernández, como vendedor, y Carlos Enrique Roa Ardila, como comprador, plasmaron las condiciones del contrato de compraventa de la camioneta de placas VS-8023 que en esa fecha ajustaron, convención de la cual nacieron obligaciones recíprocas para las partes, teniendo por tanto carácter bilateral. Y este contrato, que no es contrario al orden público ni a las buenas costumbres, es para ellos una ley

privada que debe regir las relaciones que el acto generó, conforme a los efectos del principio de la normatividad jurídica contenida en el artículo 1602 del Código Civil.

3. Según el acuerdo de voluntades plasmado en el referido documento, a más del deber de entregar materialmente al adquirente el vehículo enajenado, el cual ciertamente cumplió como éste lo confiesa en el respectivo instrumento, el vendedor adquirió las siguientes dos obligaciones: a) Tramitar ante las autoridades de tránsito, durante "el próximo mes de abril", los documentos de traspaso del automotor, y b) Entregar a su comprador las tarjetas de propiedad, revisado y de afiliación "a la empresa de servicio público para efecto del tránsito".

Y es indiscutible que el vendedor no cumplió dentro del plazo estipulado, ni lo hizo durante el tiempo transcurrido hasta noviembre de 1971 en que contestó la demanda, ninguna de estas dos específicas obligaciones, por lo cual incurrió en mora. Así lo acredita no sólo la afirmación del demandante sino los mismos documentos que el demandado adujo al proceso, o sea la solicitud dirigida al Director de Tránsito de Sevilla, la patente de servicio público expedida el 31 de diciembre de dicho año y la certificación expedida por la Cooperativa de Transportadores de Caicedonia; pues el hecho de que el vendedor los hubiera acompañado a su demanda, sin demostración alguna de que hasta entonces hubiera realizado gestiones para imprimirles el trámite necesario, como era su deber contractual, significa que evidentemente incumplió los compromisos que para él surgieron del pacto.

4. Como se vio al despachar el cargo que prosperó, Roa Ardila, como comprador del vehículo, cuando menos hasta marzo de 1972 cumplió con la obligación de pagar el precio en la forma y tiempo debidos contractualmente, puesto que, como allá se analizó, la compañía "Autogiral S. A." de Girardot, en su carácter de beneficiaria de las letras de cambio que representaban el saldo del precio y que el comprador debía descargar en mensualidades sucesivas, a partir del 5 de abril de 1971, certifica el 17 de marzo de 1972 que el obligado "ha venido cancelando hasta la fecha las letras a cargo del señor Silverio Hernández, mensualmente y en la fecha de su vencimiento".

Además, el propio demandado reconoce la certeza de este hecho, desde luego que en la etapa probatoria del proceso, al absolver el interrogatorio que se le formuló el 16 de marzo de 1972, paladinamente expresó que si la compañía no le había cobrado hasta entonces el valor de ninguno de dichos títulos-valores, era porque Roa Ardila venía cumpliendo con esta obligación.

5. Confluyendo, pues, en el presente caso todos los requisitos esenciales de la acción resolutoria, la pretensión principalmente deducida en la demanda incoativa del proceso está destinada a prosperar, razón por la cual se impone la infirmación de la sentencia apelada.

6. Como consecuencia lógica de la anterior conclusión, o sea de la resolución del contrato de compraventa ajustado el 16 de marzo de 1971 entre Silverio Hernández y Carlos Enrique Roa Ardila, se impone condenar a éste a restituir a aquél el automotor objeto de la convención resuelta, junto con los frutos por él mismo producidos desde la fecha de celebración del pacto, en la cuantía que luego se fije mediante el procedimiento previsto por los artículos 306 y 307 del Código de Procedimiento Civil, pues por no haberse determinado su valor en el proceso la pertinente condena se hará in genere.

Por su parte, el demandado debe restituir al demandante las sumas pagadas por éste por concepto de precio del automotor, tanto la entregada directamente a aquél como las que por tal concepto pagó a la compañía "Autogiral S. A." de Girardot, junto con los intereses legales por ellas causados a partir de las fechas de los abonos respectivos y hasta cuando se haga la correspondiente devolución, pues a falta de demostración de otros perjuicios, los determinados por el incumplimiento del vendedor se convierten en dicha prestación, a términos de lo estatuido por el artículo 1617 del Código Civil.

3º Las excepciones propuestas

1. Como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, al contestar la demanda el demandado propuso las excepciones

que denominó "contrato no cumplido por parte del demandante" y "petición antes de tiempo".

El excepcionista hizo consistir los medios defensivos por él aducidos en las afirmaciones de que el demandante "no ha cancelado el precio total de la compra", ni cumplió el deber "de confeccionar los documentos de traspaso", el primero; y el segundo, en que mientras esté vigente el pacto de reserva de dominio contractualmente estipulado a favor de la compañía importadora del automotor, el comprador no puede pedir la resolución del pacto.

2. Así al despachar el cargo que prosperó como en las consideraciones que la Corte hizo en el capítulo "sentencia sustitutiva", quedó visto que el comprador sí cumplió oportuna y eficazmente, en cuanto dice a la obligación de pagar el saldo del precio de la compraventa, el deber periódico y sucesivo de recoger las letras en el momento en que éstas se hicieron exigibles.

Y si bien es verdad que era también obligación suya, según el contrato, la confección material de los documentos necesarios para el traspaso del vehículo, no es menos cierto que igualmente cumplió dicho compromiso, desde luego que ellos fueron escritos y firmados por él y así se aportaron al proceso como prueba. Luego esta primera excepción está llamada a no prosperar.

Y está también destinada a fracasar la segunda, puesto que el pacto de reserva de dominio estipulado en favor de la compañía importadora en la compraventa del automotor inicialmente acordada, no puede impedir la resolución de la convención de igual naturaleza ajustada posteriormente entre el comprador de dicha entidad y el aquí demandante, que es la única relación material que ahora se controvierte y por tanto, dados los efectos relativos del fallo, las decisiones que en este proceso se tomen en nada afectan la existencia de dicho pactum reservati dominii.

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 veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Carlos Enrique Roa Ardila frente a Silverio Hernández, y actuando como tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Girardot.

Segundo. Declárase resuelto, por incumplimiento del vendedor, el contrato de compraventa celebrado entre Silverio Hernández y Carlos Enrique Roa Ardila, de que da cuenta el documento privado otorgado por éstos el diez y seis (16) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971) en la ciudad de Tocaima.

Tercero. Condénase al demandante Carlos Enrique Roa Ardila a restituir al demandado Silverio Hernández, una vez en firme la presente providencia, la camioneta marca "Dodge", de placas Nº VS-8023, modelo 1970, distinguida por las demás especificaciones consignadas en el hecho primero de la demanda.

Cuarto. Condénase al mismo Roa Ardila, igualmente, a restituir a su demandado los frutos producidos por el vehículo desde la fecha del contrato resuelto, o el valor equivalente a éstos.

Para la liquidación de esta condena el juzgado de la primera instancia debe tramitar el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto. Condénase al demandado Silverio Hernández a restituir a Carlos Enrique Roa Ardila, una vez ejecutoriada esta providencia, todas las sumas de dinero que por concepto del precio de la compraventa resuelta éste entregó a aquél y a la compañía "Autogiral S. A." de Girardot, junto con los intereses legales por ellas causados des-

de las fechas en que se hicieron los correspondientes abonos y hasta el día en que se verifique la devolución.

Sexto. Declárase no probadas las excepciones propuestas.

Séptimo. Condénase al demandado al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso, y

Octavo. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REIVINDICACION

Aplicación de la ley procesal en el tiempo. — Nulidad procesal: principio de la especificidad; la por trámite inadecuado es insaneable. — Incongruencia: infra petita y mínima petita.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de doce de septiembre pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por la "Compañía Eléctrica de Doima S. A." frente a Honorio Pérez Salazar y otra.

I

Antecedentes

1. Mediante diferentes adquisiciones realizadas durante los años de 1905 a 1924, Bernardo González Bernal formó la finca de su propiedad que denominó "Cacahual", ubicada dentro de la jurisdicción municipal de La Mesa, departamento de Cundinamarca y cuyos linderos generales son los siguientes: "Desde el paso de la quebrada de Florián, por el camino que conduce a Zipacón y Bojacá a dar al cruce del Ferrocarril de Girardot con el camino, en el sitio denominado 'Los Pomarrosos', siguiendo por toda la zona del Ferrocarril en dirección noroeste, hasta encontrar el lote del señor Carlos Chaves Sicard; siguiendo por una cerca de piedra a encontrar la quebrada de Doima; quebrada arriba hasta salir al paso del camino real citado, continuando por él hasta encontrar en frente de la hacienda de Doima, el camino que conduce a la Clínica de los Ferrocarriles Nacionales; siguiendo el límite con la Clínica a dar nuevamente a la zona del Ferrocarril de Girardot; y continuando por esta zona en dirección noreste, lindando con tierras que son o fueron de Carlos Orjuela, Angel Miguel y Angel María Feo, y continuando la zona del Ferrocarril hasta encontrar la quebrada de La Esmeralda; por ésta aguas abajo hasta encontrar el camino que hacia la derecha, conduce a los límites de las haciendas de Zabaleta y Cacahual, y donde confluyen los predios de Tito Feo y Luis Segura; y siguiendo por la cerca de madera y piedra que separa las haciendas antes mencionadas, a dar al río Apulo; de este punto, río abajo, a dar a la confluencia de la quebrada de Florián; y de aquí, aguas arriba a dar al primer lindero citado".

2. Por escritura pública número 1640 de 26 de junio de 1930, otorgada en esta fecha en la Notaría Primera de Bogotá y que fue legalmente inscrita en las correspondientes oficinas de registro, Rolf Jacobsson, Bernardo González Bernal y Emil Bogstrom constituyeron, con un término de duración de 10 años, la sociedad anónima que denominaron "Compañía Eléctrica de Doima S. A.", con el objeto de establecer y explotar una planta hidroeléctrica en la hacienda "Cacahual", de propiedad del segundo de los citados, para proveer de luz y energía a la población de La Mesa y sus alrededores.

En ese acto de constitución el socio González Bernal, según lo reza la correspondiente escritura, transfirió a favor de la sociedad creada "el uso de la caída del agua

en el río Apulo, durante la existencia de la sociedad, y el dominio de la faja de terreno que ocupa la casa, que contiene la maquinaria con sus servidumbres necesarias, para el correcto funcionamiento de la planta y el dominio del terreno que ocupa la acequia que conduce el agua, en toda su longitud y en una anchura de tres metros (3 mts.) a saber: un metro de ancho de la zanja o acequia y a cada lado de la acequia un metro de ancho, para el correcto servicio de tal acequia".

En esa misma escritura se expresó que, en conformidad con lo estipulado en los estatutos de la compañía, "la venta que pueda hacer el socio González Bernal de la hacienda, en nada afectará los derechos que adquiere la sociedad por medio de este instrumento, en relación con el dominio de las zonas ya expresadas de terreno".

3. El entonces Ministerio de Industrias, por Resolución número 36 proferida el 29 de noviembre de 1930, concedió, por un lapso de 50 años, conjuntamente a la "Compañía Eléctrica de Doima" y a Bernardo González Bernal, los siguientes permisos:

a) Para construir un canal y derivar por él hasta 280 litros de agua por segundo del río Apulo, destinados al servicio de la planta eléctrica montada en la hacienda "Cacahual";

b) "El uso de la fuerza hidráulica con una potencialidad de ciento diez y siete caballos y diez y ocho centésimas, destinada al servicio" de la referida planta, con el fin de suministrar luz y energía a los municipios integrantes de la provincia cundinamarquesa de "El Tequendama", y

c) Para utilizar las calles, plazas, vías públicas "y demás bienes nacionales de uso público ubicados" en los mencionados municipios con redes de canalización, sea superficialmente o sea en el subsuelo, para el servicio de la citada planta.

4. Por acuerdos sucesivos de la Asamblea General de Accionistas de la Compañía Eléctrica de Doima, protocolizados en escrituras públicas números 1771 de 25 de junio de 1940, 664 de 28 de febrero de 1941 y 2405 de 24 de mayo de 1960, pasadas todas ante el Notario Cuarto de Bogotá, se prorrogó el término estipulado para la duración de la sociedad referida hasta el 29 de noviembre de 1980.

5. La Superintendencia de Sociedades Anónimas, mediante Resolución número 557 de 28 de junio de 1941, fundándose en lo dispuesto por los artículos 10 y 30 de la Ley 58 de 1931, a la vez que la declaró "como sociedad anónima de carácter familiar", concedió "permiso definitivo a la Compañía Eléctrica de Doima,... para continuar ejerciendo su objeto social".

Tal resolución, después de publicada en el boletín correspondiente, fue inscrita el 3 de julio del mismo año en el Libro de Registro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

6. El 24 de septiembre de 1960, mediante escritura pública número 1495 que en esa fecha se otorgó en la Notaría Segunda de Manizales, se ajustó entre Carlos De Francisco y Bernardo González Bernal el contrato de permuta, del cual, por trascender al presente conflicto, la Corte destaca las siguientes estipulaciones:

a) Transfirió el segundo a favor del primero, "a título de permuta y de dación en pago", el derecho de dominio sobre la hacienda denominada "Cacahual", ubicada en el municipio cundinamarqués de La Mesa, comprendida dentro de los linderos atrás descritos, junto con los cultivos de café en ella existentes, pastos artificiales, casas de habitación, edificios para el beneficio del café, maquinarias, tuberías, despulpadoras, trilladora, rueda pelton y generador Asea de 24 kilovatios, establo, equipo de ordeño eléctrico, bebederos automáticos y demás elementos de que está dotada la hacienda;

b) Mediante la cláusula 5ª de dicho pacto, expresamente estipularon los contratantes que de la hacienda así enajenada por González Bernal quedaban excluidas "una faja de terreno y las instalaciones en ella existentes, así como el derecho al uso exclusivo de una caída de aguas, derechos que fueron cedidos por el exponente a la Compañía Eléctrica de Doima S. A. y que ahora él excluye de esta enajenación de manera total y sin condiciones ni términos, ni compensaciones de ninguna naturaleza", y

c) Expresaron además los estipulantes que la finca cuyo dominio así se transfería, "sin contar la excepción de la faja de terreno y caída de aguas que acaban de puntualizarse, se enajena como cuerpo cierto y su cabida se estima aproximadamente

en cuatrocientas fanegadas, porque la finca no ha sido medida y las partes no han convenido en medirla para efecto alguno".

7. Posteriormente, dentro del proceso ejecutivo que con acción real instauró Federico Mejía Trujillo contra Carlos De Francisco ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales aquél adquirió, por remate realizado el 9 de agosto de 1965 y aprobado por auto del 10 siguiente, la mentada hacienda "Cacahual", junto con los cultivos en ella existentes, edificaciones y mejoras, con exclusión de "una faja de terreno y las instalaciones en ella existentes, así como el derecho al uso exclusivo de una caída de aguas, derechos cedidos a la Compañía Eléctrica de Doima S. A.".

La citada diligencia de remate y su auto aprobatorio, fueron inscritos el 3 de septiembre del mismo año en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo Notarial de La Mesa.

8. Así las cosas, mediante escritura pública número 141 de 28 de febrero de 1967, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales, Federico Mejía Trujillo transfirió "a título de venta y permuta" en favor de Honorio Pérez Salazar y su esposa Benigna (Nina) Mejía de Pérez, sin exclusión expresa de parte alguna, la tan mentada finca "Cacahual" que el tradente había adquirido por el remate aludido en el numeral anterior.

Expresaron los compradores en ese acto, y así lo consignaron en el pertinente título escriturario, que ya estaban en posesión, por haberlo recibido satisfactoriamente de su vendedor, del inmueble referido, y que "serán de su cargo y atención cualquier problema de posesión, acción o acciones de lanzamiento, de policía, posesorias o reivindicatorias, por razón de ocupaciones pasadas, presentes o futuras".

9. El contenido del anterior instrumento público fue sin embargo posteriormente aclarado, mediante el otorgamiento de la escritura número 5418 de 16 de octubre de 1967 de la Notaría 5ª de Bogotá, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de La Mesa.

Mediante ésta, Jorge Muñoz Botero, en calidad de apoderado general de Federico Mejía Trujillo, con la expresa aceptación de los compradores Pérez y Mejía de Pérez, previa la advertencia de que al enajenar en favor de éstos la hacienda "Cacahual" se había omitido "involuntariamente, excluir de los linderos generales... las fajas de terreno cedidas a la Compañía Eléctrica de Doima S. A.", expresó que se aclaraba y adicionaba "la escritura número ciento cuarenta y uno (141) de veintisiete (27) de febrero de mil novecientos sesenta y siete (1967), de la notaría de Manizales, en el sentido de excluir de los linderos de la finca 'Cacahual' que se consignaron en la cláusula primera de dicha escritura, las fajas de terreno que fueron cedidas por el señor Bernardo González Bernal a la Compañía Eléctrica de Doima S. A., según consta en la escritura 1640 de 26 de junio de 1930, de la Notaría Primera de Bogotá,..."

III

El litigio

1. En demanda repartida en junio de 1967 al entonces Juzgado Diecinueve Civil Municipal de Bogotá, reformada y adicionada por escrito del 1º de julio del año siguiente, la mentada entidad "Compañía Eléctrica de Doima S. A.", citó a Honorio Pérez Salazar y a su cónyuge Benigna (Nina) Mejía de Pérez en proceso ordinario, a efecto de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

1º Que la sociedad demandante es la dueña de estos bienes:

a) Una faja de terreno de longitud aproximada de 1.719 metros y la anchura que determina el canal de conducción de las aguas y zonas laterales de 20 metros por cada lado, hasta el punto donde el canal desemboca en una alberca; "de las dimensiones del mismo canal y zona lateral de 20 metros por cada lado, en la parte ocupada por la alberca; y de la anchura conjunta de las tuberías y tomas conductoras de las aguas y de desagüe, más 20 metros laterales en su parte externa, en lo que va la alberca y tomas laterales de desagüe, al río Apulo", zona ubicada en la jurisdicción municipal de La Mesa y comprendida dentro de las siguientes alindaciones especiales: "por la cabecera, por el río Apulo en donde se desprende el canal de las aguas; por sus dos costados con terrenos de la hà-

cienda 'Cacahual'; y por el pie con el cauce del citado río Apulo a donde vuelven las aguas";

b) El terreno, edificaciones y maquinaria que forman la planta eléctrica de Doima, ubicados dentro de la hacienda de "Cacahual" y comprendidos dentro de estos linderos: "por cabecera, extensión aproximada de 20 metros, con los desagües de la planta al río; por los costados, en extensión aproximada de 20 metros, con terrenos de la misma hacienda; y por el pie, con el río Apulo";

c) La zona de terreno por donde va una toma de agua derivada de la quebrada de Doima, con fajas laterales de 20 metros a cada lado y longitud aproximada de 150 metros, ubicada dentro de los terrenos de la misma hacienda y deslindada así: "por cabecera, la quebrada de Doima a la altura del muro y puente de los Ferrocarriles Nacionales; por sus dos costados, con terrenos de la hacienda Cacahual; y por el pie, con la represa que recibe las aguas";

d) La represa encerrada en muros de concreto, junto con las instalaciones que allí existen para el manejo y servicio de la misma, terreno en que se encuentra edificada y zonas laterales de 20 metros, situada dentro de los terrenos de la referida hacienda y comprendida dentro de estos linderos: "por cabecera, con el cauce de la toma y terrenos de la hacienda; por sus costados con terrenos de la hacienda; y por el pie, parte con terreno de la hacienda y parte con la zona de la tubería de conducción de aguas a la planta", y

e) La zona de terreno por donde va la tubería y que, "pasando por los edificios de beneficio de café de la hacienda y de la subestación de distribución de flúido eléctrico de la compañía, conduce las aguas de la represa a una acequia, con zonas laterales de 20 metros de anchura", zona comprendida dentro de estas especiales alindaciones: "por cabecera, con la zona lateral de la represa de que se ha hablado en el punto anterior; por los costados, con terrenos de la hacienda y zona lateral que sirve al edificio de la subestación; y por el pie, con la alberca que recibe las aguas de la acequia".

2º Que, consecuencialmente, se condene a los demandados a restituir a la demandante los bienes relacionados en el numeral anterior, junto con los frutos por éstos producidos o que hubieran podido producir "desde la fecha en que adquirieron la hacienda y hasta cuando hagan la restitución".

3º Que la sociedad demandante goza del derecho exclusivo al uso de la caída de aguas que forman las corrientes del río Apulo y de la quebrada de Doima, en las zonas de terrenos atrás identificadas.

4º Que dichas zonas de terreno "gozan de las servidumbres activas de tránsito, conducción de flúido eléctrico, recepción de despojos de limpieza provenientes de las acequias y tomas y demás que son necesarias para el conveniente funcionamiento de la planta y servicio de la misma, sobre los terrenos de la hacienda Cacahual".

5º Que si los demandados se oponen a sus pretensiones, se los condene al pago de las costas procesales.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, la demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los siguientes:

a) Que la Compañía de Doima S.A., durante el curso de los treinta años siguientes a su creación, efectuó en las zonas de terreno que le fueron cedidas por el socio González Bernal, muchas obras que imponían el ensanche y las crecientes necesidades de la empresa, obras éstas que tampoco podían ser ni fueron objeto de la venta hecha por éste a Carlos De Francisco, ni, consiguientemente, de las posteriores enajenaciones de la hacienda "Cacahual";

b) Que como consecuencia de la venta hecha por Federico Mejía Trujillo a los demandados en febrero de 1967, éstos "se encuentran en actual posesión de la mayor parte de los bienes" relacionados en la súplica primera de la demanda, y

c) Que sin embargo de carecer de título para ello, "los demandados han dispuesto de algunos de los bienes de la sociedad, han variado el cauce de las aguas, e impiden y obstaculizan la inspección y vigilancia por parte de los funcionarios de la compañía".

3. Con oposición de los demandados, quienes al contestarla negaron la mayoría de los hechos afirmados en la demanda, se surtió el trámite de la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimien-

to, que a la sazón era el Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin con sentencia de 3 de julio de 1970, mediante la cual declaró:

a) El dominio de los bienes materia de la litis en cabeza de la sociedad demandante, pero sin incluir "las zonas de 20 metros laterales en su parte externa a que se refieren los ordinales a), c), d) y e), ...por no haberse probado en relación con dichas zonas el derecho de propiedad invocado por la parte actora"; b) Condenó a los demandados a restituir a su demandante los inmuebles que fueron objeto de la declaración de dominio a favor de ésta, con los accesorios que forman parte de los mismos, al igual que los frutos naturales y civiles por ellos producidos, o su valor, desde la contestación de la demanda; c) Dispuso que los demandados debían responder por los deterioros de los bienes, imputables a su culpa; d) Ordenó seguir el procedimiento respectivo para la regulación de las condenas atinentes a los frutos y deterioros; e) Declaró que las zonas de terreno materia de la reivindicación decretada, gozan de las servidumbres activas de tránsito, conducción de flúido eléctrico, "recepción de despojos de limpieza provenientes de las acequias y tomas y demás que sean necesarias para el conveniente funcionamiento de la planta y servicio de la misma", con gravamen al predio Cacahual, "dentro de las modalidades y restricciones legales pertinentes"; f) Decretó la inscripción de su sentencia en el registro de La Mesa; g) Declaró que la demandante tiene derecho "a que se le respete el uso exclusivo de las aguas que la Nación le cedió, para la producción de la fuerza hidráulica", y h) Finalmente condenó a los demandados en las costas procesales.

4. Como efecto de la apelación interpuesta contra este fallo por la parte demandada, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, luego de agotada la ritualidad de la instancia, incluso la concesión y práctica de pruebas, por sentencia de 12 de septiembre de 1973 reformó la providencia apelada así:

1º Confirmó los literales a), e), f) y h) de la parte resolutiva de la sentencia impugnada; 2º Modificó el b), en el sentido de mantener la condena a restituir los inmuebles impuesta a los demandados, pero negando la correspondiente al pago de frutos, la cual infirmó; 3º Revocó las disposiciones indicadas con las letras c) y d); 4º Aclaró el literal g), indicando que el derecho al uso de las aguas de la quebrada Doima, reconocido a la demandante, es el requerido para "el suministro de fuerza hidráulica" y sin perjuicio del que sobre las mismas corresponde a los demandados, y 5º Condenó a éstos al pago del 80% de las costas causadas en la segunda instancia.

IIII

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de afirmar que en el presente caso es pertinente proferir sentencia de mérito por hallarse presentes todos los presupuestos del proceso, inicia el Tribunal las consideraciones de su fallo notando que a la pretensión reivindicatoria deducida primeramente en la demanda se acumulan las declarativas del derecho al uso de la caída de aguas, al goce de una servidumbre de tránsito "y la correspondiente a la acción confesoria de servidumbre".

Observa, al punto, que estas pretensiones no son contradictorias entre sí "por cuanto se trata de las mismas partes litigantes, de un mismo bien y vinculadas a un todo referente al servicio y finalidades de las mismas acciones ejercitadas. En esta forma —agrega el ad quem— no es difícil concluir que se trata de una acumulación de acciones de acuerdo con lo que preceptuaba el artículo 209 de la Ley 105 de 1931, bajo cuyos auspicios se tramitó y decidió este proceso".

2. Asentado por él el anterior postulado, acomete en seguida el Tribunal el estudio de la acción reivindicatoria que encuentra deducida primeramente en la demanda; y después de exponer la doctrina consagrada por la jurisprudencia de la Corte respecto de la naturaleza de esta pretensión y de enunciar los cuatro presupuestos que la estructuran, emprende el análisis de las pruebas aducidas al efecto, para concluir, con base en ellas, que como en el presente caso tales requisitos se encuentran justificados, la sentencia del a quo en el punto debe mantenerse.

En lo atinente al presupuesto de la singularización de los bienes cuya restitución persigue la demandante, después de copiar la primera súplica de la demanda dice el sentenciador que de esa transcripción "se intuye, obviamente, que la reivindicación está concretada a bienes determinados, esto es, que se hallan individualizados por su situación y linderos, lo que no permite que se presente ninguna confusión con otros bienes, por lo cual habrá de concluirse sin más explicaciones que el primer elemento de la acción reivindicatoria se encuentra cumplido a plenitud".

3. En la labor ponderativa de las pruebas, para inferir el dominio que la sociedad demandante afirma tener sobre los bienes materia del litigio, el juzgador ad quem considera primeramente las escrituras números 1640 de 26 de junio de 1930, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, mediante la cual se constituyó la "Compañía Eléctrica de Doima S. A." y se integró su patrimonio, entre otros bienes, con el derecho que el socio González Bernal le cedió al uso de la caída de agua en el río Apulo, y la propiedad sobre las zonas de terreno que ocupan la acequia y la casa que contiene la maquinaria de la empresa; la número 1495 de 24 de septiembre de 1960, otorgada en la Notaría 2ª de Manizales, por la cual González Bernal transfirió a favor de Carlos De Francisco, a título de permuta, la hacienda "Cacahual", con excepción expresa de los derechos cedidos por aquél a la "Compañía Eléctrica de Doima S. A."; y los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de La Mesa el 27 de diciembre de 1964 y el 8 de abril de 1967.

En torno a este mismo presupuesto de la acción de dominio, el sentenciador analiza seguidamente las escrituras números 141 de 27 de febrero de 1967, otorgada en la Notaría 2ª de Manizales y la número 5418 de 16 de octubre del mismo año, pasada ante el Notario 5º de Bogotá. Dice que si bien es cierto que por la primera los aquí demandados compraron toda la finca "Cacahual" a Federico Mejía Trujillo, por la segunda se aclaró la anterior en el sentido de excluir de esa enajenación "las fajas de terreno que fueron cedidas por el señor Bernardo González Bernal a la Compañía Eléctrica de Doima, según consta en la escritura número 1640 de 26 de junio de 1930", aclaración que, agrega, fue expresa y paladinamente aceptada por los compradores. Nota el sentenciador, además, que por Resolución número 36 de 29 de noviembre de 1930 el entonces Ministerio de Industrias concedió, por un lapso de 50 años, permiso a la sociedad demandante para construir un canal y derivar por él hasta 280 litros de agua por segundo, destinados al servicio de la planta eléctrica montada en la hacienda "Cacahual", y el uso de la fuerza hidráulica con una potencialidad de 117 caballos y 18 centésimas, destinada al servicio de la mentada planta, concesión que, añade, sin embargo de haberse demandado su cancelación, fue mantenida por el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales según lo indican las Resoluciones números 104 y 730, proferidas por esta entidad el 24 de julio de 1969 y el 9 de septiembre del mismo año.

Y luego de advertir que de otra parte los aquí demandados, al contestar la demanda inicial, aceptaron no tener de su parte reparo qué formular a la cesión del dominio que González Bernal hizo a la sociedad demandante, el Tribunal concluye, con apoyo en el anterior acervo probatorio, que en lo que toca con el dominio "de la actora sobre la faja de terreno con longitud aproximada de 1719 metros de latitud, y que determina el canal de conducción de las aguas hasta el punto donde el canal desemboca en una alberca, y al que tiene sobre el terreno, edificaciones y demás elementos de lo que forma la planta eléctrica de Doima, está plenamente acreditado en el proceso".

4. Concretando sus consideraciones al dominio que la demandante reclama sobre "la zona de terreno por donde va una toma de agua derivada de la quebrada Doima, con longitud aproximada de 150 metros", la que ocupa la edificación de la represa y la faja "por donde va la tubería de 12 pulgadas que conduce el agua de la represa a la acequia", estima el fallador de segundo grado que si bien de la titulación analizada "no aparece en forma nítida la tradición de estos bienes en cabeza de la demandante", ellos sin embargo hacen parte de "la reser-

va hecha por González Bernal en el año de 1960".

En apoyo de esta aserción el Tribunal cita extractando su contenido, los siguientes medios de prueba, los cuales analiza extensamente: la inspección judicial practicada en la segunda instancia del proceso, en la cual se comprobó fehacientemente, dice, que "las aguas captadas de la quebrada Doima no solamente han venido siendo aprovechadas para abrevadero, lavado de café, movimiento o producción de energía hidráulica, sino también que con mucha anterioridad fueron utilizadas para rendir las aguas de la zanja captada del río Apulo a que se refiere la concesión hecha por el Ministerio de Industrias"; los testimonios de Daniel Jiménez Novoa, José Paulino Vargas Linares, Carlos Alfonso Garzón y Arturo Olarte Rojas, de los cuales afirma que por ser concordes, razonados y precisos, acreditan que "los gravámenes, servidumbres y demás elementos que González Bernal le impuso a la finca, pertenecen a la sociedad demandante"; y, finalmente, los dictámenes periciales rendidos por los expertos Alfonso Galvis Amado y Alfonso Rodríguez Bernal, de los cuales deduce que "el uso de las aguas de la quebrada Doima y de las acequias derivadas de la misma no tienen relación alguna con la caída de agua a que se refiere la concesión atrás comentada, determinando que esas aguas sólo pertenecen a la hacienda Cacahual y para el uso de la planta que genera fuerza eléctrica".

"Por lo demás, —dice la sentencia para rematar esta parte de su motivación— si no se admitiere el dominio de los elementos antes relacionados, porque no proviniera expresamente de los títulos aportados al debate, sería preciso admitir de todas maneras que los gravámenes y elementos complementarios de la conducción de las aguas de la quebrada Doima fueron siempre poseídos por la sociedad demandante, máxime si se tiene en cuenta el dicho de los testigos que hablan de la construcción de las aludidas obras por parte de la sociedad y que han venido siendo poseídas por la misma".

5. En lo que respecta al factor de la posesión material de los bienes por parte de los demandados, lo da por establecido la sentencia, en primer lugar, con la confesión que encuentra en la contestación de la demanda; en segundo término, con las diligencias de inspección judicial practicadas en las dos instancias del proceso, en las cuales dice se comprobó que Honorio Pérez Salazar y su cónyuge Benigna Mejía de Pérez Salazar "están poseyendo los bienes que persigue la demandante"; y, por último, con el propio título aducido por éstos, —aludе la escritura número 141 atrás citada—, el cual, dice, "reafirma su calidad de poseedores de la finca Cacahual".

Y en lo atinente al presupuesto de la identidad entre los bienes especificados en la demanda y los que poseen los demandados, asevera el sentenciador que tampoco ofrece dificultad alguna para establecerlo, por cuanto en las dos inspecciones judiciales practicadas "fueron identificados los bienes que pretende la sociedad demandante y que no son otros que los poseídos por los demandados".

6. Deducida pues por el ad quem la prosperidad de la pretensión reivindicatoria, emprende en seguida al estudio de las prestaciones mutuas.

Al efecto, después de transcribir las pertinentes disposiciones legales y de calificar a los demandados como poseedores de buena fe, pues estima que adquirieron la finca con justo título, afirma que en el caso sub judice no hay lugar a condenación por frutos porque los bienes por restituir, dada su naturaleza y finalidad, no los han producido. "Se trata, dice, de fajas de terreno que por su destinación sólo se utilizan para la conducción de aguas destinadas a la producción de fuerza hidráulica para la planta de propiedad de la actora que se encuentra actualmente completamente desadaptada y por ende sin producir rendimiento alguno".

7. Refiriéndose a la petición tercera de la demanda el Tribunal, después de hacer alusión a las resoluciones administrativas correspondientes y de transcribir el texto de los artículos 677, 683 y 892 del Código Civil, afirma que la demandante tiene derecho al uso exclusivo de la caída de las aguas del río Apulo, pero aclara que tal derecho se limita al uso necesario al "funcionamiento de una planta eléctrica de su propiedad y con la condición de devolver las aguas al cauce natural"; y que, en lo que toca con las aguas recolectadas de la quebrada Doima, "no podrá extenderse la misma protec-

ción sino en la medida emanada tanto de los títulos presentados y la finalidad con que esas aguas fueron desviadas", puesto que, agrega, el uso de dichas aguas por los demandados para generar energía para la casa de la hacienda, abrevadero de animales y lavamiento de café debe ser respetado.

8. Finalmente, en punto de la súplica cuarta de la demanda, atinente a la declaración de existencia de servidumbres a favor de los predios materia de la reivindicación, asevera el sentenciador primeramente que como no se trata de "imposición, variación o extinción de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla", sino de la llamada acción confesoria, su trámite debe ser el procedimiento ordinario y no el especial que indicaba el artículo 872 del Código Judicial anterior, por ser este estatuto el que regía cuando se inició el proceso.

Y luego de transcribir la pertinente cláusula de la escritura pública número 1640 de junio de 1930, mediante la cual González Bernal cedió a la "Compañía Eléctrica de Doima el dominio de la faja de terreno que ocupa la casa que contiene la maquinaria con sus servidumbres necesarias para el correcto funcionamiento de la planta...", y de notar que en las posteriores enajenaciones de la hacienda Cacahual se hizo expresa reserva de dicha parte, concluye el *ad quem* afirmando que "la servidumbre a que se refiere la última petición de la demanda es un corolario indispensable de los presupuestos en que se apoya la misma acción ejercitada y una consecuencia lógica y práctica de las finalidades para el despacho favorable del resto del petitum".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandados. En la demanda respectiva le formulan cinco cargos: los dos iniciales y el cuarto dentro del ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el tercero con fundamento en la segunda y el último dentro de la órbita de la quinta.

Por exigirlo así el despacho lógico de los mismos, la Corte estudia en primer lugar los cargos que acusan errores in procedendo, y de ellos primeramente el que se funda en nulidad de lo actuado y luego el atinente a la inconsonancia de la sentencia, pues en el supuesto de prosperar alguno de éstos se haría innecesario el examen de los que recaen sobre errores in judicando.

Cargo quinto

1. Mediante éste se acusa la sentencia de haberse incurrido en el proceso en nulidad por trámite inadecuado, según lo establecido por el numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

2. En desarrollo de esta censura considera el acusador, y así lo asevera, que el procedimiento ordinario aquí seguido es inidóneo para decidir las súplicas referentes a la declaración de servidumbres, puesto que, añade, tales controversias tenían señalado un procedimiento especial según los artículos 872 a 876 de la Ley 105 de 1931, que era la que en la materia regía cuando se inició este proceso.

Continuando en el desenvolvimiento de este cargo, afirma el impugnante que si en la demanda incoativa del proceso a una acción ordinaria se acumuló una cuestión que requiere trámite especial, y si las pretensiones agregadas se rituaron en la misma relación procesal y se decidieron en una sola sentencia, ésta resulta nula por infracción del artículo 209 del Código Judicial anterior, el cual prohibía la acumulación de pretensiones que no pudieran "sustanciarse bajo una misma cuerda".

Se considera

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

Ocurre, empero, que como el proceso se integra por una serie concatenada o sucesión de actos que es preciso realizar por las partes y por el juez para que llegue a su fin, cuando existe un cambio de legislación procesal la aplicación de las nuevas dispo-

siciones suscita evidente dificultad. Tal ocurrencia ha llevado a la doctrina a estudiar el problema, para darle claridad, partiendo del supuesto necesario de distinguir entre los hechos consumados, los pendientes y los futuros.

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

2º El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, adoptó como principio básico en materia de nulidades procesales el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurarla sin ley que expresamente la establezca. Y como sobre el punto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todo proceso o ya los especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos a informalidades diferentes.

Ciertamente, aquel estatuto, mediante el numeral 4º de su artículo 152, consagró como causal nueva de nulidad para todos los procesos el hecho de seguir "un procedimiento distinto del que legalmente corresponda", cuyo fundamento jurídico está en la garantía constitucional del debido proceso; y que, como ya lo ha dicho la Corte, se configura "en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir el trámite ordinario se le hace transitar por el sendero del abreviado o el del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una de estas dos clases se tramite indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario" (sentencia de 19 de noviembre de 1973, aún no publicada).

La nulidad por trámite inadecuado aparece pues como causal específica en la legislación procesal nueva. Y por cuanto alude a los procedimientos, los cuales son de orden público y por tanto obligatorios, ostenta un carácter ciertamente insaneable y como tal puede ser invocada indistintamente por el demandante o por el demandado, así éste no haya propuesto la excepción previa, aun al través del recurso extraordinario de casación. Mas, en respeto al principio de la irretroactividad atrás indicado, tal nulidad será improcedente cuando se alega en relación con actos procesales surtidos antes del 1º de julio de 1971, porque la legislación entonces vigente no establecía esa circunstancia como causal de nulidad.

3º Invocando precisamente la causal de trámite inadecuado, numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, pretende el recurrente que se declare la nulidad de este proceso por cuanto el juzgado de la primera instancia le imprimió un trámite ordinario, cuando, en concepto del censor, algunas de las pretensiones deducidas en la demanda inicial tenían establecido procedimiento especial.

Acontece, empero, que como la primera instancia del negocio se surtió íntegramente bajo el imperio de la Ley 105 de 1931, la cual, se repite, no consagraba el trámite inadecuado como causal de nulidad, no es jurídico regular los efectos de los actos realizados por normas legales distintas de las que imperaban cuando ellos se ejecutaron. Por consiguiente se impone afirmar, en la hipótesis de que el trámite inadecuado quedare incluido dentro de alguna de las tres causales generales de nulidad que consagraba ese estatuto, que la alegación de tal irregularidad como nulidad procede hacerla, en casación, con apoyo en una de dichas tres causales, y no con estribo en motivos que vinieron a tener esa entidad por preceptos legales dictados posteriormente a su ocurrencia.

4º Por lo anteriormente expuesto, y considerando de otra parte que la segunda instancia del presente proceso, que fue la parte de él que se rituó después de la vigencia del Decreto número 1400 de 1970, se sometió en su plenitud al trámite precisamente establecido para ella por este estatuto, cabe concluir que el cargo de nulidad formulado contra la sentencia de segundo grado, con apoyo en la causal quinta de casación, es improcedente; y que, por consiguiente, se impone su rechazo.

Cargo tercero

1. En él se denuncia incongruencia de la sentencia de segundo grado "con las pretensiones de la demanda".

2. A intento de fundar esta censura expresa el recurrente que el Tribunal, al confirmar el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, que contiene la negativa a la declaración de dominio pedida por la demandante respecto de las zonas de 20 metros laterales de los inmuebles cuya reivindicación decreta, "varió las pretensiones del demandante, haciendo a la vez indeterminada la identificación de esos bienes, con lo que hizo incurrir a la sentencia en la segunda causal de casación".

Se considera

1º Presupuesto indispensable para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales, y por ende para el recurso extraordinario de casación, es la existencia de interés legítimo en el impugnador, el que se concreta en el agravio que la providencia atacada cause al recurrente.

Haciéndose consistir sustancialmente el cargo que aquí se considera en que el Tribunal, al confirmar en el punto la resolución del a quo, denegó la declaración de dominio solicitada en la demanda para las zonas o fajas de terreno de 20 metros por cada lado de los inmuebles cuya reivindicación decretó, lo que equivale decir que la sentencia concedió a la sociedad demandante menos de lo pedido por ésta, cabe advertir que los recurrentes en casación, como demandados que son en el proceso, carecen de interés jurídico para impugnar por incongruencia el fallo del ad quem. "Es vano el cargo por inconsonancia —ha dicho la Corte— cuando aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (LXXIX, 855).

2º Mas, en el supuesto de que lo anterior no fuere así y que por lo mismo debiera estudiarse el cargo en el fondo, la Corte tendría que decir que el vicio de inconsonancia de que se acusa la sentencia no existe.

En efecto: Si la demandante impetró la declaración de propiedad sobre zonas de terreno cuyo contenido espacial determinó en su demanda, y el fallador, al estimar probado el derecho alegado pero solamente sobre parte de esa extensión, limita a ésta su reconocimiento, se está entonces en presencia de un fallo infra petita que, por corresponder al fenómeno de la plus petitio, se distancia totalmente del defecto de incongruencia. No se trata, en tal supuesto, de que el juez omita decidir, en todo o en parte, acerca de las pretensiones deducidas en la demanda (mínima petita); sino de que al resolver acoge en parte esas súplicas y en parte las deniega. Por lo mismo, si en este modo de decidir el fallador incurre en quebranto de la ley sustancial, en casación su fallo debe acusarse con apoyo en la causal primera y no en la segunda.

Se desestima, pues, el cargo.

Censuras fundadas en la causal primera

Cargo primero

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "Aplicación indebida del artículo 946 del Código Civil".

2. En desarrollo del cargo el censor, después de concretar los cuatro presupuestos que tradicionalmente ha considerado la doctrina como esenciales de la acción reivindicatoria, pasa a impugnar las conclusiones que en torno a cada uno de ellos sacó el Tribunal.

Así, en lo atinente a la singularización y determinación de los bienes el casacionista, luego de transcribir lo que en el punto expone la sentencia, dice que "lamenta-

mos disentir de la conclusión del distinguido Tribunal, pues lo que fue 'determinado' e 'individualizado' en el libelo como de propiedad de la sociedad demandante, resultó modificado sustancialmente en el fallo de primera instancia, que acogió en esta parte el Tribunal, cuando en la parte resolutiva dijo: 'Segundo. Niégase la declaración de dominio respecto a las zonas de 20 metros laterales en su parte externa a que se refieren los ordinales a), c), d) y e) anteriormente mencionados, por no haberse probado en relación con dichas zonas el derecho de dominio invocado por la parte actora'."

3. Continuando en el desenvolvimiento del cargo, dice el censor que no impugna la declaración de dominio que la sentencia hace a favor de la sociedad demandada sobre los bienes descritos en las dos primeras súplicas, puesto que los demandados han reconocido esa propiedad "a través de todo el proceso y especialmente por medio de la escritura 5418 de 16 de octubre de 1967"; pero que sí objeta esa declaración "en cuanto a las demás zonas y bienes de que trata la demanda".

Transcribe a continuación las consideraciones que sobre este punto trae la sentencia de segundo grado, y para fundar la objeción que formula expresa: "De manera que porque unos testigos hayan afirmado unos hechos sobre aprovechamiento de unas aguas, sobre la costosa construcción de acequias, represa, tuberías con el fin de aprovechar unos sobrantes de agua que salían después de mover la pelton y el generador, que según afirmación del mismo Tribunal suministra energía y luz para la hacienda a favor de la cual se construyeron esas obras; y siendo así que sobre servidumbres o gravámenes que hubiera impuesto González Bernal a su finca sólo se habla respecto a la acequia del río Apulo, o sea a las de que se habla en la escritura número 1640, puede sacarse la conclusión que pertenecen a la sociedad demandante 'las fajas de terreno de las acequias que conducen las aguas de la quebrada Doima, tanto las que pasan a mover la rueda pelton, como las de la otra acequia', como lo afirma el Tribunal..."

"Al invocar el Tribunal —continúa diciendo el censor— el 'fenómeno de la accesión, esto es, la incorporación del bien mueble al inmueble' está confirmando el dominio, no de la sociedad demandante, sino de los demandados que adquirieron el inmueble a que los bienes muebles se incorporaron, aceptando, en gracia de discusión aunque pecando con la realidad de las cosas y con los títulos escriturarios, que la sociedad hubiera incorporado a la hacienda los materiales de la bocatoma sobre la quebrada Doima, los de la represa y las tuberías que llevan el agua a mover la pelton, de acuerdo con los artículos 713 y 739 y concordantes del Código Civil y como lo ha consagrado la jurisprudencia... Es decir, —añade— que el Tribunal pretende que lo inmueble, acceda a lo mueble contrariando las disposiciones generales y especiales sobre la accesión... Francamente, no sabe uno cómo calificar la argumentación y conclusión a que ha llegado el Tribunal para adjudicarle a la demandante el dominio sobre unos bienes inmuebles que, bien por su naturaleza, bien por su destinación o por ser accesorios, están plenamente amparados por la titulación de los distintos dueños que se han sucedido en el dominio de la finca Cacahual..."

4. En torno a la conclusión que sobre el elemento de la posesión de los bienes por parte de los demandados sacó el fallador asevera el impugnador que ella es "bien descabellada", porque la hace derivar del título aducido por ellos para demostrar su dominio sobre la finca Cacahual.

Dice el censor que la acción reivindicatoria tiene por finalidad específica "desvirtuar, por medio de títulos ajustados a la ley", la presunción de dominio que ampara al poseedor; pero que, cuando ese poseedor "es al mismo tiempo titular con igual derecho al del reivindicante, como en el presente, caso, no cabe la reivindicación..."

Rematando esta parte de su censura, dice el recurrente que "por esta razón, hemos venido afirmando y sosteniendo que teníamos la posesión de los bienes que desvergonzadamente ha querido incautarse la sociedad demandante sin título alguno, con excepción de lo que fue objeto de cesión es-

pecial y concreta en la escritura 1640 de 1930..."

5. Finalmente, refiriéndose al otro presupuesto de la acción en comento, dice el impugnador que "no es exacto lo que afirma el Tribunal cuando dice que fueron identificados los bienes que pretende la sociedad y que fueron relacionados en el libelo...", porque "los linderos dados en la demanda como correspondientes a la demandante, fueron modificados en la sentencia de primera instancia en cuanto a que se les suprimió la margen de veinte metros al lado y lado de las fajas de las acequias, tubería y represa".

Se considera

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

El artículo 374 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que la demanda de casación, para ser admisible, debe contener, entre otros requisitos, "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera". Y agrega este precepto que cuando se alegue que la infracción se cometió como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, "deberá determinarse cuáles son éstas, la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de norma sustancial".

2º Una ligera labor de parangón de lo que dispone este texto legal con el planteamiento y el desarrollo del cargo que aquí se considera, permite advertir que éste no se ajusta a la preceptiva consagrada en aquél. En efecto: si bien el recurrente expresa fundar dicho cargo en la causal primera y denuncia el quebranto de una norma sustancial indicando el concepto de la violación, no aparecen expresados sin embargo con la claridad necesaria los fundamentos de la acusación, a tal punto que a la Corte le es ciertamente imposible precisar en forma inequívoca si ésta se formula por la vía directa o por la indirecta, para, en consecuencia, hacer el estudio correspondiente.

Empero, si se tratare de la primera de estas dos vías, como esta especie de impugnación supone la conformidad del recurrente con las conclusiones a que en el orden del examen de los hechos llega el Tribunal, habría que decir que éste no quebrantó por aplicación indebida el artículo 946 del Código Civil, puesto que si, como lo expresa la sentencia, aparecen demostrados en el caso sub judice todos los supuestos de hecho previstos por esa norma, entonces la aplicación de ésta a él resulta legalmente procedente. Y si la Corte entrara, en ejercicio de sus facultades interpretativas de la demanda de casación, a considerar el cargo como formulado por la vía indirecta, no podría a la postre estudiarlo en el fondo, porque el recurrente no indica la clase de error en que habría incurrido el sentenciador en la interpretación de las pruebas, si de hecho o de derecho, ni menos determina éstas, tal cual lo exige el precitado artículo 374.

Por lo dicho, se rechaza esta censura.

Cargo segundo

1. Viene planteado en estos términos: "Error de hecho por falta de apreciación de las pruebas de la parte demandada".

2. El recurrente, luego de aseverar que "las pruebas escriturarias, testimoniales, documentales, etc., presentadas por nosotros y que aparecen tanto en el cuaderno de pruebas del demandado, como las llevadas en distintos actos del proceso, ninguna de las cuales mereció del Tribunal concienzudo o siquiera superficial análisis sobre u mérito probatorio, o si acaso una ligera mención a su existencia para 'desconocerle su propia sustancia' o 'para restringirle' su 'contenido real', afirma que 'no entró a sustentar este cargo porque resalta de la sola lectura de la sentencia o sentencias proferidas por los juzgadores de ambas instancias'."

Cargo cuarto

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial".

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, luego de transcribir el texto del artículo 658 del Código Civil referente a los denominados bienes inmuebles por destinación, afirma: "El Tribunal, como antes el juzgado a quo, le dio a una prueba testimonial fuerza suficiente para acreditar en favor de la sociedad demandante, fajas de terreno, materiales para la construcción de una represa, tuberías adheridas al suelo y destinadas a mover maquinarias empotradas en el suelo, elementos todos que, o bien por su naturaleza como las fajas de terreno, o bien por su destinación y adhesión, tienen el carácter de inmuebles, para acreditar el dominio de los cuales solamente es aceptable una prueba ad solemnitatem".

Agrega que "también se configura un error de hecho en la apreciación de esa prueba testimonial, al no haber considerado la prueba documental que obra en los autos y que desvirtúa esas declaraciones de testigos".

Se considera

1º Por adolecer de idénticos defectos en su formulación, la Corte estudia conjuntamente los cargos segundo y cuarto de la demanda.

2º Como todo cargo que se formule en casación con base en el motivo primero tiene que fundarse inexcusablemente en la violación de norma de derecho sustancial, o sea de aquella que, en razón de una situación fáctica concreta, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación, la "forma precisa y clara" que para su eficaz proposición exige el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil impone al acusador el ineludible deber de señalar, individualizándolos, cada uno de los preceptos de esta estirpe que considere infringidos por el sentenciador, indicando también el concepto en que los repute vulnerados, vale decir, si lo fueron por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

3º Ha dicho también reiteradamente la jurisprudencia que en casación los cargos formulados contra la sentencia "son autónomos, tienen individualidad propia"; y que por lo tanto, para su eficacia, cada uno de ellos debe proponerse en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que le demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación, lo que no entra en sus poderes (CX, 326; CVII, 205 y CXVIII, 204).

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

De acuerdo con la anterior preceptiva se impone afirmar que los cargos segundo y cuarto no se ajustan a la técnica del recurso extraordinario, puesto que sin embargo de fundarlos en la causal primera el recurrente no cita, ni en el planteamiento ni en el desarrollo de cada uno de ellos, norma sustancial alguna, ni, por ende, indica el concepto de la violación. En estas circunstancias cada uno de estos dos cargos, aisladamente considerado en virtud de su propia autonomía, se torna incompleto en su formulación y por ende ineficaz.

4º Pero no es el anterior el único defecto que en el plano de la técnica de casación cabe hacerle a los dos cargos que aquí se estudian. Formulados como vienen ambos por violación indirecta de la ley, el uno por error de hecho en la apreciación "de las pruebas de la parte demandada" y el otro por yerro de derecho en la estimación de la "prueba testimonial", de su postulación resulta que el censor omite determinar, sin-

gularizándolos, los medios de prueba que el Tribunal habría dejado de apreciar y los que lo habrían sido erróneamente considerados por éste, tal cual lo indica paladina y perentoriamente el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil en su última parte.

Ha sido doctrina constante e invariable de la Corte, que a la luz de lo preceptuado por dicha norma conserva hoy toda su vigencia, la de que no es de recibo en casación hacer referencia genérica e indeterminada al conjunto de unas pruebas, o a todas ellas; que siendo improcedente acusar la sentencia a través del planteamiento global del problema probatorio, es deber inexcusable del recurrente singularizar cada uno de los medios que se pretenden no considerados o erróneamente apreciados por el sentenciador.

Por lo dicho, se desestiman estos dos cargos.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de doce (12) de septiembre de mil novecientos setenta y tres (1973), 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.

Alfonso Peláez Ocampo, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, César Gómez Estrada, Conjuez.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

PROMESA DE CONTRATO

Incumplimiento de las partes. — Técnica de casación, causal 2ª.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 5 de febrero de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por Gilberto Sarmiento Rico frente a Luis Gerardo Macías Herrera.

I

Antecedentes

1. El 6 de septiembre de 1963, mediante las escrituras públicas números 718 y 719, otorgadas en esa fecha en la notaría de La Vega e inscritas el 10 de octubre siguiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Pacho, Gilberto Sarmiento Rico adquirió por compra los siguientes derechos:

a) El dominio del lote de terreno denominado "La Despensa", de extensión aproximada de 2 fanegadas, ubicado en la sección "Las Delicias", jurisdicción de Supatá y comprendido dentro de estos linderos especiales: "Partiendo de un mojón situado a la orilla de un chorro que baja de la finca del presente vendedor, se sigue por todo este chorro abajo, al pie de una mata de guadua, se sigue por este último chorro arriba hasta encontrar la colindancia del vendedor, de ahí, se sigue a la derecha por esta misma colindancia a encontrar el primer lindero o mojón citado y encierra", y

b) "Todos los derechos y acciones" que en la sucesión de Bárbara Barrero de Gamba les correspondan a Patrocinio Gamba, Manuel y Patrocinio Gamba Barrero, al primero como cónyuge sobreviviente y a los dos restantes en su calidad de hijos de la causante, "derechos y acciones" vinculados al globo de terreno denominado "La Palma", situado en la fracción "Las Delicias", de la jurisdicción municipal de Supatá y comprendido dentro de las siguientes alindaciones especiales: "Desde un mojón que está al pie de la quebrada marcado con las letras 'I. L.' aguas arriba a encontrar el mojón que se encuentra al pie de un árbol balso colindando con terreno de Rosa Elena Gamba, Marco Chila y Clodoveo Velásquez, vuelve sobre la derecha lindando con terrenos de Hilario Posos, hasta encontrar un árbol llamado chaguaca, vuelve hacia la derecha, lindando con terrenos de Polonia Salamanca, hasta dar al mojón que está al pie de una mata de fique, vuelve hacia la derecha en línea recta a dar al mojón marcado con la letra 'A' situado al pie de una mata de fique y árbol impar, sigue la misma línea colindando con los terrenos de los herederos de Gamba, hasta un mojón marcado con la letra 'M', situado al pie de un árbol chocho, vuelve sobre la derecha en línea recta hasta encontrar el mojón que se encuentra al pie de un árbol aguacate, marcado con la letra 'P', de aquí, línea recta a encontrar el mojón 'I. L.' situado a la orilla de la quebrada mencionada como primer lindero".

2. El 22 de octubre de 1971, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron ante testigos en la ciudad de Bogotá, se pactó entre los citados Luis Gerardo Macías Herrera por una parte, y Gilberto Sar-

miento Rico, por la otra, el contrato de promesa, cuyas cláusulas fundamentales son:

a) El primero se obligó a vender al segundo, y éste a comprar a aquél, la casa de habitación número 3-71 de la calle 4ª bis de Bogotá, junto con el lote en que se halla edificada, demarcado todo el inmueble por estos linderos: "Por el norte, en extensión de 8 metros lindando con la calle 4ª bis; por el sur, en extensión de 6 metros con 90 centímetros, linda con predios que son de Francisco Flórez; por el occidente, en longitud de 12 metros, linda con predios que son o fueron de Nemesio Rodríguez y cuya pared divisoria es de propiedad de la casa objeto de esa promesa, y por el oriente, en 12 metros, linda con predios que son o fueron del mismo Francisco Flórez y encierra";

b) Acordaron como precio de la compraventa prometida la suma de $ 170.000.00, de los cuales el prometiente comprador entregó en esa fecha a su prometiente vendedor, en dinero y semovientes, $ 30.000.00, comprometiéndose a pagar el saldo así: tomando a su cargo el gravamen hipotecario que por la suma de $ 100.000.00 pesaba sobre el referido inmueble a favor de Clímaco Rodríguez R., a quien se obligó a pagarla, "junto con los intereses a partir del 15 de octubre del presente año"; y el resto, o sea la cantidad de $ 40.000.00, prometiéndole transferir, como dación en pago, la propiedad de "una finca denominada 'La Palma' y 'La Despensa' inmuebles contiguos ubicados en jurisdicción de Supatá, vereda de Delicias, cuyos linderos generales en conjunto son: Por un costado linda con predios de Fernando Benavides y Argemiro Poveda, por otro costado linda con predios de Manuel Guerro, Mercedes de Gamba y Rosa Elena de Gamba, por un tercer costado linda con predios de Bárbara Gamba y Argemiro Parra";

c) Después de haber expresado que esta finca tenía una "cabida aproximada de 8 hectáreas" y que la había comprado a Alcides Moreno según las escrituras números 718 y 719 ya indicadas, el prometiente comprador se obligó a poner a disposición del promitente vendedor estos títulos "para el otorgamiento de la escritura de este inmueble";

d) Por la cláusula cuarta del contrato, estipularon los intervinientes que la convención prometida se perfeccionaría, mediante el otorgamiento de las respectivas escrituras públicas, en la "Notaría Primera de Bogotá dentro de los sesenta días contados a partir de la fecha del presente documento", y

e) Finalmente, después de haber estipulado, como cláusula penal, la suma de $ 30.000.00 a cargo del contratante que incumpliera sus compromisos y a favor del que los satisficiera cabalmente, Macías Herrera, como promitente vendedor de la casa número 3-71, se obligó a "suspender el juicio de venta que cursa ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, seguido por el doctor Melquíades Jiménez León, en representación del doctor Clímaco Rodríguez R., lo mismo que para autorizar el registro de la escritura de la casa".

3. Llegado el 22 de diciembre de 1971 el prometiente comprador Sarmiento Rico, llevando consigo su certificado de paz y salvo con la Administración de Impuestos Nacionales, el de los predios "La Palma" y "La Despensa", el de catastro correspondiente a éstos y los que sobre los mismos expidió el Registrador de Pacho, compareció a la Notaría Primera de Bogotá con el fin de cumplir la compraventa prometida en documento de octubre anterior.

Y como a la postre la convención prometida no pudo perfeccionarse, otorgó la escritura número 8047, mediante la cual hizo constar su voluntad de cumplir dicho pacto y la presentación que al notario hizo de los antecitados certificados.

4. El promitente vendedor Macías Herrera, por su parte, también concurrió a dicha notaría en la misma fecha, en donde presentó la minuta y dispuso confeccionar la pertinente escritura, para transferir a Sarmiento Rico el dominio de la casa número 3-71 de la calle 4ª bis de Bogotá, escritura que quedó en proyecto por no haberla firmado ni el notario ni los contratantes.

III

El litigio

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la causa petendi los que fluyen de los antecedentes relatados, y afir-

mando además que al paso que él se había allanado siempre a cumplir sus compromisos contractuales, Luis Gerardo Macías Herrera había incumplido los suyos, el citado Gilberto Sarmiento Rico demandó ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá a aquél, en libelo de julio de 1972, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía la justicia hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de promesa acordado por ellos y contenido en documento suscrito en la ciudad de Bogotá el 22 de octubre de 1971, mediante el cual Macías Herrera ofreció enajenar en favor de Sarmiento Rico, a título de venta, el inmueble demarcado con el número 3-71 de la calle 4ª bis de Bogotá, comprendido dentro de las especiales alindaciones que la demanda consigna;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se dispongan "las restituciones de los bienes que las partes recibieron en virtud del contrato" resuelto;

c) Que, por lo mismo, el demandado está en la obligación de pagar al demandante, como indemnización de perjuicios por el incumplimiento, la suma de $ 30.000.00 acordada como valor de la cláusula penal estipulada, y

d) Que igualmente se lo condene al pago de las costas procesales.

2. El demandado, en su oportuna contestación al libelo incoativo del proceso, se opuso a las pretensiones de su demandante.

Y luego de negar los hechos por éste invocados, salvo los relacionados con la celebración de la promesa de compraventa, los cuales aceptó, aseveró que siempre estuvo listo a cumplir el pacto prometido; que fue su demandante quien inició el incumplimiento "porque no pagó los intereses en la forma convenida y mi representado ha tenido que pagarlos"; que al contrario de lo que su demandante afirma, él sí concurrió a la notaría el día señalado para el otorgamiento de las escrituras, pero que éstas no se perfeccionaron porque Sarmiento Rico no le presentó, como estaba obligado según el contrato, la escrituras números 718 y 719 de 6 de septiembre de 1963, ni el certificado de libertad; y que no presentó esos títulos "precisamente porque no era dueño de la finca La Palma, donde solamente tiene unos derechos sucesorales y había prometido en venta un cuerpo cierto con linderos que no coinciden ni en todo ni en parte con los títulos del prometiente vendedor".

3. Replicada en tales términos la demanda, surtióse a continuación la primera instancia del proceso a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 21 de septiembre de 1973, mediante la cual accedió a todas las súplicas deprecadas por el demandante.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandado contra dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que en fallo de 5 de febrero de 1974, después de revocar el apelado, denegó todos los pedimentos del demandante, absolvió al demandado de los cargos formulados en su contra e impuso a aquél las costas procesales de las dos instancias.

III

Motivación del fallo impugnado

1. Tras advertir que en el presente se hallan reunidos todos los presupuestos del proceso y que por tanto se impone pronunciamiento de sentencia de mérito, con citas doctrinarias y jurisprudenciales el Tribunal inicia las consideraciones de su fallo analizando 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 en el libelo demandatorio.

2. Asentada por él esta base, el juzgador **ad quem** emprende en seguida el estudio de la promesa de compraventa ajustada el 22 de octubre de 1971 por los sujetos de este litigio, cuya existencia considera demostrada con el documento otorgado por éstos en esa fecha, al que, dice, por haber sido oportunamente aducido y encontrarse legalmente reconocido, constituye plena prueba de todas las estipulaciones en él contenidas, conforme a la preceptiva legal consagrada en los artículos 252 y 279 del Código de Procedimiento Civil.

Y después de compendiar los términos en que fue acordada, refiriéndose a la conven-

ción de promesa de compraventa expresa que ella es jurídicamente eficaz, por cuanto, explica, tal pacto reúne los requisitos exigidos por los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1502 del Código Civil; y añade que como de él surgieron obligaciones recíprocas para las partes, adquiere carácter bilateral y por ende está sometido al régimen que para los contratos de esta estirpe consagra el artículo 1546 del Código Civil.

3. Por cuanto el sentenciador de segundo grado estima, apoyando su aserción en doctrinas de la Corte, que la ley sólo autoriza el ejercicio eficaz de la acción resolutoria al contratante que ha cumplido las obligaciones que del acuerdo de voluntades surgieron para él, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, acomete a renglón seguido el análisis de las pruebas para deducir, con base en ellas, que en el caso sub judice este presupuesto de la pretensión invocada no se halla presente.

Concretando su razonamiento, expresa el Tribunal que Sarmiento Rico, como prometiente comprador, incumplió las siguientes tres obligaciones que según el contrato había adquirido: a) Pagar los intereses que a partir del 15 de octubre de 1971 causara el crédito hipotecario que por valor de $ 100.000.00 pesaba sobre la casa número 3-71 de la calle 4ª bis de Bogotá; b) Poner a disposición de Macías Herrera, para el perfeccionamiento del pacto prometido, las escrituras números 718 y 719 de 6 de septiembre de 1963, pasadas ambas en la notaría de La Vega, referentes a la propiedad de los predios "La Despensa" y "La Palma", y c) Transmitirle a título de dación en pago de la suma de $ 40.000.00 mediante el otorgamiento de la escritura correspondiente, el dominio de estas dos fincas.

4. Con base en la declaración rendida en el proceso por Melquíades Jiménez y en el recibo firmado por éste el 15 de septiembre de 1972, el ad quem deduce el incumplimiento total del primero de dichos deberes que correspondían al demandante, puesto que, afirma, estos medios demuestran que éste "pagó los intereses hasta el mes de diciembre de 1971 y a partir de esta fecha se negó a pagar más intereses, razón por la cual el señor Macías Herrera, requerido como fue por el mencionado doctor Melquíades Jiménez, canceló los intereses hasta el día 15 de agosto de 1972", mediante abono que entonces hizo de $ 12.000.00, "por concepto de intereses siendo que la obligación pesaba únicamente sobre el señor Gilberto Sarmiento Rico".

Estima el Tribunal que además el demandante "no cumplió con la obligación consistente en mostrarle al señor Macías las escrituras 718 y 719", obligación que califica de fundamental para perfeccionar la compraventa prometida, puesto que, añade, los predios "La Despensa" y "La Palma" se debían enajenar como cuerpos ciertos y con determinadas superficies.

Refiriéndose a la tercera de las obligaciones por él enunciadas, el sentenciador, luego de analizar la copia de la escritura número 8047 otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá el 22 de diciembre de 1971 y los certificados números 355 y 356, expedidos en septiembre de 1972 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Pacho, asevera que el prometiente comprador tampoco la cumplió, ni podía cumplirla cabalmente. Explanando su tesis afirma que según el contrato, Sarmiento Rico se comprometió a enajenar a favor de Macías Herrera, como cuerpo cierto, dos fundos diferentes, pero que sobre uno de ellos no tenía propiedad sino un derecho de herencia: "De acuerdo con el certificado de registro sobre el predio La Palma, —expresa— se deduce que Sarmiento Rico no podía cumplir con lo pactado, o sea hacer la enajenación del mencionado lote como 'cuerpo cierto', ya que sólo tenía unos derechos y acciones comprados al cesionario del cónyuge sobreviviente e hijos legítimos en la sucesión de Bárbara Barrero de Gamba".

5. Conclusión de esta primera parte de su estudio es, para el Tribunal, la de que el demandante no cumplió las obligaciones que adquirió por virtud de la promesa de compraventa ajustada con su demandado el 22 de octubre de 1971; y que, de consiguiente, no procede declarar la resolución de dicho contrato por ausencia de uno de los supuestos fácticos previstos para ello en el artículo 1546 del Código Civil.

6. Como razón corroborativa de la deducción a que en el punto llega, el ad quem

asevera que el demandante tampoco demostró algunos de los hechos afirmados en su demanda.

Así, apoyado en los testimonios de Rafael Gil Castelblanco, Alcibíades Sánchez, Abel Parra; en la confesión del demandante que encuentra en el interrogatorio por éste absuelto, y en el "proyecto o minuta de escritura que el Notario Primero remitió", dice que contrariamente a lo que se afirma en el hecho 4º de la demanda, Macías Herrera sí concurrió a la mentada notaría el 22 de diciembre de 1971. Que el demandante, por imposibilidad jurídica para ello, "no podía cumplir su obligación de transferir el predio La Palma como cuerpo cierto por tener sólo derechos y acciones sobre éste", por lo que, agrega, al demandado no se le puede constreñir a que adquiera cosa distinta a la prometida inicialmente.

Y a manera de resumen de las conclusiones a que llega del análisis probatorio, expresa el Tribunal que en el presente caso están demostrados los siguientes hechos: "a) Que se celebró un contrato de promesa de compraventa entre los señores Sarmiento Rico y Macías Herrera que se rige por las estipulaciones allí contenidas que son ley para ellos, al tenor del artículo 1602 del Código Civil; b) Que tanto el señor Gilberto Sarmiento compareció a la Notaría 1ª el 22 de diciembre de 1971 como aparece en la constancia notarial como el señor Macías Herrera, lo que se deduce de la declaración de los señores Rafael Gil Castelblanco, Alcibíades Sánchez Gil y la confesión del mismo Sarmiento Rico; c) Que no hay prueba de que el señor Sarmiento Rico hubiera exhibido los títulos escriturarios al señor Macías Herrera el día 22 de diciembre de 1971 en la Notaría 1ª; d) Que el señor Sarmiento Rico no podía cumplir lo pactado, ya que sólo tenía la propiedad del inmueble La Despensa y derechos y acciones sobre el denominado La Palma, habiéndolos vendido como cuerpo cierto y sin que haya demostrado que se le adjudicó este predio en la partición de la señora Bárbara Barrero de Gamba; e) Que el señor Sarmiento Rico sólo pagó al doctor Melquíades Jiménez dos meses de intereses, habiendo pagado el señor Macías Herrera la suma de $ 12.000.00 de intereses".

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, de los cuales dice fundar el primero en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el siguiente en la segunda.

Primer cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 1546 del Código Civil; y del 1609 ejusdem, por aplicación indebida, como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Asevera el casacionista que en su sentencia el ad quem, como efecto de la errónea interpretación de algunos de los medios probatorios aducidos y de la no apreciación de otros, incurrió en los siguientes yerros de hecho: a) Dar por incumplida parcialmente, por parte del prometiente comprador, su obligación de pagar el crédito hipotecario de $ 100.000.00, "junto con sus intereses a partir del 15 de octubre de 1971"; b) Considerar que tampoco cumplió el deber de "poner de presente al señor Macías las escrituras 718 y 719 de 6 de septiembre de 1963", y c) Estimar no probados los hechos 4º y 6º de la demanda, atinentes a la no presentación del prometiente vendedor a la notaría designada el día fijado para perfeccionar la compraventa prometida.

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, refiriéndose a la primera de las conclusiones del Tribunal, dice que según el contrato plasmado en documento de 22 de octubre de 1971, la obligación de pagar el precio de la compraventa prometida "se dividió en cuotas, unas para cubrir antes del 22 de diciembre siguiente, día en que debía celebrarse el contrato prometido; otra cuota de pago simultáneo con el otorgamiento de la escritura; y otra cuota para

cancelarla con posterioridad a dicho acto notarial". Avanzando en su exposición indica que el deber de pagar el crédito hipotecario de $ 100.000.00 debía satisfacerlo el prometiente comprador después del otorgamiento de la escritura; y que los intereses producidos a partir del 15 de octubre del mentado año, sólo procedía pagarlos cuando se causaran.

Y después de expresar que, como lo reconoce la sentencia, "Sarmiento satisfizo todas sus obligaciones anteriores al 22 de diciembre, ...inclusive la del cubrimiento de los intereses del crédito del doctor Clímaco Rodríguez", afirma el impugnador que el Tribunal cayó en falencia al deducirle mora en el pago de intereses causados con posterioridad a esta fecha, puesto que, añade, "por ser el pago de la hipoteca posterior al cumplimiento del contrato de promesa, al fallar éste" el deudor quedaba liberado de este especial deber.

Concretando el error de hecho que denuncia, asevera el recurrente que en él incurrió el sentenciador al interpretar el documento de 22 de octubre de 1971, puesto que, al contrario de lo que en él se consignó, el Tribunal estimó que los intereses causados con posterioridad al 22 de diciembre de 1971 debían cancelarse antes de esta fecha y no después de ella.

3. En lo que respecta a la obligación de "poner de presente al señor Macías" los títulos de propiedad de los fundos "La Despensa" y "La Palma", afirma el recurrente que al darla por incumplida el Tribunal también incurrió en yerro fáctico, porque, dice, sin embargo "de lo incorrecto de su redacción", la pertinente cláusula contractual "indica que el poner de presente las escrituras era una obligación de cumplimiento simultáneo con el otorgamiento del instrumento público que debía realizar el prometiente vendedor Macías como pago del contrato de promesa y, no antes ni después de tal acto, ni para enterar a Macías del estado jurídico de las fincas 'La Palma' y 'La Despensa', ni para otro objeto distinto de la elaboración de la escritura pública respectiva y, como no se otorgó la escritura objeto del contrato de promesa, el recurrente no tuvo oportunidad de ponerlas de presente".

En desarrollo del cargo por este aspecto, dice el censor que a más de que el Tribunal consideró equivocadamente que la oportunidad para cumplir esta obligación era anterior al 22 de diciembre de 1971, dejó de considerar, lo que da mayor evidencia a su yerro, "la prueba de confesión hecha por Macías de tener conocimiento anterior de que sobre una de las fincas Sarmiento sólo tenía derechos y acciones herenciales", puesto que, razona así el recurrente, al reconocer aquél que en noviembre de 1971 le informaron de esa circunstancia, lógicamente debe inferirse "que para el 22 de diciembre de 1971, Macías ya tenía conocimiento del estado jurídico de las fincas 'La Palma' y 'La Despensa'; que ya no era para él fundamental ver las escrituras mencionadas, que ya sabía lo que iba a ser materia de la dación en pago".

4. En torno a la conclusión que trae la sentencia impugnada, referente a la comparecencia de Macías Herrera a la Notaría 1ª de Bogotá el 22 de diciembre de 1971, expresa el impugnante que el sentenciador la da por establecida por razón de la errónea interpretación que hizo de los testimonios de Rafael Gil Castelblanco, Alcibíades Sánchez y Abel Parra Arias; y de la apreciación, que también califica de equivocada, de la "minuta o proyecto de escritura de 7 de enero de 1972".

Continuando en el desarrollo de este aspecto de su censura, dice el impugnador, luego de compendiar el testimonio de los citados declarantes, que si bien con él se puede dar por establecida la presencia del mentado Macías Herrera ese día en dicho lugar; no acredita empero que "sí estuvo en capacidad de otorgar la escritura de compraventa a que estaba obligado por el contrato de promesa y que se allanó a cumplirlo, ...pues una cosa es concurrir a una notaría y otra comparecer ante el notario a otorgar una escritura aportando todos los documentos exigidos por la ley para llevar a cabo tal acto".

Rematando este aspecto del cargo, dice el impugnante que también incurrió en yerro de hecho el sentenciador al apreciar "la minuta o proyecto de escritura", porque tal documento, "a pesar de no determinarse el día y la fecha, sí se señala como

época de su elaboración el año de 1972, y, en su nota final se afirma, en forma indubitable, que tal minuta fue radicada en la secretaría de la notaría el 7 de enero de 1972, fecha muy posterior a la del 22 de diciembre de 1971, tiempo en que ha debido otorgarse el instrumento para solucionar la obligación de la promesa de compraventa".

Se considera

1. Según se infiere claramente del extracto que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal de Bogotá, para denegar la resolución del contrato deprecada en la demanda, a más de afirmar que, al contrario de lo dicho en ésta por el demandante, el demandado sí compareció el 22 de diciembre de 1971 a la Notaría 1ª de esta capital con el propósito de perfeccionar la venta por él prometida, dio como razón cardinal de su fallo la de que el prometiente comprador había incumplido las obligaciones que para él surgieron del contrato de promesa. Y dentro de los deberes que estimó insatisfechos por éste, cita la exhibición de las escrituras de propiedad de los fundos "La Despensa" y "La Palma"; la imposibilidad legal de transferir el dominio de este último, por tener sobre él solamente un derecho herencial; y el pago de intereses.

Así, en el compendio que hace de las motivaciones de su fallo, dice el ad quem que del acervo probatorio practicado en el proceso aparecen demostrados estos hechos: "a) . . .; b) Que tanto el señor Gilberto Sarmiento compareció a la Notaría 1ª el 22 de diciembre de 1971 como el señor Macías Herrera, lo que se deduce de la declaración de los señores Rafael Gil Castelblanco, Alcibíades Sánchez Gil y la confesión del mismo Sarmiento Rico; c) Que no hay prueba de que el señor Sarmiento Rico hubiera exhibido los títulos escriturarios al señor Macías Herrera el 22 de diciembre de 1971 en la Notaría 1ª; d) Que el señor Sarmiento Rico no podía cumplir lo pactado, ya que sólo tenía la propiedad del inmueble La Despensa y derechos y acciones sobre La Palma habiéndolos vendido como cuerpo cierto y sin que haya demostrado que se le adjudicó este predio en la partición de la señora Bárbara Barrero de Gamba; e) Que el señor Sarmiento Rico sólo pagó al doctor Melquíades Jiménez dos meses de intereses, habiendo pagado el señor Macías Herrera, la suma de $ 12.000.00".

Lo cual significa que **el sentenciador, aún en el supuesto de que hubiera tenido por incumplida sólo una de estas tres obligaciones, habría llegado a la misma conclusión, esto es, a la negativa de la resolución pedida, puesto que, como lo asevera en su fallo acogiendo la tesis que en el punto ha expuesto la doctrina de la Corte, el ejercicio legítimo de dicha pretensión sólo corresponde al contratante cumplidor de todas 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; y no al que se halle en mora de cumplir uno o algunos de los compromisos que del pacto surgieron para él.**

2. El cargo que aquí se estudia, como aparece del resumen que en lo fundamental se ha hecho de él, omite impugnar las consideraciones que en torno a la obligación de transferir el dominio del predio "La Palma" hizo el Tribunal y la conclusión de incumplimiento del demandante a que con base en ellas llegó en el punto. Limitado como se halla el cargo a censurar la sentencia del **ad quem** por el error de hecho en que habría incurrido, al no dar por demostrado el cumplimiento de las obligaciones atinentes a la exhibición de títulos y pago de intereses, y al considerar que el prometiente vendedor sí asistió oportunamente a la notaría señalada para otorgar la escritura, de ello se sigue que la impugnación es incompleta, pues aun en el evento de que los yerros denunciados existieren, no podría quebrarse el fallo por encontrarse apoyado en una consideración que no ha sido atacada en casación.

Por la insistencia que de él hace en el contexto de su fallo, bien parece que el fundamento cardinal que condujo al sentenciador a negar la resolución demandada fue el incumplimiento que dedujo para el demandante en el deber de transferir a su demandado el dominio del predio "La Palma", y la imposibilidad legal en que estaba para hacerlo por carecer del derecho que sobre éste había prometido trans-

mitir. Y como este argumento capital del Tribunal no se impugna en el cargo que aquí se estudia, sigue amparado en la presunción de acierto y por tanto con fuerza suficiente para sostener la decisión, desde luego que evidentemente sería injurídico constreñir al demandado a que adquiera por compra un derecho diferente al que se le ha prometido vender.

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

3. Pero si prescindiendo del defecto de técnica indicado, la Corte debiera entrar al estudio de fondo del cargo, tendría que decir que los yerros de hecho que el censor le enrostra al Tribunal no existen, y menos en calidad de trascendentes para decidir el proceso en sentido distinto al que lo fue por el juzgador de segunda instancia.

En efecto, refiriéndose a la cláusula contractual según la cual Sarmiento Rico, luego de expresar que había adquirido el dominio de los fundos, "La Despensa" y "La Palma" mediante escrituras 718 y 719 de 6 de septiembre de 1963, otorgadas ambas en la notaría de La Vega, se comprometió con Macías Herrera a ponérselas "'de presente para el otorgamiento de la presente escritura de este inmueble", dijo el Tribunal que no aparecía demostrado en el proceso que aquél hubiera exhibido a éste "los títulos escriturarios el día 22 de diciembre de 1971 en la Notaría 1ª". Palmar es, pues, que el sentenciador no interpretó la referida cláusula en el sentido de que dicha obligación debía cumplirse únicamente antes de esa fecha, como lo pregona el recurrente, sino que el obligado con ella podía hacerlo durante el tiempo transcurrido desde la fecha del contrato de promesa y hasta el día en que según ésta debía otorgarse la correspondiente escritura, interpretación que en nada contradice lo que la cláusula expresa.

Y es lo cierto que como en el proceso hay absoluta falta de prueba que demuestre la exhibición el 22 de diciembre de 1971, o antes, por parte del demandante al demandado, de los títulos escriturarios números 718 y 719 de 6 de septiembre de 1963, la conclusión del Tribunal que así lo dice no puede calificarse de equivocada.

4. Si, como lo tiene dicho la Corte, el error de hecho por la inapreciación de una prueba, con virtualidad para quebrar en casación el fallo impugnado, solamente se presenta cuando el sentenciador no ha visto en el expediente una prueba que demuestre de modo evidente la existencia de un hecho que trascienda en la resolución del pleito, se impone afirmar que el manifiesto error fáctico que la censura le imputa al Tribunal, por no haber visto "la confesión hecha por Macías de tener conocimiento anterior de que sobre una de las fincas Sarmiento sólo tenía derechos y acciones herenciales", no existe, puesto que aún en el supuesto de que hubiera considerado expresamente en su sentencia la aludida confesión del demandado habría llegado a la misma conclusión, ya que la manifestación del absolvente, por su contenido, es inane para considerar modificada la correspondiente cláusula contractual.

Ciertamente, al absolver una de las preguntas del interrogatorio a él propuesto durante la etapa probatoria de la primera instancia del proceso, manifestó Macías Herrera que "como en el mes de noviembre (1971)... me fui a la finca a dar una vuelta por allá y fue cuando me dijeron que eso eran derechos y acciones, la mayoría del terreno..." Pero del hecho de que este contratante hubiera tenido conocimiento en noviembre de 1971, que su demandante solamente tenía "derechos y acciones" en un predio del cual le había prometido enajenar la propiedad, no puede seguirse necesariamente que tal conocimiento implicó la modificación de las pertinentes cláusulas de un contrato ajustado con anterioridad, como que lo había sido en octubre del mismo año; ni menos que el demandante hubiese quedado relevado del deber de entregarle los correspon-

dientes títulos escriturarios, como lo había pactado en la convención.

5. Resultando, pues, ilesa de los ataques formulados, la conclusión del Tribunal atinente al incumplimiento del demandante en la obligación de exhibirle al demandado determinados títulos escriturarios, para el perfeccionamiento de la compraventa prometida, tal fundamento es suficiente para no casar la sentencia impugnada, aun en el supuesto de que el sentenciador, al considerar parcialmente incumplido el deber de pago de intereses, hubiese caído en falencia, puesto que en tal hipótesis este yerro, por referirse a una sola obligación, impediría sostener el cumplimiento del deudor en todos los deberes que el pacto generó para él.

Por lo dicho, el cargo resulta ineficaz.

Segundo cargo

1. Mediante éste el recurrente, bajo el título "Segunda causal", acusa la sentencia de ser violatoria, por interpretación errónea, del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

2. En desenvolvimiento de esta censura el impugnador, después de notar que la sentencia reconoce validez al contrato de promesa de compraventa que aquí es materia de la cuestión litigiosa, y de detenerse en consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de dicho contrato y sus efectos, asevera que el Tribunal "interpretó erróneamente el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cambiando la naturaleza y efectos de la promesa al considerar, —como si estuviéramos bajo el sistema legal francés— que Sarmiento Rico incumplió su obligación de hacer enajenación de las fincas 'La Palma' y 'La Despensa' y que, además, 'no podía cumplir con lo pactado, o sea hacer la enajenación como cuerpo cierto, ya que sólo tenía unos derechos y acciones...'"

A continuación el recurrente transcribe los pertinentes pasos de la sentencia que reflejan los razonamientos del Tribunal para llegar a la conclusión a que en este aspecto arribó, y dice que "ante lo anterior, paréceme, aunque no es materia de la causal, destacar que por medio del contrato de compraventa no se transfiere el dominio de la cosa vendida, sino que solamente se contrae la obligación personal para el vendedor de dar, de trasladar el dominio al comprador por el modo de la tradición, razón por la cual, en nuestro derecho, la venta de cosa ajena es válida".

Se considera

1. Apoyado como viene este cargo en la causal segunda de casación, al leer la sustentación que de él hace el censor aparece con nítida evidencia la absoluta falta de correspondencia entre ésta y aquélla; porque tomando como base para la censura una causal consagrada para corregir un yerro in procedendo, cual es la inconsonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda o las excepciones del reo, el ataque se desarrolla acusando un error in judicando, para cuya corrección se ha establecido la causal primera.

La resultante de esta extraña manera de impugnar la sentencia es un hibridismo que pugna con el elemental postulado de la técnica del recurso extraordinario, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de casación, cuyo desconocimiento al formular la respectiva demanda es razón suficiente para rechazar el cargo así propuesto.

2. Pero si haciendo abstracción del defecto de técnica advertido debiera la Corte estudiar el cargo con base en la causal invocada, se vería precisada a afirmar que siendo la sentencia totalmente absolutoria, como aquí lo es, ella supone que el Tribunal decidió, negándolas, todas las peticiones deducidas en la demanda y que por tanto no hay en ella incongruencia alguna.

3. Y si interpretando esta censura procediera afirmar que ella, por los fundamentos que el recurrente expone al desarrollarla o sustentarla, se funda en la causal primera, no podría la Corte entrar a estudiarla en el fondo por falta de proposición jurídica completa, puesto que el censor, si bien denuncia quebranto por interpretación errónea del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, omite citar como infrin-

gidos los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, tomados por el Tribunal como apoyo jurídico de su fallo.

Resulta así el cargo incompleto en su formulación y por ende ineficaz, sin que le sea dado a la Corte, como tribunal de casación, extraer del cargo anterior para integrarlos al presente, los preceptos sustanciales citados en ese y el concepto de la infracción allá indicado para ellos. Tal manera de proceder, a más de desconocer la autonomía e individualidad de los cargos, pugnaría abiertamente con la preceptiva contenida en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, según la cual la demanda de casación debe contener, entre otros requisitos, "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera", lo cual quiere decir que el recurrente como acusador que es de la sentencia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que le demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación planteada, por impedírselo el carácter eminentemente dispositivo de la casación.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley no casa la sentencia de fecha cinco (5) de febrero de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

REVISION

Preclusión por interposición del recurso en forma inepta.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

En cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, procede la Corte a decidir si la demanda mediante la cual el **Banco del Comercio** interpone el recurso de revisión contra la sentencia de 8 de septiembre de 1972, es o no admisible.

Antecedentes

1. Mediante auto proferido el 11 de mayo de 1968, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá declaró en estado de quiebra a la sociedad "**Industria de Refrigeración Cold Sea Ltda.**" y a **Ariel Ospina Marulanda**, providencia en la cual, además de las ordenaciones inherentes a dicha declaración, designó como síndico a Helgidio Ramírez.

Luego de rituada la primera parte del proceso, durante la cual comparecieron y fueron reconocidos como interesados, además de la entidad aquí recurrente, muchos otros acreedores, el juzgado de la causa, mediante sentencia pronunciada el 30 de octubre de 1970, declaró probados algunos créditos e hizo la correspondiente graduación de ellos.

Apelado que fue dicho fallo por la sociedad quebrada y por el Banco del Comercio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó mediante su sentencia de 8 de septiembre de 1972.

2. En libelo que fue presentado en la Secretaría de la Corte el 21 de julio de 1973, el Banco del Comercio solicitó que "con citación del señor Helgidio Ramírez, o de quien haga sus veces, quien desempeña el cargo de síndico de la quiebra **Industria de Refrigeración Cold Sea Ltda.** y Ariel Ospina Marulanda", previo el trámite correspondiente, la corporación revisara, para declararla nula, la sentencia de segunda instancia proferida en el citado proceso de quiebra por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 8 de septiembre de 1972.

Mediante diferentes providencias pronunciadas en julio y agosto de 1973, la Corte determinó cualitativa y cuantitativamente la caución que debía prestar el recurrente; aceptó la otorgada por éste; y, por último, solicitó que por el juzgado de la primera instancia se remitiera el expediente respectivo.

Llegado a esta corporación el expediente dicho, la Sala, por auto de 9 de octubre del año de 1973, resolvió declarar inadmisible la demanda sustentatoria del recurso de revisión, al considerar que el recurrente, con olvido de la preceptiva contenida en el artículo 382 del Código de Procedimiento Civil, no la había dirigido contra todas las personas "que fueron parte en el proceso como acreedores de la quiebra". Por consiguiente dispuso, lo que evidentemente se cumplió, la devolución del expediente al juzgado de origen.

3. Así las cosas, en nuevo escrito presentado el 20 de agosto del presente año, el citado Banco del Comercio, pretendiendo subsanar la deficiencia que tornó imprósperа su demanda anterior, busca ahora, citando como demandados a los mismos indicados en ella y a las demás personas que figuraron como acreedoras, que la Corte invalide, por la vía del recurso extraordi-

nario que propone, "la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha septiembre 8 de 1972, dentro del proceso de quiebra seguido a Industria de Refrigeración Cold Sea Ltda. y a Ariel Ospina".

4. La relación hecha de los actos procesales surtidos autoriza aseverar, con indiscutible evidencia, que se trata hoy de la proposición por el mismo litigante, en segunda oportunidad, de idéntico recurso para impugnar la misma sentencia y por iguales motivos.

Enmarcada en estos antecedentes la pretensión ahora deducida, surge el interrogante de si es o no admisible legalmente; y para responderlo la Corte formula las siguientes

Consideraciones

1ª El proceso, que es la unión concatenada de los actos realizados por las partes y por el juez mediante los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos a través de la sentencia, no puede perpetuarse en el tiempo: poderosos motivos de interés general reclaman que su duración sea esencialmente temporaria, pues que si así no fuere las relaciones jurídicas individuales jamás tendrían certeza, lo que iría en desmedro del orden público y de la paz social.

Como lo tiene dicho la doctrina, ordinaria y normalmente el proceso termina con la sentencia, que es la manifestación mediante la cual el juez, aplicando al caso litigado la voluntad abstracta de la ley, resuelve el conflicto sometido a su jurisdicción. De ahí que, respondiendo a aquella necesidad, los legisladores hayan consagrado el principio de la cosa juzgada como el fin natural del proceso, fenómeno que se traduce en la inmutabilidad de la sentencia firme proferida en los juicios contenciosos.

El principio de la cosa juzgada, se ha dicho, no es sin embargo absoluto, puesto que la inmutabilidad de los fallos ejecutoriados tiene que ceder en ciertas circunstancias a una necesidad superior, cual es la de no tolerar una sentencia ganada injustamente. Pero si bien ello es verdad, no lo es menos que el recurso extraordinario de revisión, que es el medio excepcional consagrado por la ley para rescindir, no obstante su firmeza, una sentencia injusta, no puede quedar al arbitrio de los litigantes para que éstos a su talante lo ejerciten en las oportunidades, en la forma y por los motivos que quieran.

2ª Dada la finalidad última que con el proceso se persigue, razones de necesidad política exigen que en su marcha reinen el orden, la claridad, la certeza de las decisiones que en él se tomen y la rapidez en su trámite. Sólo pues con una positiva regulación de la actividad de los funcionarios y de las partes que en él intervienen, acatada sin reserva por aquéllos y por éstas, el proceso es garantía de los derechos ciudadanos.

Para alcanzar esta meta se ha consagrado, como orientación general en la actividad procesal, el principio de la preclusión, también llamado de la eventualidad, y que al decir de la doctrina moderna consiste en la "pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal" (Eduardo Couture. Fundamentos del derecho procesal civil. Pág. 196).

Refiriéndose a los efectos de dicho principio, dice el autor en cita que "está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados" (Ob. Cit., Pág. 194).

Hablando del principio preclusivo dice Manuel de la Plaza, que "es claro que, dentro de un régimen escrito, el buen orden del proceso impone, con el mayor rigor, la aplicación del principio de eventualidad, y por eso ha podido decir con razón Segni que su predominio es el precio que paga el proceso escrito para obtener una relativa rapidez en su tramitación" (Derecho procesal civil, Tomo I, Pág. 325).

Anota José Chiovenda: "El fin del legislador es dar mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los derechos y garantizar su exacto cumplimiento... La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos

queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general, actos procesales" (Derecho procesal civil, Tomo 2, Pág. 396).

3ª Y si generalmente se ha entendido el concepto de la preclusión como la pérdida de una facultad procesal, por no haberse ejecutado el acto correspondiente dentro de los términos demarcados para él por la ley, pues que cerrada una etapa del proceso se debe pasar a la siguiente sin posibilidad de regreso, es lo cierto que también opera la preclusión cuando dentro de la oportunidad indicada el litigante ejercita la facultad, así lo sea infructuosa o ineficazmente. Si el derecho se ejercitó anteriormente, la resolución judicial correspondiente debe producir como efecto la clausura de la respectiva etapa del proceso, impidiendo que el mismo derecho pueda repetirse, para no abrir la puerta por la que ingresarían a aquél el desorden y la incertidumbre.

Como se advierte en las citas que atrás se hicieron, este alcance también se le ha atribuido por la doctrina al concepto de la preclusión. Dice en efecto Couture que ésta "resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a) Por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) Por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) Por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha)" (Ob. Cit., Pág. 196).

4ª Sin embargo de que la revisión, a diferencia de los recursos ordinarios y también de la casación, supone que la acción inicial y el proceso que ésta genera se hallen agotados, su ejercicio tiene que regirse también por el principio preclusivo, puesto que las mismas razones de orden público y de interés social atrás referidas reclaman el arribo de un momento a partir del cual la sentencia sea absolutamente inmutable.

Si este recurso no se ejercita en la oportunidad indicada por la ley el derecho a formularlo precluye, como tiene que precluir también cuando dentro de dicha oportunidad el litigante lo instaura infructuosamente.

5ª Si bien algunos doctrinantes han sostenido que la revisión no encuadra exactamente dentro del marco del derecho a recurrir; que más bien constituye un nuevo proceso en el que se deduce, con apoyo en una situación fáctica diferente a la que fue base en el anterior, una pretensión impugnativa distinta e independiente de la que motivó la sentencia que se pretende aniquilar, es lo cierto que dentro del ordenamiento procesal colombiano la revisión está consagrada como recurso extraordinario para impugnar una sentencia firme.

Por razón de su naturaleza extraordinaria, la revisión conlleva limitaciones que se proyectan no solamente en la clase de sentencias susceptibles de atacarse por esta vía y en las causales o motivos para fundar la impugnación, sino también y fundamentalmente en la actividad jurisdiccional del juzgador llamado a conocer del recurso. Y como éste no puede moverse aquí con la amplia libertad que en principio corresponde al juez de instancia, no le es por ello permisible desbordar los precisos límites que para el recurso le demarque el recurrente.

Es por virtud de la apuntada limitación de su actividad jurisdiccional, que al juez que conoce de la demanda mediante la cual se formula la revisión no le es dado, como sí ocurre en la demanda inicial del proceso, integrar oficiosamente el contradictorio cuando el libelo no se dirige contra todas las personas que ha debido serlo, según lo impera el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil; ni señalar los defectos que desde el punto de vista formal ostente la demanda, para admitirla luego de que el demandante los subsane, como lo preceptúa el artículo 85 ejusdem. En este recurso extraordinario de revisión los defectos formales del libelo incoativo de él, o la no integración del contradictorio por el demandante, constituyen deficiencias que conducen inexorablemente a la inadmisión de la demanda y a la imposición de multa al recurrente, tal cual paladinamente lo ordena el artículo 383 de la obra citada.

6ª Tratándose pues de un recurso, la interposición de la revisión, así lo sea en forma inepta o inidónea, tiene que producir como efecto la consumación del acto procesal y por ende la preclusión del derecho a ejercerlo, el que consiguientemente no

podrá repetirse por el mismo litigante con apoyo en idénticos motivos, muy a pesar de que aún no haya vencido el plazo establecido por la ley para proponerlo. De no aceptarse esta conclusión, un litigante se encontraría siempre en la incertidumbre frente a la situación que el fallo ejecutoriado ha creado para él, sin embargo del rechazo judicial que de la pretensión impugnativa de su contraparte ya se ha hecho.

Si el recurrente en revisión, con olvido de la preceptiva legal pertinente estructura su demanda con ostensibles defectos de técnica, los que por la razón atrás indicada no puede sanear el juez, no podrá luego esquivarse de los efectos de la inadmisión, puesto que ésta ha encontrado su única causa en un hecho imputable exclusivamente a él.

7ª Corolario obligado de todo lo atrás expuesto es el de que este recurso de revisión es inadmisible, por haberlo ejercitado el mismo litigante en oportunidad anterior con apoyo en los mismos fundamentos de hecho.

Decisión

En mérito de lo dicho, la Corte declara precluida la procedencia del recurso de revisión que el Banco del Comercio pretende para la sentencia de 8 de septiembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso de quiebra de "Industria de Refrigeración Cold Sea Ltda". En consecuencia no admite la demanda.

Requiérase al recurrente para que, en acato a lo estatuido por el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, revalide el papel incompetente empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

COMPRAVENTA MERCANTIL

Venta sobre muestras. — Desistimiento tácito por mutuo disenso.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas).

Decide la Corte el recurso de casación, interpuesto por ambas partes contendientes, contra la sentencia de 16 de noviembre de 1972 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario de "Inversiones Industriales Limitada" contra "Industria de Herrajes Limitada (Indurrajes)".

El litigio

1º En libelo repartido al Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, la primera sociedad, demandó en juicio ordinario a la segunda con súplicas orientadas a obtener las siguientes declaraciones:

"a) Que las cantidades de 4.794 hebillas para cinturón correspondientes a la referencia H. 123, parte cromada y parte en oro; 4.609 hebillas correspondientes a la referencia H. 122, parte cromada y parte en oro; 1.890 hebillas de la referencia H. 125, parte cromada y parte en oro; 3.800 hebillas de la referencia H. 121, parte cromada y parte en oro; 1.836 hebillas de la referencia H. 127, parte cromada y parte en oro; todas las cuales dan un total de 21.461 hebillas, no corresponden, a la calidad de las hebillas que fueron contratadas por la sociedad Inversiones Industriales Ltda., con la sociedad Industria de Herrajes Limitada (Indurraies), y a la cual alude la carta-pedido C-9278, de septiembre de 1967, en cuya compra intervino telefónicamente y como simple mediador o agente oficioso el señor Hans Friedeberg;

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare rescindido el contrato de venta celebrado entre la firma demandada Industria de Herrajes Ltda. (Indurrajes) y la sociedad Inversiones Industriales Ltda., contrato al cual se refiere el pedido número C-9278, de septiembre 12 de 1967, hecho a través o con la representación oficiosa del señor Hans Friedeberg sobre los siguientes efectos: Ref. H. 122, 2.500 cromadas y 2.500 en oro; Ref. H. 121, 2.500 hebillas cromadas y 2.500 en oro; Ref. H. 123, 2.500 hebillas cromadas y 2.500 en oro; Ref. H. 124, 2.500 hebillas cromadas y 2.500 hebillas en oro; Ref. H. 125, 1.000 hebillas cromadas y 1.000 hebillas en oro; y Ref. H. 127, 1.000 cromadas y 1.000 en oro;

"c) Que en virtud del postulado anterior, la entidad o persona jurídica demandada está en la obligación de retirar de las oficinas de Rápido Tolima en la ciudad de Cali, las seis (6) cajas que contienen las hebillas a las cuales se refiere la primera petición de esta demanda, como también a pagar el bodegaje o custodia que cobrare la empresa transportadora;

"d) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la sociedad demandada está en la obligación de pagarle a mi mandante o a quien hiciere sus veces dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia, los perjuicios comerciales sufridos por la empresa demandante con ocasión del incumplimiento del contrato de comercio por parte de Industria de Herrajes Ltda. (Indurrajes), consistentes en que la mercancía de que trata esta demanda resultó de calidad notoria-

mente inferior y distinta a la que contrataron las partes;

"e) Que los perjuicios comerciales que deberá pagar la sociedad demandada, se fijarán por su cuantía en la respectiva sentencia, previo avalúo de peritos o se determinará posteriormente en la forma como lo establece el artículo 553 del Código Judicial".

2º Como causa petendi los demandantes afirmaron los hechos que se resumen así:

a) El representante legal de las sociedades "Inversiones Industriales Ltda.", y "Manufacturas de Cuero Miami Style", formuló a "Industria de Herrajes Ltda. (Indurrajes)", compañía fabricante de hebillas un pedido telefónico de mercancía con destino a aquélla, consistente en las hebillas a que se refieren las peticiones primera y segunda transcritas;

b) Según convenio expreso y claro las hebillas serían de primera calidad porque se trataba de fabricar cinturones de cuero superiores en precio a los que comúnmente se vendían en el comercio de Cali;

c) Inversiones Industriales pagó a "Rápido Tolima" el transporte de la mercancía de Medellín a Cali, y cuando las recibió se dio a lá tarea de utilizarlas en la fabricación de artículos de comercio para distribuirlos en diferentes partes del país; como no todas se utilizarían de una vez, "las llevó a sus bodegas para que procedieran a la fabricación paulatina de los citados cinturones", los cuales, debido a pésima calidad de las hebillas, pues la calidad no correspondía al contrato, empezaron a ser devueltos por los clientes. Como la empresa "Indurrajes", se negó a varios arreglos amistosos propuestos por "Inversiones Industriales", ésta las remitió al vendedor, quien no aceptó recibirlas y las reexpidió nuevamente al comprador por intermedio de "Rápido Tolima", en cuya empresa se hallan aún;

d) Para establecer la mala calidad de la mercancía despachada por "Indurrajes" a la sociedad demandante, en febrero 22 de 1968 se practicó inspección ocular, y, "durante ella fue posible examinar un total de 21.461 hebillas de la calidad y características indicadas por los peritos";

e) La empresa "Inversiones Industriales", que no conoció previamente la mala calidad de la mercancía despachada por "Indurrajes", sufrió graves perjuicios consistentes en el descrédito comercial, "por lo inferior del artículo", y otros trastornos "después de haber fracasado definitivamente los arreglos amistosos... Por su parte, 'Indurrajes' no le puso de presente a la sociedad compradora la mala calidad del artículo, cosa que en el acto habría provocado el rechazo de la compraventa".

La sociedad demandada al contestar la demanda se opuso. Refiriéndose a los hechos, de unos dijo ignorarlos, negó otros, aceptó algunos y de los demás manifestó atenerse a las confesiones allí contenidas. Concretamente y respecto a los hechos 3º y 4º dijo: "Me atengo a la carta de pedido, la sociedad que aparece haciéndolo, pues acepto la copia sin firma C. Nº 9278 de septiembre 12 de 1967, que obra en autos. No es cierto que el pedido hubiera sido para enviarlo a 'Inversiones Industriales Ltda.' Me atengo a la confesión que sobre esa especie de mandato aparece en el hecho 13. Entendí negociar con la casa que aparece haciendo el pedido. Pero como en realidad figuró como mandataria acepto la responsabilidad que en el contrato pueda caber a la sociedad demandante... La venta fue pura y simple... Se vendió calidad standard y en los términos del pedido. Se le enviaron las muestras como las pidió. Desde septiembre de 1967 se empezaron a hacer remisiones, pues el pedido fue irlas fabricando, y el intento de devolución fue en febrero de 1968, varios meses después. Fue porque no le apreciaron defectos, o que, al menos estaban de acuerdo con la calidad y condiciones del pedido..."

Propuso, como excepciones perentorias las que denominó: "Prescripción", "inexistencia de la obligación porque se demanda", "petición antes de tiempo y de un modo indebido", "ilegitimidad de la personería sustantiva y de la adjetiva de la parte demandada", "exceptio non adimpleti contractus", "falta de causa para pedir", y "la genérica". Formuló demanda de reconvención a su demandante, la que no fue admitida por ser extemporánea.

3º El juzgado del conocimiento desató el litigio en sentencia de 28 de junio de 1972 mediante la cual rechazó "la excepción de

legitimación en causa activa" declaró prescrita la acción rescisoria por vicios redhibitorios; condenó a Industria de Herrajes Limitada a pagar a Inversiones Industriales Limitada los perjuicios "que ésta haya sufrido por la deficiencia de que adolecían las unidades metálicas motivadoras de este juicio"; ordenó la reducción del precio de las hebillas al que tenían las de su calidad el día de la negociación, 12 de septiembre de 1967; dispuso que estos dos últimos pronunciamientos se regularían conforme al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, y condenó a la parte demandada en las costas del juicio.

Apelada esta resolución por las dos partes litigantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia calendada el 16 de noviembre de 1972, revocó la de primer grado, y, en su lugar, resolvió:

"1º Declárase rescindida la compraventa celebrada entre la sociedad Inversiones Industriales Ltda., e Industria de Herrajes Ltda., (Indurrajes), contrato al cual se refiere la carta de pedido Nº C-9278 del 12 de septiembre de 1967 y sobre las mercancías allí relacionadas.

"2º Los contratantes referidos quedan exonerados del cumplimiento de las prestaciones respectivas, así: la entidad vendedora de entregar las mercaderías, y la sociedad compradora de pagar el precio.

"Parágrafo. la entidad demandada queda con derecho a retirar las mercaderías.

"3º No se hacen las demás declaraciones solicitadas.

"4º Sin costas (Art. 392, Num. 5º; C. de P. C.)".

Tanto demandante como demandado interpusieron contra este fallo recurso de casación.

La sentencia impugnada

Iníciase el fallo diciendo el Tribunal que el presente negocio "lleva ínsita una acción de nulidad relativa" orientada a obtener la rescisión de la compraventa celebrada entre los contendientes. Luego expresa:

"De los hechos expuestos por la sociedad demandante, en forma parcial confesados por la demandada e inferibles de las probanzas obrantes en el plenario, es dable concluir que el proceso trata de mercancía comprada sobre muestras, contrato que en razón de la época en que se celebró debe regirse por el anterior Código de Comercio, pues conserva la validez y efecto que le eran reconocidos, conforme a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 2036 del actual Código de Comercio. Empero, si bien es dable aceptar que en principio dicho contrato se celebró, no acontece lo mismo con la prueba específica de las condiciones y consecuencias de las modalidades estipuladas, ni por ende, con la causa petendi o hechos jurídicos de donde se hace derivar el objeto de la demanda.

"En efecto, con fecha 12 de septiembre de 1967 la sociedad demandante remitió a la entidad demandada la carta Nº 9278 en la cual, refiriéndose a un pedido telefónico y a una conversación, detalla cantidades y referencias de las hebillas objeto del litigio; dice también que 'como hemos convenido de las muestras de cada referencia' se le envían a vuelta de correo 'tres docenas en cromado y tres docenas en oro'. (Folio 10, cuaderno principal). El pedido a que alude dicha carta, no empece a que la copia presentada con la demanda carece de firma, constituye evidencia procesal en base a que la sociedad demandada manifestó atenerse a ella, la admitió al contestar el hecho tercero de la demanda (cuaderno principal, Fl. 20) y aparece firmada en el folio 39 del cuaderno 2º. También confesó la parte demandada el precio acordado como valor por unidad de la mercancía, con los porcentajes de descuento y de impuestos, o sea, por 'cantidad líquida de $ 81.989.81 m.l.' Igualmente acepta lo afirmado por la sociedad demandante sobre que, cuando ésta recibió en Cali las mercancías 'se dio a la tarea de usarla en la fabricación de artículos de comercio', y que, 'como la empresa no las utilizaría todas de una vez, las llevó a sus bodegas para que procedieran a la fabricación paulatina de los citados cinturones...'

"Lo hasta ahora relacionado da ser a la interpretación por vía judicial del contrato base del litigio, pues las partes difieren en sus apreciaciones sobre el alcance y sentido de las obligaciones recíprocas que emergen de la modalidad convencional allí acordada. Precisa por consiguiente anali-

zar, en lo pertinente, el acopio probatorio del plenario y a ello se procede...

"En septiembre 12 de 1967 la sociedad demandante, desde Cali, solicitó a la entidad demandada, con domicilio en Medellín, el envío de veinticuatro mil (24.000) hebillas...

"En esta solicitud o 'carta de pedido', hecha en base a previa conversación telefónica donde se convino suministro de muestras 'tres docenas en cromado y tres docenas en oro', se solicita igualmente el envío de éstas.

"El precio total para las hebillas fue de ochenta y un mil novecientos ochenta y nueve pesos 81/100 m.l. ($ 81.989.81) acordado como fue el valor por unidad, el descuento e impuesto a la venta sobre el precio neto. Estos hechos de la demanda, a más de que en forma general los acepta la entidad demandada, procesalmente están evidenciados con los escritos visibles en folios 10 del cuaderno principal y 39 del cuaderno 2º.

"Sobre la fecha en que la entidad demandada envió a la sociedad demandante las muestras de la referida mercancía, muestras cuyo envío fue acordado entre las partes según la 'carta de pedido' a que antes se aludió, debe destacarse: Seis días después del pedido, vale indicar, en carta con fecha septiembre 18 de 1967 la sociedad demandante reclamó el envío de las muestras (C. 2, Fl. 36). En carta fechada en febrero 10 de 1968, firmada por quien al parecer apoderaba a la entidad demandada, se colige que ésta envió tales muestras el 15 de septiembre de 1967, 'según factura 9-5181-6...' (C. 2, Fl. 37). Esta factura o comprobante de remisión figura en el folio 41 del cuaderno 3º. Lo anterior, aunado a la confesión judicial hecha por el representante de la sociedad actora, es base suficiente para concluir que las muestras de la mercancía objeto del contrato fueron enviadas por la entidad vendedora a la sociedad compradora y recibidas por ésta. La confesión referida se hizo ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cali, previa consulta que del archivo verificó el confesante, al responder las preguntas quinta y sexta del cuestionario formulado por la entidad demandada. (C. 2, Fl. 52).

"Queda evidenciado, por consiguiente, que entre los comerciantes de esta litis hubo una compraventa especial (venta sobre muestras) pactada en la confianza de que la mercancía vendida (24.000 hebillas) tendrían las mismas propiedades de las muestras ('tres docenas en cromado y tres docenas oro'), o sea conforme a la calidad prefijada en el contrato —dicta a promisa— sobre la 'calidad prefijada' cabe resaltar ausencia de pruebas determinadas de la divergencia entre las partes, pues, mientras una afirma pactó sobre hebillas de 'primera calidad'; la otra sostiene venta de 'calidad standard'.

"Nuestro Código de Comercio (el vigente a la celebración del contrato) daba a la venta sobre muestras una fisonomía similar a la venta por orden (Art. 224) y destacaba su sometimiento a una condición resolutoria. Por ello, en virtud del artículo 225 del referido estatuto, la venta se resuelve de pleno derecho 'si las mercaderías no resultaren conformes con las muestras'. El comprador, empero, carece del derecho a pedir la resolución del contrato cuando se cumple el requisito de que la cosa sea conforme con la muestra, y, por cuenta de él (del comprador) corren los riesgos una vez perfeccionada la venta, la que, igual a todos los contratos concluidos bajo condición resolutoria, se perfecciona por el mero consentimiento interpartes sobre la cosa y su precio".

Luego expresa el Tribunal que los artículos 236, 250 y 251 del anterior Código de Comercio no son aplicables al caso litigado, por las siguientes razones:

"Los despachos de mercancía hechos por la entidad vendedora a la sociedad compradora 'terminaron en enero 30 de 1968...' (C. 2, Fl. 63 Vto.). Del plenario no aflora que en esta fecha, vale indicar, perfeccionado el contrato y cumplida la obligación de entregar la cosa (C. C. Arts. 1857 y 1880; C. de Comercio Arts. 182, 188, 225, 234, 236, 238 y concordantes), el vendedor hubiese exigido al comprador el reconocimiento de la calidad de las mercaderías, o lo hubiese requerido sobre su aceptación o rechazo de las mismas. Frente a esta omisión, el reclamo del comprador no está supeditado a los términos fijos a que

antes se aludió, y 'puede reclamar dentro de los términos comunes del derecho civil'."

"Cuando los particulares realizan actos jurídicos observando todos los requisitos prescritos por la ley para cada caso, ésta los protege dándoles plena eficacia. Pero si al celebrarse se pretermiten elementos o factores que según la ley deben concurrir a su formación, emerge un acto irregular huérfano de aquella protección y susceptible de aniquilarse con los medios que autoriza el legislador para destruir los efectos de la operación celebrada al margen de su ordenamiento.

"Las irregularidades cometidas en los actos jurídicos al momento de su formación, determina sanciones o penas civiles, tales como la inexistencia, la nulidad, la rescisión y la inoponibilidad... la nulidad puede ser absoluta o relativa (C. C. Art. 1741). De la primera surge la acción de nulidad; de la segunda la de rescisión y se presenta, como norma general, en los actos jurídicos atentatorios de los intereses individuales de las partes. Según nuestro Código Civil, la nulidad y la rescisión son modos de extinguir las obligaciones (C. C. Art. 1695)... La ley reputa que los actos anulados o rescindidos jamás existieron y confiere derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. (C. C. Art. 1746). Lo anterior, obviamente si las prestaciones se habían cumplido, pues si éstas no se habían ejecutado, por la declaración de nulidad o de rescisión quedan exoneradas de cumplirlas..."

"Antes fue observado —dice el Tribunal— cómo la entidad vendedora y la sociedad compradora omitieron recíprocamente la observancia de formalidades comerciales previstas en el estatuto aplicable, a la sazón, al contrato génesis del litigio. Estas informalidades, unidas al amparo de las mercancías por parte de la sociedad compradora y demandante determina, en sentir del Tribunal, la rescisión del acto jurídico aludido, mas con exoneración mutua del cumplimiento de las prestaciones en base a la compensación de culpas de ambas partes. De la entidad vendedora, porque no exigió a la entidad compradora, el reconocimiento de las mercancías, ni la requirió sobre aceptación o rechazo de las mismas; de la sociedad compradora, por no haber practicado reconocimiento oportuno a las mercaderías y por haber recibido sin previa protesta". Con fundamento en estas consideraciones profirió la resolución ya transcrita.

El recurso de casación

La parte demandante recurrente formula un único cargo contra la sentencia. La parte demandada, también recurrente, formula tres cargos contra la misma sentencia, pero al contestar la demanda de casación del demandante expresa: "Habiendo interpuesto igualmente recurso de casación, contra el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por tratarse de sentencia que debe ser casada como lo anotaré al interponer el recurso a nombre de mi poderdante, no debe parecer extraño que no me oponga al recurso del demandante en cuanto invoca de la Corte la casación de proveído a fin de que vosotros decidáis este punto como tribunal de instancia".

Por tanto, los recurrentes están de acuerdo en la casación del fallo, y sólo discrepan en cuanto al modo en que debe despacharse la sentencia de instancia.

Censura del demandante

En un cargo único se acusa la sentencia por infracción directa ocasionada por aplicación indebida de los artículos 6º, 1625, 1740, 1741, 1746, del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1935; y por falta de aplicación de los artículos 225, 236, 246, y 248 del Código de Comercio vigente a la celebración del contrato y 1546, 1613, 1614, 1917, 1918 y 1924 del Código de Procedimiento Civil.

En desarrollo del cargo expresa el impugnante, que el Tribunal dio por establecido en la motivación del fallo, la celebración entre los contendientes de un contrato de compraventa comercial, procediendo sobre esa base al estudio de la cuestión litigiosa. Pero que luego expresa que si al celebrarse un acto jurídico se pretermiten elementos que según la ley deben concurrir en su formación, emerge un acto irregular susceptible de aniquilarse por los

medios que autoriza el legislador para destruir los efectos de la operación celebrada al margen de su ordenamiento, y que como los contratantes omitieron la observación de formalidades comerciales, ésta omisión determina la rescisión del acto jurídico.

Luego expresa: "De suerte que sin entrar a discutirle al Tribunal, para los efectos de este cargo, la apreciación que hizo de la cuestión fáctica,... es lo cierto que incurrió en un mayúsculo error jurídico al declarar la nulidad relativa, rescisión del contrato de compraventa materia de la litis con fundamento en que la sociedad vendedora no exigió de la compradora el reconocimiento de las mercaderías, ni la requirió para que las aceptase o rechazase y en que la compradora no practicó oportunamente el reconocimiento de aquéllas y las recibió sin previa protesta 'unidas (a esas informalidades) el impago de las mercancías por parte de la sociedad compradora'. Todas ellas como se ve, posteriores a la celebración del contrato. A causa de este error iures in iudicando, el Tribunal quebrantó directamente, por aplicación indebida, los artículos 6º, 1625, 1740, y 1746 del Código Civil al hacerlos actuar en una situación fáctica que no se subsumía en ellos... E infringió, asimismo, por falta de aplicación, las demás normas citadas en el encabezamiento del cargo..."

Se considera

1º El cargo se halla concretado en el aparte 5º de la demanda, en el cual manifiesta el recurrente su conformidad con "la apreciación que hizo el Tribunal de la cuestión fáctica", lo cual implica también aceptar la apreciación que hizo de la demanda. El ataque no se formula contra la manera como entendió el sentenciador la demanda al ver "ínsita una acción de nulidad relativa", sino contra el fundamento de la nulidad declarada. Es al respecto muy claro ese ataque cuando dice: "De suerte que sin entrar a discutirle al Tribunal, para los efectos de este cargo, la apreciación que hizo de la cuestión fáctica, sin atribuirle, por ende, yerros de índole probatoria, es lo cierto que incurrió en un mayúsculo error jurídico al declarar la nulidad relativa, rescisión, del contrato de compraventa materia de la litis, con fundamento en que la sociedad vendedora no exigió de la compradora el reconocimiento de las mercaderías, etc."

2º A fin de dar garantía a los actos jurídicos, la ley los ha sometido a ciertos requisitos y formalidades. Para asegurar el cumplimiento de esas exigencias, y obtener que los particulares se ajusten en sus declaraciones de voluntad a los preceptos legales, se consagró una sanción para el caso de violación de tales preceptos. A tal fin obedece la institución de la nulidad absoluta y de la relativa, que constituyen una pena de orden civil establecida para el caso de infracción de las disposiciones que señalan los requisitos que deben llenar los actos jurídicos. Si la nulidad es una pena de orden civil, y si no puede haber pena sino en virtud de un texto expreso de la ley, debe concluirse que la nulidad constituye una excepción al derecho común, y que no puede existir sino cuando así lo determine. Resulta de lo anterior que todo acto jurídico lleva en sí una presunción de validez; y que mientras no se haya declarado su nulidad por resolución judicial, el acto está amparado por esta presunción.

Según los doctrinantes genera nulidad absoluta la falta de consentimiento; el error esencial; la falta de causa u objeto; el objeto o la causa ilícitos; la omisión de las solemnidades exigidas en consideración a la naturaleza del contrato, y los actos de los absolutamente incapaces; y produce nulidad relativa; el error no esencial, la fuerza, el dolo, la lesión, los actos de los relativamente incapaces y la omisión de los requisitos exigidos por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan.

Como la nulidad absoluta está establecida en el interés de la moral y de la ley puede y debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede ser alegada por todo aquel que tenga interés en ella; y puede pedirse su declaración por el Ministerio Público; no puede ser ratificada por las partes, y la acción para solicitarla prescribe en 20 años. La nulidad relativa no puede ser declarada sino a petición de la parte interesada o sea sólo por aquellas personas en cuyo beneficio la ley la ha establecido; pue-

de sanearse por la ratificación y la acción prescribe por un lapso de 4 años.

"La declaración de nulidad de un acto o contrato tiene por objeto exonerar a las partes del cumplimiento de las **obligaciones que no han contraído válidamente y recuperar las cosas que en virtud de ese contrato han salido de su patrimonio**".

"Las disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas". (Cas. 13 noviembre de 1923).

"La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere esto decir que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre, o los vicios internos del acto, o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas". (Cas. 15 marzo de 1944, LVII, 102).

En cambio, la acción resolutoria procede cuando el contrato reúne los requisitos exigidos por la ley para su existencia y validez, pero no se han cumplido las obligaciones que han nacido válidamente a la vida jurídica, se han cumplido defectuosamente o se está en mora de cumplirlas.

3º El Tribunal declaró la nulidad relativa con fundamento en que la sociedad vendedora no exigió de la compradora el reconocimiento de las mercaderías, ni la requirió para que las aceptase o rechazase y en que el comprador no practicó el reconocimiento de aquéllas y la recibió sin previa protesta, incurriendo así en un **evidente error jurídico**, porque de los artículos 236, 250, 251 y 252 del Código de Comercio, no emerge tal nulidad. Dichos artículos consagran derechos y facultades a los contratantes, que éstos pueden o no ejercitar, y que si no ejercitan no impiden la válida formación del contrato. Las estipulaciones a que se refieren dichos artículos no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato sino que dependen de la voluntad de los contratantes —cláusulas accidentales—. En consecuencia, al considerar el fallador que la falta de esas estipulaciones generaba nulidad relativa infringió directamente las disposiciones citadas por el censor.

Por lo dicho prospera el cargo.

Censura del demandado

En el cargo segundo se acusa la sentencia del Tribunal con base en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil por violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia del error de hecho en la apreciación de la demanda que condujeron al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 6º, 1625, 1741, y 1746 del Código Civil, dejando de aplicar los artículos 188, 225, 236, 246, 249, 250, 252, 347, 357, 360 y 361 del Código de Comercio vigente a la época de la celebración del convenio objeto del litigio; y los artículo 1602, 1606, 1609, 1615, 1618, 1619, 1624, 1625 inciso 10, 1914, 1915, 1917, 1921, 1923, 1925, 1929 del Código Civil, con la consecuente violación de los artículos 80, 82, 89, 174, 177, 187, 305, 306 del Código de Procedimiento Civil.

En síntesis el impugnante desarrolla el cargo así:

"No obstante no dejar duda el escrito petitorio de estar en frente de una acción redhibitoria o edilicia por defectos de calidad en el objeto vendido, el Tribunal sentenciador en segundo grado entendió que el petitum estaba dirigido a la rescisión o nulidad proveniente de falta de formalidades o requisitos y fue así, con base en este error de hecho, meramente objetivo, pues la demanda no comprende la citada acción de nulidad, que dio aplicación indebida a los artículos 6º, 1625 inciso 8º, 1741 y 1746 del Código Civil, declarando con base en ellos la rescisión del contrato de compraventa que se le había pedido, pero teniendo como causa la acción redhibitoria consagrada en el artículo 246 del Código de Comercio derogado. El demandante invocaba esta acción por entender que el derecho no le había caducado, erradamente, puesto que el artículo 251 del propio estatuto le

advertía la imperiosa necesidad de reclamar por defectos de calidad de la mercancía recibida, a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a cada entrega.

"Fue así como el sentenciador, a consecuencia de ese evidente error en la interpretación de la demanda, erró de hecho y violó por vía indirecta las normas de la ley sustancial que vio aplicables y aquellas que siendo de recibo no aplicó so pretexto de haber fallado acción diversa de la que el actor propuso.

"Es por ello que las reglas procedentes no se aplicaron y fue este error el que condujo al Tribunal a violar las normas del derecho procesal que he citado, que le impedían variar la acción propuesta por el actor".

Se considera

1º "La demanda debe interpretarse de manera racional y lógica, teniendo en cuenta su texto completo y no aislando sus peticiones, como si fueran partes independientes, pues se trata de actos jurídicos emanados de una voluntad que persigue expresamente determinados fines, tal como en los contratos. La duda que su texto presente, la oscuridad de sus peticiones, inclusive la equivocada denominación de las acciones incoadas o de los hechos o actos jurídicos que se relacionan, pueden sortearse adecuadamente, si del contexto general resulta en forma suficientemente clara, cuál es su verdadero sentido y alcance". (LXXV, Pág. 158).

2º La acción resolutoria —esencialmente distinta a la de nulidad, según se explicó al despachar el cargo anterior— está consagrada por el artículo 1546 del Código Civil que la extiende a todos los contratos bilaterales, y está además establecida de una manera especial en el Código, en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador, al tenor de los artículos 1882, 1888 y 1930. El vendedor que no cumpla con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega y tradición de la cosa vendida —Art.º 1880— pone al comprador en la capacidad legal para perseverar en el contrato o desistir de él (Art. 1882). A su turno, el comprador constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Sólo pueden enervarse estas acciones cuando, en el caso del artículo 1882 el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando, en el caso del artículo 1930, el vendedor no ha cumplido con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del Código Civil, se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales.

3º El legislador, en algunos artículos, por ejemplo en el 1917 del Código Civil y el 244 del Código de Comercio, emplea la palabra rescisión como equivalente a la de resolución, y hay autores, Fernando Vélez, entre ellos, que incurren en igual confusión. (Tomo VII, Pág. 250). Pero la doctrina y la jurisprudencia han aclarado tal concepto, y han deslindado debidamente la acción nulidad de la acción resolutoria, porque son acciones que parten de postulados distintos.

Esta dualidad de conceptos, en la que también incurrió el actor en la súplica segunda del libelo, ocasionó el oscurecimiento en la solución del problema planteado.

El término disolución, que es genérico, cobija tanto a la extinción de los contratos por voluntad de los contratantes como por causales legales, y entre éstas se encuentran la nulidad absoluta, la relativa, la resolución, etc., que son fenómenos jurídicos distintos.

4º Ciertamente tiene razón el recurrente en su argumentación:

El Tribunal vio en la demanda "ínsita una acción de nulidad relativa", cuando en realidad del contexto de la demanda se infiere claramente que en ella se impetra una acción resolutoria de contrato.

En efecto, se afirma —y en este punto están de acuerdo los litigantes— que entre las partes contendientes se celebró un contrato de compraventa que nació a la vida jurídica con el lleno de los requisitos legales, es decir, sin vicios de nulidad absoluta o relativa. La actora afirma que la demandada incumplió sus obligaciones y ésta a su vez arguye que el incumplimiento fue de aquélla.

De modo que si el Tribunal hubiera apreciado debidamente la demanda habría llegado a la conclusión, de que la acción incoada no fue la de nulidad, y en consecuencia se hubiera pronunciado en forma

distinta. Esta equivocada interpretación objetiva de la demanda lo condujo al error que le imputa el censor, violando así las disposiciones citadas por el mismo.

Por lo dicho prospera el cargo.

Sentencia sustitutiva

1º La compraventa, generalmente consensual y excepcionalmente solemne, se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, momento en el cual nace el contrato.

Según los artículos 1878, 1928, 1929 y concordantes del Código Civil son obligaciones del comprador:

a) Pagar el precio en el tiempo y lugar convenidos, o en el lugar y tiempo de la entrega;

b) Recibir el bien objeto del contrato;

c) Sufragar la parte que le corresponde en los gastos del negocio jurídico;

d) Soportar los gastos que ocasione el transporte de la cosa vendida, y

e) Concurrir oportunamente, cuando la venta está sujeta a determinadas modalidades, a la verificación de ellas, tales como en las ventas a cuenta, peso y medida.

A falta de estipulación especial, la obligación primordial del vendedor, que es la de "dar", sigue las siguientes reglas:

a) Entregar lo que reza el contrato; b) Hacerlo a un mismo tiempo y en su totalidad; c) El bien debe entregarse con sus frutos y accesorios y en el estado en que se hallaba al tiempo de la celebración de la convención.

La compraventa, susceptible de múltiples modalidades, puede ser pura y simple o de contado, a plazo, de género o de especie, bajo condición, a la prueba, a la orden, al gusto, sobre muestras, etc.

Al tenor de los artículos 1566, 1603, 1880, 1884, 1891 del Código Civil, cuando el objeto de la compraventa es un cuerpo cierto, para que el vendedor cumpla, debe entregar esa misma cosa y no otra, aunque sea semejante, pero si el bien obedece a ciertas especificaciones debe entregar uno que responda a esas características y que sea sano y de calidad mediana, porque si es de inferior calidad puede el comprador solicitar o la entrega de una de mediana calidad o la resolución del contrato.

En el caso que aquí se litiga trátase de una venta comercial celebrada bajo la vigencia del antiguo Código de Comercio, y por tal razón deben tenerse también en cuenta las normas, unas de carácter general y otras especiales, contenidas en dicha obra.

Disponía el artículo 182: "los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse, o rescindirse, y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvo las modificaciones que establecen las leyes especiales del comercio".

Preceptuaba el artículo 235: "Si las mercaderías vendidas no hubieren sido individualizadas, el vendedor cumplirá su obligación entregándolas sanas y de mediana calidad".

El artículo 236 decía: "En el acto de la entrega puede el vendedor exigir del comprador el reconocimiento íntegro de la calidad y cantidad de las mercancías si ello fuere fácil, atendidas su naturaleza y empaque. No haciéndolo, se entenderá que el comprador renuncia todo ulterior reclamo, por falta de cantidad o defecto de calidad".

El artículo 250 expresaba que "entregadas las mercaderías vendidas, el comprador no será oído sobre defecto de calidad o falta de cantidad toda vez que las hubiere examinado al tiempo de la entrega y recibidas sin previa protesta".

El 251 rezaba que: "cuando las mercancías fueran entregadas en fardos o bajo cubierta, que impidan su reconocimiento, y el comprador hiciere una formal y expresa reserva del derecho de examinarlos, podrá reclamar, en los tres días inmediatos al de la entrega, las faltas de cantidad o defectos de calidad, acreditando en el primer caso, que los cabos de las piezas se encuentran intactos, y en el segundo que las averías o defectos son de tal especie, que no han podido ocurrir en su almacén por caso fortuito, ni ser causados dolosamente sin que aparecieren vestigios del fraude". (Se subraya).

Y el artículo 252 reglaba: "el comprador tiene derecho a exigir del vendedor la formación y entrega de una factura de las mercaderías vendidas, y el recibo al pie

de ella del precio total o de la parte que hubiere entregado. No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ellas, se tendrá por irrevocablemente aceptada".

Armonizando las anteriores disposiciones, se colige:

a) El vendedor puede exigir el reconocimiento íntegro de la calidad y cantidad de las mercaderías al momento de la entrega. Si ejercita este derecho y el comprador no hace el reconocimiento, se entiende que renuncia a posterior reclamo. Por ende, si el vendedor no hace esa exigencia, se aplican las reglas generales del Código Civil, sobre la obligación de entrega, que es obligación de resultado;

b) Si el comprador se reserva expresamente el derecho de examinar las mercancías, caso en el cual se trata de venta sujeta a condición suspensiva, debe examinarlas, y si no las encontrare conformes, podrá reclamar en los tres días inmediatos a la entrega. Si no se ha pactado este derecho la venta se reputa pura y simple.

Y no se diga que siendo la rapidez condición necesaria de las operaciones mercantiles, no sería concebible una prescripción dilatada para extinguir la acción resolutoria. Esta consideración es de mera apariencia, porque en las ventas mercantiles, existen disposiciones especiales para que los contratantes formulen sus reclamos rápidamente so pena de precluir sus acciones en igual forma, luego si los contratantes no recurren a esas estipulaciones especiales, es necesario concluir que se acogen voluntariamente a la regulación del Código Civil sobre la materia.

c) El comprador tiene derecho a exigir del vendedor la formación de una factura con anotación del precio. Si hace la exigencia puede reclamar contra la factura dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, porque de lo contrario se entenderá irrevocablemente aceptada. El artículo 252, que concede esta facultad a favor del comprador con el fin de evitar incertidumbre en relación a la factura, reglamenta el artículo 224 que regula la compraventa por orden.

Sobre el particular ha dicho la Corte: "Las disposiciones consignadas en los artículos 224 y 251 del Código de Comercio, que confieren al comprador el derecho de resolver la venta o reclamar por defectos de la cosa vendida, no son opuestas sino armónicas. El artículo 251 reglamenta (en los casos allí previstos) el artículo 224 y señala un plazo de tres días para hacer el reclamo y derivar de ahí la acción resolutoria".

El artículo 225, de capital importancia en este negocio, prescribía: "Cuando la compra fuere ejecutada sobre muestras, lleva implícita la condición de disolver el contrato, si las mercaderías no resultaren conformes con las muestras".

Comentando esta disposición ha dicho esta corporación:

"Es sabido que en la doctrina del derecho comercial no se considera obligación por parte del comprador la de examinar las mercaderías que le son entregadas en fardos o bajo cubierta y de noticiar de ello al vendedor en tiempo oportuno, pero sí es esa una condición necesaria a la conservación de sus derechos".

d) Según los expositores la venta sobre muestras es aquella en que el comprador da su consentimiento de adquirir una cosa cuya muestra ha conocido y que está destinada a informarle de las calidades de dicha cosa. De ahí que si el comprador, agradándole las muestras, ordena el envío de las mercancías tenga el derecho de disolver el contrato si no resultaren conforme con aquéllas.

Distinguen los doctrinantes dos clases de ventas sobre muestras:

a) Aquella en que las partes han pactado que el negocio jurídico se considera perfecto sólo cuando las mercaderías hayan sido reconocidas y encontradas conformes con las muestras. En tal evento, es obvio que se trata de venta bajo condición suspensiva, y

b) Aquella en que no existe tal estipulación, y la muestra tiene por fin hacer ver objetivamente al comprador la calidad de la mercancía, caso en el cual la venta es pura y simple.

"Resulta manifiesto que la venta sobre muestras, por sí y normalmente, es pura y simple, y que es un error el creerla por su naturaleza sometida a la condición de que la mercadería entregada y ofrecida

por el vendedor efectivamente corresponda a la muestra contratada.

"Y, en efecto, que tal venta no puede considerarse condicional nunca frente al vendedor, es cosa de evidencia intuitiva; en cuanto la conformidad de la mercadería con la muestra, lejos de ser un evento futuro e incierto del que dependa la perfección del vínculo al que el vendedor mismo está ligado constituye incluso la materia y es el objeto de una obligación precisa ya por él asumida, obligación que debe ser cumplida por él bajo la acostumbrada sanción de la ejecución coactiva o de los daños.

"A lo sumo, por tanto, la condicionalidad del contrato podría concebirse a solo beneficio del comprador, en el sentido de que para él la perfección o resolución del vínculo dependa de la verificación de la mercadería a ejecutarse en el acto de la entrega, según que aquélla resulte o no conforme a la muestra; y la condición podría ser, desde este punto de vista, suspensiva o resolutoria. Pero en cuanto a esta última es fácil demostrar que no puede contemplarse como un elemento especial y propio de la venta que nosotros consideramos aquí. Ya que con la entrega o con la oferta de una mercadería diversa de la muestra falta y desaparece por parte del vendedor el cumplimiento del contrato, de la misma manera de lo que ocurriría en todo caso en que la mercadería no reuniese en sí las cualidades pactadas; y la condición resolutoria, tácita en todos los contratos bilaterales para el caso de que una de las partes no cumpla con su obligación, tiene lugar precisamente en toda clase de ventas comerciales sin distinguir si concluidas o no sobre muestras.

"No queda, por consiguiente, otra hipótesis posible fuera de aquella de la condición suspensiva. Y ésta deberá ciertamente admitirse en todos los casos en que resulte que ha sido querida por las partes, siendo necesario a tal objetivo que por común acuerdo la venta no deba considerarse perfecta para el comprador mientras la mercadería no haya sido reconocida conforme a la muestra contratada. Pero, en defecto de una prueba concluyente de tal voluntad, semejante condición no debe presumirse, del mismo modo que no debe presumirse condicional la venta sin muestra en que las cualidades de la mercadería hayan sido más o menos detalladamente pactadas; ya que, por la naturaleza misma del contrato la conformidad de la mercadería con cuanto fue establecido en el mismo más que referirse a su perfección se refiere a su cumplimiento.

"Y es, en efecto, en consideración al cumplimiento y a las controversias a que el mismo puede dar lugar, que la muestra desarrolle toda su eficacia, dependiendo de ella el decidir si el vendedor ha cumplido o no exactamente, la obligación que le incumbía". (Derecho comercial. Bolaffio Rocco Vivante. Tartufari de la venta, Tomo I, Págs. 212 y ss.).

2º En el presente caso las partes contendientes celebraron un contrato comercial de compraventa pura y simple sobre muestras. Tanto comprador como vendedor incumplieron sus obligaciones recíprocas y simultáneas.

En efecto:

a) El contrato se celebró entre demandante y demandado; el actor así lo afirma y el demandante lo acepta pues al contestar la demanda dijo: "Entendí negociar con la casa que aparece haciendo el pedido. **Pero como en realidad figuró como mandataria**, acepto la responsabilidad que en el contrato puede caber a la sociedad demandante"; y más adelante expresó: "Entendí contratar con 'Hans Friedeberg y Cía., Manufacturas de Cuero Miami Style', **pero según el hecho tal sociedad apenas era mandataria de la sociedad demandante.** 'Inversiones Industriales' ". Luego al reconocer que ésta era mandante de aquélla, lógicamente está aceptando que contrató con el mandante, pero a través del mandatario y no con el mandatario. (Subraya la Corte).

Obran además en el proceso las facturas, debidamente reconocidas, que se encuentran en el cuaderno número 3, folios 3 al 45 y la carta que se encuentra en el cuaderno Nº 2, folio 37, todo lo cual prueba inequívocamente que el negocio se celebró entre demandada y demandante.

b) El contrato fue celebrado sobre muestras: así lo expresan en sus escritos los litigantes; los documentos reconocidos que obran a los folios 9, 10 y 11 del cuaderno 1º, también demuestran, igualmente, que

el negocio versó sobre muestras que conoció el comprador;

c) Ni vendedor ni comprador hicieron uso de las facultades contenidas en los artículos 236, 251 y 252 del Código de Comercio anteriormente transcritos. En consecuencia, es necesario concluir que la venta fue pura y simple. Por ende, perfeccionado el contrato nacieron inmediatamente las obligaciones simultáneas de los contratantes a saber: para el vendedor entregar mercancías de calidad y correspondientes a la muestra, y para el comprador pagar inmediatamente el precio estipulado;

d) El litigio se reduce a que mientras el actor afirma que las mercancías compradas fueron de primera calidad, el demandado lo niega y arguye que el contrato se celebró sobre mercancías "standard";

e) El comprador no pagó el precio oportunamente; infiérese lo anterior de la confesión por el mismo, hecha al contestar la pregunta 5ª del interrogatorio a que fue sometido. (Cuaderno 3, folio 92).

Y también del proceso sobre ejecución del pago del precio, que no prosperó, por cuanto el Tribunal estimó que las facturas no prestaban por sí solas mérito ejecutivo, e igualmente de las mismas facturas que aparecen sin cancelar.

f) El vendedor no entregó mercancías de calidad mediana, según se comprueba con el dictamen pericial de los dos expertos, dictamen no objetado, debidamente fundamentado y explicado, emitido después de exámenes de laboratorio y según el cual las hebillas entregadas no son siquiera de calidad mediana sino de calidad tan inferior que no tienen valor comercial por sí solas.

Por tanto está plenamente establecido el incumplimiento mutuo de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, la voluntad de las partes no sólo es susceptible de manifestarse a través de declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer, como sucede, por ejemplo, con la aceptación de la herencia por razón de un simple acto de heredero; o con la prórroga del arriendo por tácita reconducción, a virtud del pago de la renta correspondiente a un tiempo posterior al fijado en el contrato para su duración, etc. Por lo cual, y precisamente porque las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso, según lo establece el artículo 1602 del Código Civil cuando dice: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales".

Quien oportunamente ha dejado de ejecutar sus obligaciones, bien puede hacerlo material o físicamente en cualquier momento; pero a esa actividad así desarrollada, no puede asignársele el significado jurídico del cumplimiento, por cuanto dicho concepto, lo mismo en el orden natural que en la voluntad expresa de ley, sólo puede producirse cuando se le ejecuta "en la forma y tiempo debidos" (Art. 1609 del C. C.), no en los que, por fuera de tales modalidades quiera darse arbitrariamente una sola de las partes. Desde el punto de vista del interés de cada estipulante, el acuerdo se formaliza teniendo en cuenta determinadas circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc., a través de las cuales supone cada una satisfacerlo; por lo cual, si alguna o algunas de tales circunstancias desaparecen, es claro que también ese interés se desaparezca o se modifique, en función de la causal que lo determinó. De ahí las acciones alternativas de resolución o cumplimiento consagradas por la ley contra el moroso; y de ahí también el lógico resultado de la disolución o desistencia por mutuo disenso tácito, en que exactamente debe traducirse la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes en el pacto. Contra el resultado inaceptable de entenderlas sometidas a la indefinida expectativa de que —en algún tiempo— pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por obra exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común; o de que la acción implacable del

tiempo le dé vigencia definitiva a través de la prescripción.

De consiguiente, expuestos los hechos del litigio, en armonía con el anterior criterio, el contrato de que se viene hablando debe ser declarado disuelto por mutuo disenso tácito de las partes que se deduce inequívocamente del incumplimiento recíproco de ambos contratantes.

Precisamente, la anterior interpretación se conforma con lo dispuesto en el artículo 255 del anterior Código de Comercio, según el cual la compraventa sobre muestras lleva "implícita la condición de disolver el contrato, si las mercaderías, no resultaren conforme con las muestras" .(Se subraya).

Una adecuada solución del problema concorde con el deber de los jueces de asegurar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva, exige tener presente la voluntad expresa o implícita de los contratantes, como también sus mismas manifestaciones en el proceso, las cuales se adivinan fácilmente tanto del planteamiento de la demandante cuanto de la demandada, o sea su voluntad de no llevar a cabo el contrato celebrado entre las mismas partes.

Por otra parte, las mismas razones expresadas en esta sentencia sirven de soporte para declarar la improsperidad de las excepciones, propuestas por la demandada.

No hay lugar a perjuicios porque ambas partes incumplieron.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 16 de noviembre de 1972 y actuando como tribunal de instancia,

Resuelve:

Revócase la sentencia proferida por el Juzgado 3º Civil de Medellín de 28 de junio de 1972, y en su lugar,

Declara

1º No probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2º Disuelto por mutuo disenso de las partes el contrato de compraventa celebrado entre "Inversiones Industriales Ltda.", contra "Industria de Herrajes Ltda. (Indurrajes)".

3º El comprador no está obligado a pagar el precio estipulado, y el vendedor debe retirar las mercaderías materia del contrato disuelto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a quien corresponda e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Daño moral subjetivo y objetivado. — Perjuicio material. — Evaluación del daño moral subjetivo sin la limitación del artículo 95 del Código Penal.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante Alberto González Robles contra la sentencia de 31 de marzo de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este proceso ordinario promovido por aquél contra Instituto de Crédito Territorial.

I

El litigio

1. En demanda admitida el 21 de mayo de 1969 por el Juzgado 2º Civil Municipal de Tunja, a la sazón competente, Alberto González Robles demandó, por la vía del proceso ordinario, al Instituto de Crédito Territorial y a la sociedad "De la Peña y Ortiz y Cía. Ltda.", a intento de que se declarase que los demandados son responsables civilmente de la muerte violenta sufrida por la menor Martha Ivonne González Henao, hija del demandante, muerte ocurrida el 13 de enero de 1969 en la ciudad de Tunja y que, por ende, se les condene solidariamente a pagarle la cantidad de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) moneda corriente, "por concepto de daños morales y materiales, y además, las costas del proceso".

2. El demandante fundamentó sus peticiones en los siguientes

Hechos

El Instituto de Crédito Territorial, el 13 de enero de 1969, era el propietario de un lote de terreno ubicado en la ciudad de Tunja que comprende el barrio "El Paraíso de Tunja", inmueble que había comprado a la sociedad "De la Peña y Ortiz y Cía. Ltda.", mediante escritura número 10289, otorgada el 20 de diciembre de 1968 en la Notaría 6ª de Bogotá. En el mencionado predio, cuyos linderos se describen en la demanda, se había iniciado la construcción de la casa número 16 de la manzana B, pero la obra fue abandonada por espacio de 2 años, aproximadamente, sin cerramientos de ninguna clase, lo cual permitía que las gentes que por allí transitaban pudiesen entrar a ella sin obstáculo. El 13 de enero de 1969, la menor Martha Ivonne González Henao penetró en la obra citada y al desplomarse uno de sus muros, le fracturó el cráneo, causándole la muerte. La occisa, por entonces, tenía 8 años de edad y estudiaba en el Colegio de Boyacá de Tunja, donde había terminado su primer curso de primaria. El demandante, casado con Lilian Henao, es el padre legítimo de la interfecta, a quien atendía en todos sus gastos de educación y crianza. Martha Ivonne "con sus estudios hubiera podido ser un apoyo para sus padres, de acuerdo con su medio social. De otra parte, el dolor y la amargura" que, por tales hechos sufrió el demandante, le causaron perjuicios materiales y morales. Aquéllos y éstos se estiman en la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

3. Con oposición de la parte demandada tramitóse la primera instancia. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja,

a quien pasó el proceso por competencia, le puso fin con sentencia del 16 de febrero de 1972, por medio de la cual resolvió:

"Primero. Declarar que el Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Tunja, es civilmente responsable de la muerte de la menor Martha Ivonne González Henao, ocurrida el trece (13) de enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969)...

"Segundo. Como consecuencia de la responsabilidad declarada en el punto anterior, condenar al Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Tunja, a pagar al señor Alberto González Robles, padre legítimo de la menor Martha Ivonne González Henao, la suma de ciento sesenta y tres mil ochenta pesos moneda corriente ($ 163.080.00), por concepto de perjuicios materiales, y la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, por perjuicios morales dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"Tercero. Absolver a la firma demandada 'De la Peña y Ortiz y Cía. Ltda.' —Arquitectos constructores—, de los cargos formulados por la parte actora.

"Cuarto. Declarar que no hay lugar a pronunciamiento sobre las excepciones propuestas en este proceso.

"Quinto. Condenar al Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Tunja, al pago de las costas del presente proceso a favor del actor, pero deduciendo del monto total, el valor de las que resulten en contra de la parte actora y en favor de la firma De la Peña y Ortiz.

"Sexto. Condenar a la parte actora a pagar a favor de la firma 'De la Peña y Ortiz y Cía. Ltda.' —Arquitectos constructores— el valor de las costas causadas por ésta".

De este fallo apelaron el demandante y el Instituto. El Tribunal, al decidir la alzada, en sentencia de 31 de mayo del mismo año, decidió:

"Primero. **Confirmar** el punto primero de la sentencia fechada el diez y seis (16) de febrero de mil novecientos setenta y dos (1972), en el ordinario de Alberto González Robles contra el Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Tunja, y la sociedad De La Peña y Ortiz y Cía Ltda., proferida por el Juzgado Primero Civil de este Circuito.

"Segundo. **Modificar** el punto segundo de la misma sentencia, revocándolo en cuanto a la condena de perjuicios materiales y en su lugar se absuelve al Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Tunja, de la condena del pago de perjuicios materiales. Y confirmar el mismo punto segundo en cuanto a la condena de perjuicios morales.

"Tercero. **Confirmar** los puntos tercero y cuarto de la sentencia recurrida.

"Cuarto. **Reformar** el punto quinto de la sentencia recurrida, en el sentido de condenar al Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Tunja, al pago de las costas de este juicio, pero solamente en un cincuenta por ciento (50%) de ellas.

"Quinto. **Confirmar** el punto sexto de la sentencia recurrida".

Contra este fallo el demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

Motivación de la sentencia impugnada

Luego de expresar que en el proceso están reunidos los presupuestos procesales y que no se observa causal de nulidad que invalide la actuación, el sentenciador dice que la demanda versa sobre responsabilidad civil extracontractual, y persigue la indemnización de los perjuicios materiales y morales que sufrió Alberto González Robles por la muerte de su hija; que, en el presente caso, "la responsabilidad puede deducirse especialmente del artículo 2350 del Código Civil" porque está plenamente demostrado que el Instituto de Crédito Territorial era propietario de la casa en construcción, cuya ruina ocasionó la muerte de la menor hija del demandante.

Con apoyo en jurisprudencia de la Corte y doctrina de los autores la sentencia expresa que como al morir la niña Martha Ivonne González Henao, solamente tenía una edad de ocho (8) años, estudiaba en la escuela, no estaba produciendo, ni sostenía a sus padres, no hubo para éstos un perjuicio cierto sino hipotético o eventual y que si se tratara de un perjuicio futuro, como tampoco tiene las características de certidumbre para determinar un daño material sufrido por los padres de la menor

accidentada... debe absolverse a los demandados del pago de los perjuicios materiales. Que "la jurisprudencia y la doctrina de los tratadistas han aceptado el pago de los perjuicios morales, o sea el dolor de afección, porque con el daño se haya lesionado la parte afectiva del patrimonio moral, como en el caso de lesionarse los sentimientos de amor, dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o daño a personas queridas". Que, según lo dijo la Corte en sentencia de 20 de septiembre de 1962, "no hay necesidad de acreditar que se han experimentado perjuicios morales por la muerte de un hijo, porque deben presumirse sin necesidad de prueba especial, y que ante la imposibilidad de evaluarlos, la jurisprudencia estableció que el arbitrio del juez para fijar el valor de los perjuicios se encuentra en el artículo 95 del Código Penal que impone una valla al juez, que no puede traspasar". Más adelante dice que si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2350 del Código Civil "el dueño del edificio es responsable y en el caso de autos... se probó que el dominio o propiedad del inmueble donde ocurrió el accidente... es de propiedad del Instituto de Crédito Territorial" y que si, por otra parte, "se estableció que las paredes allí existentes estaban mal construidas por no haberse usado la mezcla de cemento apropiada y porque en sí constituían dichas paredes un peligro, porque el dueño del terreno no puso ni avisos ni señales que prohibieran la entrada o indicaran peligro..., hubo una culpa por parte del Instituto, por lo cual es responsable de los daños morales que ha recibido el padre de la menor accidentada...", los cuales no pueden fijarse más allá del límite de $ 2.000.00.

IIII

El recurso de casación

Primer cargo

Denúnciase en él aplicación indebida del artículo 95 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 1612 a 1614 y 2350 del Código Civil, por los siguientes motivos:

"1º El artículo 187 del Código de Procedimiento Civil dejó al juez civil en plena libertad para apreciar el mérito de las pruebas, inclusive los avalúos sobre la indemnización de perjuicios materiales y morales, con base en la sana crítica y sin poner límite alguno al monto de dichos perjuicios.

"2º El artículo 241 del mismo Código de Procedimiento Civil, reitera esa libertad de apreciación del dictamen de peritos, sin consideración alguna al monto asignado por ellos cuando se trate de indemnización de perjuicios morales o materiales.

"3º El artículo 233, inciso 2º, del mismo Código de Procedimiento Civil ordena al juez decretar nueva peritación cuando estime que la practicada es insuficiente o deba rechazarse, por cualquier motivo.

"4º Los textos anteriores significan que la limitación arbitraria que el Código Penal incluye en su artículo 95, de miserables $ 2.000.00 (que hoy equivalen a $ 100.00 (sic) del año 36), no tiene aplicación a los procesos civiles a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil.

"5º Por consiguiente, el honorable Tribunal violó directamente el artículo 95 del Código Penal, al aplicarlo en este caso.

"Igualmente el Tribunal violó directamente, por falta de aplicación, los artículos 1612 a 1614 y 2350 del Código Civil (el último al no hacerle producir todos sus efectos), pues ellos consagran el derecho del demandante a ser indemnizado plenamente, sin limitaciones preestablecidas y sin tener en cuenta el artículo 95 del Código Penal.

"...El único obstáculo para otorgar esa compensación monetaria justa, —agrega el recurrente— ha sido la jurisprudencia de la honorable Corte que aplicaba por analogía el artículo 95 del Código Penal, pero el nuevo Código de Procedimiento Civil, le ofrece la vía jurídica, legal, equitativa, de variar tal doctrina, que cada año viene siendo más injusta, pues repito, los $ 2.000.00 de 1936 (fecha en que se promulgó el Código Penal), equivalen hoy a $ 50.000.00 más o menos. Si así lo hace, la honorable Corte habrá cumplido plenamente la función de fuente creadora de normas jurídicas y de verdadera intérprete científica de la ley, ambas recalcadas expresamente en el artículo 4º del nuevo Código de Procedimiento Civil".

Consideraciones de la Corte

En este cargo el censor acoge los postulados de la sentencia en cuanto a que el Instituto de Crédito Territorial, por ser civilmente responsable de la muerte de la menor Martha Ivonne González, debe pagar al demandante el valor de los perjuicios morales que padeció por ese hecho. No se discute, pues, aquí que la obligación de reparar daños en general comprende la satisfacción del perjuicio moral. El poder impugnativo de la censura se endereza directamente a romper el límite señalado a esa indemnización por el artículo 95 del Código Penal, que el Tribunal, al acoger constante doctrina de la Corte, aplicó de manera analógica.

El tema planteado, entonces, céntrase en saber si, a pesar de los principios contenidos en los artículos 187, 233, inciso 2º y 241 del Código de Procedimiento Civil que ahora nos rige, debe continuar dándose aplicación analógica al artículo 95 precitado.

Para dilucidar el punto,

La Corte considera

1. Es asunto averiguado que el daño moral subjetivo difiere sustancialmente del moral objetivado y del perjuicio material, especialmente en cuanto a que el monto de éstos es determinable, generalmente por medio de prueba pericial, en tanto que el de aquél, por no manifestarse exteriormente, ya que actúa sobre lo más íntimo del ser humano, y por cuanto no admite censura en el campo objetivo, puesto que produce todo su efecto en la entraña o en el alma de quien lo padece, no puede ser exactamente justipreciado. El daño moral se confunde con el dolor padecido por la víctima, pero difiere de los efectos que en el mundo exterior pueda éste generar, los cuales entrañan propiamente los perjuicios morales objetivados. El perjuicio moral subjetivo, en consecuencia, es indeterminable, aunque exista; es inconmensurable, aunque puede constatarse; y a pesar de que su intensidad tiene grados, no hay medio que permita justipreciar su monto en cada ocasión, pues no se conoce unidad de medida que permitiera valorarlo exactamente en sus distintas manifestaciones. Qué experto podría evaluar con sólido fundamento el valor pecuniario del dolor que padecen los padres por la muerte trágica de un hijo? Si se justiprecia en cien mil pesos ($ 100.000.00) o en un millón de pesos ($ 1.000.000.00), qué argumentos se darían para que no se dudara de que el real monto sea el fijado y no uno mayor o menor? Qué fundamentos podrían esgrimirse, no para demostrar la existencia del dolor que, en tal caso y mientras no exista prueba en contrario, debe presumirse como lo tiene acertadamente declarado la jurisprudencia, sino para traducir en cifras monetarias su indemnización o reparación?

No existe medio conocido que satisfaga esta duda inmemorial. No hay manera de satisfacer plenamente este requerimiento de la justicia.

Constituyendo ese dolor, empero, un daño cierto, inobjetable, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la necesidad de repararlo o mejor de satisfacerlo. Mas no encontrando modo de alcanzar esa meta en cada caso, se han elaborado distintas teorías que, en general, parten de la base de que si al autor del daño se le condena aunque sea al pago de una cantidad mínima, con ello se le obliga a expiar su falta y, simultáneamente, se concede a la víctima una satisfacción.

"En la zona del daño puramente subjetivo y social, ha dicho la Corte, la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el pretium doloris para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

"Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así lo llaman Josserand y con él otros expositores". (G. J. LI, Pág. 434).

Y si el campo de acción de ese dolor subjetivo se localiza en la zona de mayor intimidad de la víctima y si solamente ésta conoce, por ser quien lo padece, la intensidad de su sufrimiento, únicamente ella

podría estar colocada en situación de hacer una estimación de su dolor, el cual, por su interioridad, no puede ser bien apreciado por peritos. Sin embargo, por repugnar que la parte misma pueda ser su propio juez, no puede aceptarse la regulación que ella hiciera.

Aunque no es posible entonces, reparar completa y justicieramente el daño moral subjetivo, la jurisprudencia colombiana ha insistido en que ese daño, por ser cierto y tener como manantial el acto doloso o culposo, sancionable socialmente conforme a los principios éticos que presiden los actos del hombre, reclama, si no reparación total, por lo antes dicho, al menos sí una satisfacción, la que deberá señalar el juez, a falta de norma que indique otro camino. Tal satisfacción, en el caso de un perjuicio moral subjetivo irreparable, es indemnización suficiente y acompasada con el fin moral y social, pues, como lo expresan los Mazeaud y Tunc, "reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio". (Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Tomo I, volumen I, Pág. 438).

Ahora bien, como el daño moral subjetivo incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, y como consiste en el pesar que padece la víctima y que sólo ella puede medir en su intensidad, resulta claro que ese daño no puede ser evaluado por medio de prueba pericial, de un lado, pues su naturaleza propia lo hace inasible, según lo tiene dicho la Corte, y, de otra parte, porque la peritación únicamente es procedente para verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, según lo declara expresamente el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. Además, como todo dictamen debe ser claro, preciso y detallado y ha de expresar los fundamentos técnicos o científicos en que se estriba (Art. 237-6 ibídem), pues en su apreciación por el juez el valor de convicción dependerá de su firmeza y de la precisión y calidad de sus fundamentos (Art. 241 siguiente), palmario resulta que si no existe, en el estado actual de la civilización, medio para evaluar ese daño moral, el dictamen necesariamente carecerá de fundamentos sólidos respecto a la fijación del quantum, por lo cual, en este punto, ninguna fuerza de persuasión tendría. El daño moral subjetivo sigue siendo inestimable pecuniariamente.

Es al juez, pues, a quien corresponde en el caso regular el llamado precio del dolor. Y aunque es claro que por las mismas razones antes expuestas, los jueces no están situados en mejor posición que los peritos para fijar ese monto, por lo cual su decisión podría ser también, en cierto modo, arbitraria, es evidente que la altura de la misión que se les ha confiado, la cual busca certeramente dispensar a cada uno su derecho, ius suum cuique tribuere, augura y propicia que el pronunciamiento sobre ese punto sea clara realización de la justicia al lograr un humano equilibrio entre la equidad y el derecho, como lo ha pregonado Gorphe.

Sobre este tema, los hermanos Mazeaud han precisado lo siguiente:

"Es innegable que el papel del juez (para señalar la cuantía del daño moral) será más difícil que en el caso de un daño material. Pero ese papel no es imposible; porque no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo que es imborrable, sino para... procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido".

La doctrina relativa a que los jueces civiles, en tratándose de fijar el monto de los perjuicios morales subjetivos, debían aplicar, por analogía, la disposición contenida en el artículo 95 del Código Penal y que, por ende, en ningún caso estaban facultados para señalar por tal concepto una suma mayor, ya no tiene el patrocinio de la Corte. En efecto, en fallo de 11 de junio pasado, al tocarse tangencialmente ese tema, la rectora de la jurisprudencia pregonó que es imperiosa la modificación de esa doctrina, al afirmar de paso: "La Corte ve la urgencia de modificar su tesis de que no debe condenarse, por daños morales, a pagar suma mayor de $ 2.000.00 a cada lesionado".

A lo cual procede, considerando primordialmente que la disposición contenida en

el artículo 95 del Código Penal, es norma excepcional que restringe el poder del juez penal, pues limita su facultad de regular el monto del daño moral más allá de la cifra de $ 2.000.00 para cada lesionado con la comisión de un delito.

"Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito —dice el precepto citado—, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Como bien fluye de la simple lectura del texto, esta limitación sólo tiene cabida en los precisos eventos de regulación del "daño moral ocasionado por el delito"; además, el precepto está dirigido a los jueces penales y no a los de otras jurisdicciones. Esta norma, entonces, debe aplicarse únicamente por los jueces del crimen cuando deban fijar indemnización por daño moral, siempre que se den las circunstancias de hecho contempladas en el canon que se comenta.

Despréndese de lo anterior que por cuanto las normas que establecen restricciones o son exceptivas, solamente pueden aplicarse a los casos precisos para los cuales fueron dictados, pues por su propia naturaleza son de interpretación restrictiva, el artículo 95 del Código Penal, ni siquiera por analogía puede hacerse actuar por los jueces civiles y menos tratándose de responsabilidad extracontractual en que es demandada una persona jurídica, de suyo incapaz de ser sujeto pasivo de una acción penal. Motivo por el cual es necesario concluir, acordemente con el sentido de la censura, que el tal artículo 95 fue aplicado indebidamente por el ad quem, por lo cual la sentencia recurrida deberá modificarse en ese determinado punto.

Ahora bien, cuál debe ser la suma a que ha de condenarse por el aspecto tratado?

Considera la Corte que si el más alto dolor por la muerte de una persona querida, es el que hiere a los progenitores por la de su hijo o a los hijos por la desaparición de aquéllos, necesario es concluir que, en el caso que se estudia, ha de fijarse el máximo de la suma que sirva para satisfacer el daño moral padecido por el demandante. Esa cantidad será la de $ 30.000.00, que, teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad.

Como quiera, pues, que tratándose de daño moral subjetivo, el derecho lastimado de la víctima se restablece, no propiamente con la cabal reparación del mismo, por ser inconmensurable, sino con una equitativa satisfacción, los jueces al regular esta especie del daño tendrán de presente que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor.

La Corte acoge así el criterio de la doctrina moderna de que la condena que tiene manantial en la comisión de un daño moral subjetivo, el llamado pretium doloris, no busca tanto reparar ese perjuicio cabalmente, resarcimiento que es el objetivo de toda indemnización, sino "procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido", permitiendo a quienes han sido víctimas del sufrimiento, hacerles, al menos, más llevadera su congoja.

Segundo cargo

El Tribunal violó directamente la ley sustancial —afirma el censor— pues "aplicó parcialmente el artículo 2350 del Código Civil y dejó de aplicar los artículos 1612 a 1614 ibídem, al negar toda condena por perjuicios materiales, simplemente porque la menor no estaba produciendo económicamente, motivo por el cual su padre no dejó de recibir ayuda económica. Que esta doctrina equivale a limitar a esa clase de perjuicios de reparación patrimonial que los textos mencionados otorgan, siendo así que ella es apenas una especie del género daño patrimonial. Que en el caso de autos "por lo menos es obvio el perjuicio patrimonial de los gastos de entierro (se subraya), hecho notorio que no requiere prueba... que se deduce de la partida de defunción. No importa que el monto de ese

perjuicio esté sin determinar, porque lo procedente es condenar in genere para que en incidente de liquidación se regule su monto". Que, entonces, se violaron también, por falta de aplicación, los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, lo cual condujo al quebranto de los textos sustanciales arriba mencionados "amén de que el artículo 307 consagra una norma sustancial: el derecho a recibir una sentencia favorable in genere 'cuando no aparezca demostrada la cuantía'." Que, conociéndose la vida probable, debía haberse hecho la condena tomando como fundamento el presunto producido de la víctima.

Tercer cargo

Se hace consistir en la violación de los artículos 2350, 1612, 1613 y 1614 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de error de hecho por no haberse apreciado el avalúo pericial producido en primera instancia, relativo al monto de los daños materiales sufridos por el padre de la niña "en cuanto al lucro cesante". Que al no haberse condenado al pago de los daños pericialmente justipreciados, en dictamen que no fue objetado y está debidamente fundamentado, el Tribunal violó indirectamente estos textos, como resultado del error de hecho manifiesto por falta de tener en cuenta el dictamen".

Cuarto cargo

Hácese consistir en que, el ad quem al dar aplicación "al artículo 95 del Código Penal, en vez de los artículos 187, 233 inciso 2º, y 241 del actual Código de Procedimiento Civil que le dan aptitud a la prueba pericial para regular los perjuicios morales, sin limitación ad valorem y aun cuando se trate de los meramente subjetivos, violó por falta de aplicación los textos procesales probatorios mencionados, e indirectamente violó por falta de aplicación los artículos 1612, 1613 y 1614 del Código Civil y 2360 ibídem.

"...esta acusación —dice el censor— la formulo dejando de lado el contenido del dictamen pericial antes mencionado, y limitándome a confrontar los textos del Código de Procedimiento Civil citados con el artículo 95 del Código Penal, para poner de presente que la tesis implícita del Tribunal de que aquéllos no son aplicables o al menos no son conducentes para probar el daño moral en cuantía superior a $ 2.000.00, constituye una violación de los mismos.

"No son, por consiguiente, incompatibles las dos acusaciones de manifiesto error de hecho al no considerar el dictamen y de error de derecho al aplicar el artículo 95 del Código Penal y no aplicar los artículos citados del Código de Procedimiento Civil, porque contempla aspectos muy diferentes. Por eso me atrevería a plantear las dos acusaciones en un mismo cargo, en vez de hacerlo en cargos separados; sin embargo, he preferido formular cargos separados; (el tercero y cuarto), para evitarme discusiones y riesgos".

La Corte observa sobre los cargos anteriores

El segundo no puede prosperar, porque si bien es cierto, como lo aduce el censor, que es un hecho notorio que, entre nosotros, el entierro de todo ser humano demanda gastos, no menos cierto lo es que no existe prueba en el proceso de que haya sido el demandante quien hizo esos gastos; además, los otros perjuicios a que hacen referencia los peritos, son hipotéticos y no reales. Las conjeturas no pueden fundar una sentencia.

El tercero, de modo análogo, no saldrá triunfante, pues el Tribunal no dejó de apreciar el dictamen pericial producido en primera instancia, sino que, por versar sobre daños hipotéticos o eventuales y no ciertos, lo halló carente de valor. La certidumbre en los perjuicios es nota indispensable para que puedan ser reparados.

Y el cuarto ataque, finalmente, correrá la misma suerte de los anteriores, pues el ad quem no negó valor probatorio a la pericia, per se, sino porque, como antes se expresó, referíase a perjuicios, cuya certidumbre no se demostró, por lo cual eran simples conjeturas. Y además, porque refiriéndose el dictamen solamente a perjuicios materiales, y no a los morales, no podía el Tribunal al valorarlo de un modo o de otro, infringir el artículo 95 del Código Penal que atañe sólo a daños morales ocasionados con un delito.

Sirven de fundamento a la sentencia sustitutiva las razones dadas al despachar el primer cargo y el hecho de que el demandante demostró, con las actas respectivas, que es el padre legítimo de la menor interfecta. Agrégase que, como a pesar de la prosperidad del recurso, la sentencia recurrida quedó incólume en todos los demás aspectos de su parte resolutiva distintos a la condenación por perjuicios morales, el fallo del **ad quem** deberá ser reproducido en esa parte.

IV

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 31 de mayo de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y, en su lugar,

Falla

Primero. "Confírmanse los puntos primero, tercero, cuarto y sexto de la sentencia fechada el diez y seis (16) de febrero de mil novecientos setenta y dos (1972), en el ordinario de Alberto González Robles contra el Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Tunja, y la sociedad De la Peña y Ortiz y Cía. Ltda., proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja.

Segundo. Condénase al Instituto de Crédito Territorial a pagar a Alberto González Robles, por concepto de perjuicios morales subjetivos, padecidos por éste con ocasión de la muerte de su hija legítima Martha Ivonne, la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00), una vez ejecutoriada esta sentencia. Y absuélvesele de la pretensión atinente al pago de perjuicios materiales.

En estos términos queda modificado el punto segundo de la sentencia de primera instancia.

Tercero. "Refórmase el punto quinto en el sentido de que el Instituto de Crédito Territorial pagará las costas de primera instancia en un 50%.

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

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado doctor José María Esguerra Samper.

Hay muchos aspectos de la sentencia que aprobó la mayoría de la Sala que comparto integralmente, pero existen otros de los cuales deploro tener que separarme por los motivos que brevemente expongo a continuación:

I

Resarcimiento o "satisfacción compensatoria" del daño moral subjetivo

La demanda plantea el delicado problema de la indemnización de los daños producidos por una culpa aquiliana, derecho a la cual no se discute en esta etapa del caso sub judice, como que el Instituto demandado no recurrió en casación de la sentencia del Tribunal que lo declaró civilmente responsable de la muerte de la menor hija del demandante.

De vieja data ha aceptado la jurisprudencia que el resarcimiento a que es acreedora la víctima en este tipo de responsabilidad, comprende tanto los daños materiales como los morales, y que éstos, a su vez, se pueden dividir en dos clases: daños morales objetivados, que están sujetos a un régimen similar al de los materiales, dado que unos y otros, en cuanto sean ciertos y no eventuales o hipotéticos, son susceptibles de fácil justiprecio pericial; y daños morales subjetivos, también denominados por la doctrina pretium doloris o schemerzengeld.

Mucho se ha discutido si estos últimos daños son susceptibles de reparación, en el verdadero sentido indemnizatorio de la palabra, o de una simple satisfacción, a manera de lo que expresa el adagio: "Las penas con pan son menos".

En este orden de ideas dice Doménico Barbero, profesor de la Universidad de Milán, que "excluido que el dinero tenga función 'resarcitoria' del daño no patrimonial, puede tener, por otra parte, una función 'expiatoria' en relación al culpable y una función 'satisfactoria' en relación a la víctima, o sea, un efecto que, sin quitar el vacío causado por la lesión, ponga al lado de él una entidad que aunque de distinta naturaleza, mientras castiga al culpable, puede procurar a la víctima una satisfacción compensadora". (Sistema del derecho privado. IV contratos 6ª Ed. Turín 1962. Trad. Santiago Sentis Melendo. Ejea Buenos Aires, 1967).

En vista de la imposibilidad de reparar un daño moral subjetivo; de que sin embargo, como daño que es, debe ser indemnizado; y, por último, que en tal virtud la víctima tiene derecho siquiera a la apuntada "satisfacción compensadora", para determinar la cual, en todo caso, deben evitarse el capricho y la arbitrariedad en el arbitrio jurídico, la Sala de Negocios Generales de la Corte, en tres memorables sentencias fechadas todas el 23 de abril de 1941 (LI, Págs. 431 a 435, 450 a 452 y 468 a 472), luego de exhaustivo examen de la cuestión, a la luz de las normas legales entonces vigentes y de acuerdo con la doctrina de notables expositores franceses, principalmente, llegó a la conclusión de que debía aplicarse por analogía lo dispuesto por el artículo 95 del Código Penal.

Considero conveniente transcribir, al menos en algunos de sus apartes más importantes, lo pertinente que sobre este tema se expuso en la primera de las tres sentencias mencionadas, de la que fue ponente el Magistrado Aníbal Cardoso Gaitán, cuyas tesis fueron acogidas posterior e invariablemente por la Sala de Casación Civil y reiteradas por la de Negocios Generales (LII, Pág. 113, LII, Pág. 131, LIV bis, Pág. 190, LVII, Pág. 228, LVI, Pág. 671

y ss., LVII, Pág. 78, LVIII, Págs. 613 y ss., LVIII, Pág. 824, LIX, Pág. 139, LX, Pág. 289, LXI, Pág. 577, LXI, Pág. 781, LXVI, Pág. 803, LXVI, Pág. 815, LXXIII, Pág. 903 y ss., LXXIX, Pág. 398, LXXXI, Pág. 187, LXXXII, Pág. 110, XCI, Pág. 77 ss., XCIV, Págs. 830 y ss.).

Perjuicios morales

"El daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, su reputación, su consideración, en su patrimonio moral propiamente dicho; o bien en sus afecciones, en la parte afectiva del patrimonio moral. Se acepta de ordinario que el interés comprendido en la primera categoría, el **interés moral**, se halla jurídicamente protegido; la ley sobre prensa, que prevé y reprime la injuria y la difamación, así lo demuestra. Pero que el simple **interés de afección** justifique una reparación de orden pecuniario no es tesis que se admita generalmente.

"La ley civil patria previene que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Daño es toda lesión en el patrimonio, y éste comprende bienes materiales y morales, derechos patrimoniales, propiamente tales y derechos extrapatrimoniales. El daño material y el moral, como lesiones del derecho, deben repararse.

"Mas este postulado, tan fácilmente enunciable, de la reparación del daño moral, ofrece serias dificultades en su aplicación...

"Refiriéndose al daño moral el notable expositor Georges Ripert, en su obra 'La régle morale dans les obligations civiles', edición de 1935, se expresa así:

'No hay hoy ninguna duda en la jurisprudencia sobre el principio de la reparación del perjuicio moral. Los contornos de la teoría permanecen imprecisos, aunque con la norma de que es necesaria la reparación'.

Sin embargo, el propio autor, admitiendo, como otros expositores admiten, que es necesaria la reparación del daño moral, parece manifestarse contra ella en estos términos:

'El daño moral resulta en realidad de la receptividad de la víctima. Es su sensibilidad la que lo determina. Un estoico de corazón duro no sufrirá por la muerte de un pariente; un amigo de corazón, experimenta un dolor extremo con la muerte de un amigo. Es por esto por lo que el número de víctimas en el daño moral es ilimitado; cada uno se cree víctima. La jurisprudencia se ha hallado en presencia de este problema a propósito del daño causado por la muerte y consistente en el ataque a los sentimientos de afección. Se ha encontrado seriamente embarazada. Si la pena experimentada constituye un daño que puede ser reparado por la indemnización, va a ser indispensable conceder reparación a todos los que sufran con la muerte e invitarlos a fijar ellos mismos la cifra que les parezca una suficiente compensación a su dolor. ...Pero sería profundamente inmoral decir que el que ha sido atacado en sus sentimientos se consolará de ese ataque gracias a la indemnización que recibiera'... (Obra citada, número 181 y número 182).

"Josserand, en el número 442 de su obra 'Cours de droit civil', edición de 1939, dice: 'No obstante, nuestra jurisprudencia se halla bien establecida en el sentido contrario: ella estima que el interés de afección, como el interés moral propiamente dicho, pueden revestir el aspecto de un derecho y justificar una reparación pecuniaria'.

"...Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

"El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de la 'parte social del patrimonio moral', en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza y repercusiones objetivas del daño moral. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa, daño éste inestimable pecuniariamente, y

puede recibir también un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas porque la pérdida de su crédito le trastorna su negocio. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena naturales a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, psíquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución de sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuencialmente su patrimonio.

"El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas.

"Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado.

"Estas diferencias, en lo tocante a la indemnización por el daño moral, sugieren e imponen conclusiones diversas según sea el género del perjuicio.

"Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material.

"Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive y concrete y por esa vía se llegue a la reparación debida.

"En esta categoría cabe la mayor parte del daño moral; muchos casos de perjuicios de esta clase se comprenden en ella y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación.

"Al hablarse de la objetivación del daño moral, de sus repercusiones en un orden material, pudiera entenderse que se está desconociendo la existencia del daño moral, que éste no se reconoce y que únicamente el daño material es el que se acepta, desde que se contempla la objetivación de aquél. Pero esto no es así. De las dos grandes categorías en que se dividen los bienes jurídicos de una persona, patrimoniales y extrapatrimoniales, surgen dos géneros de lesiones en ellos; las que afectan derechos patrimoniales y las que hieren derechos o bienes extrapatrimoniales. Los derechos de este último grupo son inherentes a la persona humana, como la vida, la libertad, el honor, los sentimientos afectivos; los bienes del patrimonio material están situados en un plano distinto, externo y extrínseco, en relación con la persona. El perjuicio moral —como lo ha expuesto la Sala de Casación de la Corte, en sentencia de quince de marzo último— ...'es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado, hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral; puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión en perjuicios **morales propiamente dichos** que son los que afectan la 'parte social del patrimonio moral', como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidas por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en **perjuicios de afección**, que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas, o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. De conformidad con esta definición del daño moral, admitida por los más autorizados expositores, hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento. Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño y no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral hay daño moral; si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material.

"De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto pueda hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no daño material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquél, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecuencial del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma objetivada.

"Debe observarse que hasta aquí el campo recorrido para la determinación del daño es cierto, seguro y no arbitrario.

"No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo. Es la pena misma, el dolor, el sufrimiento en el sujeto pasivo del daño lo que se considera. Hay en tales circunstancias un daño cierto, evidente, producido por el agente responsable del acto delictual o culposo.

"No puede negarse que en las hipótesis ya vistas, de la injuria al honor del comerciante y de la muerte de un hombre, hay un daño de naturaleza subjetiva, el del dolor o la pena causados a la persona que sufre la difamación o a los deudos de quien perece en el accidente. A ese daño, que ataca el sentimiento del honor o el sentimiento de afección, en un orden subjetivo únicamente, cabe bien aplicar las observaciones hechas por Ripert, en forma que adolece de generalidad, pero que son adecuadas e inobjetables cuando se trata de ese género de daño moral. Si se quisiera medir esa pena para avaluarla habría que llegar, como único medio para hacerlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objetivo sería ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple, de los agentes receptores del perjuicio moral.

"Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

"En la zona del daño puramente subjetivo y social, la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el **pretium doloris** para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico.

"Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una **satisfacción** de orden pecuniario, como así lo llaman Josserand y con él otros expositores.

"Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla **consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con la especie de daño de que ahora se trata** (se subraya). En efecto, al decir el artículo 95 del Código Penal, que 'cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos', parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuera completa, debería basarse en la estimación del lesionado.

"Mas si ésta rigiese, el **quantum** de la indemnización sería el que por aquél se señalase, y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley. Sin embargo, el sistema colombiano es el que mejor armoniza con

las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. Como ella no puede alcanzarse en forma completa, y aplicando las reglas ordinarias para la fijación del monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha dicho, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho, ya que en el fenómeno jurídico que se analiza, como con propiedad lo anota Demogue, la indemnización representa 'una necesaria afirmación de la injusticia cometida más que la reparación del quebranto causado al derecho de la víctima', puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación. Por ser procedente la satisfacción de que se habla, y no la reparación común y completa establecida en la ley civil como norma general para todos los daños, **el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es también acertado** (se subraya). Y queda, finalmente, por considerar en la norma legal a que se alude, la forma de disposición al arbitrio del juez, que allí establece, en orden al señalamiento del quantum. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte o si ellas permiten o indican como mejor la mera condenación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales, a una cantidad ínfima, que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado.

"Dedúcese de lo dicho que la ley patria que establece la indemnización del perjuicio moral subjetivo, ha introducido en nuestro derecho positivo una reforma que traduce las más modernas concepciones jurídicas y que marca una evolución saludable en el campo complejo y arduo de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

"Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una **pequeña satisfacción pecuniaria** (se subraya) que se gradúa prudencialmente por el juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del Código Penal". (LI, Págs. 431 a 435).

En otra de las sentencias de esa misma fecha, en caso idéntico al presente (la muerte de un hijo menor del demandante por culpa civil extracontractual del demandado), con ponencia del Magistrado Juan A. Donado V., expresa la Corte que algunos autores niegan el derecho a indemnizar perjuicios morales subjetivos, por tratarse de daño inasible y por lo mismo no susceptible de ser avaluado en dinero. "El fundamento principal que les asiste para negarla es que la fijación de su importe tiene que ser necesariamente arbitraria. Eso es así sin duda; pero como lo observa Colin y Capitant. 'Parece que sería aún más chocante que ninguna reparación viniera a compensar la pérdida... Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro, sería una injusticia escandalosa' (se ha subrayado). Sobre el punto en examen, Planiol y Ripert traen lo que sigue: '...La dificultad de apreciación del daño no es tampoco una razón fundamental para negar la indemnización...'

"...Habrá, pues, que acudir para la fijación del monto de tales perjuicios al arbitrio judicial. Tarea ésta difícil y delicada en extremo, como que si se ejercita sin la debida prudencia, puede conducir a deplorables injusticias. ¿Qué criterio habrá de seguirse para evitarla, para que el pretium doloris de que habla Josserand o el dinero del dolor a que alude Ennecerus no resulte explotación indebida? ¿Qué barrera oponer al arbitrio judicial para evitar las inconsecuencias, los abusos a que es ocasionado?" A renglón seguido la Sala da respuesta a sus propios interrogantes, diciendo que en esos casos se debe aplicar analógicamente el artículo 95 del Código Penal (ibídem Págs. 451 y 452).

En el tercero de los mencionados fallos (ponencia del Magistrado Arturo Tapias Pilonieta), reitera la Sala su concepto de que "para que el arbitrium judicis no se torne en especulación indebida, ni en fuente de ganancias exageradas para la víctí-

ma, que serían sus más inmediatos y serios peligros, **las indemnizaciones pecuniarias por daño moral deben ser módicas** (se subraya), dado su alcance que no es como en el perjuicio material, de restaurar las pérdidas que haya sufrido el patrimonio económico de la persona lesionada". Y para concluir expresa que en esas circunstancias, para fijar la satisfacción correspondiente, debe hacerse "uso del **arbitrium judicis** y adoptando el criterio limitado y módico del artículo 95 del Código Penal".

En las actas de la comisión redactora del Código Penal (Tomo I, Pág. 260) puede leerse que el artículo 95 fue propuesto por el doctor Rafael Escallón y adicionado por el doctor Carlos Lozano con su expresión final, vale decir, con la cantidad máxima de la indemnización que puede pagarse a la víctima del daño moral. El citado artículo dice así:

"Cuando no fuere **fácil o posible** (se subraya) avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Esta es la norma que según jurisprudencia desde entonces reiterada e invariable debe aplicarse analógicamente, siempre que en casos de responsabilidad civil extracontractual se haya ocasionado a la víctima un daño moral subjetivo. "El hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el **quantum** de la reparación de un daño moral —dijo la Corte en igualmente memorable sentencia del 21 de julio de 1922— esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a las leyes penales". (Jurisprudencia de la Corte, T. III, Nº 2932).

En los comentarios finales a su traducción del italiano del opúsculo intitulado "El daño moral" de Renato Scongnarmiglio, dice Fernando Hinestrosa, Rector y Profesor del Externado de Derecho y ex-Magistrado de esta corporación: "La previsión amplia del daño moral se restringe en la práctica a poder de la inercia y la línea de menor resistencia: como quiera que frecuentemente se requiere un esfuerzo superior para precisar el valor económico del daño moral, fijamente se va condenando a cantidad que oscila entre cero y dos mil pesos, desaprovechando la oportunidad de desarrollar adecuadamente la teoría del daño afectivo, **que de esta suerte queda de hecho sin reparación**" (se subraya). (Bogotá, 1962, Imp. Antares, Pág. 108).

La sentencia a que me refiero reitera que el daño moral subjetivo dada pues, su naturaleza, no es susceptible de indemnización propiamente dicha, pero que en todo caso, quien lo sufre, tiene derecho a una satisfacción compensatoria. En ello estoy totalmente de acuerdo y no podía dejar de estarlo, dado el hondo significado de justicia que ese principio lleva consigo. Sin embargo, involucra sin quererlo los dos aspectos, como se vio, en que ese daño puede subdividirse: los que afectan la **parte social del patrimonio moral** y los que hieren **la parte afectiva del mismo.** Respecto de los primeros, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en algunos casos pueden satisfacerse con una condena simbólica, al pago de la unidad más pequeña de la moneda, un peso, por ejemplo, "como los atentados contra el honor, la reputación o las consideraciones sociales". En cambio en los segundos, los que vulneran los sentimientos del damnificado como "la pérdida o el daño a personas queridas", repugna a la justicia que pudieran ser susceptibles de semejante resarcimiento o satisfacción compensatoria.

Es apenas obvio que ese tipo de perjuicio moral subjetivo, por ejemplo el sufrido por la muerte de un hijo, como ocurre en el caso **sub judice**, no es susceptible de indemnización, puesto que ésta no podría reemplazarlo. Empero, ya se vio anteriormente, que en este caso la satisfacción compensatoria tiende a procurarle a la víctima la manera de obtener algún esparcimiento que contribuya a mitigar su dolor, ya que hacerlo desaparecer es imposible.

No comparto tampoco que se prescinda en fórma absoluta de la aplicación analógica del artículo 95 del Código Penal, pues al respecto estoy en un todo de acuerdo con lo que expuso la Corte en las sentencias atrás transcritas, ni comparto tampoco que además se rechace a priori toda

posibilidad de avalúo pericial del perjuicio moral subjetivo. Este rechazo lo hizo la Corte bajo la vigencia del estatuto procesal derogado (Ley 105 de 1931), pero requiere la reconsideración de las razones en que aquélla se fundó, a la luz del nuevo Código de Procedimiento Civil.

III

Fijación del "quantum" de la satisfacción compensatoria

Debe, pues, hacerse un nuevo estudio sobre el problema del resarcimiento o "satisfacción" de esa precisa clase de daño, el moral subjetivo, ante las innovaciones de orden probatorio que introdujo el Código de Procedimiento Civil. Y ello sobre la indispensable base de que por difícil que sea en algunos casos, no siempre lo es en todos, como no lo es tampoco la posibilidad de avaluar la reparación o "pequeña satisfacción" a que es acreedor quien ha sufrido un daño moral subjetivo, porque esta hipótesis está contemplada por el mismo legislador en el mencionado artículo 95 del Código Penal. En efecto, allí no se dice que siempre es imposible o difícil justipreciar la reparación de un daño de esa especie; por el contrario, se prevé precisamente la situación contraria al expresársela en esta forma: "cuando no fuere" **fácil o posible** (se subraya). Esa inflexión verbal "fuere", denota que en algunos casos sí puede existir la posibilidad o la facilidad de avaluar el daño moral subjetivo. Háblase de esto último, porque el legislador no ha distinguido entre el subjetivo y el objetivable, la cual, por tanto, no puede descartarse arbitraria y apriorísticamente. La distinción en referencia, muy juiciosa por cierto, es puramente doctrinaria y jurisprudencial.

"Y es que por lo demás, en estas materias —según lo expuso la Corte en sentencia del 29 de mayo de 1954 (de la cual fue ponente el Magistrado Néstor Pineda)— como en general en todos los ramos del derecho y especialmente en ciertos dominios como el de la protección a la buena fe, el del abuso del derecho..., los progresos y complicaciones de la vida social contemporánea hacen que cada vez sea más profunda la penetración de la equidad en los moldes respetados como los más estrechos y rígidos de nuestras fórmulas jurídicas.

" 'De manera general —dice Gorphe— se advierten en la jurisprudencia dos tendencias que se esfuerzan en coincidir, antes que dos sistemas que intentan oponerse. Una de ellas, respetuosa de la lógica, se empeña en deducir la resolución de los principios de derecho, aplicando la regla al caso dado, sin preocuparse del rigor de las consecuencias. Como extremo proclamaría: **Fiat justitia, pereat mundus.** Al contrario, la otra tendencia, al tratar de encontrar la equidad apropiada a cada caso, busca la solución más justa en concreto y procura justificarla por la elección de una noción que se adapte a ella. Los jueces, encargados de aplicar a la vez la ley y la justicia, vacilan cuando no concuerdan e intentan un arreglo, inspirándose en el espíritu de la ley y en los principios que dominan las disposiciones particulares. El espíritu de equidad permite adaptar la regla general a las particulares del caso.

" 'La equidad integra una noción vivificadora del derecho, a la cual se recurre constantemente por la justicia... Existen materias reglamentadas donde el juez está maniatado por los textos; pero las hay también, por el contrario, en que la ley se remite a él para estatuir **ex aequo et bono.** Lo más frecuente es que la equidad obre dentro de los límites legales, y el fallo debe satisfacer una doble exigencia: **la buena justicia consiste en equilibrar la equidad con el derecho**' (François Gorphe 'Las resoluciones judiciales'. Estudio psicológico y forense, Págs. 34 y ss.)." (LXXVII, Págs. 716 y 717).

El nuevo Código de Procedimiento Civil tiene numerosos preceptos cuya aplicación impide o al menos dificulta que la fijación del **pretium doloris** se preste a las arbitrariedades e inconsecuencias que la Sala de Negocios Generales quiso precaver con la doctrina antes citada y que permiten equilibrar la equidad con el derecho, de los cuales vale la pena destacar los siguientes:

A. En cuanto se refiere a las partes en el proceso:

a) Ellas y sus apoderados están en la obligación de proceder con lealtad y bue-

na fe en todos sus actos "y a obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales". (Art. 71 Nums. 1º y 2º). Por consiguiente, porque presumir lo contrario sería aberrante, debe suponerse que el damnificado, en su demanda, hace una estimación justa y responsable del daño moral subjetivo que ha padecido, la cual constituye el límite máximo para señalar la indemnización;

b) La prueba pericial que se produce en el proceso, como es obvio, debe revestir caracteres de publicidad y posibilidad de contradicción lo cual permite a las partes recusar a los peritos (Art. 235-2); pedir que se amplíe el cuestionario que se les somete (236-4); hacerles "las observaciones que estimen convenientes..." (237-4); solicitar que el dictamen se complete o aclare, u objetar por error grave tanto aquél como su aclaración o adición (Art. 238-1 y 4); "asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas" (238-7); y, finalmente, "colaborar con los peritos y facilitarles los datos que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo (242).

B. **En lo que atañe al juez:**

a) Puede decretar el justiprecio pericial de oficio o a petición de parte, dentro de los límites señalados por los artículos 178 y 233;

b) Le incumbe la designación de los peritos principales y del tercero, en su caso, (Art. 236-2) en la forma prevista por los artículos 9º y 234, con absoluta prescindencia de las partes, a fin de que sean verdaderos colaboradores de la justicia y de que no se sientan ligados a éstas por vínculo alguno, plausible innovación que se introdujo a lo que disponía el artículo 705 del Código Judicial, según el cual ese nombramiento correspondía a las partes;

c) Ha de determinar los puntos sobre los cuales deben dictaminar los peritos "de acuerdo con el cuestionario de las partes y el que de oficio considere conveniente formular" (Art. 236-2); disponer "lo que considere conducente para facilitar a los peritos el cumplimiento de su cometido" (Art. 236-7); hacer a éstos las observaciones que estime convenientes, desde luego sin intervenir en sus deliberaciones (Art. 237-4); y en caso de desacuerdo entre los principales, designar el perito tercero;

d) Puede también "ordenar a los peritos que aclaren, completen o amplíen el dictamen" (Art. 240), y si lo considerare insuficiente, decretar "de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión" (Art. 232), como siempre lo es cuando atañe a cualquier clase de avalúos, según se verá más adelante;

e) Tiene que apreciar el dictamen que haya sido oportuna y legalmente decretado y practicado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Art. 187) y teniendo en cuenta "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso" (Art. 241);

f) En todo caso, no puede aceptar mecánicamente un justiprecio pericial, por más que sea unánime y que no haya sido objetado por las partes. Así lo expuso la Corte en numerosas sentencias, al interpretar el artículo 721 del Código Judicial entonces vigente (LXXX, Págs. 289 y 712, entre otras), que exigía que "tratándose de avalúos de cualquier regulación de cifra numérica, el dictamen uniforme explicado y **debidamente fundamentado** (se subraya) de dos peritos, hace plena prueba". Era entonces deber del juez, analizar debidamente, según su buen criterio, los fundamentos expuestos por los peritos y sólo en caso de encontrar que constituían razonables premisas de las conclusiones del dictamen, darle a éste el valor de plena prueba que autorizaba el citado artículo 721 para los avalúos o regulaciones de cifras numéricas. Con tanta mayor razón debe aceptarse ahora ese sistema de valorar un avalúo pericial, bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil, en el cual predominan la sana crítica y la persuasión racional como criterios de apreciación probatoria.

Así brevemente reseñados los principios legales que gobiernan la prueba de peritos en general, debe agregarse, que dicha prueba no es sólo adecuada sino también necesaria para establecer el monto de cualquier indemnización de perjuicios o regulación de cifra numérica. Como la ley no establece ninguna restricción al respecto, estimo que

no hay razón alguna para rechazarla a priori y en todos los casos, cuando se trate de justipreciar la cuantía de la "satisfacción" o el resarcimiento del daño moral subjetivo o perjuicio de afección.

Además, recuérdese que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil dispone que la apreciación de las pruebas se haga en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin poner cortapisa alguna al hecho que se trata de demostrar, salvo en lo que atañe a "las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". Ese hecho puede ser, pues, el valor de la indemnización por concepto de mejoras, perjuicios o cosas semejantes, y para demostrarlo, la prueba pertinente es el dictamen pericial. No sólo es adecuada esa prueba, como que para realizarla requiérense conocimientos especiales de parte de los peritos, sino que también puede calificársela de necesaria —se repite—, porque la falta de ella, sólo puede suplirse con la regulación judicial, en los únicos casos en que ésta tiene cabida según la ley (Art. 211 C. de P. C.). Por otra parte, una interpretación a contrario sensu del tercer inciso del artículo 233 ibídem, según el cual "no será menester la intervención de peritos para avaluar bienes muebles cotizados en bolsa" permite afirmar que sí lo es para el avalúo de otra clase de bienes, y siéndolo, la tasación pericial se convierte en la prueba necesaria a que alude el 2º inciso in fine del mismo artículo. Por consiguiente, considero que el justiprecio de peritos es prueba necesaria en todo avalúo, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes cuyo valor se requiera conocer con la salvedad arriba expuesta en cuanto a los valores mobiliarios que se cotizan en bolsa, así como también en aquellos casos en que sea muy difícil o imposible avaluar el "pretium doloris", y por tanto, deba recurrirse al arbitrium iudicis.

En vista de lo anterior, salvo en los procesos en que se presenten la imposibilidad o la notoria dificultad para "avaluar pecuniariamente el daño moral" subjetivo, en cuyo caso es de recibo el arbitrium iudicis de que antes se habló y el cual está sujeto a la limitación que establece el artículo 95 del Código Penal, el justiprecio del daño moral subjetivo puede ser pericial. En efecto, dadas las pautas legales antes reseñadas, la independencia de los peritos, la intervención de las partes, la forma como el juez puede valorar el avalúo pericial, según los dictados de la sana crítica y las bases que para ese avalúo se indican más adelante, son ahora muy remotas las arbitrariedades o inconsecuencias que con la doctrina arriba expuesta se quiso evitar.

La aplicación analógica del citado artículo 95 del Código Penal ya no puede hacerse en forma indiscriminada y sistemática en todos los casos en que se haya producido un daño moral subjetivo, como ha venido practicándose hasta ahora.

Para su aplicabilidad requiérese, como la misma norma lo indica, que sea imposible o difícil avaluarlo pecuniariamente, lo cual corresponde apreciar al juez de instancia, en vista de las circunstancias propias de cada caso y de las pruebas que se hayan aducido al proceso, ora a petición de parte, ya por su propia iniciativa. Los peritos, cuando se les haya confiado esa clase de avalúo, también podrán calificar razonadamente si es posible o no, si es fácil o no, justipreciar la "satisfacción" que debe pagar el agente por el daño moral subjetivo que irrogó a la víctima. Si tanto el juzgador como los expertos, llegaren a la conclusión de la imposibilidad o extrema dificultad para hacer ese avalúo pecuniario, conserva su vigencia la doctrina de la Corte atrás expuesta y debe, en consecuencia, recurrirse al arbitrium iudicis y darse aplicación por analogía al artículo 95 del Código Penal. Si por el contrario, en un caso determinado, tales imposibilidad o dificultad no existieren, estará fuera de lugar la utilización analógica del mencionado precepto y procede hacer el avalúo pericial correspondiente.

Con todo, como a pesar de las normas legales a que está sometida la prueba de peritos, cabría en hipótesis la posibilidad de que ese avalúo pudiese conducir en algunos casos a las "deplorables injusticias" y a las inconsecuencias o "los abusos a que es ocasionado" y que la Corte quiso impedir con la doctrina que sentó en sus mencionadas sentencias del 23 de abril de 1941 (LI, Pág. 452), conviene estudiar algunas bases que según la sana crítica deben te-

nerse en cuenta al hacer y especialmente al considerar el justiprecio de tal "satisfacción" o resarcimiento.

1. En una de las sentencias que acaban de mencionarse, expresó la Corte lo siguiente: "Se ha dicho al hablar de la fijación mínima del monto de los perjuicios que con ella se satisface la justicia en algunas ocasiones. Y se ha empleado la frase subrayada porque no siempre corresponderá a los dictados de la equidad la indemnización simbólica, que no es otra cosa que la condena a un franco a que se aludió arriba. Está bien que así se proceda en algunos casos en que por las condiciones pecuniarias del demandante, pueda el juez estimar que aquél encuentra alivio en su pena con la simple afirmación de que se le ha lesionado en su ser afectivo. Pero cuando la víctima, el damnificado, no se halla en las condiciones apuntadas, cuando las de estrechez que le rodean no le permiten disipar la pena por medio de viajes u otras recreaciones, fáciles de conseguir con el dinero, **resultaría irrisorio** (se subraya) el resarcimiento por valor de un franco".

Como se vio anteriormente, uno de los principales móviles que tuvo la Corte al predicar la aplicación analógica del artículo 95 del Código Penal para efectos de fijar el valor de la indemnización del daño moral subjetivo, fue precisamente buscar una modicidad que en todo caso evitara la arbitrariedad y el capricho, y que se convirtiere en fuente de exageradas y con ello injustas ganancias para la víctima. Pero **módico e irrisorio no son términos sinónimos.** Lo que era módico en 1936, ante la desvalorización que ha sufrido nuestra moneda, lo cual por ser hecho notorio no requiere ser demostrado (Inc. 2º, Art. 177 C. de P. C.), en la época actual se ha convertido en vil. Tal ocurre con el límite de dos mil pesos que establece el citado artículo 95, por cuya aplicación sistemática e indiscriminada se ha llegado al extremo de señalar cantidades que resultan irrisorias como satisfacción o compensación del perjuicio moral subjetivo.

Dependerá, pues, del daño de esta clase que haya sufrido la víctima, de su sensibilidad emocional, de sus nexos con la persona que falleció y de sus circunstancias económicas, la cuantía del resarcimiento que hayan de fijar los peritos. Queda al buen juicio de éstos y obviamente al del juez al valorar el justiprecio o al hacer la fijación prudencial que menciona el artículo 95 del Código Penal cuando éste sea aplicable analógicamente, determinar si en un caso dado ese resarcimiento se obtiene simbólicamente con un peso o por el contrario requiere una satisfacción pecuniaria que sin dejar de ser módica sea razonable y se ajuste a los dictados de la equidad.

2. Cuando se trata de la muerte de un ser querido, que por su edad, enfermedad y otras circunstancias semejantes, no signifícare un daño material o un perjuicio moral objetivable para el damnificado, o sea, cuando dicho daño es moral subjetivo exclusivamente, por regla general, debe restringirse su ámbito indemnizable o resarcible a los cónyuges que viven unidos y a aquellos parientes muy próximos, a quienes la ley, precisamente en consideración al afecto que presuntivamente deben profesarse, impone obligaciones recíprocas como la de alimentos congruos (Art. 411, Nums. 1,º 2º y 3º C. C.), la de auxiliarse mutuamente (Art. 113 **ibídem**), las de socorro, cuidado y respeto (Arts. 250 a 252 ibídem), y les otorga vocación hereditaria con el carácter de legitimarios, vale decir, a los hijos y a los padres (Art. 1226 ibídem). Ampliar este radio a parientes más lejanos, se prestaría a una cadena infinita de resarcimientos, sin ningún apoyo en la equidad y aquí, sí, con el serio peligro de incurrir en injusticias, inconsecuencias y abusos.

"Por el aspecto de los perjuicios morales —dijo la Corte en sentencia de casación civil del 18 de octubre de 1967, aún no publicada— es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección y de muchas otras y causarles sufrimientos, más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño moral que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación corres-

pondiente, pero como el reconocimiento indeterminado de este derecho, podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales sólo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas de su estado civil". Y en sentencia del 20 de septiembre de 1952, en desacuerdo con la opinión de Josserand, (Cours... T. I., Pág. 369 Nº 326), había dicho también en caso similar al que está sub judice: "sobre perjuicios morales no hay necesidad de acreditar que se han experimentado por la muerte de un hijo, porque deben presumirse, sin necesidad de prueba especial". (S. N. G. LXXIII, Pág. 511, en el mismo sentido por la muerte de la madre, S. N. G. 26 de marzo de 1943, LIII, Pág. 412).

3. Es claro que la presunción de afecto derivada del matrimonio o de las relaciones de familia muy próximas, es susceptible de desvirtuarse en un caso dado. Si, por ejemplo, marido y mujer están divorciados o separados, la muerte de uno de ellos no puede causar al otro ningún perjuicio moral subjetivo derivado del dolor; si el padre o la madre o ambos han abandonado en forma absoluta a los hijos, el fallecimiento de uno de éstos no puede dar lugar a un resarcimiento en favor de quien lo abandonó, ya que ese abandono, de suyo, desvirtúa en todo caso el afecto que a su turno, hace suponer el dolor cuya "satisfacción" o resarcimiento se busca. Pero, en tanto no se demuestren esas situaciones de excepción, debe presumirse el perjuicio moral subjetivo ocasionado por la muerte de persona muy allegada, como lo ha expuesto la Corte en las sentencias mencionadas en el punto anterior.

IIII

Conclusiones

De lo expuesto estimo que pueden sacarse las siguientes:

a) La satisfacción compensatoria del perjuicio moral subjetivo debe ser justipreciada pericialmente, cuando ello fuere fácil o posible, lo cual deben determinarlo en cada caso el juez o los mismos peritos. Ese justiprecio deberá sujetarse a bases como las que por vía de ejemplo se mencionan en el capítulo anterior y valorarse en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso, y además estará sujeto a que las partes puedan ejercer su derecho de contradicción, lo cual es indudable garantía para ellas. En esas condiciones se elimina la posibilidad de que la cuantía de la satisfacción compensatoria se fije de manera extravagante, arbitraria o injusta;

b) Cuando el justiprecio pericial fuere imposible o muy difícil, deberá acudirse al arbitrium iudicis, por aplicación analógica del artículo 95 del Código Penal, en obedecimiento a lo que dispone el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. En esta forma se evitan tanto la arbitrariedad y el simple capricho en la fijación de la satisfacción compensatoria, como que ésta pudiese convertirse en fuente de enriquecimiento injusto para quien lo reciba, con grave desmedro de la moral y de la justicia;

c) Siendo un hecho notorio la disminución que ha sufrido el poder adquisitivo de la moneda colombiana a partir del año en que entró en vigencia el Código Penal, el tope de dos mil pesos que fijaba su artículo 95 deberá ser ajustado en cada caso a su valor actual. El Banco de la República o la Junta Monetaria pueden certificar a cuánto equivale hoy la expresada cantidad y ese equivalente así demostrado constituiría la cantidad máxima que podría señalar el juez, dentro de su prudente arbitrio, como valor de la satisfacción compensatoria del daño moral subjetivo. Sería peligroso que el arbitrium iudicis no tuviese límite máximo alguno, y además, como atrás lo expuse, no encuentro razones jurídicas suficientes que justifiquen la revaluación de las muy poderosas que tuvo la

Corte para aplicar analógicamente en estos casos el citado artículo 95 del Código Penal.

En esta forma quedan expuestos los motivos que me han llevado a no compartir totalmente los fundamentos de la sentencia, cuyo indudable contenido de justicia soy el primero en reconocer y aplaudir.

José María Esguerra Samper.

Bogotá, 27 de septiembre de 1974.

ESTADO CIVIL

(Transacción sobre derechos patrimoniales derivados de éste). Las acciones de impugnación del estado civil no son absolutamente irrenunciables.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de enero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Inés Restrepo Gutiérrez vda. de Escobar frente a los herederos de Amelia Mejía Callejas viuda de Escobar.

I

Antecedentes

1. Jesús María Escobar y Amelia Mejía Callejas contrajeron matrimonio católico el 29 de noviembre de 1905, en la Iglesia Parroquial de Fredonia.

Dentro de esta unión connubial los contrayentes procrearon los siguientes cinco hijos: Luis Carlos, Delio de Jesús, Francisco Emilio, Ricardo de J. y María Amelia, cuyos nacimientos ocurrieron, respectivamente, el 7 de febrero de 1907, el 12 de febrero de 1908, el 7 de abril de 1909, el 20 de enero de 1911 y el 3 de julio de 1912.

2. Según lo dicen las correspondientes actas aportadas al proceso, los hijos del matrimonio Escobar-Mejía, con excepción de Luis Carlos y Ricardo de J., contrajeron también matrimonio por los ritos de la Religión Católica, así:

a) María Amelia Escobar Mejía el 3 de julio de 1937 con J. Emilio Fernández, unión en la cual procrearon estos tres hijos: María Victoria, Juan Guillermo y Emilio Alberto, nacidos, en su orden, el 19 de junio de 1939, el 4 de mayo de 1942 y el 2 de octubre de 1943;

b) Francisco Emilio Escobar el 17 de julio de 1950 con Alicia Osorio Ortiz, matrimonio dentro del cual los contrayentes procrearon tres hijos, a saber: Martha Lucía, María Elena y Luis Fernando, cuyos nacimientos ocurrieron, en su orden, el 23 de julio de 1952, el 16 de enero de 1954 y el 30 de enero de 1958, y

c) Delio Escobar Mejía el 4 de julio de 1959 con Inés Restrepo Gutiérrez, unión en la cual procrearon estas dos hijas: Amelia María, nacida el 1º de julio de 1960; e Inés Margarita, nacida el 13 de mayo de 1961.

3. A la muerte de los cónyuges Escobar-Mejía sobrevivieron, de sus cinco hijos, Luis Carlos y Ricardo de J., puesto que los tres restantes habían muerto en las siguientes fechas: Francisco Emilio, el 12 de mayo de 1958; Delio de Jesús, el 25 de julio de 1962; y finalmente María Amelia, el 27 de enero de 1963.

4. Ocurrido el óbito de Delio Escobar Mejía, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín abrió el correspondiente proceso sucesorio, en el cual, mediante auto de 21 de agosto de 1962, reconoció como interesadas en él a las siguientes personas: Amelia María e Inés Margarita Escobar Restrepo, como herederas del causante en su calidad de hijas legítimas de éste; y a Inés

Restrepo viuda de Escobar, en su calidad de cónyuge sobreviviente del finado y quien optó por gananciales.

Prosiguiendo el trámite del sucesorio, el juzgado del conocimiento practicó, el 5 de noviembre de ese mismo año, la diligencia de inventario y avalúo de bienes, en la cual enlistaron, como activo propio del causante y de la sociedad conyugal, bienes por valor de $ 6.860.751.98; y como pasivo, obligaciones por valor de $ 1.850.847.87.

5. En septiembre de 1962, por cuanto allí "se presentaron algunas personas y declararon que el doctor Delio Escobar Mejía, ya fallecido, no había contraído matrimonio con la señora Inés Restrepo Gutiérrez, o al menos tenían duda de ello", el Tribunal Eclesiástico de Medellín inició un procedimiento de "celebración o no de matrimonio", el cual concluyó con su sentencia de 19 de diciembre del mismo año, mediante la cual decretó que "consta la celebración del matrimonio" que entre sí celebraron las citadas dos personas y, de consiguiente, dispuso inscribir la partida en la parroquia de la Candelaria de Medellín.

6. Para entonces Amelia Mejía viuda de Escobar había comparecido al proceso sucesorio de Delio Escobar, solicitando que se le reconociera como heredera del causante en su calidad de madre legítima de éste, y en vista de que, manifestó en el escrito respectivo, el reconocimiento que de la cónyuge se hizo es ineficaz, puesto que, agrego, el documento aducido "para demostrar su matrimonio no tiene el valor que se le ha dado, según las Leyes 57 de 1887 y 92 de 1938".

Su pretensión fue sin embargo denegada por el juez de la causa mediante auto proferido el 25 de octubre de 1962, en razón a que "mientras no se produzca una sentencia o decreto de la autoridad eclesiástica en que se obtenga la nulidad de la partida de matrimonio este despacho tendrá que seguir conociendo del presente juicio sucesoral, con base en las actas o documentos que fueron acompañados a la demanda..."

7. Así las cosas, según documento firmado por las partes y expresamente reconocido por éstas ante el Notario Primero del Círculo de Medellín, el 19 de noviembre de 1962 se ajustó entre Inés Restrepo Gutiérrez viuda de Escobar, por una parte, y Amelia Mejía viuda de Escobar, Luis Carlos, Ricardo y Amelia Escobar Mejía, y Alicia Osorio viuda de Escobar Mejía, ésta como representante de sus menores hijos Marta Lucía, María Elena y Luis Fernando Escobar Osorio, por la otra, el contrato cuyas cláusulas fundamentales son:

a) Luego de hacer referencia al proceso sucesorio de Delio Escobar Mejía y de indicar que en éste se encontraban reconocidas como interesadas las dos hijas del causante y la cónyuge de éste; y de expresar que en punto de la prueba del matrimonio se "han presentado diferencias de criterio y de intereses entre las exponentes Amelia Mejía viuda de Escobar e Inés Restrepo G. de E. y sus hijas", decidieron que "para zanjar tales diferencias, evitar litigios de cualquier naturaleza, disipar motivos de discordia y lograr que el juicio de sucesión se adelante dentro de la mayor brevedad posible", llegar "a un acuerdo o transacción";

b) Mediante ésta Inés Restrepo Gutiérrez viuda de Escobar se obligó a transferir a Amelia viuda de Escobar, por medio de escritura pública, de los bienes inventariados en la sucesión, el 30% de lo que a la primera le correspondiera "por concepto de gananciales o porción conyugal, como acreedora del difunto o a cualquier título"; agregando que el activo líquido que serviría para determinar el monto de ese 30% sería "el respectivo valor que se les fijó a los bienes en la diligencia de avalúo", y que "si el valor de lo que pueda corresponder a la señora Inés Restrepo G. de E., tanto en la liquidación de la herencia como en la de lo social, no fuere suficiente para cubrir el citado 30%, el resto lo pagará en dinero o bienes de su propiedad";

c) Se obligó además la Restrepo viuda de Escobar, "a hacer lo conducente para que, antes del decreto de partición, se pague a Amelia Mejía viuda de Escobar la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00), que le adeudaba el causante";

d) Por su parte los otros contratantes expresaron, como contraprestación de las obligaciones adquiridas por la primera, renunciar "a cualquier acción de carácter civil, penal o eclesiástico, que pudieren ini-

ciar o hubieren iniciado o a los resultados de acciones iniciadas de que no se pudiere desistir, y que digan relación a modificar, directa o indirectamente, la situación reconocida en el auto de apertura y reconocimiento de herederos..., y el interés concedido a la señora Inés Restrepo G. de E., en el auto dictado en el juicio de sucesión del doctor Delio Escobar Mejía", y

e) Se comprometieron además a que la partición de este sucesorio se haría con base en dicho arreglo, para lo cual de común acuerdo designaron al doctor Germán Giraldo Zuluaga, y a incinerar, "una vez efectuada la partición de bienes en la sucesión... las documentaciones por ellos recogidas y que digan relación a los asuntos transados, para que de ellos no quede memoria".

8. Mediante escritura pública Nº 3741 de 21 de noviembre de 1962, otorgada en esta fecha en la Notaría Primera de Medellín e inscrita en la Oficina de Registro de esa ciudad, Inés Restrepo G. viuda de Escobar Mejía manifestó enajenar a favor de Amelia Mejía viuda de Escobar, "a título de transacción y hasta un valor de un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.00), su derecho a gananciales en la sociedad conyugal que formó con el doctor Delio Escobar Mejía y cuya liquidación se está llevando a cabo dentro del juicio de sucesión de éste".

En este mismo título escriturario expresó la cedente, "que si su derecho a gananciales no alcanzare a cubrir el valor" atrás indicado, para ese supuesto "enajena o cede a la misma señora Amelia Mejía viuda de Escobar, todo derecho que, por cualquier título tenga o se le reconozca en la sucesión del doctor Delio Escobar y hasta la concurrencia de la citada cantidad" de $ 1.200.000.00; y que dicha enajenación y "las obligaciones que contrae, son la contraprestación de algunas obligaciones que, a su vez, contrajo" Amelia Mejía viuda de Escobar "en contrato de transacción que celebró con ella" el 19 de noviembre de ese mismo año.

9. Tomando apoyo en la precitada escritura pública y a petición de Amelia Mejía viuda de Escobar, el juzgado que conocía de la sucesión de Delio Escobar la reconoció, mediante auto proferido el 13 de diciembre de ese mismo año de 1962, como "subrogada en los derechos que le vendió la cónyuge Inés Restrepo viuda de E....".

10. Para culminar el trámite del proceso sucesorio de Escobar Mejía, se practicó, el 25 de enero de 1963, la correspondiente partición, en la que, de común acuerdo entre los interesados en ella, se hicieron tres hijuelas, así: a) A Amelia Mejía viuda de Escobar, como subrogataria de parte del derecho de Inés Restrepo viuda de Escobar, se le adjudicaron bienes por valor de $ 1.200.000.00; b) A Inés Restrepo viuda de Escobar, por concepto de gananciales, se adjudicaron bienes por valor de $ 1.238.765.59, y c) Una hijuela conjunta para las menores Amelia María e Inés Margarita Escobar Restrepo, hijas legítimas del causante, por valor de $ 2.782.421.78.

Esta partición y su sentencia aprobatoria, proferida por el juzgado el 30 de enero de ese mismo año de 1963, fueron finalmente inscritas en el Libro 1º de la Oficina de Registro del Círculo de Medellín el 18 de abril siguiente.

III

El litigio

1. Mediante libelo de 14 de octubre de 1971 y que en repartimiento correspondió al juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín, la citada Inés Restrepo viuda de Escobar demandó a Ricardo de J. y Luis Carlos Escobar Mejía; a María Victoria, Juan Guillermo y Emilio Alberto Fernández Escobar; a los menores Luis Fernando, María Elena y Marta Lucía Escobar Osorio, representados por su madre Alicia Osorio viuda de Escobar, señalando a todos estos demandados como herederos de Amelia Mejía viuda de Escobar; y finalmente a Amelia, María e Inés Margarita Escobar Restrepo, hijas de la demandante, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que es nulo, por falta de consentimiento de su parte para celebrarlo, el contrato de transacción ajustado el 21 de noviembre de 1962, y contenido en la escritura pública número 3741, otorgada en esta fecha en la Notaría Primera de Medellín;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a los citados herederos de Amelia Mejía viuda de Escobar a restituir a la demandante, dentro del término que la sentencia les señale, todos los bienes que aquélla recibió en la sucesión de Delio Escobar Mejía, por virtud de la referida transacción; o en subsidio el valor de dichos bienes, de acuerdo con la tasación que de ellos se hizo al enlistarlos en el inventario sucesoral, teniendo en cuenta que por las "sucesivas devaluaciones de la moneda son hoy de una cuantía muchísimo mayor", y

c) Que se los condene, igualmente, a restituirle los frutos producidos por estos bienes durante todo el tiempo transcurrido desde noviembre de 1962 y hasta que hagan la restitución.

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

Que a ella, como cónyuge sobreviviente de su finado esposo Delio Escobar Mejía, le correspondía legalmente la mitad de la fortuna de éste y que en cambio Amelia Mejía viuda de Escobar, madre del finado, no tenía derecho alguno en dicha herencia, en la cual concurrían también las hijas del causante; que, sin embargo, "como hubo demora en la aparición de la partida" del matrimonio, "entonces se hizo la precitada transacción", la que resulta nula por carencia de objeto; que, de otra parte, "no recuerdo haber firmado la escritura de la transacción, lo que me ha llevado a pensar que pudo haber sido suplantada mi firma"; que la escritura número 3741 de 21 de noviembre de 1962, y por ende la convención que en ella se plasmó, se hizo antes de que el Tribunal Eclesiástico de Medellín "decidiera sobre la celebración de mi matrimonio con el doctor Delio Escobar y su validez..., el que sólo sentenció favorablemente el 19 de diciembre de 1962, o sea un mes después"; y que desconoce la transacción de 19 de noviembre de que se habla en esta escritura, pues que "nadie hasta el presente me ha informado sobre ella y escrita tampoco aparece en parte alguna, en tal forma que no puedo aceptar lo allí afirmado".

Concretando los fundamentos de hecho de la nulidad por ella deprecada, dice la demandante en su demanda que la transacción de 21 de noviembre de 1962 es ilegal "debido a mi falta total de consentimiento..., porque el contrato no me fue consultado, ni explicado, ni analizado y por consiguiente no hay tal contraprestación de algunas obligaciones..." Y luego de transcribir el texto del artículo 2469 del Código Civil, agrega que según esta norma dicho pacto no puede calificarse de transacción, porque "ni era para terminar extrajudicialmente litigio pendiente porque no lo había; ni para precaver uno eventual porque no había razón para ello".

3. En sus contestaciones el libelo incoativo del proceso todos los demandados, incluso las hijas de la demandante, se opusieron a las súplicas impetradas por ésta y algunos de ellos expresaron que "la transacción esbozada por la parte actora ocurrió realmente y tiene plena vigencia".

Y para corroborar su afirmación, los demandados Juan Guillermo y Emilio Alberto Fernández Escobar presentaron con su escrito de contestación el documento privado de 19 de noviembre de 1962, debidamente reconocido por sus otorgantes ante el notario primero de Medellín, en el cual recogieron el pacto de transacción que sirvió de antecedente al contrato vertido en la mentada escritura Nº 3741, otorgada ante ese notario el 21 de los mismos mes y año.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia a la que el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el 5º Civil del Circuito de Medellín, le puso fin con sentencia de 17 de agosto de 1973, mediante la cual absolvió a los demandados de los cargos contra ellos formulados e impuso las costas a la demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte contra la dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en fallo de 23 de enero del presente año, confirmó el apelado con costas de la instancia a cargo de la demandante.

IIII

Motivación del fallo impugnad

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de advertir la presencia de los presupuestos procesales, indispensables para decidirla en el fondo, el Tribunal inicia las motivaciones de su sentencia notando que, según la demanda inicial, para sustentar la nulidad deprecada la demandante invoca las siguientes dos circunstancias: falta de consentimiento por su parte para celebrar la transacción; y carencia en ésta de objeto, "porque se celebró contra expresa prohibición legal al transigirse sin que hubiera litigio pendiente ni eventual porque la contratante favorecida carecía de todo derecho en la sucesión de su hijo".

2. Refiriéndose al primero de estos dos motivos, es decir a la falta de consentimiento en que concreta la aseveración de la demandante de que hubo suplantación de su firma al plasmar en escrito el convenio, dice el juzgador ad quem, luego de notar que la escritura Nº 3741 de 21 de noviembre de 1962 "no recoge totalmente las estipulaciones del contrato de transacción, en ella simplemente se expresó la cesión de un derecho de gananciales o de porción conyugal liquidables en la sucesión"; y que la transacción propiamente se encuentra contenida en el documento de 19 de noviembre del mismo año, que tanto este instrumento privado, por estar expresamente reconocido, como el público en razón a su propia naturaleza, son auténticos y que por consiguiente constituyen, según la preceptiva del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, prueba plena de sus estipulaciones.

De todo lo cual concluye que la demandante sí estampó su firma en esos dos documentos, aserto que apoya además en el testimonio rendido por el doctor Germán Giraldo Zuluaga quien, en certificación jurada, así lo afirma.

Expresa el sentenciador que sin embargo de la desidia de la demandante para practicar las pruebas por ella pedidas a fin de desvirtuar la presunción de autenticidad de tales documentos, dichos medios se practicaron y que de ellos, inspección judicial y pericia grafológica, salió fortalecida mayormente esa presunción de verdad. "Los expertos —dice el Tribunal— hicieron el cotejo y llegan a la conclusión de que las firmas estampadas en la escritura y en el documento privado son auténticas y tienen como autora a la señora Inés Restrepo viuda de Escobar".

3. Acomete en seguida el sentenciador el estudio del segundo de los motivos invocados para fundar la declaración de nulidad suplicada en la demanda, vale decir, la ausencia de pleito pendiente o eventual entre los contratantes que justificara la transacción.

En esta tarea el fallador ad quem, después de algunas consideraciones atinentes a la naturaleza jurídica del contrato de transacción, los elementos que lo estructuran y sus efectos, dice que según se desprende de las incidencias ocurridas en el proceso sucesorio de Delio Escobar, las que encuentra demostradas con las pertinentes copias allegadas al presente, de los propios términos en que se acordó el pacto y de la declaración del doctor Giraldo Zuluaga, aparece que entre la demandante y Amelia Mejía viuda de Escobar existía discrepancia en punto de los derechos que a la primera correspondían en esa mortuoria, y que ese disentimiento fue la causa de la transacción ajustada. "Eran tan serias las divergencias entre las señoras Restrepo y Mejía, —dice el Tribunal— las cuales podían llevarlas a enfrentarse judicialmente, que la misma demandante reconoce que al momento de la transacción estaba pendiente la decisión eclesiástica atinente a la veracidad de la celebración de su matrimonio".

Dando por cierto que las concesiones recíprocas de las partes son elemento esencial del contrato de transacción, afirma el sentenciador de segundo grado que dicho presupuesto sí existe en el presente caso, pues que "ellas se relievan en las cláusulas primera a sexta las de cargo de Inés Restrepo viuda de Escobar y en la séptima y octava las de Amelia Mejía viuda de Escobar".

4. Conclusión de todo su estudio es, para el Tribunal, la de que la transacción ajustada el 21 de noviembre de 1962 y plasmada en la escritura Nº 3741, otorgada en esa fecha en la Notaría 1ª de Mede-

llín, corresponde a la voluntad expresada por los contratantes y que su causa determinante está en la discrepancia que en torno a los derechos herenciales en la sucesión de Delio Escobar existían entonces entre Inés Restrepo viuda de Escobar y Amelia Mejía viuda de Escobar, respectivamente cónyuge y madre del causante.

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia antes extractada interpuso casación la parte demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, por falta de aplicación, particularmente del artículo 2473 del Código Civil, y además de quebrantar, por el mismo concepto, los artículos 6º, 15, 16, 346, 1518, 1523, 1526, 1740, 1741 y 1746 ejusdem, y 2º de la Ley 50 de 1936.

2. Inicia el casacionista el desarrollo de esta censura afirmando que el acto jurídico que es objeto de la declaración de nulidad deprecada, es un verdadero contrato de transacción, tal cual lo definieron los juzgadores de instancia con apoyo en la denominación que a dicho pacto dieron los contratantes.

Y agrega a continuación que esa es la naturaleza jurídica que corresponde a la citada convención, como lo pregonan las siguientes piezas procesales: a) La escritura Nº 3741 de 21 de noviembre de 1962, otorgada en la Notaría 1ª de Medellín, en cuyas cláusulas 1ª y 3ª los contratantes expresamente denominaron como transacción el contrato acordado; b) El documento de 19 de noviembre de ese mismo año, que "contiene en términos más amplios el contrato de transacción" y cuyas cláusulas fundamentales transcribe el recurrente; c) El memorial de 18 de octubre de 1962 presentado al sucesorio de Delio Escobar, mediante el cual Amelia Mejía viuda de Escobar solicitó que se le reconociera como heredera del causante, en su calidad civil de madre legítima de éste, y que se desconociera interés a la cónyuge; d) El auto de 25 de octubre del mismo año, mediante el cual el juez de esa causa denegó la pretensión de la peticionante; e) La partición realizada en dicho sucesorio, en donde, contrariamente a lo sostenido hasta entonces, se le reconoce a la demandante su carácter de cónyuge sobreviviente de Delio Escobar y se le adjudican bienes por concepto de porción conyugal; f) La sentencia de 19 de diciembre de 1962, proferida por el Tribunal Eclesiástico de Medellín en el "juicio de celebración o no de matrimonio entre Delio Escobar y María Inés Restrepo G.", y g) Finalmente la declaración del doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Asevera el impugnador que de esta relación de piezas procesales surge nítidamente el objeto propio de la transacción: "el reconocimiento por parte de doña Amelia de la calidad de cónyuge que ostentaba doña Inés, en relación con el doctor Delio Escobar Mejía; y más concretamente aun la aceptación por parte de una de las contratantes del estado civil de casada, o viuda, en la otra contratante", situación ésta que, añade el censor, no era desconocida por el Tribunal, como "se desprende de las varias citas que el fallo hace del contrato de transacción y las contraprestaciones pactadas".

3. Concretando la impugnación que formula contra la sentencia del Tribunal, expresa el recurrente que aquél "no podía desconocer los preceptos legales que definen el estado civil, y su vinculación en nuestro derecho con los principios de orden público. Y la prohibición expresa de celebrar contratos referentes a la disposición del estado civil, por cuanto, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la honorable Corte, el estado civil de las personas está fuera del comercio".

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

Expresa, al efecto, que al negar en su sentencia la nulidad de la transacción el fallador infringió, por falta de aplicación,

los siguientes preceptos sustanciales que, por darse los supuestos fácticos por ellos requeridos, eran rigurosamente aplicables en el presente caso: el artículo 2473 del Código Civil, según el cual no se puede transigir sobre el estado civil de las personas; los textos 6º, 15 y 16 ibídem, conforme a los cuales sólo pueden renunciarse los derechos que miren al interés individual; el 1518 que reclama, para la eficacia de un acto jurídico, la existencia de objeto lícito; los preceptos 1523 y 1526, según los cuales hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; los artículos 1740, 1741 y 1746, los cuales estatuyen que hay nulidad absoluta en los actos que carecen de objeto lícito, la que declarada judicialmente produce efectos restitutorios.

Se considera

1. Tiene averiguado la doctrina que el estado civil, que es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y en la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles, por incidir profundamente en la organización social tiene que estar regulado por normas positivas de orden público, las cuales por tanto no pueden derogarse por convenios particulares, como no le es dado tampoco a las personas renunciar a su estado civil ni a la casi totalidad de los derechos que de éste dimanan.

Siendo el estado civil inseparable de la persona, como que es su imagen jurídica o la proyección de su propia personalidad, las calidades que lo integran están fuera del comercio y por consiguiente son inalienables e imprescriptibles. Tal ha sido la doctrina que en el punto ha sostenido invariablemente la Corte. Así, ya en fallo de 1º de marzo de 1928, y lo ha reiterado posteriormente, dijo al respecto esta corporación: "El estado civil de las personas está fuera del comercio; no se compra ni se vende la sangre ni la filiación, y por lo mismo no puede ser objeto de acto jurídico alguno que implique el comercio en el sentido legal de esta palabra. Nadie puede transigir sobre su estado; la transacción supone una renuncia, y no se concibe que un hijo renuncie a su estado; esto equivaldría a renunciar a su sangre; abdicar de lazos que la naturaleza ha formado; sería regular por medio de convenciones particulares una materia que es de orden público o de interés general, lo cual no permite la ley" (XXXV, 200).

2. Para su completa eficacia y por ende para la tutela de los derechos que de él se derivan, el estado civil de las personas se halla protegido por las llamadas acciones de estado, de las cuales emergen con singular relievancia la de reclamación y la de impugnación. Mediante la primera se busca el reconocimiento de una calidad civil que no se posee y que en derecho corresponde realmente al reclamante; tiene por finalidad la segunda destruir un estado civil cuando de él un individuo viene gozando aparente y falsamente.

También lo tiene aceptado la doctrina universal que los caracteres propios de un derecho se reflejan necesariamente obre la acción que lo protege, desde luego que entre aquél y ésta existe íntima correlación. Porque el estado civil de las personas es inalienable e imprescriptible, las acciones de estado, que son los medios legales establecidos para su protección, tienen que ser igualmente incesibles e imprescriptibles.

3. Por estar indisolublemente unido a la persona, como que es inconcebible un ser humano de quien no pueda predicarse si es mayor o menor de edad; hijo legítimo o ilegítimo; soltero, casado o viudo, el estado civil es incesible y por consiguiente no puede ser materia de convención jurídica alguna que implique disposición de las calidades que lo integran; y la que sobre éstas recaiga resulta absolutamente nula por llevar objeto ilícito (Arts. 6º, 15, 16, 1519, 1523 y 2473 C. C.).

Siendo la transacción un contrato que supone por esencia reciprocidad de concesiones de las partes para poner fin o prevenir una diferencia litigiosa, tal pacto reclama, para su eficacia, el carácter comerciable del derecho sobre el cual se transige. Y como las calidades del estado civil, por estar enmarcadas dentro de la órbita de las relaciones extrapatrimoniales no están al alcance de la disposición de sus titulares, sobre ellas no puede existir jamás transacción válida, tal cual lo pregona el artículo 2473 del Código Civil.

4. La absoluta prohibición legal de transigir sobre el estado civil contenida en el

precitado artículo 2473, no se extiende sin embargo a los derechos patrimoniales que de él dimanan, los que dado este carácter son esencialmente cesibles y por ende pueden ser objeto de transacción válida.

Si bien un individuo no puede transigir con eficacia jurídica sobre las calidades que integran su estado civil, como la de casado, viudo, padre o hijo legítimo, ni sobre los derechos personalísimos que de éste surgen, como lo es el de patria potestad, por ejemplo; sí puede, en cambio, transigir válidamente sobre los derechos de carácter patrimonial que, como el de herencia, suelen encontrar su origen precisamente en el estado civil Estos últimos, por estar en el comercio humano, son derechos enajenables, prescriptibles, renunciables, transigibles y por consiguiente su titular está asistido de facultad legítima para disponer de ellos a su talante.

Cuando una persona hace cesión a otra de todo o parte de su derecho radicado en una herencia, con tal acto absolutamente en nada compromete el orden público; ni menos implica él que el cedente renuncie a la calidad civil que lo habilitó para adquirir ese derecho: significa simplemente que conservando inmodificadas las mismas calidades civiles que desde antes determinaban su posición en la familia y en la sociedad, ha querido desprenderse de un derecho que por tener contenido y apreciación económicos no es inseparable de su persona, ni está indisolublemente unido a ella, como sí acontece con su estado civil.

5. Tal fue lo que ocurrió con la transacción que, ajustada el 19 de noviembre de 1962 entre Inés Restrepo viuda de Escobar y Amelia Mejía viuda de Escobar, se ha convertido en la cuestión aquí litigada. No hay en dicha convención, en rigor jurídico, transacción sobre el estado civil de las personas que la celebraron, sino simplemente sobre el derecho patrimonial de "gananciales o porción conyugal" que a la primera correspondía en la sucesión de su esposo, por virtud del carácter de cónyuge sobreviviente que aquélla tiene en relación con el causante.

Porque es lo cierto, como fluye con nítida evidencia de las pruebas aducidas, que el estado civil de casada que Inés Restrepo adquirió por su matrimonio con Delio Escobar y que estribó el reconocimiento de interesada que de ella hizo la justicia en la sucesión de éste, sin embargo de la transacción lo conservó y lo mantuvo inmodificado durante todo el proceso sucesorio y después de éste. En la transacción misma, como brota de su contexto, expresa y paladinamente todos los contratantes atribuyeron a dicha señora la calidad de viuda del finado Delio Escobar Mejía; al realizar la partición en dicha mortuoria los partidores, con apoyo en los reconocimientos hechos, le adjudicaron bienes por valor de $ 1.238.765.59 por concepto de gananciales; esta adjudicación, que fue explícitamente aceptada por los demás interesados, fue luego aprobada judicialmente y en tales términos registrada la correspondiente sentencia aprobatoria; y, finalmente, a pesar del procedimiento oficiosamente seguido por el Tribunal eclesiástico de Medellín en punto de comprobación de su matrimonio, la citada Restrepo viuda de Escobar conservó inalterada y sin mengua la calidad civil de viuda de Delio Escobar.

6. La atenta lectura de todas las cláusulas que conforman el pacto de transacción, le permite a la Corte afirmar inequívocamente que no encuentra en él estipulación alguna que implique, por parte de los contratantes, atribuir a Inés Restrepo un estado civil que no le correspondiera o del que carecía ciertamente; o renuncia de ella a la calidad civil que hasta entonces ostentaba por pertenecerle realmente; ni menos que Amelia Mejía viuda de Escobar hubiese expresado desistir, desde luego que ninguna acción judicial había instaurado al respecto, de procesos en los que estuviera a la sazón impugnando la autenticidad de las actas del matrimonio celebrado por su hijo Delio Escobar con Inés Restrepo.

Y si evidentemente mediante dicho pacto Mejía viuda de Escobar expresó renunciar "a cualquier acción que pudiere iniciar o haber iniciado o a los resultados de acciones iniciadas de que no se pudiere desistir, y que digan relación a modificar, directa o indirectamente..., el interés concedido a la señora Inés Restrepo G. de E., en el auto dictado en el juicio de sucesión del doctor Delio Escobar Mejía", tal renuncia, que dice relación a procesos futuros y

a acciones impugnativas de la presunción de autenticidad que ampara las actas de estado, por lo que su ejercicio lo confía la ley exclusivamente a la actividad e iniciativa de sus titulares, no compromete el orden público desde luego que dichas acciones, por su índole misma, miran más al interés particular del renunciante.

Lo ha dicho la Corte, y hoy lo reitera, que las acciones de impugnación no son absolutamente irrenunciables. Así, en sentencia de casación de 4 de septiembre de 1970, dijo la corporación: "...Bien puede ocurrir que quien tenga una acción impugnatoria de estado no haga uso de ella, o que habiéndola propuesto en oportunidad abandone el juicio o no acredite en él los presupuestos de la misma, o aun que expresamente desista de ella. En tales eventos, el estado impugnable se consolida definitivamente y el latente no se realiza, quizás con perjuicio del particular interesado, mas no así del orden social, porque éste solamente reclama que todas las personas tengan un estado civil, pero no les impone el cambio de éste por otro que pudiera estar más ajustado a la realidad" (CXXXV, Pág. 126).

7. No tratándose, pues, en el presente caso de una transacción sobre las calidades del estado civil de las personas, no corresponde, por ausencia de los supuestos de hecho que la norma requiere, la aplicación a él de la sanción prevista en el artículo 2473 del Código Civil, como lo pretende el recurrente

Consecuencia lógica de lo expuesto es la de que el cargo que se estudia resulta infundado, y así habrá de declararlo la Corte.

Cargo segundo

1. En su planteamiento se acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1502, 1510, 1511, 1524 y 2459 del Código Civil.

2. Asevera el censor, en el inicio del desenvolvimiento de este cargo, que si bien el Tribunal dedujo que no hubo suplantación de la firma de la demandante en el contrato celebrado el 21 de noviembre de 1962, sin embargo omitió considerar si ese consentimiento estuvo viciado, como aparece de toda la actuación procesal, ya que "es manifiesto, ostensible y evidente el error en que incurrió la contratante Inés Restrepo viuda de Escobar y este error de hecho la indujo a contratar".

Y después de preguntarse cuál fue el motivo que indujo a Inés Restrepo viuda de Escobar a celebrar el contrato, y el fin que ella persiguió al comprometer sus bienes, el recurrente ensaya la siguiente respuesta a sus propios interrogantes: "Si se rememoran las cláusulas del contrato y su ejecución, se ve cómo la contratante Inés Restrepo hizo traspaso, a título de transacción, en favor de Amelia Mejía viuda de Escobar, de bienes por valor de un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.00), pero además, se estableció que si su derecho a gananciales, no alcanzare a cubrir dicho valor, el resto o faltante lo pagaría en dinero.

"No se trataba, —añade el objetante— como aparentemente podía argüirse, de una transacción sobre derechos patrimoniales dentro de la sucesión del doctor Delio Escobar, toda vez que la obligación asumida por la contratante Inés Restrepo sobrepasara o podía llegar a sobrepasar los bienes de la sucesión.

"La contraprestación, entonces, consistía simplemente en el reconocimiento que se le hacía de su estatus familiar de casada, y ese el motivo que indujo a la señora Restrepo de Escobar a contratar".

3. Rematando la formulación de esta censura estima el recurrente, y así lo asevera, que el pacto transaccional tuvo para Inés Restrepo viuda de Escobar un motivo más trascendental que el puramente económico, puesto que a cambio de sus bienes alcanzaba el reconocimiento de su estado civil de casada. "Y si la transacción se hizo sobre tales bases, —dice finalmente el censor— no es solamente ilegal, por ilicitud del objeto y la causa, sino también inmoral".

Se considera

1. Fundado como viene el cargo que aquí se considera en la causal primera de casación, el planteamiento y el desarrollo que de él hace el censor le vedan a la Corte

la posibilidad de estudiarlo en el fondo por falta de la necesaria proposición jurídica completa.

En efecto, si bien el recurrente, a pesar de no expresar si acusa la sentencia por violación directa o indirecta, denuncia el quebranto de determinadas normas sustanciales por aplicación indebida, es lo cierto que omite citar como infringidos los textos legales sustanciales atinentes a la nulidad de la transacción y a la declaración correspondiente, que son los que sustancialmente estima aplicables al caso aquí litigado.

Resulta así la censura incompleta en su formulación y por ende ineficaz, sin que le sea dado a la Corte, como tribunal de casación extraer del cargo anterior para integrarlos al presente, los preceptos sustanciales citados en el primero y el concepto de la infracción allá indicado para ellos. Tal manera de proceder, a más de desconocer la autonomía e individualidad de los cargos, pugnaría abiertamente con la preceptiva contenida en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, según la cual la demanda de casación debe contener, entre otros requisitos "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estiman violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera"; lo cual quiere decir que el recurrente, como acusador que es de la sentencia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que le demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación planteada, por impedírselo el carácter eminentemente dispositivo de la casación.

2. Pero no es el anterior el único reparo que en el plano de la técnica de casación cabe hacerle al cargo en estudio. Porque si, a falta de la determinación por el recurrente en el punto, en ejercicio de sus facultades interpretativas de la demanda de casación la Corte debiera considerar el cargo como formulado por la vía indirecta, desde luego que el censor alude a circunstancias de hecho que en concepto suyo conducen a demostrar la nulidad de la transacción, tampoco podría estudiarlo a la postre en el fondo ya que el recurrente no indica la clase de error en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas, si de hecho o de derecho; ni menos determina éstas, singularizándolas, tal cual lo exige perentoriamente el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

3. Y si, contrariamente, debiera la Sala entender que la censura viene formulada por violación directa de los preceptos legales que consagran la nulidad de la transacción y la pertinente declaración judicial, como esta forma de impugnación supone la conformidad del recurrente con las conclusiones a que en el orden del examen de los hechos llega el Tribunal, tendría que decir, apoyada en las razones esbozadas para despachar el cargo anterior, que el sentenciador no quebrantó por inaplicación dichos preceptos, puesto que si, como ya se vio, no se trata de la transacción sobre el estado civil sino sobre derechos patrimoniales derivados de éste, resulta claramente improcedente la aplicación al caso **sub judice** del artículo 2473 del Código Civil.

Por lo dicho, se desestima este cargo.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de veintitrés (23) de enero del presente año, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

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

Alfonso Peláez Ocampo, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, con salvamento de voto; *Humberto Murcia Ballén, Luis Francisco Cuervo,* Conjuez.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado doctor José María Esguerra Samper.

Estoy de acuerdo con los tres primeros puntos de la parte considerativa del proyecto que aprobó la mayoría de la Sala, los cuales constituyen invaluables premisas de mi disentimiento respecto de las restantes y de la decisión, el cual se basa en las breves consideraciones que expongo en seguida:

A. La transacción que celebraron las señoras de Escobar, suegra y nuera, constituye un solo acto jurídico, aunque se hubiese consignado en dos escritos diferentes: la escritura número 3741 otorgada el 21 de noviembre de 1962 en la Notaría Primera de Medellín, cuyo lacónico texto proviene del convenio que en ese sentido acordaron las partes, y el contrato privado que se hizo constar en documento suscrito por ellas el día 19 de los mismos mes y año;

B. En la escritura mencionada dice Inés que enajena a Amelia "a título de transacción y hasta un valor de un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.00) su derecho a gananciales en la sociedad conyugal que formó con el doctor Delio Escobar Mejía y cuya liquidación se está llevando a cabo dentro del juicio de sucesión de éste..." y que "esta enajenación y las obligaciones que contrae, como contraprestación de algunas obligaciones que, a su vez, contrajo la señora Amelia... en contrato de transacción que celebró con ella el diez y nueve (19) de noviembre en curso". (Conf., cláusulas 1ª y 3ª).

Claramente aparece, pues, que esa enajenación de derechos en los gananciales de doña Inés a favor de doña Amelia que se hizo mediante la citada escritura Nº 3741, tuvo como causa una transacción efectuada entre ellas; también resulta indudable que a cambio de tales derechos, cuyo valor se señaló en un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.00), la segunda asumió obligaciones a favor de la primera, las cuales no fueron detalladas en la escritura sino en el documento que en ésta se menciona.

C. En el escrito de 19 de noviembre en que se hizo constar la transacción celebrada entre la madre legítima y los hermanos del causante Delio Escobar Mejía, por una parte, y la viuda de éste, por la otra, se hace referencia en primer término, a la muerte de Delio, a la apertura del respectivo proceso de sucesión intestada, a que en éste se reconocieren como "interesada" a la viuda y como "herederas" a sus menores hijas, y a que Amelia, solicitó al juez del conocimiento que se la tuviera "como heredera en su calidad de madre legítima del causante". A renglón seguido, en el acápite c) de la parte considerativa "que, en razón de lo anterior, se han presentado diferencias de criterio y de intereses entre las exponentes Amelia Mejía viuda de Escobar e Inés Restrepo G. de E. (sic) y sus hijas que han turbadó la armonía entre las mismas. f) Que, para zanjar tales diferencias, evitar litigios de cualquier naturaleza, disipar motivos de discordia y lograr que el juicio de sucesión del doctor Delio Escobar Mejía se adelante dentro de la mayor brevedad posible y para el reconocimiento del derecho que las partes alegan, todos los exponentes han llegado a un acuerdo o transacción...".

D. Otros elementos de juicio que obran en el proceso, legal y oportunamente allegados, demuestran lo siguiente: a) Que Delio Escobar Mejía falleció el 25 de julio de 1962 sin haber otorgado testamento; b) Que el respectivo proceso de sucesión se abrió poco después, mediante providencia en la cual se reconoció a Inés como cónyuge sobreviviente y a las menores hijas de ésta como herederas **ab intestato**; c) Que

en la diligencia se inventariaron y avaluaron los bienes sociales por un total de $ 3.457.116.98; y d) Que la solicitud de Amelia de fecha 18 de octubre del mismo año para que se la reconociese como heredera de su hijo Delio, fue negada por el juez en auto del 25 de los mismos, por cuanto la partida presentada era plena prueba del matrimonio de Delio e Inés "mientras no se produzca una sentencia o decreto de la autoridad eclesiástica en que se obtenga (sic) la nulidad de la partida... o la del vínculo matrimonial..." Agregó además que doña Amelia "había quedado desplazada para intervenir en el presente proceso civil frente a la declaratoria de herederos". Recuérdese que era una sucesión intestada, en la que ya habían sido reconocidas como herederas las dos menores hijas del causante, que legalmente lo eran de mejor derecho que Amelia. Obviamente, dicha señora, no podía invocar derecho alguno en los que Inés, quien había optado por gananciales, tuviese como cónyuge sobreviviente.

De esta suerte, las diferencias y controversias que se habían presentado entre las dos señoras, según el documento de transacción, se referían a la aspiración que tenía doña Amelia a recibir en todo o en parte, los bienes inventariados en la sucesión de Delio, invocando su calidad de madre legítima del causante. Y esa aspiración suya, ya había quedado frustrada, con la negativa del juez a reconocerla como interesada en dicho proceso.

E. Narran también los autos que coetáneamente cursaba un proceso en el Tribunal Eclesiástico de Medellín sobre la "celebración o no del matrimonio entre Delio Escobar y María Inés Restrepo", el cual había tenido su origen en que "en el mes de septiembre del presente año (1962) se presentaron en el Tribunal Eclesiástico de Medellín algunas personas y declararon que el doctor Delio Escobar Mejía, ya fallecido no había contraído matrimonio con la señora Inés Restrepo Gutiérrez, o al menos tenían duda de ello". En la parte considerativa de esa providencia se mencionan hechos y circunstancias sensiblemente iguales a los que expuso el apoderado de doña Amelia en el proceso de sucesión de Delio, como fundamento de su petición de que se la reconociese como heredera del causante y de que se declarase que la cónyuge "no tiene interés en el juicio por no estar comprobado el matrimonio que alega";

F. La señora Mejía de Escobar ponía en tela de juicio tanto la validez del matrimonio de Delio e Inés, como la de la partida que lo acreditaba y que ésta presentó al solicitar en el respectivo proceso de sucesión que se la reconociese como cónyuge sobreviviente, según se deduce con meridiana claridad de las razones que expuso su apoderado en el memorial del 18 de octubre que acaba de mencionarse, de los hechos que tuvo en cuenta el Tribunal Eclesiástico al proferir sentencia en el proceso antes citado y de un valioso testimonio que a través de certificación jurada se allegó a los autos. Sobre esa base, esto es, que el matrimonio no era válido o en subsidio de que la respectiva partida carecía de todo valor, pretendía doña Amelia que se la reconociese como heredera ab intestato de su hijo Delio y que se desconociese a doña Inés la calidad de cónyuge sobreviviente del mismo que ya le había reconocido el juez en dicho proceso de sucesión;

G. En el contrato de transacción del 19 de noviembre, a cambio de que Inés se obligase a pagar a doña Amelia, subrogándola en los derechos que pudiesen corresponder por "gananciales o porción conyugal", como en efecto ocurrió, un treinta por ciento (30%) del activo líquido social, valor que en la escritura del 21 de los mismos resultó fijado en un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.00) moneda corriente, la citada doña Amelia y sus hijos se obligaron a lo siguiente: a) A que el apoderado de aquélla desistiese "de las peticiones formuladas... en escrito del 18 de octubre"; y b) "Como contraprestación de las obligaciones que contrae la señora Inés..., renuncian en forma expresa y de manera absoluta a cualquier acción de carácter civil, penal o eclesiástico (subrayo), que pudieren iniciar o hubieren iniciado o a los resultados de acciones iniciadas de que no se pudiere desistir, y que digan relación a modificar, directa o indirectamente la situación reconocida en el auto de apertura y reconocimiento de herederos dictado dentro del juicio de sucesión del

doctor Delio Escobar Mejía, por cualquier concepto". Vale la pena recordar que en el auto mencionado no sólo se abrió el proceso de sucesión y se reconoció a las menores Escobar Restrepo como herederas del causante, en su calidad de hijas legítimas del mismo, sino también a doña Inés Restrepo de Escobar como cónyuge sobreviviente;

H. Justamente un mes después de celebrado el contrato de transacción de que brevemente hice mérito en el punto inmediatamente anterior, el Tribunal Eclesiástico de Medellín profirió sentencia el 19 de diciembre de 1962, en la cual declaró que "consta la celebración del matrimonio entre los señores Delio Escobar Mejía e Inés Restrepo Gutiérrez" y dispuso que se inscribiese la partida del caso en la Parroquia a que entonces pertenecía el lugar donde dicho matrimonio se celebró.

Todos los antecedentes expuestos me han llevado a considerar que el aludido contrato de transacción versó precisamente sobre el estado civil de la señora Inés Restrepo Gutiérrez de Escobar, y por ende el de sus menores hijas, es decir, sobre una situación que con apoyo en las partidas presentadas ya había sido reconocida por el juez que conocía del proceso de sucesión. En efecto, dicho funcionario jurisdiccional, sobre la base de la partida de matrimonio que se allegó como prueba, había reconocido a la cónyuge sobreviviente su calidad de tal, como obligada consecuencia de ello, a las menores hijas del causante como sus herederas **ab intestato**.

La Corte, en sentencia del 4 de septiembre de 1970, uno de cuyos párrafos transcribe el fallo que ha dado lugar a mi respetuoso disentimiento, dijo a este propósito que el estado civil "puede encontrarse en una de dos situaciones: **declarado** o **latente**. Lo primero, si ya está legalmente definido, o sea si el sujeto de quien se predica tiene ya la **posesión legal** del mismo; lo segundo si, habiéndose producido hechos generadores del estado y hallándose su titular en el goce **de hecho** del mismo, todavía no ha sido declarado como sucede en el caso del hijo extraconyugal de cierto padre, quien legalmente tiene ese carácter por el hecho de la concepción... pero todavía no ha sido reconocido voluntariamente por dicho presunto padre ni declarado judicialmente como hijo del mismo..." (CXXXV, Pág. 127).

Más adelante, al referirse a las acciones de estado, dice la misma sentencia que "son aquellas que se otorgan a los interesados para impugnar un estado civil ilegítimamente declarado o para alcanzar la declaración legal del que se encuentra en latencia. Tales acciones son de índole sustancial pues que se confunden, respectivamente, con el derecho del interesado para liberarse de las obligaciones que realmente no le corresponden, **o para adquirir los derechos inherentes al que injustamente no se la ha querido reconocer**... (he subrayado). De donde se concluye que las acciones de estado, al igual que este mismo, están excluidas del comercio jurídico, ya que repugna a los dictados de la moral que las personas negocien con su situación familiar, tanto cuando ésta ya se encuentra definitivamente declarada, como cuando está en vía de realización mediante el ejercicio de los medios legales otorgados al efecto".

Y más adelante se agrega que "el estado civil de las personas está fuera del comercio, o sea que no puede ser objeto de convenciones privadas, porque a la moral repugna la negociación sobre calidades o derechos que comprometan a la familia, célula primaria de la sociedad, y que a esta conclusión han llegado la doctrina y la jurisprudencia por aplicación del principio general consagrado por el artículo 16 del Código Civil, corroborado por el 2473 que prescribe: 'No se puede transigir sobre el estado civil de las personas'."

En el caso **sub judice**, desde luego que hubo una transacción sobre los derechos patrimoniales que para doña Inés dimanaban de su estado civil, de viuda del causante que estaba demostrado con la partida de matrimonio, como lo reconoce la sentencia a que me refiero; pero para llegar a ese resultado, forzosamente se transigió también sobre ese estado civil. Lo primero, es legal, como lo admite la mayoría de la Sala; lo segundo, en mi concepto atenta contra lo dispuesto en los artículos 16 y 2473 del Código Civil porque se trataba de un estado civil ya establecido, tanto con la partida de matrimonio que se allegó

al proceso de sucesión, como con el reconocimiento que hizo el juez que conocía del mismo, de doña Inés como cónyuge sobreviviente de Delio Escobar. Ese estado civil de casada con el causante era el que le discutía la madre de éste; el que se debatía en el proceso adelantado ante el Tribunal Eclesiástico de Medellín "a petición de algunas personas interesadas"; el que trató de desconocerle el apoderado judicial de doña Amelia cuando ésta intentó apersonarse en la sucesión como madre legítima del de cujus. Y sobre ese estado civil, a mi modo de ver, se efectuó la transacción de que se trata: en efecto, a cambio de que doña Inés le diera a doña Amelia la cantidad de $ 1.200.000.00 mediante la subrogación convencional de su derecho a gananciales, esta última y sus hijos renunciaron a promover contra aquélla las "acciones civiles, penales o eclesiásticas" que tenían o creían tener a su favor por razón de la validez del matrimonio contraído por Delio e Inés o del valor probatorio de la respectiva partida eclesiástica. Más aún, a cambio de esa cantidad reconocida a favor de la madre del causante, también renunciaron los contratantes de la cónyuge a "los resultados de acciones iniciadas de que no se pudiere desistir". No se estaban refiriendo acaso, al hacer esa estipulación en el contrato de transacción, al proceso que cursaba ante el Tribunal Eclesiástico de Medellín y al resultado de la decisión que en éste se profiriese, sobre la "celebración o no de matrimonio entre Delio Escobar y María Inés Restrepo G."? Estimo que la respuesta afirmativa se impone.

Las anteriores razones, ampliamente respaldadas por la realidad procesal y, legalmente por las normas que el recurrente cita como violadas por falta de aplicación en el presente caso, me llevan a no estar de acuerdo con la decisión de la mayoría de la Sala, sin perjuicio del respeto que a ella profeso. Estimo, pues, que la transacción celebrada el 19 de noviembre de 1962 y reiterada el 21 de los mismos mes y año, entre la madre legítima del causante y los hijos de ésta, de un lado, y la viuda (y por cierto aspecto las menores hijas legítimas del mismo) de otro, no se ajustó a lo dispuesto en los artículos 6º, 15, 16, 346, 1518, 1523, 1526, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1946, y particularmente el artículo 2473 de aquel estatuto, los cuales no fueron aplicados al caso sub judice por el Tribunal sentenciador, y que por tanto, el fallo impugnado ha debido casarse, para en su lugar revocar el del Tribunal y el del juzgado, y acceder a las pretensiones de la parte demandante, pero únicamente en cuanto se refiere a la nulidad de la transacción varias veces mencionada, porque no está demostrada la falsificación o la suplantación de la firma de doña Inés en la escritura 3741, que también se alegó en el libelo.

José María Esguerra Samper.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO

Confesión extrajudicial: sus requisitos y mérito probatorio en el nuevo Código de Procedimiento Civil; prueba de la prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por sentencia del 20 de noviembre de 1973, puso fin a la segunda instancia del proceso ordinario promovido por Hermencia Gutiérrez y Josefina Gutiérrez de Bermúdez, como herederas de Peregrino o Raimundo Gutiérrez, en su calidad de hermanas naturales del mismo, contra Luis Eduardo Cortés Correa; revocó el fallo absolutorio de primer grado y en su lugar despachó favorablemente la primera súplica subsidiaria formulada en el libelo. Contra aquella sentencia interpuso el demandado el recurso de casación que ahora se decide.

El litigio

Las súplicas de la parte demandante pueden resumirse así:

1. Que son "simulados absolutamente los contratos que aparecen en las escrituras" números 114 y 288 otorgadas en la Notaría de Manta el 3 de marzo y el 23 de julio, respectivamente, de 1969, mediante las cuales "Raimundo Gutiérrez dijo vender a Cortés Correa" unos terrenos rurales denominados "El Recuerdo", "San Luis", "San Juan" y "San José", ubicados en jurisdicción del municipio de Manta; y como consecuencia, que tales bienes "no han salido del patrimonio de Peregrino o Raimundo Gutiérrez, y de consiguiente en su sucesión deben distribuirse entre sus herederos ab intestato de conformidad con la ley", por lo cual el demandado debe restituirlos a ésta, junto con sus frutos.

Como peticiones subsidiarias, en su orden, formuló las siguientes:

2. Que "se declaren resueltos los contratos de compraventa relacionados en las escrituras" antes citadas, por falta de pago del precio, y que Cortés Correa sea condenado a restituirlos a la sucesión de Raimundo o Peregrino Gutiérrez, junto con sus frutos y a pagarle a éste los perjuicios causados.

3. Que se declaren nulos los mencionados contratos "por falta de insinuación" de las donaciones que ellos contienen, en cuanto exceden de la cantidad de dos mil pesos, y

4. Que se declare la rescisión por lesión enorme de los referidos contratos de compraventa.

Como causa petendi de las anteriores pretensiones, afirmaron las demandantes el otorgamiento de las escrituras de compraventa mencionadas; que como precio "de las fincas" que mediante ellas dijeron venderse, se estipularon los siguientes: $ 6.000.00 por "El Recuerdo", $ 500.00 por "San Luis"; $ 20.000.00 por "San Juan"; y $ 5.000.00 por "San José"; que en todas ellas el vendedor se reservó el usufructo vitalicio de los inmuebles que dijo vender y declaró haber recibido a su satisfacción los respectivos precios; que aunque el causante utilizaba indistintamente los nombres de Peregrino y Raimundo, en realidad de verdad ambos correspondían a una misma persona, quien fue la que contrajo matrimonio con Sofía Correa el 2 de octubre de 1965, matrimonio del cual no hubo descendencia y tenía la calidad de herma-

no natural de las demandantes; que Cortés Correa "por ser persona pobre no podía pagar el precio mencionado en las escrituras que se refiere esta demanda", pero que la nuda propiedad de los bienes que adquirió, "valía en el momento del otorgamiento de dichas escrituras, mucho más del doble del precio que se menciona en ellas".

Con oposición del demandado, tramitóse la primera instancia que culminó con sentencia del 10 de abril de 1972, mediante la cual el Juzgado Decimotercero Civil del Circuito de Bogotá, negó todas las pretensiones de la demanda y absolvió de ellas al demandado. Por apelación que interpuso la parte demandante, subió el proceso al Tribunal ya mencionado el cual en la sentencia objeto del recurso de casación que interpuso Cortés Correa, revocó la de primer grado y en su lugar accedió a la primera de las súplicas subsidiarias, rechazó las restantes, negó la condena al pago de perjuicios "por no aparecer que se hubieran causado con la falta del pago del precio" y condenó a Cortés en las costas procesales.

La sentencia impugnada

Luego de resumir la actuación y de encontrarla ajustada a derecho, hace un breve planteamiento de las pretensiones principal y subsidiarias de la parte demandante, en relación con las pruebas que ésta adujo para demostrar los hechos afirmados en el libelo, de lo cual concluye que la simulación no está demostrada, pero que sí lo está la falta del pago del precio estipulado en los contratos que se atacan, y por consiguiente, despacha favorablemente la primera de las súplicas subsidiarias.

Dice, en efecto, que si "Cortés Correa confesó extrajudicialmente, por haberlo hecho ante los testigos Pedro Miguel Martínez, Miguel Sánchez Barahona, José Trinidad Gómez y Luciano Segura no haber pagado el precio de sus compras, pues a eso equivale el decir que no concurrió sino a recibir las escrituras y que los gastos los hizo todos Gutiérrez, manifestando ante los testigos que carecía de fondos para hacerlo; y tampoco probó el pago que dijo haber hecho con dineros guardados por su mujer, afirmación que era de su cargo para demostrar como hecho asertivo (sic) a la afirmación de los demandantes del no pago, dada su calidad de negación definida; ni pago alguno por drogas o tratamiento médico para su vendedor, anterior o posterior a las escrituras, se impone concluir que los precios convenidos no se pagaron, pues la confesión reforzada con las demás circunstancias expuestas contradice y destruye la eficacia que como instrumento público conllevan las escrituras 114 y 288, tan citadas".

A renglón seguido agrega el sentenciador que siendo bilateral el contrato de compraventa y estando "cumplidas por el vendedor sus obligaciones que no eran otras que las de transferir la nuda propiedad, lo que satisfizo con el otorgamiento de las escrituras 114 y 288, y con el hecho de que hubieran podido inscribirse sin obstáculo que procediera del vendedor, necesariamente y a falta de plazo alguno o condición suspensiva, si Cortés Correa no pagó a Gutiérrez, ni le ha pagado a sus herederos el precio de la enajenación, se halla en mora y ésta justifica la resolución que autoriza el artículo 1930 del Código Civil y la restitución de los inmuebles vendidos por dichas escrituras a los herederos de Raimundo Gutiérrez, como representantes de su sucesión o herencia, con sus frutos naturales y civiles..., teniendo en cuenta, en cuanto a prestaciones mutuas, que, declarado válido el contrato, el demandado lo posee con justo título y buena fe". En cuanto al pago de perjuicios que como consecuencia impetra la parte demandante en la petición resolutoria de los contratos, dice el Tribunal que no estando ellos demostrados, por sustracción de materia, no es el caso de acceder a esa solicitud, y a manera de remate de su argumentación, se expresa así: "Procediendo la acción subsidiaria de resolución, no habrá que examinar la viabilidad de las otras, por ser subsidiarias..." Respecto de las costas condena al demandado en las de primera instancia, únicamente, de conformidad con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

El recurso de casación

El recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro

del campo de la causal 1ª y por la vía indirecta, así:

Primer cargo

"La sentencia del Tribunal —dice— aplicó indebidamente las reglas de derecho en materia de resolución, acogidas en nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo prevén los artículos 1546, 1609, 1930, 66 y 1766 del Código Civil, en razón del error de derecho que cometió al apreciar las declaraciones de Pedro Miguel Martínez, Miguel Sánchez Barahona, José Trinidad Gómez y Luciano Segura, con confesión extrajudicial, con quebranto manifiesto de los artículos 194, 195, 187, 200 y 201 del Código de Procedimiento Civil".

Al desarrollar su acusación, afirma la censura que la resolución por falta de pago del precio que decretó el Tribunal, conlleva necesariamente la declaración de que los contratos impugnados son relativamente simulados, para probar lo cual "no existe contraescritura, como tampoco se ha dado, confesión en los términos que la contemplan los artículos 194 y 195 del Código de Procedimiento Civil" y "al aplicar el Tribunal las disposiciones en cita y catalogar las declaraciones... como confesión extrajudicial, si se tiene en cuenta que en tales disposiciones no se señala el valor de las declaraciones mencionadas, tomadas como confesión...", porque a su juicio tales preceptos no contemplan "en forma clara el procedimiento seguido por el Tribunal para dar el carácter de confesión a las declaraciones vertidas al proceso por los exponentes".

Expresa el recurrente, que el Tribunal quebrantó las normas sustanciales que indica en la demanda, porque para que una resolución sea viable, se requiere que el deudor debe ser constituido en mora y que así lo ha establecido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de la Corte, y que en este caso "el fallador se circunscribió a precisar la existencia de unas declaraciones cuyos dichos se ponen en boca del demandado y en cuanto a la verosimilitud nada dijo y que de lo expuesto en la sentencia impugnada", se desprende claramente que faltó a algunos principios de la sana crítica que imponen dar cuenta y razón de las conclusiones, puntualizando los nexos lógicos del razonamiento. Queda "así demostrado —agrega— que el Tribunal incurrió en violación de las normas adjetivas en cita al conceder a las pruebas un valor probatorio que tales disposiciones no les otorgan" y que por tanto, haciendo suya una expresión de la Corte que contiene la sentencia del 27 de abril de 1972, pronunciada en el proceso de Rubén Flórez contra la Pontificia Universidad Javeriana, hubo "desacierto en la aplicación de las normas legales que señalan el valor persuasivo de los distintos medios probatorios".

Se considera

Confesión es la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria. Puede ser judicial, si se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, que no necesariamente debe ser el que conoce del proceso en que esa confesión se aduce como prueba, o extra judicial, cuando se efectúa en cualquier otra ocasión. Para que una y otra revistan el carácter de prueba requiérese sine qua non que se ajusten a los requisitos que señalan los numerales 1º a 5º del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, y además, respecto de la segunda, que esté plenamente acreditado que dicha confesión extrajudicial se hizo (ibídem Num. 6º). Es lo que la doctrina llama "prueba de la prueba" y que exige, por tanto, dos procesos de valoración por parte del juez. En el primero, debe éste analizar los elementos de juicio que se hayan aducido para demostrar que la confesión extrajudicial se produjo. Cuando haya obtenido certeza al respecto, debe entonces criticar si esa manifestación efectuada por la parte le produce convicción acerca de los hechos sobre los cuales versa.

Salvo que la ley misma exija una prueba determinada como requisito ad solemnitatem o ad probationem del acto o contrato, en el ordenamiento probatorio actualmente en vigencia tanto la confesión judicial como la extrajudicial son pruebas eficaces para demostrar hechos litigiosos. A esta última ya no se le califica por anticipado de "prueba deficiente o incompleta" como lo hacía el artículo 608 del Código Judicial anterior. Su mérito de convicción depende

del buen criterio del juez al apreciarla, en sí misma, y al valorar los elementos de juicio que se adujeron para demostrarla; y si éstos son declaraciones de terceros, obviamente deberá enjuiciarlos severamente de acuerdo con las normas de la crítica del testimonio.

La Ley 105 de 1931 calificaba la confesión judicial de plena prueba (Art. 606); más aún, cuando provenía de la parte misma, establecía que contra ella no era admisible prueba en contrario, "a menos de demostrarse que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable". En cuanto a la extrajudicial, como se dijo, estatuía que era "prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y circunstancias que la rodean"; sólo en ciertos casos que constituían excepción a la regla general apuntada, podía "hasta tener el mérito de plena prueba, si a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma". (Art. 608 C. J.).

Esa calificación anticipada del mérito probatorio de una confesión desapareció con el nuevo estatuto probatorio y desapareció también la inadmisibilidad de prueba en contrario contra la confesión judicial proveniente de la parte misma, que como regla general señalaba el citado artículo 608 del Código Judicial, puesto que hoy, según el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil "toda confesión admite prueba en contrario".

Así, pues, cuando de confesión extrajudicial se trata, el juzgador deberá estudiar cuidadosamente las circunstancias en que ésta se hizo, si en realidad tuvo lugar, y apreciar en conjunto todos los indicios y demás elementos de juicio que obran en el proceso, para deducir si en efecto el presunto confesante manifestó expresamente el hecho que se pretende demostrar con esa clase de confesión y si lo hizo en forma consciente y libre. Y este delicado proceso mental, basado en pruebas, inferencias y deducciones, salvo contraevidencia manifiesta, es intocable en casación, puesto que como también lo ha dicho la Corte, "se refugia en la conciencia del juzgador".

El mérito probatorio que merezca la confesión extrajudicial debe deducirlo el juzgador de la misma prueba allegada con el fin de demostrar que aquélla se produjo, la cual, se repite, debe ser analizada con especiales severidad y esmero, sobre todo si se trata de la testimonial. "Cuando de los hechos afirmados por los testigos se requiere deducir —ha dicho esta Sala—, por la vía del razonamiento, otro hecho, que es el que en definitiva debe ser probado... es evidente que el proceso demostrativo deriva al campo de la prueba indiciaria". (CVII, Pág. 185). "En casación no hay facultad para revaluar el juicio del sentenciador fundado en indicios, ya que lo concerniente a valoración de los hechos indicadores, su conexión, precisión y fuerza para demostrar el hecho de que se trata, es materia del resorte autónomo del Tribunal, a menos que haya incurrido en errores de hecho en el examen de los medios producidos para demostrar el hecho cuyo conocimiento se investiga". (C. Pág. 187).

En el presente caso, como se vio al enunciar el cargo que se formula contra la sentencia del Tribunal, el recurrente no le atribuye a éste ningún error de hecho en cuanto a la prueba que halló de que la confesión extrajudicial se produjo. Su ataque lo basa exclusivamente en error de derecho en la apreciación de los testimonios que según el sentenciador demuestran dicha confesión. Pero en verdad la censura no explica en qué pudo haber consistido ese error de derecho, ni ello se deduce de los argumentos que expone para sustentar su acusación.

La Corte ha dicho que no obstante el criterio de apreciación probatoria consagrado por el nuevo Código de Procedimiento Civil, en el cual predominan la sana crítica y la persuasión racional, "el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación no desapareció absolutamente de su panorama. Y así, en esta clase de yerro puede hoy incurrir el fallador cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las avalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor de persuasión a un medio que la ley expresamente prohibe para el caso; o cuando requiriéndose por una

ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por él señalado o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere.

"Por cuanto en ninguna de estas hipótesis se trata de que el sentenciador deje de ver las pruebas que obran en el proceso o suponga las que no existían en él, sino que en la tarea valorativa de ellas infringe las normas legales que regulan su producción, su conducencia o su eficacia, los errores en que incurre no son de hecho sino de derecho". (Sentencia de 25 de septiembre de 1973, aún no publicada).

No fue afortunado el recurrente en la formulación del cargo que se estudia, porque ni en su planteamiento ni en su desarrollo, precisa en qué consistió, a su juicio, el error de derecho que le atribuye al Tribunal, en la valoración ya de las declaraciones testimoniales en las cuales éste encontró demostrada la confesión extrajudicial del demandado ora de ésta última, en cuanto al hecho de no haberse efectuado el pago del precio en los contratos de compraventa de que en este proceso se trata.

No afirma que tales testimonios hubiesen sido pedidos, decretados o allegados al proceso extemporánea o ilegalmente: no asevera tampoco que en su producción se hubiesen violado las normas legales que la presiden; ni, finalmente, asevera que el sentenciador se hubiese abstenido de expresar las razones que movieron a darle credibilidad a esas declaraciones y para encontrar en ellas la plena prueba de la confesión extrajudicial que le atribuye al demandado.

La censura se limita a manifestar, sin expresar claramente por qué la prueba testimonial no es apta, eficaz o adecuada para acreditar la existencia de una confesión extrajudicial, siendo así que para que el sentenciador pueda apoyar su convicción en ella, basta con que la "encuentre debidamente probada", según lo estatuye el último numeral del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil y tal prueba, como que la ley no establece restricción alguna en ese sentido, bien puede consistir en la de testigos. Dicho en otras palabras, la "prueba de la prueba" puede hallarse en cualquiera de los diversos medios de convicción que prevé el Código de Procedimiento Civil, sobre la base indispensable y obvia de que sean legalmente eficaces y razonadamente apreciados por el juzgador, de la cual debe dejar testimonio escrito en su providencia, y que éstos le produzcan certeza acerca de la confesión extrajudicial misma.

Y es que, vale la pena repetirlo, la confesión extrajudicial es una prueba compleja en cuanto al hecho litigioso que se trata de demostrar. El sentenciador debe apreciar libre pero razonadamente las dos fases o etapas que integran dicha prueba. Como antes se dijo, en primer término, debe analizar los elementos de juicio que se aducen para acreditar que la parte expresó clara y categóricamente el hecho que a ella o a sus causahabientes puede producirles consecuencias jurídicas adversas o al menos favorables a su contraparte, requisito éste que es esencial en toda confesión, y en segundo término, una vez efectuado ese primer análisis y obtenida la convicción respectiva, debe valorarse seguidamente si esa expresión de la parte configura o no una confesión, es decir si fue hecha en forma expresa, consciente y libre; si versó sobre hechos personales suyos o de que pudiera tener conocimiento: si era capaz para hacerla; si tenía poder dispositivo sobre el derecho que sobre ella resultaba; y si los hechos que con ella se pretenden demostrar, según la ley, no deben serlo por otro medio de convicción.

El recurrente insinúa que la prueba de testigos no es eficaz para demostrar una confesión extrajudicial, pero su apreciación está en un todo desprovista de soporte jurídico y más aún, peca contra el sistema de la persuasión racional que pregona el nuevo estatuto probatorio.

Las declaraciones de parte no están limitadas en forma alguna, en cuanto a su eficacia, para demostrar confesiones extrajudiciales; apenas lo están, para suplir "el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato" (Art. 232, Inc. 1º del C. de P. C.). Dicho en otras palabras, salvo aquellos casos para los cuales la misma ley exi-

ge prueba escrita ad solemnitatem o ad probationem, como para los actos jurídicos solemnes y los eventos atinentes al estado civil de las personas, por ejemplo, dicha prueba ni la de confesión tienen limitación alguna en cuanto a su eficacia y por tanto son admisibles para demostrar cualquier hecho litigioso. La admisibilidad de la prueba testimonial, desde luego, no implica que el juzgador deba darle en todos los casos pleno poder de convicción; sólo significa, que no puede rechazarla a priori; que debe considerarla, tenerla en cuenta y valorarla de acuerdo con las normas de la crítica del testimonio y de la persuasión racional, exponiendo siempre y en todo caso, las razones que lo hayan llevado a considerar si el hecho que esa prueba señala ocurrió o no en la realidad.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal no incurrió en el error de derecho que se le atribuye y la acusación no prospera.

Segundo cargo

En este cargo se afirma que el sentenciador aplicó indebidamente "los artículos 56, 1546, 1608, 1766 y 1930 del Código Civil, y 194, 195, 187, 200 del Código de Procedimiento Civil, como resultado de un error evidente de hecho para apreciar las declaraciones de los señores Pedro Miguel Martínez, Pedro Guerrero, Miguel Sánchez Barahona, Luciano Segura, Laureano Martín, Antonio Medellín, Pedro José Moreno y Odilia Ramírez.

"Con independencia de lo sostenido en el cargo anterior —continúa el recurrente— y en forma adicional, se encuentra un error evidente en la apreciación parcial de las citadas declaraciones, como confesión extrajudicial, que induce al Tribunal a un error de hecho manifiesto, consistente en acentar que allí el demandado consiente no haber pagado el precio de la adquisición de los inmuebles de su propio peculio, sin tener en cuenta el pliego de posiciones en el cual, Cortés dada su incultura y casi su analfabetismo, explicó que compró con dineros que le tenía su esposa, '... y que como en el interrogatorio se le quería hacer un chantaje, se remitía en todo a las estipulaciones de las escrituras...'"

Según la censura, basta con leer las exposiciones de los testigos y la versión que de ellas dio el Tribunal, para concluir que éste habría incurrido en "una contraevidencia palmaria. Una cosa dice la prueba, otra, totalmente distinta dice el Tribunal como extraída de aquélla".

Transcribe en seguida algunos fragmentos de las declaraciones testimoniales cuya apreciación critica y de la referencia que a ellas se hace en la sentencia, y en forma falta de claridad y asaz lacónica, procura hallar en ese parangón la contraevidencia que le atribuye al sentenciador. Dice textualmente que salvo "José Trinidad Gómez y Luciano Segura, quienes aseveran haber oído decir a Luis Eduardo Cortés que no había pagado el precio de las fincas, que los instrumentos eran de confianza, y que los demás testigos nada dicen al respecto. El fallador ante la afirmación de dos de los testigos (no dice cuáles, observa la Corte), en sentido de que los instrumentos públicos fueron otorgados cuando el vendedor se encontraba enfermo y 'agonizaba', aceptó su dicho, sin percatarse que las ventas se efectuaron en dos épocas... En cuál de las dos oportunidades agonizaba el otorgante? Con base en lo anterior y sólo así, el Tribunal pudo decir que tal acervo probatorio, constituía confesión extrajudicial formulada por el demandado y se estaba ante una simulación y como secuela la resolución de los contratos... Y si las declaraciones, en su mayoría (se subraya) no dicen lo que el Tribunal les atribuye, i dan pie para las conclusiones que él afirma haber extraído de allí, no pueden en cuanto hace la consideración de hecho de la prueba, servir como demostración inicial de la simulación relativa y como secuela la resolución".

Se considera

La censura se resiente de falta de claridad y precisión, requisitos éstos que debe tener todo cargo en el recurso extraordinario y muy especialmente dentro del campo de la causal primera, como categóricamente lo estatuye el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

El Tribunal encontró plenamente probada la confesión extrajudicial del demandado en el dicho de los testigos Martínez,

Sánchez Barahona, Gómez y Segura, de suerte que es inane la crítica que hace el recurrente a las demás declaraciones aducidas por el demandante. El impugnante acepta expresamente que dos de aquellos declarantes afirmaron haber oído de labios de Cortés Correa que no había pagado el precio de las fincas compradas a Peregrino o Raimundo Gutiérrez. En esas condiciones, no existe ni puede existir la contraevidencia que le atribuye al sentenciador; dentro del sistema de la persuasión racional que hoy rige, éste bien podía obtener su convicción de esas dos declaraciones a que se refiere el mismo recurrente y hallarla corroborada, como lo expresó en su sentencia, en la circunstancia de que el demandado no demostró su afirmación de haber pagado dicho precio con dinero que le tenía guardado su esposa, al menos parcialmente, sufragando el precio de las drogas y del tratamiento médico que requería el vendedor antes y después del otorgamiento de las escrituras de venta. Conviene advertir que sobre este último aspecto la censura no formula ataque alguno.

Por otra parte, está fuera de lugar el ataque fundado en que si "dos de los testigos", sin decir quiénes fueron ellos, afirman que las escrituras de compraventa se otorgaron cuando el vendedor agonizaba, no obstante que lo fueron con cuatro meses de diferencia, ello le resta credibilidad a sus dichos en cuanto a esa circunstancia, porque el Tribunal no hizo declaración alguna respecto de la acción de prevalencia impetrada como principal, sino únicamente sobre la primera subsidiaria, atinente a la resolución de las compraventas por no haberse pagado el precio estipulado. Esa falta de pago la halló probada, como se ha visto, en cuatro declaraciones de testigos, dos de los cuales no sólo no ataca sino que acepta el recurrente. No existe, pues, el error de hecho que la censura le achaca al Tribunal, ni menos aún con el carácter de evidente que la ley exige para fundar en él un ataque en casación, y por tanto, la acusación falla en su punto de partida.

Por consiguiente, el cargo no 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 proferida en este proceso el 20 de noviembre de 1973 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y condena en costas al recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

NULIDAD DEL TESTAMENTO

Prueba de la calidad de heredero ab intestato y del interés para impugnar el testamento. — Dictamen pericial: su valor frente a las partes que intervinieron en su formación.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entrase a decidir el recurso de casación interpuesto por la demandada Sara de las Mercedes Venegas Andrade contra la sentencia de 2 de junio de 1973, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario que frente a ella promovieron Marina Torres de Gaitán y otros.

I

El litigio

1. En demanda admitida el 2 de marzo de 1970 por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, Marina Torres de Gaitán y otros demandaron a Sara de las Mercedes Venegas Andrade para que se declarase que es absolutamente nulo el testamento nuncupativo que, ante el notario de Funza, otorgara Pedro Venegas Andrade el 1º de junio de 1966 y, consecuencialmente, que la sucesión de éste ha de regirse por las normas de las intestadas.

2. La causa para pedir se fundó, en resumen, en que mediante escritura número 151 pasada el 1º de junio de 1966 ante el notario dicho, debidamente registrada, Pedro Venegas otorgó testamento abierto en que instituyó como heredera universal a su hermana legítima Sara de las Mercedes; que el testador falleció el 28 de marzo del año siguiente; que abierto el proceso de sucesión, que inicialmente se tramitó como intestado, el juzgado del conocimiento reconoció como herederos del causante a los colaterales que tenían vocación legal; que posteriormente, en providencia de 9 de diciembre de 1968, se declaró que Sara de las Mercedes era heredera de mejor derecho y que excluía a los ya reconocidos, por disposición expresa del testamento; que el testador, desde el mes de octubre de 1961, venía padeciendo de "demencia orgánica mixta de progresiva instauración", la que al avanzar le produjo "demencia irreparable y lesión permanente de sus facultades mentales, quedando incapacitado absolutamente para la realización normal de actos y contratos de su vida civil;" que, por estos motivos, la demandada Sara de las Mercedes, en demanda presentada en septiembre de 1966 solicitó la interdicción, por causa de demencia, de su hermano Pedro Venegas, alegando que éste, desde 1961, sufría demencia senil; que, por lo anterior, concluyese que el causante, cuando otorgó testamento en el año de 1966, padecía ya la apuntada demencia; que el Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá, a la sazón competente, en fallo de 30 de noviembre de 1966, decretó la interdicción judicial definitiva de Pedro Venegas Andrade, fallo que confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio del suyo calendado el 12 de enero de 1967.

3. Con oposición de la demandada se tramitó la instancia que culminó con sentencia que acoge las peticiones de la demanda, la que, al ser apelada por ambas partes, fue confirmada íntegramente por el fallo que ahora es sujeto materia del recurso de casación.

II

Fundamentos del fallo recurrido

Expresa el sentenciador que, con la copia de los autos por medio de los cuales se les había reconocido como herederos ab intestato de Pedro Venegas Andrade, quedó plenamente probado el interés que tienen los demandantes para pedir la nulidad del testamento otorgado por éste, sin que, para tal fin, sea necesario aducir las copias de las actas del estado civil que comprueban el parentesco que les daría vocación hereditaria.

Penetrando en el tema principal debatido y luego de transcribir los artículos 1502, 1503, 1504 y 1741 del Código Civil, el Tribunal expresa que los dementes son absolutamente incapaces y los actos o contratos que ejecuten durante la demencia quedan viciados de nulidad absoluta; y en seguida concluye, después de copiar el texto de los cánones 553, 1061 y 1062 del mismo Código, que los actos del demente celebrados con anterioridad al decreto de interdicción se reputan válidos, mientras no se demuestre que fueron ejecutados en momentos en que se padecía insanidad de juicio y que, por el contrario, los celebrados después de ese decreto son nulos aunque se demuestre que fueron realizados en momento lúcido. Apoyándose en la reiterada doctrina de la Corte, el fallador añade que para decretar la nulidad de un testamento con base en que el testador era demente, "no es necesario demostrar que éste sufría demencia en el preciso instante en que otorgó la memoria, sino que basta probar el estado habitual de demencia que aquejaba al mismo por la época en que ejecutó el acto testamentario".

Sentados los fundamentos doctrinarios antecedentes, procede el Tribunal al examen de la prueba.

En primer término analiza el dictamen de los médicos Luis Carlos Díaz y Horacio Taborda Palacio, rendido dentro del proceso de interdicción que se adelantó contra el testador Pedro Venegas Andrade y que fue aportado en copia con la demanda introductoria de este proceso ordinario; encuentra el Tribunal que él se refiere principalmente al lapso que antecedió al otorgamiento de la memoria testamentaria y en especial a que Venegas Andrade sufrió en el año de 1954 infarto del miocardio que al asociarse con una arterioesclerosis progresiva y avanzada, dejó claros signos de bloqueo aurículo-ventricular, que se manifestó "de modo espectacular en julio de 1963 con una frecuencia cardíaca de 27-30 pulsaciones por minuto y una tensión arterial de 125/30 m m de HG"; que en 1956 sufrió trombosis cerebral que le causó hemiplejía flácida izquierda; que a fines de 1961 sufrió infección aguda de las vías respiratorias, lo cual, asociado a las alteraciones psíquicas que ya padecía, "acentuó la arterioesclerosis complicándose cada día más el cuadro clínico". Agrega el Tribunal que los peritos dichos, luego de conocer los diagnósticos del doctor Jaime Potes Gutiérrez, profesor de neurología clínica de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, y del doctor Adolfo de Francisco Zea, cardiólogo y profesor jefe de la Sección de Medicina Interna de la misma facultad, afirmaron que, en su concepto, Pedro Eduardo Venegas Andrade padecía "demencia de grado avanzado de progresiva instauración, con síntomas manifiestos desde hace por lo menos siete años y agravada indiscutiblemente a partir de 1951, en cuya etiopatía han concurrido múltiples factores que claramente se desprenden del estudio clínico del paciente, entre los cuales resultan la arterioesclerosis generalizada y progresiva, los repetidos accidentes vasculares cerebrales y el desmedro senil"; que los peritos concluyen su experticio con estas palabras: "El señor Pedro Eduardo Venegas Andrade padece desde hace unos siete años una demencia orgánica mixta de grado avanzado y de progresiva instauración, con debilitamiento de sus facultades mentales, memoria, inteligencia y volición con sugestibilidad extremada a las influencias exteriores, demencia ésta que es irreparable y por consiguiente la lesión de sus facultades mentales es permanente, quedando incapacitado, desde que se agravó el cuadro clínico, para la realización normal de sus actos y contratos de la vida civil..."

Añade luego el Tribunal que, no obstante que la prueba testimonial no es adecuada para demostrar la demencia, sirve empero para corroborar las conclusiones de los pe-

ritos. Que Elena Venegas de Torres y Sara de las Mercedes Venegas Andrade, como surge de las copias de sus declaraciones aducidas con la demanda incoativa de este proceso, afirmaron en octubre de 1966 que Pedro Venegas, hermano suyo, debía ser puesto en interdicción por demencia, puesto que desde hacía más de seis años, cuando sufrió una trombosis cerebral, "había quedado mal de la cabeza". Que el médico José Antonio Concha Venegas declara también que, por haberlo tratado por más de 10 años, estima que debe declarársele en interdicción, pues observó en él síntomas de arterioesclerosis que fue el origen principal de su situación mental.

"Las anteriores pruebas —expresa el Tribunal— que fueron legalmente allegadas al proceso, por haberse acompañado al escrito de demanda en la forma prevenida por el numeral 1º del artículo 597 de la Ley 105 de 1931, aplicable al caso sub judice por mandato del artículo 689 del Código de Procedimiento Civil, y cuya apreciación debe hacerse en conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, como lo preceptúa el artículo 187 del mismo Código, traen para la Sala la plena convicción de que el causante por la época en que otorgó el testamento de que da cuenta la escritura pública número 151, fechada el 1º de junio de 1966, de la notaría de Funza, se hallaba en estado de demencia, o lo que es lo mismo, para emplear la terminología del numeral 3º del artículo 1051, no se encontraba en su sano juicio por causa de una demencia.

"En efecto, el dictamen pericial rendido dentro del juicio de interdicción del señor Pedro Eduardo Venegas Andrade, que en copia auténtica ha sido trasladado al presente proceso, y que es, según la doctrina y la jurisprudencia, la prueba idónea para acreditar la falta de sanidad de juicio de una persona, pone de presente que el causante Pedro Eduardo Venegas Andrade, venía padeciendo desde hacía siete años, con anterioridad al 15 de noviembre de 1966, fecha en que se rindió el dictamen, de una demencia orgánica mixta de grado avanzado y de progresiva instauración, con debilitamiento de sus facultades mentales, memoria, inteligencia, volición y con sugestibilidad extremada a las influencias externas, demencia ésta que según el mismo experticio resultaba irreparable y se traducía en la lesión permanente de sus facultades intelectuales, quedando por esa razón incapacitado para la realización normal de sus actos y contratos en la vida civil. Ahora bien, la demencia orgánica mixta de grado avanzado y de progresiva instauración, diagnosticada al señor Pedro Eduardo Venegas Andrade y que según el dictamen se caracterizó por el debilitamiento de las facultades mentales del mismo, le permite concluir a la Sala que éste se encontraba carente de juicio por la época en que otorgó su testamento, por cuanto del experticio se deduce que la citada enfermedad mental aquejó al causante desde mucho antes del 1º de junio de 1966, día en que corrió la escritura número 151 ante el señor notario de Funza, contentiva de su testamento, y con posterioridad a esa fecha, y de ahí que la pretensión principal de la demanda está llamada a prosperar, con cuanta mayor razón si se tiene en cuenta que la ley, al decir del profesor Carrizosa Pardo, es más rigurosa frente a la capacidad de testar que a la exigida en los demás casos, pues declara inhábiles no sólo a los incapaces que menciona el artículo 1504 en sus ordinales 1º y 2º, "sino a los que, teniendo discernimiento, sufran en el acto de testar una alteración de sus facultades que permita afirmar un desequilibrio grave en el juicio. Y esto es exigir más voluntad para los testamentos que para los contratos y demás actos ordinarios, porque no es menester para anular un testamento, como sí lo es para anular un contrato, demostrar, por ejemplo, que el testador sufrió tal perturbación que le quitó completo uso de su razón. El concepto de 'sanidad de juicio' no requiere tanto; basta para quitarle toda validez al acto testamentario, levantar la prueba de una seria perturbación de las facultades síquicas. Tal es el concepto de sanidad de juicio que da la capacidad de testar" ("Las sucesiones" Carrizosa Pardo, Pág. 217).

"De otra parte la falta de sanidad de juicio del señor Pedro Eduardo Venegas Andrade, por la época en que éste otorgó el testamento, cuya nulidad se pretende por medio de este proceso ordinario, se evidencia, en concepto de la Sala, por la ac-

titud asumida por aquél el 14 de octubre de 1966, día en que le fue practicado al mismo el primer examen siquiátrico por los peritos médicos dentro del juicio de interdicción, ya que en aquella fecha, a escasos cuatro meses y medio de haber corrido Pedro Eduardo Venegas Andrade ante el notario de Funza la escritura pública número 151, contentiva de su testamento, este señor sin la menor resistencia, con una docilidad desconcertante, firmó ante la simple sugerencia de uno de los examinadores el extremo derecho de la hoja de papel en blanco, que se le presentó, colocando debajo de la firma el número de su cédula y no obstante la advertencia que se le hizo de que con la firma que acababa de estampar había enajenado todos sus bienes, el señor Venegas Andrade no formuló ningún reparo sino que, por el contrario, se mostró satisfecho de tal proceder, el cual, según consta en la diligencia de reconocimiento, fue repetido por el paciente en idéntica forma ante una segunda insinuación que en igual sentido le hizo el señor juez que conoció del juicio de interdicción.

"La conducta observada en aquella oportunidad por el señor Venegas Andrade, a la cual se acaba de hacer referencia para concretarla, permite concluir que éste no se encontraba en su sano juicio por la época en que otorgó el testamento, cuya nulidad se demanda, porque si el 14 de octubre de 1966, fecha en que se practicó el primer examen psiquiátrico con el resultado anotado, firmó, dado su estado psíquico, sin ninguna resistencia las dos hojas de papel en blanco que le presentaron dos personas distintas a quienes no estaba atado por ningún vínculo afectivo, es fácil deducir que las condiciones mentales del causante eran iguales el 1º de junio del mismo año, esto es, cuatro meses y medio antes, día en que corrió, ante el notario de Funza, la escritura contentiva de su testamento".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Cuatro cargos se dirigen contra la sentencia, todos en el ámbito de la causal primera, los cuales se despacharán en el mismo orden de su proposición.

Cargo primero

Denúnciase en él infracción indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 533, 1504, 1061, 1062 y 1741 del Código Civil, a consecuencia de evidente error de hecho.

Arguye el censor que el Tribunal ni apreció, ni tuvo en cuenta la copia del auto de 9 de diciembre de 1968 (Fl. 35 del cuaderno 1º) que dictara el juez que conocía del proceso de sucesión de Pedro Venegas Andrade, para declarar que la heredera única y universal de éste y con mejor derecho a heredarlo que los demás colaterales que ya habían sido reconocidos como sucesores. Que por virtud de esta declaración, las demás personas que habían sido reconocidas como herederos ab intestato, perdieron esta calidad. Que, entonces, la calidad de herederos que los demandantes trataron de demostrar con copia de los autos de reconocimiento que habían sido revocados por el de 9 de diciembre citado, no fue comprobada. "Lo anterior significa que la prueba de la calidad de herederos que los demandantes trajeron, no existe en el proceso, en virtud de ese auto que dejó de ver el Tribunal".

Cargo segundo

Hácese consistir en que el fallador, a consecuencia de error de derecho en la valoración de las copias de los autos de herederos, infringió, por aplicación indebida los artículos 533, 1504, 1501, 1602 y 1741 del Código Civil. Como violación medio señala la de "los artículos 251, 252, 253 y 264 del Código de Procedimiento Civil y 9º, 10, 77, 78, 71, 101, 103 y 110 del Decreto 1260 de 1970 (vigente cuando se dictó la sentencia del Tribunal), los primeros al reconocerle mérito probatorio a esas copias para establecer el estado civil de herederos, y los últimos al no aplicarlos para exigir copias de las respectivas partidas de estado y el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, en cuanto a matrimonios, nacimientos y defunciones anteriores a 1938 y los artículos 1º a 19 de la Ley 92 de 1938 en cuanto a los mismos actos ocurridos con posterio-

ridad a dicha ley, los últimos en cuanto no fueron aplicados para exigir las correspondientes actas de estado civil".

Acepta el censor la tesis de la Corte relativa a que la calidad de heredero pueda probarse con la copia del auto en que se haya hecho tal reconocimiento, mientras esté vigente, "mas no cuando por cualquier circunstancia, como el reconocimiento posterior de otro heredero de mejor derecho que desplace al primero, ha quedado sin efectos en el mismo sucesorio". Que como a partir del auto citado de 9 de diciembre de 1968, los reconocimientos de herederos hechos en personas distintas a Sara de las Mercedes Venegas quedaron revocados, el Tribunal aplicó indebidamente la jurisprudencia de la Corte, incurriendo en error de derecho al concederles a las copias de autos de reconocimiento un valor probatorio de que carecían. Y concluye que si no se demostró la legitimación en la causa de las demandantes, la sentencia no podía ser de mérito, sino inhibitoria.

La Corte considera

Como en los dos cargos antes resumidos, se denuncia quebranto de unas mismas normas de derecho sustancial y se esgrime el mismo fundamento, se hará el despacho conjunto de ellos.

1. Diputando que el causante no había otorgado testamento, herederos ab intestato de Pedro Venegas Andrade impetraron la apertura del proceso de sucesión intestada y que se les reconociera tal calidad. Para lograr su propósito debieron aportar las respectivas actas del estado civil, ora de origen eclesiástico, ora del oficial, y manifestar que aceptan la herencia, pues tal calidad les fue reconocida en distintas providencias, como aparece de las copias que se adujeron a este proceso.

2. Las normas de la sucesión intestada, desde luego que tienen carácter subsidiario, sólo pueden aplicarse cuando el difunto no dispone expresamente de sus bienes, o si dispone, no lo hace conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones, cual lo enseña el artículo 1037 del Codigo Civil. Es claro, entonces, que en presencia de un testamento cuya validez presunta no ha sido enjuiciada, las normas legales que conceden vocación hereditaria a quienes no son legitimarios (Art. 1240 ibídem), deben ceder para dar cabida a la voluntad del causante expresada en su memoria.

Y aunque la ley, si el difunto no ha dejado descendientes ni ascendientes legítimos, ni hijos naturales o adoptivos, ni cónyuge, como sucede en el caso que aquí se litiga, llama a recoger la herencia de aquél a sus hermanos legítimos (artículo 21 de la Ley 45 de 1936), por sí o representados por su descendencia legítima (Art. 1043 del Código Civil), esta vocación legal se entiende válida, siempre que el causante no haya dispuesto otra cosa por medio de su testamento, ya que, como antes se dijo, las leyes reglan la sucesión sólo en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus órdenes. En las demás situaciones no comprendidas en éstas, la sucesión se rige por las disposiciones testamentarias, y, por ende, prevalece el querer del causante.

3. Pues bien, como apareció memoria testamentaria de Pedro Venegas, de que no tenían noticia quiénes habían sido reconocidos sus herederos ab intestato, el juez que conocía de la mortuoria, en auto de 9 de diciembre de 1968, declaró que la heredera universal de aquél, y con mejor derecho que los herederos a la sazón reconocidos, lo era Sara de las Mercedes Venegas a quien el causante había instituido como tal. A partir de este momento, los demás parientes del de cujus que habían figurado como sus sucesores, perdieron la calidad que ostentaban, pues por haber señalado el testador a persona distinta de ellos para sucederle, la norma legal que les concedía vocación hereditaria a falta de disposición expresa del difunto, no podía regir.

El interés inicial, que por haber demostrado ser herederos ab intestato, se les había reconocido, se disipó desde el instante mismo en que, por haberse presentado el testamento, el proceso de sucesión empezó a gobernarse por las leyes de la sucesión testada y con la sola intervención de la heredera testamentaria.

Ninguna duda se ofrece respecto a que el reconocimiento de Sara de las Mercedes Venegas como heredera, dejó sin vigor las

anteriores declaraciones de que otros parientes del testador tenían la calidad de herederos suyos. La vocación de éstos, que era simplemente legal, tenía que sucumbir ante la norma principal del testamento, que recogía la última y suprema voluntad del causante.

4. Frente a lo expuesto es necesario concluir que si no se hubiera presentado la copia de la escritura número 151, corrida el 1º de junio de 1966 ante el notario de Funza, documento contentivo de la última declaración de voluntad de Pedro Venegas Andrade, los reconocimientos que como herederos de éste se habían hecho con antelación, habrían continuado produciendo los efectos propios de tal decisión. Y que si esos reconocimientos quedaron revocados, la causa de tal revocación se debió a que por el testamento del causante fue llamada a sucederlo solamente su hermana Sara de las Mercedes.

5. Pero si es cierto que los herederos ab intestato se vieron desplazados por el heredero testamentario, que perdieron su calidad de tales ante la primacía que impone la designación del testamento, no es menos verdadero que tal circunstancia en nada modificó el parentesco que los ligaba con el causante, el cual subsiste, no obstante, que, eventualmente, se suspendiera su inicial vocación sucesoria. Menester es tener de presente también que en caso de que alguna o todas las disposiciones testamentarias resultaran no estar conforme a derecho, o que llegaran a no tener efecto, entonces aquéllos recuperarían su calidad de herederos ya que en tales eventos, las leyes, y no la voluntad del causante, gobiernan la sucesión por disposición expresa del artículo 1037 precitado.

6. El heredero ab intestato, pues, que es desalojado por el designado en el testamento, no por ser revocado su reconocimiento inicial, al hacerse el del que tiene mejor derecho, pierde su interés para impugnar la validez de la memoria testamentaria, interés que se manifiesta con el sólo observar que a falta de voluntad contraria del testador, él sería el llamado a recoger la herencia. Si las disposiciones del testador son la única causa que le impide participar en la herencia, si a falta de testamento tendría indiscutible vocación sucesoria, síguese inexorablemente que el agravio consistente en no poder suceder se lo causan las disposiciones del difunto, por lo cual es palmar su interés para impugnarlas.

Brota de lo dicho que el interés de los demandantes en este proceso, tendiente a lograr la nulidad del testamento de Pedro Venegas, dimana de que ellos serían sus sucesores de producirse la anulación impetrada, y no de que efectivamente lo sean en la actualidad.

7. De suerte que si Marina Torres de Gaitán y las demás demandantes, mientras no se tuvo noticia de la existencia del testamento, habían sido reconocidos como herederos ab intestato, tal reconocimiento tuvo que fundarse, según la inveterada doctrina de la Corte, en que dos situaciones fueron demostradas ante el juez del conocimiento por los apuntados herederos:

1ª Que acreditaron debidamente el parentesco que los ligaba con el de cujus, el cual les daba vocación legal hereditaria, y

2ª Que habían aceptado la herencia.

Las copias de los autos del reconocimiento mencionado prueban, pues, que los demandantes en este proceso, a falta de testamento, serían herederos de Pedro Venegas Andrade.

Pero como ese reconocimiento quedó revocado al declararse que Sara de las Mercedes Venegas, por haber sido designada por el testador, era la única heredera de éste, con mejor derecho que los demás parientes, es claro, como lo sostiene acertadamente el censor, que la copia de los autos por medio de los cuales se habían hecho los reconocimientos revocados, no sirven para probar que los demandantes son, en la actualidad, herederos de Venegas Andrade. Y no lo son porque subsiste una declaración prevalente de que la heredera lo es la dicha Sara de las Mercedes, quien los desplaza mientras rija la memoria testamentaria. Es irrebatible en el punto la afirmación de que no está comprobada la calidad de herederos de los demandantes, hecha por el recurrente.

8. Como el interés de éstos para pedir la nulidad de la memoria testamentaria no dimana, empero, de que sean herederos del causante, sino de que lo serían si dejara de tener efecto la cláusula en que como tal fue instituida la demandada Sara de

las Mercedes, y como los demandantes no afirman que actualmente sean herederos, sino que el reconocimiento que se les hizo y que fue revocado, volvería a tener vigencia si el testamento fuese aniquilado, pues la sucesión se tornaría de testada en intestada y ellos tendrían nuevamente vocación sucesoria, según el artículo 21 de la Ley 45 de 1936, menester es concluir que el interés de los demandantes sí está acreditado. Si los autos de reconocimiento de herederos de Pedro Venegas, cuyas copias obran en autos, surtieron efecto hasta cuando se hizo valer el testamento, resulta claro que el interés de los mismos para demandar la nulidad de éste queda bien acreditado con aquellas copias, puesto que, se repite, el interés de los impugnantes estribaría no en que actualmente son herederos, sino en que, si el testamento se anula, quedaría sin efecto la disposición por medio de la cual se instituyó a la demandada como heredera y, por tanto, volvería a renacer la vocación hereditaria de ellos, al aplicarse las normas de la sucesión intestada a virtud de la ineficacia de las disposiciones del difunto (Art. 1037 del C. Civil).

Si con las copias dichas queda bien demostrada la legitimación en causa de los demandantes, resulta que el Tribunal no cometió yerro ni de hecho ni de derecho, en el aspecto tratado, motivo por el cual los dos primeros ataques no prosperan.

Tercer cargo

Expresa el censor que la sentencia combatida incurre en varios errores de derecho, pues, 1º No podía darle "mérito probatorio al dictamen médico pericial ni al reconocimiento médico", trasladados del proceso de interdicción, pruebas en que el Tribunal fundó la conclusión de que el testador padecía demencia, "porque en las copias aducidas no aparece el traslado a las partes del dictamen pericial rendido por los médicos peritos Luis Carlos Díaz y Horacio Taborda": que si el dictamen no tuvo contradicción, "no puede ser opuesto en este nuevo proceso a la demandada ni se le puede reconocer mérito probatorio alguno para establecer el estado de demencia", pues es doctrina de la Corte que el dictamen del que no se dé traslado para permitir su contradicción, carece de valor persuasivo; que al darse valor a una prueba trasladada sin que se hubiera concedido oportunidad de combatirla a la parte contra quien se aduce, el Tribunal cometió error de derecho al violar los artículos 719 y 721 del Código Judicial, (vigentes cuando se rindió el dictamen) y 185, 238 y 241 del Código de Procedimiento Civil (vigentes cuando el Tribunal sentenció), yerro que lo condujo a quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 533, 1061, 1062, 1504 y 1741 del Código Civil. 2º Que no hay prueba de que la demandada Sara de las Mercedes hubiera sido parte en el proceso de interdicción, pues "no aparece copia del poder que le hubiera dado al doctor José Antonio León Rey para demandar a su nombre", con lo cual no podía hacerse valer contra ella prueba trasladada de ese proceso, ya que resultaría que los dictámenes médicos no fueron practicados con su audiencia. Por ello se violó el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. 3º Que como el valor probatorio de un dictamen pericial está limitado al objeto para el cual se decretó "y para los fines que estuvo destinado y fue decretado", y que como en los procesos de interdicción los tres reconocimientos que deben practicarse al interdicto y el dictamen pericial "tienen un único objeto y responden a una única finalidad: establecer la situación del supuesto incapaz en el momento en que es examinado y en que se rinde el dictamen", no sirven para demostrar si Venegas padecía demencia desde tiempo anterior. Que "ninguna prueba sobre la situación anterior del enfermo resulta controvertida en el proceso de interdicción", por lo cual ninguna de esas pruebas puede ser estimada suficiente en proceso posterior de nulidad de testamento otorgado antes de iniciarse el proceso de interdicción, por lo cual a más de las normas que señalaron como infringidas en el punto 1º, el Tribunal transgredió el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil. Que la tesis expuesta fue sostenida por la Corte en fallo publicado en la Gaceta Judicial, Tomo XXX, página 214, con fecha 7 de diciembre de 1923.

Añade el censor que las declaraciones de Elena y Sara de las Mercedes Venegas no sirven para dar por demostrada la demanda, la cual sólo puede acreditarse con

prueba pericial de científicos, pues la calificación de la incapacidad mental de una persona es una cuestión absolutamente técnica, que no puede demostrarse con prueba testimonial, aunque se refiera a la fama pública.

Para rematar el cargo y resumiendo sus argumentos, la censura manifiesta: "a) Si el dictamen de los peritos en el proceso de interdicción no tuvo traslado a las partes y por tanto quedó sin controvertirse y carece de todo mérito probatorio; b) Si tampoco se probó que la demandada en este ordinario fuera parte en el proceso de interdicción porque no se copió el poder de aquélla para el abogado que presentó la demanda; c) Si el dictamen de los peritos médicos en ese proceso de interdicción sólo puede probar (de reunir los requisitos legales y especialmente el de su traslado a las partes —lo cual no se cumplió—) sino el estado mental del paciente en el momento del mismo dictamen y de los reconocimientos; d) Si tales reconocimientos apenas reflejan lo que se observó el mismo día en que tuvieron lugar; e) Si los testimonios y la supuesta confesión no son medios legales conducentes para probar demencia o incapacidad mental; si no hay otras pruebas en el proceso ordinario, resulta clarísimo el error de derecho del Tribunal el haber dado por probada la demencia o incapacidad mental del testador **varios meses antes de los reconocimientos y del dictamen**, pues ninguna de las pruebas es legalmente apta o conducente para demostrar tal situación, aun cuando en su contenido fueran magníficas. La presunción de legalidad del testamento ha quedado en pie. Se violaron por el Tribunal las normas legales probatorias mencionadas atrás y tal violación lo condujo a la violación indirecta de los artículos 533, 1061, 1062, 1504 y 1741 del Código Civil, al declarar la nulidad del testamento, aplicándolos indebidamente.

"Se caen totalmente las consideraciones del Tribunal, basada en Planiol y Ripert y en la sentencia de la Corte que cita (XLVII, 457), de que basta probar que el acto atacado ocurrió **dentro del período de demencia o incapacidad mental habitual que sufría el autor de aquél**, sin que sea indispensable probar que en el momento fugaz y preciso del acto subsistía esa incapacidad, porque tales doctrinas se basan en que **existía la plena prueba de esa situación permanente o crónica de incapacidad dentro de la cual ocurrió el acto.** Y esa prueba no aparece en este proceso, pues apenas hay un dictamen de peritos (ilegal, incompleto, sin formalidad de su traslado y controversia por las partes, y sin que aparezca probado que la demandante de ahora fuera parte en el proceso de interdicción por no haberse probado el poder) y unas diligencias de reconocimiento, que **apenas se refieren al estado del paciente en el momento de ser reconocido y que por lo tanto no prueban en absoluto la situación de demencia o incapacidad mental anterior al acto testamentario ni coetánea a éste.**

Cuarto cargo

Denúnciase en él infracción indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 533, 1061, 1062, 1504 y 1741 del Código Civil, a consecuencia de error evidente de hecho, consistente en ver que la prueba se refería a la demencia al tiempo de otorgar testamento. Dice el censor que tanto los tres reconocimientos practicados a Pedro Venegas durante el proceso de interdicción, como las declaraciones allí rendidas por Elena y Sara de las Mercedes Venegas, en ninguna parte expresan que, al momento de otorgar su testamento, el testador estuviere padeciendo demencia; que, a pesar de que el dictamen pericial de los médicos, según el auto que lo decretó, debía limitarse a calificar si el supuesto incapaz, en la fecha de los reconocimientos, sufría incapacidad mental, el Tribunal confundió "las motivaciones del dictamen con el verdadero concepto que está limitado a la época de los exámenes".

La Corte considera

La regla de que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces, erigida en el artículo 1503 del Código Civil para los actos o declaraciones de voluntad en general, gobierna también el campo particular de la testamentifacción activa, es decir de la capacidad para disponer de los bienes testamentariamente.

En efecto, en el título 3º del libro 3º de la misma obra, que atañe a la ordenación del testamento, no enumera el legislador quiénes tienen capacidad de disponer de sus bienes para después de sus días, sino que, en el artículo 1061, determina taxativamente las personas que no tienen habilidad para ello y afirma después: "las no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar".

Brota de lo anterior que en punto de señalar el destino de los bienes post morten, la regla general es la habilidad y que la excepcional es la inhabilidad. Por tanto, desde este punto de vista, todo testamento se presume válido, mientras no se demuestre la inhabilidad del testador. Y como acto jurídico que es, de la especie de los solemnes, la carta testamentaria puede ser impugnada, para destruir la presunción de validez que la rodea, ora por motivos de forma, ora de fondo.

Entre los requisitos de fondo o internos, consustanciales a toda declaración de voluntad que apunta a producir efectos jurídicos, se cuenta la capacidad del otorgante; faltando ésta, todo acto jurídico y entre ellos el acto testamentario, es nulo por carecer de una de las exigencias que la ley ha declarado imprescindible para su valor. Por ello, el artículo 1062 del Código Civil dispone: "el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa", añadiendo: "y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad".

Vese con lo anterior por qué las memorias testamentarias se presumen haber sido otorgadas por personas hábiles, y por cuál razón quien alega la nulidad del acto apoyándose, por ejemplo, en la incapacidad del testador, tiene a su cargo el peso de acreditar que la memoria se otorgó durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad determinadas por el artículo 1061 precitado, las que se dan cuando al declarar su última voluntad, el testador era impúber, o se hallaba bajo interdicción por causa de demencia, o no estaba actualmente en su sano juicio por ebriedad u otra causa, y finalmente, o no podía expresar su voluntad claramente de palabra o por escrito.

Como aparece de los claros términos de la demanda introductoria de este proceso, los demandantes combaten la validez del testamento que otorgara Pedro Eduardo Venegas Andrade, no con estribo en que la dicha memoria se hubiera hecho cuando ya éste se hallaba interdicto por causa de demencia, puesto que el decreto de interdicción se pronunció por el juez de primera instancia el 30 de noviembre de 1966, cuatro meses después de haberse otorgado el testamento. Los demandantes apoyan su solicitud de que se declare nulo el acto que recoge la última voluntad del testador, la escritura número 151 de 1º de junio de 1966, con apoyo exclusivo en la circunstancia de que cuando tal acto se realizó Venegas Andrade no se encontraba actualmente gozando de sano juicio.

Para despachar los cargos tercero y cuarto conviene sentar lo siguiente:

a) La insanidad mental la dio por acreditada el Tribunal con prueba que a este proceso se trasladó del especial de interdicción;

b) Obsérvase que Sara de las Mercedes Venegas, quien figura como demandada en este proceso de nulidad del testamento de su hermano interdicto, es la misma persona que, en el de interdicción, figura como codemandante. Sobre el particular ninguna duda existe.

Y aunque este último punto de vista probatorio sea combatido duramente por el censor, alegando que no se adujo la prueba de que ella en verdad hubiera sido parte en el otro proceso, desde luego que "no aparece copia del poder que la señora Sara de las Mercedes le hubiera dado al doctor José Antonio León Rey para demandar a su nombre", es lo cierto que ese ataque está formulado en el vacío, que carece de piso, pues el folio 1 del cuaderno primero lo constituye precisamente la copia del poder que el censor echó de menos, por medio del cual Sara de las Mercedes Venegas, con cédula número 20267782, junto con su hermana Elena Sofía, confieren poder al doctor León Rey para pedir no sólo la interdicción definitiva por causa de demencia, sino la provisional, de su hermano Pedro Eduardo. Además, como a folios II del

mismo cuaderno aparece copia del auto por el cual se reconoció al doctor León Rey como apoderado de las dichas señoras y se acepta la demanda, síguese que no existe el yerro que, con este soporte imaginario, se le endilgó al Tribunal.

Y tampoco está acreditado el que se hace consistir en que el dictamen pericial, que en copia se adujo, no fue dado en traslado durante el proceso de interdicción del cual se trajo. En efecto, tiene razón el recurrente cuando asevera que no aparece copia del auto por medio del cual se haya dispuesto el traslado del dictamen, de las diligencias de su notificación y de la constancia secretarial de haber quedado a disposición de las partes. Adviértese, empero, que haber dejado sin contradicción el dictamen porque no se dio traslado de él, no es lo mismo que no haberse traído copia de las diligencias del apuntado traslado. Si la parte recurrente hubiera aportado prueba de que, efectivamente, el dictamen médico traído del proceso de interdicción no había sido contradicho por no haberse dado traslado de él, el cargo tendría poder suficiente para aniquilar la sentencia. Sin embargo, tal suceso no está demostrado y, adversamente, la prueba aportada indica lo contrario, pues en la sentencia de interdicción que en copia obra a folios XV y vuelto y siguientes del cuaderno primero, se lee que los peritos médicos "emitieron su concepto correspondiente con fecha 15 de noviembre pasado el que fue puesto en conocimiento de las partes por el plazo legal y no aparece objetado..." (subrayas fuera del texto). Esta sentencia fue notificada personalmente al apoderado de Sara Mercedes, "quien manifestó que la consiente", como aparece afirmado por él en la copia que de esa notificación obra a folios XVII del mismo cuaderno primero.

Por último, cuando el Tribunal cimentó su conclusión de que Pedro Venegas Andrade, para cuando otorgó su testamento, no gozaba de sanidad mental, no lo hizo apoyándose en "las motivaciones o fundamentaciones del dictamen", cual asevera la censura, ni en "puntos que no fueron objeto del cuestionario, sino apenas antecedentes".

Los expertos, sin que aparezca prueba contraria de su afirmación, aseveran, en la parte inicial de su dictamen (Fl. VII, cuaderno 1º) que éste está "centrado básicamente sobre el estado de salud física y mental y la posible incapacidad para proceder adecuadamente del citado señor Venegas tanto ahora como en los siete años inmediatamente anteriores a la fecha actual" (15 de noviembre de 1966), fecha de presentación personal del dictamen que, en copia, obra del apuntado folio VII al XIV. Al terminar su exposición, los expertos, después de fundamentarla extensamente, manifiestan:

"En síntesis, todo lo anterior constituye nuestro dictamen pericial expresado de acuerdo con el nombramiento que como peritos tuvo a bien hacernos el señor Juez 19 Civil Municipal de Bogotá, y hacemos hincapié, por último, en lo siguiente: el señor Pedro Eduardo Venegas Andrade padece desde hace unos siete años una demencia orgánica mixta de grado avanzado y de progresiva instauración, con debilitamiento de sus facultades mentales, memoria, inteligencia y volición con sugestibilidad extremada a las influencias exteriores, demencia ésta que es irreparable y por consiguiente la lesión de sus facultades mentales es permanente, quedando incapacitado, desde que se agravó el cuadro clínico, para la realización normal de sus actos y contratos de la vida civil".

Que los peritos no se hayan limitado a expresar que "actualmente" Pedro Venegas padece demencia, se explica, a más de lo afirmado por ellos, en que uno de los hechos que constituyeron la causa petendi de la demanda de interdicción se hizo consistir en que aquél, "desde la trombosis o infarto de 1961", definitivamente "quedó afectado de demencia senil que lo dejó incapacitado para la realización normal de sus actos y contratos de la vida civil".

Si el dictamen, pues, fue practicado en proceso en que fue parte la demandada Sara de las Mercedes Venegas, si ésta no sólo no contradijo sus conclusiones, sino que, expresamente por intermedio de su apoderado, consintió la sentencia que lo acogió; si, además, la pericia tiene firmes y precisos fundamentos, cuya alta calidad no se puede discutir y si, por añadidura, la competencia de los peritos aparece de bulto, no encuentra la Corte, cómo pudie-

ra cometer error de jure el Tribunal al apreciar esta prueba trasladada que, por ser completa, persuade sin vacilaciones.

Por último, es evidente que en el juicio de interdicción por causa de demencia, "el dictamen de los expertos nombrados debe concretarse al examen del estado en que actualmente se encuentre el paciente en los días en que lo reconocieron" y del mismo modo lo es que si los peritos afirman que la demencia data de años anteriores, el dictamen "no puede acogerse como prueba de la fecha inicial de la demencia, dejando nulos los actos y contratos celebrados por el paciente antes de ser declarado en interdicción"; mas a tal resultado se llega, no porque el dictamen, per se, carezca de virtud persuasiva, sino porque en proceso de interdicción y sin la citación de quienes fueron parte en los respectivos actos o contratos no es posible declarar la nulidad de éstos con el solo apoyo de una prueba no contradicha por quienes no fueron parte en el proceso, mas sí en los contratos celebrados por el demente, y sin darles oportunidad de probar, contrariamente a lo afirmado por los peritos, que el presunto demente gozaba de sano juicio por entonces.

Por tal motivo, cuando en el juicio de interdicción los expertos, a más de dictaminar que el presunto interdicto actualmente padece de demencia, extienden su dictamen a otros puntos como el relativo a si la demencia se viene padeciendo permanentemente desde una fecha anterior que señalan, tal afirmación no puede generar perjuicios a quienes son terceros en el dicho proceso, mas ello no entraña que el dictamen en ese preciso punto carezca de valor entre las partes y no pueda después ser aducido frente a quienes intervinieron en su producción; la fuerza de convicción en esa materia entre las partes o frente a quienes tuvieron tal calidad en el proceso en que la prueba se produjo, dependerá entonces de la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y de la competencia de los peritos, pero aun así, él no tendrá virtud para probar frente a terceros.

Todo lo expuesto conduce a concluir que los dos cargos que se despachan, tampoco pueden prosperar.

No puede, finalmente, dejar pasar la Corte inadvertida la violación, por parte de la demandada, de los principios de lealtad, probidad y buena fe, que deben observarse en el proceso (Arts. 37-3 y 71-1 y 74-2 del C. de P. Civil). Asombra que quien al declarar bajo juramento y al iniciar el proceso de interdicción, afirmó, a pie juntillas, la insanidad de juicio de su hermano, ahora por todos los medios contradiga tal afirmación. El hecho de que esa persona no sea médico psiquiatra en nada modifica su reprobable proceder.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 2 de junio de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Marina Torres de Gaitán y otros contra Sara de las Mercedes Venegas Andrade.

Costas a cargo de la recurrente demandada.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

FILIACION NATURAL

Efectos de la sentencia cuando se inicia el proceso muerto el padre.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I

La litis

Nelsy Chicué, representada legalmente por su madre Elena Chicué, demandó por la vía ordinaria a Priscila Hernández de Reyes, hija natural de Antonio Penagos y única heredera ab intestato del mismo, para que se la declarase hija natural del mismo y por tanto con derecho a heredarlo en la proporción que legalmente le corresponde, y para que se condenase a la demandada a restituirle los bienes hereditarios respectivos.

Como presunción de paternidad natural se invocan en la demanda las relaciones sexuales habidas entre el causante y Elena Chicué en la hacienda de propiedad de aquél, denominada El Mirador, durante la época en que ocurrió la concepción de Nelsy.

Con oposición de la demandada, quien negó en lo esencial los hechos afirmados en el libelo, culminó la primera instancia con el fallo proferido por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Neiva el 27 de agosto de 1973, en el cual, por haberse encontrado plenamente demostrada la presunción de filiación natural que se afirmó en el libelo, declaróse "que Nelsy Chicué, hija de Elena Chicué, nacida en esta ciudad el 27 de agosto de 1952, es hija natural del señor Antonio María Penagos Castaño" y luego de disponer que se oficiase al Notario 1º de Neiva "para que se siente el acta correspondiente de acuerdo con la anterior declaración" expresó lo siguiente: "De conformidad con la resolución previa sobre caducidad, la presente declaración no produce efectos patrimoniales".

Apeló la demandante y la sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en la suya fechada el 28 de noviembre del año próximo pasado, contra la cual la misma parte interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

Motivación del Tribunal

Tras breve reseña de lo esencial del proceso, expone el sentenciador que se trata de una demanda de filiación natural con la súplica consecuencial de petición de herencia; que en tiempo oportuno la misma demandada solicitó y obtuvo que se declarase probada la excepción previa que denominó "prescripción de la acción de petición de herencia", con fundamento en el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 "por estimar que cuando la demanda se notificó a la parte demandada ya había transcurrido los dos años de que habla" dicho texto legal; que ese mismo Tribunal confirmó la decisión del inferior; y que la apelación que sólo fue interpuesta por la demandante, se circunscribe a la declaración hecha en la sentencia, en el sentido de que ésta no produce efectos patrimoniales de ninguna clase.

Al entrar a fondo en su estudio del problema sub judice, dice el Tribunal que no

había obstáculo legal alguno para que se acumularan las pretensiones de filiación natural y de petición de herencia; que el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, permitía a la parte demandada alegar la excepción de caducidad que propuso, aunque denominándola equivocadamente "prescripción"; que aunque ese medio de defensa prosperó y la decisión del juzgado fue confirmada por el Tribunal, ello no es obstáculo para que en el fallo definitivo de la litis se estudie de nuevo, porque esa providencia interlocutoria no relevaba "al juzgador de un pronunciamiento expreso en la sentencia sobre los efectos patrimoniales de la declaración de estado".

"Los dos fenómenos procesales de la acumulación de dos o más pretensiones en una sola demanda y el de excepciones previas —expresa el sentenciador—, tienen como única finalidad la de la economía procesal. Por ello está bien que en este proceso acumulado se haya planteado la litis en busca de una decisión principal y de otra consecuencial a la primera. Pero no puede pretenderse que una de las pretensiones se decida de una vez por la vía rápida de las excepciones previas y que sin embargo el proceso continúe la tramitación ordinaria para desatar la otra pretensión con una sentencia de fondo, porque no es posible dictar dos fallos en un mismo proceso, ni tendría lógica la finalización de una de las pretensiones por vía interlocutoria o incidental, cuando no va a operar la economía procesal, ya que la actuación tiene que proseguir hasta el fin para poder fallar el aspecto fundamental del debate". Más adelante agrega que "se vigoriza la argumentación anterior" teniendo en cuenta lo que dispone el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, lo cual significa "que para que la sentencia que declare la filiación pueda ser susceptible de no generar esos efectos (los patrimoniales), debe primero que todo existir. Luego no procede anticipar una decisión sobre los efectos, para fallar luego en otra providencia lo relativo a la causa eficiente de aquéllos". Como remate de lo expuesto considera el ad quem que la sujeta materia del recurso de apelación es exclusivamente el acápite final de la sentencia de primer grado que dice: "...la presente declaración de estado no produce efectos patrimoniales".

Como motivación de su pronunciamiento, expone luego lo siguiente:

"En el numeral 3º de la parte motiva, el juzgado a quo realiza un reestudio de lo relativo a las pretensiones patrimoniales de la actora en la sucesión de Antonio Penagos Castaño. Trae a cuento el juzgador el razonamiento que dio origen o fundamento a la decisión de la excepción previa, para concluir que la vigencia de la Ley 75 comenzó el 1º de marzo de 1969; que la demanda fue notificada el 3 de septiembre de 1971 y que por consiguiente transcurrieron dos años y medio del momento en que el nuevo estatuto entró en vigor y aquel en que se surtió el acto procesal, límite de la caducidad. Lo que indica que al haberse realizado la notificación de la demanda estaba ya vencido el término perentorio de dos años a que se refiere el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Luego entra el sentenciador a considerar la situación creada en el caso de autos, en el que el presunto padre natural falleció varios años antes de la entrada en vigencia de la Ley 75 de 1968, lo que determina que los dos años de que habla la citada ley no pueden comenzarse a contar desde la muerte del causante sino desde la entrada en vigencia de la Ley Cecilia, o sea el 1º de marzo de 1969.

"...Finalmente agrega al anterior estudio esta consideración: 'pero sí es conveniente tomar nota en la resolutiva de la sentencia de que ésta, por virtud de la caducidad previamente deducida, no produce efectos patrimoniales'.

"Este último párrafo, unido al ya transcrito de la parte resolutiva, vinieron a incorporar a la decisión definitiva del proceso, como era lo jurídico, lo relativo a los efectos patrimoniales de la declaración que acaba de hacerse de la filiación natural".

IIII

El recurso de casación

A manera de introducción a los tres cargos que dentro del ámbito de la causal primera formula el recurrente contra la sentencia impugnada, dice: "Como puede apreciarse, el Tribunal consideró que el

término consagrado en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, es de caducidad, pero que sin embargo, se aplica a las herencias deferidas antes de la vigencia de dicha ley, e inclusive siendo la demandada persona que no tenía calidad de heredera cuando murió el causante, ni cuando entró a regir la Ley 75 de 1968 como ocurre en el caso presente".

Primer cargo

"Violación directa del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, por 'interpretación errónea' y consecuente violación por falta de aplicación de los artículos 1240, 1045, 1046 y 1047 del Código Civil (sustituidos por los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 45 de 1936, los tres últimos) y del artículo 41 de la Ley 153 de 1887 por indebida aplicación".

Al sustentar el cargo dice el recurrente que el artículo cuya interpretación errónea atribuye al Tribunal, es susceptible de entenderse de diversas maneras, así: "a) Que consagra un término de prescripción extintiva del derecho herencial; b) Que consagra un término de simple caducidad de la acción de petición de herencia; c) Que se aplica a herencias deferidas antes de entrar a regir; d) Que no se aplica a tales herencias. Es un caso indiscutible de norma dudosa, que se presta a distintas interpretaciones, y un caso típico para el cargo de violación directa por interpretación errónea".

Afirma en primer término que el Tribunal erró al considerar que el mencionado texto legal consagra una caducidad, porque ésta "se refiere a la 'acción' es decir, a la admisibilidad de la demanda, mientras que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 contempla los **efectos de la sentencia respecto a la herencia**, es decir, que haya proceso completo, lo cual es la negación absoluta de la caducidad. Hay una errada interpretación en este aspecto".

Dice también que el sentenciador estimó "que a pesar de tratarse de caducidad, debía aplicarse el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, que se refiere a **prescripciones** y en virtud del cual el nuevo término de prescripción, más corto que el consagrado en la ley anterior (los 20 años de la petición de herencia, si se tratara de prescripción) se aplica a los casos en que esa prescripción ya había comenzado a correr, pero contándolo desde la vigencia de la nueva ley y siempre que el prescribiente así lo solicite. Hay una indebida aplicación del artículo 41 al caso presente".

La censura achaca al sentenciador dos nuevas interpretaciones erróneas del artículo 10 de la Ley 75, al haberlo aplicado: a herencia deferida antes de entrar en vigencia dicha ley y además, como ocurre en el caso **sub judice**, siendo que la demandada no tenía definida la calidad de heredera "cuando entró a regir el artículo citado, porque la sentencia que le reconoció su condición de hija natural del causante... es del 8 de mayo de 1971 y la demanda con que se inició este proceso. fue presentada apenas unos 4 meses después de esta última fecha es decir, en todo caso mucho antes de los dos años de que trata el artículo 10 varias veces mencionado". Al respecto agrega que el Tribunal "se separó del juez en cuanto éste estimó que en la sentencia no se podía reexaminar el efecto patrimonial de la declaración de estado civil de hijo natural del causante, debido a que existía auto en firme desatando favorablemente la excepción previa de prescripción o caducidad; al paso que el Tribunal dijo: 'el auto interlocutorio que decidió la excepción previa de caducidad, **no tiene fuerza vinculante**'."

El recurrente comparte una tesis del Tribunal de Bogotá, según la cual el término establecido en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no constituye caducidad ni prescripción sino "un presupuesto para determinar los efectos patrimoniales de la sentencia que declare el estado civil de hijo natural", porque "la caducidad se refiere a la acción o al recurso y extingue la oportunidad del ejercicio de aquélla o de éste", pero que la forma como se redactó el mencionado texto legal indica que se trata únicamente de los efectos de la sentencia y que por tanto "es imposible sostener que se trate de caducidad, pues es la negación rotunda de toda caducidad".

El recurrente transcribe en seguida anteriores exposiciones suyas, en las que procura establecer una clara distinción entre la prescripción propiamente dicha y la caducidad, precisando respecto de esta última, que tiene como fin principal evitar

"un pecado contra la economía procesal", y varios párrafos de una sentencia dictada por el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá en el mes de marzo de 1973, que califica de magistral, en cuanto a la verdadera naturaleza del término que establece el inciso final del artículo 10 de la Ley 75, según la cual "la acción de investigación de paternidad natural no puede estar sujeta ni a caducidad ni a prescripción por ser una acción que persigue la declaratoria de un estado civil, como lo es el de tener a una persona como hijo (sic) de otra". Agrega en seguida que según la mencionada sentencia, al "no poderse predicar de la acción de filiación ni su caducidad ni su prescripción, por ser determinante de un estado civil, dicho término es un **lapso-condición** para que la sentencia proferida, al desatar tal acción, **produzca o no** ciertos y determinados efectos, en este caso patrimoniales ... es por tanto, que debemos concluir, que el término señalado en el mentado artículo 10 de la Ley 75 de 1968 no es otra cosa que una condición establecida solamente para determinar los efectos que produzca la sentencia, en cuanto al derecho a que tenga el hijo declarado natural, sobre o en relación con el patrimonio de su padre. Y esto es tan cierto que teniendo, por ejemplo, el caso de iniciarse únicamente la acción de filiación (sin la consecuencia de la petición de herencia) y habiéndose reconocido hijo, el juez de oficio debe determinar si produce esa sentencia efectos patrimoniales y si el resultado es positivo, por haberse cumplido con la condición de la Ley 75 de 1968, el hijo natural, así reconocido, puede interponer la de petición de herencia dentro de los veinte años siguientes, sin temor a que le sea alegada caducidad o prescripción alguna. Razón ésta que afirma... que el término estatuido por la tantas veces mencionada Ley 75 de 1968 se refiere a la acción, mas no a la de petición de herencia".

El recurente acoge, pues, la tesis transcrita y pide "a los honorables Magistrados que se sirvan meditar acerca de la anterior doctrina, que presenta unas muy sólidas bases lógicas y jurídicas, además que de interpretación del texto mismo del inciso 3º del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, pues su redacción en verdad no deja dudas acerca de que al consagrar el término de dos años se está refiriendo a la acción de investigación de la filiación y al referirse al aspecto patrimonial se está refiriendo a los efectos de la sentencia de filiación natural". Y agrega que "tiene toda la razón el señor Juez 8º... cuando dice que el aspecto patrimonial es, apenas, una consecuencia condicionada al dicho plazo de esos años, de la **sentencia de filiación favorable**".

Respecto de los casos a los cuales puede aplicarse ese término de dos años, ya en desacuerdo con la doctrina del juez, dice la censura "que para no dejar inconstitucional la ley, debe limitarse su aplicación a los casos en que el padre murió después de iniciarse su vigencia, sin aplicarla a los casos en que el padre había muerto antes. Y esta conclusión es forzosa aun para el supuesto de aceptar que se trata de una prescripción del derecho de herencia, pues prima la norma constitucional que prohibe darle efectos retroactivos a la ley nueva, sobre el sentido literal de los artículos 20 y 25 de la Ley 153 de 1887, que deben entenderse en el sentido de que se refieren a las sucesiones que no se habían abierto, por no haber muerto el padre, cuando entra en vigencia la nueva ley".

Expresa, sin embargo, que la sentencia mencionada llega al mismo resultado desde otro punto de vista, pues en ella se dice muy claramente "que la Ley 75 de 1968 sólo viene a regir los hechos, actos y situaciones contemplados por ella, que se presenten con posterioridad al 1º de marzo de 1969" y que por tanto el término en cuestión sólo podrá aplicarse "a los casos en que la **defunción** ocurra después de la fecha indicada y nunca cuando la muerte acaeció con anterioridad a tal fecha..." Pues de lo contrario "estaríamos dándole, en este caso, carácter **retroactivo** a la Ley 75 de 1968, carácter que no le fue asignado en forma expresa... pero, como si esto fuera poco, tenemos que la Ley 75 de 1968 debe respetar, es decir, no debe ni puede desconocer los derechos adquiridos por las personas bajo la vigencia de las leyes que fueron derogadas por ella. En el caso concreto del artículo 10 de la mencionada ley, el término consagrado en él en manera alguna puede vulnerar el derecho que había

adquirido quien se pretendía hijo natural de otro cuando el padre falleció antes de entrar a regir la Ley 75 de 1968 pues, en ese momento adquirió el derecho a demandar a los representantes (herederos) de su pretendido padre, tal como lo consagra la ley vigente en este momento (Ley 45 de 1936) la cual no exigía condición o término alguno para que la sentencia, la cual definiera la acción de investigación de paternidad natural incoada por él, produjera efectos patrimoniales, pues su única limitación era la prescripción de la acción ordinaria de petición de herencia (Ley 50 de 1936, Art. 1:) ... lapso que comenzaba a correr una vez había adquirido el estado civil de hijo natural del de cujus".

A lo que acaba de transcribirse observa el recurrente que según su parecer "lo adquirido en el momento de morir el padre no es el derecho de herencia que precisamente daba origen a la acción de petición de herencia.

A manera de segundo argumento para fundamentar su acusación contra la sentencia impugnada, dice que "existe una peculiaridad muy especial en este caso: que la demandada no estaba legitimada como hija natural ni como heredera del causante, cuando entró a regir la Ley 75 de 1968", por cuanto la sentencia que definió el proceso de filiación natural que a su vez dicha demanda había promovido contra los hermanos de Antonio María Penagos, apenas quedó en firme a fines del mes de mayo de 1971, y que por tanto no podía ser demandada antes de tener la calidad de heredero "pues aun cuando la sentencia declara y no crea el derecho de herencia, es una sentencia constitutiva y antes de ella la demandada tenía incierta su filiación paterna y su condición de heredera".

Dice, pues, que los sentenciadores incurrieron en indudable interpretación equivocada del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, al considerar que su inciso final "se refiere también a herederos que al morir el padre no tienen esa calidad, o mejor dicho a personas que al morir el padre no tienen aún la calidad cierta de herederos". Estima el recurrente que ello es un gravísimo error, pues el artículo 10 contempla únicamente a los demandados que al fallecer el padre tienen la calidad cierta de herederos, "como hijos legítimos, hijos naturales reconocidos o declarados antes judicialmente, colaterales a falta de aquéllos, ascendientes", pero jamás a otros hijos naturales que aún no hayan sido reconocidos por el padre ni declarados judicialmente tales. "Darle esa interpretación al artículo 10 es violentar su contenido jurídico, hacerlo inicuo, injusto, injurídico".

Como remate de su argumentación agrega que "en el peor de los casos, el término de caducidad o prescripción, de aplicarse a favor de esos demandados también hijos naturales no reconocidos ni declarados judicialmente tales al tiempo de comenzar a regir la Ley 75 de 1968", solamente podría contarse a partir del auto de obedecimiento al superior que dictó la sentencia reconociendo la filiación del demandado o desde la ejecutoria de la misma.

Consideraciones

Capítulo 1º

Esta corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse varias veces sobre el tema que se plantea en el cargo que se estudia, es decir, sobre el alcance y sentido del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Esta norma señala los casos en que la sentencia que declara la paternidad natural puede producir efectos de orden patrimonial, cuando el proceso en que ella se profiera haya sido iniciado después de la muerte del presunto padre o del hijo. Tales efectos tienen lugar únicamente en favor o en contra "de quienes hayan sido parte en el juicio" y sobre la base de que la relación jurídico-procesal se haya formado "dentro de los dos años siguientes a la defunción". En acatamiento al principio de la irretroactividad de la ley, jurisprudencialmente se ha dicho que el indicado término de dos años sólo comienza a contarse a partir de la vigencia de la citada Ley 75, cuando el fallecimiento del padre o del hijo ha ocurrido antes.

En sentencia del 5 de abril de 1973 en el proceso de María Magdalena Rodrigo Ríos contra los herederos de José María Prieto, (aún no publicada) dijo la Corte: "Es evidente que si el presunto padre natural ha muerto después de estar en vigor la Ley

75 y 'la demanda' de paternidad natural no se notifica dentro de los dos años siguientes a la muerte de aquél, la declaración favorable al demandante que en tal caso se haga, no puede producir efectos patrimoniales, porque así lo dispuso esa ley en su artículo 10. Esta norma señaló un efecto especial y nuevo al hecho de la muerte del padre o del hijo, al darle poder para generar la caducidad del derecho (se subraya) a obtener una declaración de paternidad natural con los efectos patrimoniales que le son propios, siempre y cuando 'la demanda de filiación no sea notificada dentro de los dos años siguientes al deceso. Si la notificación del auto admisorio, pues, se hace pasado ese término, aunque por ello no se extingue el derecho a demandar la declaratoria de paternidad, sí caducan los efectos económicos que tal declaración debiera aparejar'."

"Si la muerte del padre o del hijo ha ocurrido, empero, antes de entrar en vigencia la dicha ley, como al hecho de la defunción sólo se le atribuyó el efecto antes indicado desde la vigencia de la misma, es apenas lógico concluir que, en tal evento el término de dos años . . . no puede contarse desde la fecha de la defunción respectiva, por haber ocurrido en tiempo anterior a la vigencia de la Ley 75, sino desde que ésta entró en vigor, pues lo contrario entrañaría darle efectos retroactivos a esa norma".

En el mismo sentido había expuesto en sentencia del 16 de agosto de 1972 (proceso de Fidel Arias contra los herederos de Avelino Cruz Vargas, aún sin publicar) y luego en la fechada el 2 de los mismos mes y año (proceso de Rosa Emilia Zapata Toro contra Heliodoro Ariza, aún no publicada): "ciertamente la Ley 75 fijó un plazo de dos años dentro del cual, si el padre o el hijo han fallecido, debe 'notificarse la demanda de filiación natural', para que el fallo que declare la paternidad natural produzca efectos patrimoniales. Mas como surge del contexto de dicha ley, lo pregonan sus antecedentes y como resulta de sus claros fines sociales, ella no pretendió, en ningún momento, cercenar el derecho de demandar la filiación con efectos patrimoniales, si, estando muerto el padre o el hijo, al entrar a regir la ley no se había notificado el auto admisorio de la demanda de filiación dentro de dicho plazo legal. Todo indica que lo que quiso el legislador en su artículo 10, inciso final, fue que los procesos de filiación en que, por haber muerto el padre, el hijo o ambos, ya no pudieran trabarse entre legítimos contradictores, los herederos y el cónyuge del presunto padre fallecido no fueran sorprendidos tardíamente con una demanda en que se pide la declaración de paternidad natural de su causante, y, en general, para que, fallecido el padre o el hijo, es decir, cuando el proceso ya no puede trabarse entre legítimos contradictores, se determine dentro de un plazo razonable, como es el de dos años, la relación jurídico-procesal en que el derecho material discutido sea la filiación natural con efectos patrimoniales.

"Y está bien que se haya fijado ese término de caducidad, pues la incertidumbre en el estado civil de las personas no goza de la complacencia de la ley. No es justo que muerto el pretendido hijo, el padre presunto o los herederos y su cónyuge, tengan que estar a merced del capricho de los descendientes legítimos y de los ascendientes de aquél, para afrontar, en el tiempo que éstos escojan una demanda de filiación natural con efectos patrimoniales. La ley quiere que la relación jurídico-procesal en procesos de paternidad natural que no pueden trabarse entre legítimos contradictores, quede bien constituida dentro de los dos años siguientes a la muerte del padre o a la del hijo, pues de otro modo, aunque el derecho a demandar la paternidad no se extingue, la declaración de la misma no produciría beneficio económico a quienes la obtengan.

"La Ley 75, pues, estatuyó el hecho consistente en que la muerte del presunto padre o del hijo, tiene el singular efecto de hacer caducable el derecho de investigar, con efectos patrimoniales, la paternidad natural, y de generar la temporalidad del ejercicio de esa facultad que no tenía ni tiene límites temporales en vida del hijo y del presunto padre.

"A partir de la vigencia de la ley apuntada, ocurrido el fallecimiento dentro de la misma, para que la sentencia que declare la paternidad natural produzca los efectos indicados, es necesario que la res-

pectiva 'demanda se haya notificado' dentro de los dos años siguientes al deceso del padre o del hijo. En la legislación inmediatamente anterior, el hecho consistente en la muerte de quienes tenían la calidad de legítimos contradictores no causaba el efecto legal que la nueva ley le asigna a ese suceso. Por ello, no resulta posible aplicar literalmente el artículo 10 de la ley citada cuando la muerte ha ocurrido con anterioridad a su vigencia, pues, en tal caso por tratarse ya de un hecho consumado con antelación al momento en que la ley nueva rige, el plazo fijado por ésta para notificar el auto admisorio de la demanda, no puede contarse a partir del respectivo fallecimiento, por haber ocurrido éste antes de la vigencia de la nueva ley, sino a partir del instante que ésta entró en vigor, por cuanto la voluntad del legislador fue la de señalar un plazo dentro del cual, bajo sanción de que caduque el derecho a que la sentencia favorable al demandante produzca los efectos indicados, debe trabarse la relación jurídico-procesal en que el derecho material discutido sea la filiación natural".

En sentencia del 2 de noviembre de 1971, (CXXXIX, Pág. 199) reiterada en las del 24 de abril (CXLII, Pág. 156) y 22 de septiembre de 1972 (aún no publicada), dijo también que la Ley 75 de 1968 no podía ser aplicada, en cuanto a "los juicios... iniciados con anterioridad a su vigencia, pero no terminados aún, porque tal proceder comprometería seriamente los intereses de los litigantes; vulneraría la situación jurídica concreta en que éstos se han colocado al constituirse la relación procesal con el ejercicio de los derechos de acción y de contradicción; y, en fin, alteraría las bases sobre las cuales se trabó el litigio, lo cual obviamente es inadmisible" (se ha subrayado).

Capítulo 2º

Ante la diversidad de expresiones con que se han calificado las consecuencias de la expiración del término que señala el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, según se lee en la demanda de casación, vale la pena aclarar la verdadera naturaleza de cada una de aquéllas. Con ello se busca explicar por qué la Corte ha expuesto que se trata de una caducidad y cuál es el alcance de la misma.

A. La prescripción. Es al propio tiempo, según el aspecto por el cual se la considere (Art. 2538 C. C.), modo de adquirir el dominio (Art. 673), en cuyo caso se la llama adquisitiva o usucapión y modo de extinguir las obligaciones (Art. 1625 Num. 10, ibídem). El artículo 2512 la define diciendo que "es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso... Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción". Esta definición la complementa el artículo 2538 al decir que "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho".

Es nota característica de la prescripción, según los artículos 2513 del Código Civil y 306 del Código de Procedimiento Civil, que quien quiera aprovecharse de ella debe alegarla en tiempo oportuno, proponiendo la correspondiente excepción (Arts. 92 Num. 3º, 97 inciso final y 306 del C. de P. C.), pues al juez no le es dado declararla oficiosamente; además, que una vez cumplida, la persona capaz que con ella se favorece, puede renunciarla expresa o tácitamente (Arts. 2514 y 2515 C. C.).

B. La caducidad tiene en común con la prescripción, que una y otra extinguen el derecho y en todo caso la facultad de hacerlo efectivo, por el mero transcurso de tiempo, o sea, por el vencimiento del término que en cada caso, haya sido fijado por la ley o convenido por las partes.

Esta corporación, en la Sala de Negocios Generales que entonces existía, estudió a espacio el fenómeno jurídico de la caducidad, (distinto al de orden puramente procesal que con ese mismo nombre consagraba la Ley 105 de 1931 y que hoy más técnicamente se denomina perención) y asimilándolo a los plazos prefijos o términos perentorios a que se referían expositores franceses como Planiol y Ripert, y Josserand, lo comparó con la prescripción en la forma siguiente:

"Resulta de esto que, como la prescripción es un modo de extinguir las acciones civiles por el transcurso del tiempo —según

las palabras del Código— ha sido frecuente entender que toda extinción de acciones por esta causa se considera como un fenómeno de prescripción y le sean aplicables las reglas que a ésta gobiernan. Pero es obvio que existe aquí una confusión entre dos órdenes de instituciones jurídicas de características esenciales bien diferenciadas, como se ha puesto de relieve por la doctrina de los autores y las creaciones de la jurisprudencia. En efecto, al lado de la prescripción liberatoria como medio de extinguir las acciones en juicio se admite desde hace algún tiempo... el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir —es verdad— los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica. En otras palabras, y de acuerdo con esta concepción, la prescripción civil no viene a ser el único medio —sino simplemente uno de los medios jurídicos— de extinguir las acciones por el transcurso del tiempo".

"...Pero se comprenderá bien la diferencia teórica que media entre las dos instituciones si se observa el fundamento jurídico-filosófico que explica la prescripción, o sea el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en una palabra el ánimo real o presunto de no ejercerlos; en tanto que en la caducidad esa razón de índole subjetiva no se tiene en cuenta, pues basta para que el fenómeno se produzca el hecho objetivo de que en la ley o en un negocio jurídico dado se prefija un plazo —realización de un acto o el ejercicio de la acción judicial— para que el interesado no pueda obrar útilmente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él..." (LXI, Págs. 589 y 590).

En la aludida sentencia (Págs. 590 y 591) se puntualizan luego las principales diferencias que existen entre la prescripción y la caducidad, en la forma que en seguida se resume:

a) La prescripción no puede ser declarada de oficio, al paso que la caducidad sí; aquélla es un medio de defensa que la ley brinda al demandado, luego sólo puede proponerse "cuando se ha conformado la relación procesal", en cambio en ésta sucede todo lo contrario: opera ipso jure "porque sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo, se oiga al promotor de la una o del otro". A lo cual cabe agregar en esta oportunidad, que el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, en su penúltimo inciso, faculta al juez para declarar inadmisible la demanda"... en los procesos en que existe término legal de caducidad para intentarla...", lo que refuerza aún más el anterior concepto de la Corte que en esta providencia se acoge;

b) La prescripción es renunciable (Arts. 2514 y 2515 del C. C.), al paso que la caducidad establecida por la ley no lo es, "lo cual se explica por la naturaleza de orden público que en esta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico";

c) Por regla general, "los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos", mientras que los plazos de caducidad no comportan la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y "deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable";

d) La prescripción corre desde que la obligación se hace exigible (Art. 2535, Inc. 2º), lo cual implica siempre la existencia de una obligación que extinguir; en cambio, la caducidad por el transcurso del tiempo no la supone necesariamente, porque el plazo prefijado por la ley "sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto del derecho previsto". Respecto de esta apreciación, la sentencia que se comenta se apoya en una anterior de la misma corporación de fecha 4 de noviembre de 1930 (XXXVIII, Pág. 414) y en la opinión de numerosos expositores foráneos como Appleton, Waline y Hauriou.

Más recientemente, esta Sala expresó en sentencia del 16 de agosto de 1969: "la caducidad produce ipso jure la extinción de la facultad de ejercer un derecho o de realizar un acto por no haberlo ejercitado dentro del término señalado por la ley, y el juez no puede admitir su ejercicio, una vez expirado el plazo, aunque el demandado no la alegue. En la prescripción, en cambio, el derecho está paralizado por una ex-

cepción, en forma tal que si el demandado no la alega expresamente, el juez debe reconocer la existencia de aquél" (CXXXI, Pág. 138).

Conviene agregar que bajo el nuevo Código de Procedimiento Civil, el juez está facultado ahora para rechazar in limine la demanda cuando encuentra que ya ha caducado legalmente el derecho reclamado por el demandante (Art. 85, penúltimo inciso) o para declararla oficiosamente en la sentencia (Art. 306); y que el demandado puede proponerla en el escrito de contestación de la demanda (Art. 92, Num. 3º), o también como excepción previa, en escrito separado, dentro del respectivo traslado (Art. 97 in fine).

Como conclusión de lo expuesto, tiénese que la caducidad y la prescripción, son fenómenos jurídicos diferentes, sometidos a normación diferente también, aunque sus últimos resultados puedan ser unos mismos o al menos muy similares.

Capítulo 3º

Es oportuno explicar ahora por qué esta Sala ha expuesto reiteradamente, según se vio en el capítulo 1º de esta providencia, que el término de dos años que señala el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, es una caducidad, y no una prescripción, ni menos aún "una condición" o un "testimonio condición" (expresión exótica dentro de la terminología jurídica), como lo expuso el juez que el recurrente menciona en su demanda.

Los principios que gobiernan la acción de filiación natural y las consecuencias patrimoniales que pueda producir la sentencia que la declare, de acuerdo con el precepto legal en cita (Art. 10 de la Ley 75 de 1968), pueden compendiarse así:

a) En lo atinente a la paternidad natural que se debate en un proceso, es legítimo contradictor el padre contra el hijo o éste contra aquél (Arts. 10 Ley 75, 401, 402 y 403 C. C.), en cuyo caso, la sentencia que haga la declaración impetrada producirá todos sus efectos erga omnes (CXVII, Pág. 131);

b) Si el proceso de filiación se promueve después de muerto el padre, podrá serlo contra sus herederos testamentarios o ab intestato y su cónyuge, sin que entre éstos haya un litis consorcio necesario, sino meramente facultativo. Cuando es el hijo quien ha fallecido, dicho proceso podrán promoverlo únicamente sus descendientes legítimos o sus ascendientes (Art. 10);

c) El término de dos años que establece el inciso final del citado artículo 10, dice relación exclusivamente a los efectos patrimoniales que puede producir la declaración judicial de paternidad natural, cuando ésta se ha solicitado después de la muerte del presunto padre o del hijo;

d) El indicado término, cuando el presunto padre falleció antes del imperio de la Ley 75, sólo se cuenta desde la fecha de vigencia de ésta, o sea del 1º de marzo de 1969; en los demás casos, a partir de la fecha de su muerte. Para determinar si la acción de filiación natural, en ese caso, ha sido intentada antes de que se produzca la caducidad de los derechos patrimoniales inherentes a ella, debe examinarse el momento en que se ha formado la respectiva relación jurídico-procesal, única forma en que puede entenderse o interpretarse legalmente la expresión "cuando la demanda se notifique" que aparece en el artículo 10 de dicha ley;

e) La expiración del mencionado plazo no impide que se promueva el proceso de filiación natural ni que se haga la declaración judicial de paternidad, la cual, en ese caso, no acarrea efectos patrimoniales, y así puede declararlo el juzgador, aun oficiosamente, sin que por ello rebase sus atribuciones jurisdiccionales, porque no se trata de una prescripción;

f) El inciso final de dicho artículo 10 se refiere exclusivamente a los "efectos patrimoniales" de la sentencia que declare la paternidad, como sería el caso de la petición de herencia, los cuales dependen de una pretensión accesoria y subordinada al éxito de la primera. Aunque ese precepto establece una caducidad, como ya se expuso, por el mismo motivo apuntado no podría rechazarse la demanda en que se acumulan la acción de filiación y como consecuencial, la de petición de herencia, con base en el penúltimo inciso del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil. El vencimiento del plazo en cuestión, como se ha visto, sólo mira a los efectos patrimoniales de la acción de filiación natural, los cuales —se repite— obviamente dependen

de la prosperidad de aquélla. La expiración de dicho término no impide que se promueva la de filiación natural, ni configura tampoco una prescripción extintiva de los efectos patrimoniales de ésta, porque si así ocurriere, requeriríase que fuese alegada por la parte favorecida, sino produce simplemente una caducidad del derecho a obtener tales efectos como consecuencia de la prosperidad de la acción de filiación;

g) Como el aludido término de dos años no constituye una prescripción extintiva, como lo ha dicho la Corte (Cfr. sentencias atrás transcritas) y ahora lo repite, no es susceptible de suspenderse ni de interrumpirse en los casos que señalan los artículos 2530, 2539 y 2541 del Código Civil;

h) Finalmente, la muerte del presunto padre bajo la vigencia de la Ley 45 de 1936, no crea para sus pretendidos hijos naturales, es decir, para los que al entrar a regir la Ley 75 de 1968 aún no estaban reconocidos ni judicialmente declarados como tales, derecho alguno a acogerse a las disposiciones de aquélla que este último modificó. Las normas de la Ley 75 son aplicables desde el momento en que ésta entró a regir.

Esta Sala expuso que "según el artículo 19 de la Ley 153 de 1887 'las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir'; y que, como lo ha dicho la doctrina, en tal evento la nueva ley se halla al nacer frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella, y por tanto en ausencia de derechos adquiridos" (CXXXIX, Pág. 199).

Aplicando todo lo expuesto al caso sub judice, forzoso es concluir que el Tribunal no incurrió en la interpretación errónea del artículo 10 tantas veces citado, ni dejó de aplicar o aplicó indebidamente los demás preceptos legales que señala la censura.

En efecto, habiendo fallecido el presunto padre antes de la vigencia de la Ley 75 de 1968, el plazo que establece su artículo 10 principió a correr a partir del momento en que dicho estatuto comenzó a regir. Como la relación jurídico-procesal se trabó en este caso meses después de la expiración del mencionado término, la sentencia de filiación natural no podía ni puede producir efectos patrimoniales, tales como el despacho favorable de la acción de petición de herencia que impetró la demandante. Así, pues, la decisión proferida por el Tribunal, al confirmar la de primer grado, no quebrantó ninguna de las normas que la censura considera violadas; luego la acusación no prospera.

Segundo cargo

Según el recurrente el sentenciador quebrantó directamente los artículos 10 de la Ley 75 de 1968 por indebida aplicación, y 1045, 1046, 1057 y 1240 del Código Civil, por no haberlos aplicado.

Al sustentar su acusación dice:

a) "El artículo 10 citado no podía ser aplicado al caso de autos, porque la demandada no tenía la calidad de heredera al momento de morir el causante, ni al momento de entrar a regir la Ley 75 de 1968, pues adquirió tal calidad y por tanto la legitimatio ad causam para ser demandada cuando se ejecutorió la sentencia de la honorable Corte... que le reconoció (a la demandada) el carácter de hija natural y heredera del causante", y

b) "El artículo 10 citado tampoco podía ser aplicado al caso de autos, porque se refiere a los demandados que tenían esa calidad al tiempo de morir el causante, y la demandada no la tenía, puesto que inició proceso de filiación natural después de ocurrida dicha muerte... y tampoco podía aplicarse, porque no se refiere al caso de proceso de filiación contra un demandado que a su vez ha seguido también el mismo proceso después de la muerte del causante...", debido a lo cual se dejaron de aplicar las demás normas arriba indicadas.

Tercer cargo

Se acusa al sentenciador de haber quebrantado por idéntico concepto las mismas normas señaladas en el cargo que precede, pero por la vía indirecta, a consecuencia de no haber visto ni tenido en cuenta la copia auténtica de la sentencia que declaró la filiación natural de la demandada en este proceso respecto de Antonio María Penagos, la cual fue allegada a los autos oportuna y legalmente.

Se tiene en cuenta

Si bien es verdad que mientras el término aludido estaba corriendo la demandada en este proceso aún no tenía definida su calidad de heredera del causante, por cuanto todavía estaba en tramitación el proceso de filiación natural que ella promovió contra los hermanos de Penagos, también lo es que esa litis dependencia no podía suspender, interrumpir ni prorrogar el término de caducidad que establece el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, dada la naturaleza jurídica de éste. La demanda tardía no impedía, como en efecto no impidió, que se hiciese la declaración de filiación natural impetrada, pero acarreó que ésta no produjese efectos patrimoniales, en acatamiento a lo establecido en dicho precepto legal.

Anteriormente se expuso que un plazo de caducidad establecido por la ley es fatal, que corre contra todo el mundo, que su vencimiento acarrea que "el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable".

De esta suerte, las circunstancias que expone la censura, en manera alguna tenían la virtualidad de impedir que vencidos los dos años siguientes a la vigencia de la Ley 75 de 1968, la sentencia que declaró la filiación natural impetrada por la demandante en este proceso no pudiese producir efectos patrimoniales.

En atención a tales circunstancias, es decir, a que antes del vencimiento de dicho plazo no se supiese a ciencia cierta quién tenía la calidad de verdadero heredero del causante, en atención a que todavía estaba pendiente la decisión definitiva del proceso de filiación promovido por la aquí demandada, el que ahora se encuentra sub judice habría podido ser oportunamente promovido indeterminadamente contra todos los que tuviesen la calidad de herederos del pretenso padre natural (Art. 81 del C. de P. C.), para evitar que se produjesen los efectos del vencimiento del mencionado plazo de caducidad que establece el mencionado artículo 10 de la Ley 75, expiración de dicho término, como se ha visto forzosamente llevaba consigo que la sentencia de filiación no produjese efectos patrimoniales, como se declaró en la sentencia impugnada.

En cuanto al tercer cargo se observa que aunque ese error de hecho que señala la censura estuviese demostrado y fuese evidente, que no lo es, porque del contexto de la parte motiva del fallo impugnado se deduce que el Tribunal sí vio la prueba en cuestión aunque no hubiese hecho explícita mención de la misma, el cargo no puede prosperar, por las razones que se dejaron expuestas o sea, en síntesis, porque el plazo de caducidad que establece el artículo 10 de la Ley 75 varias veces mencionada es fatal y no se interrumpe ni se suspende en ningún caso.

Por lo expuesto, la censura no puede prosperar.

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, **no casa** la sentencia impugnada y condena a la parte recurrente en las costas del recurso.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

FILIACION NATURAL

Nulidades procesales: sus principos básicos; quién puede invocarlas. — Muerto el padre la competencia para demandar la filiación natural corresponde al juez civil del circuito. — Cuando las partes en el juicio son mayores de edad no es necesaria la intervención del ministerio público y del defensor de menores. — Causal 5ª de casación. — Reconocimiento como natural del hijo de mujer casada; evolución histórica.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de noviembre de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Camilo Arnoldo Farieta Caipa frente a Luis Felipe Farieta Guerrero.

I

Antecedentes

1. Luis Farieta y Dolores Guerrero se unieron en matrimonio por los ritos de la Religión Católica el 19 de noviembre de 1904, en la Iglesia Parroquial de la población cundinamarquesa de Engativá.

Dentro de esta unión connubial los contrayentes procrearon los siguientes dos hijos: Camilo y Luis Felipe, cuyos nacimientos ocurrieron, respectivamente, el 18 de julio de 1907 y el 28 de septiembre de 1910.

2. Según lo dicen las correspondientes actas aportadas al proceso, tres de los miembros integrantes de esta familia murieron y sus óbitos ocurrieron así: el de Dolores Guerrero de Farieta, el 25 de octubre de 1920; el de Luis Farieta, el 6 de octubre de 1936; y el de Camilo Farieta Guerrero, el 28 de septiembre de 1954.

3. Luis Alberto Segura Erazo y Adelaida Caipa contrajeron entre sí matrimonio en la Iglesia Parroquial de San Agustín de Pasto, el 1º de agosto de 1934.

Adelaida Caipa concibió un hijo, nacido en Bogotá el 13 de febrero de 1949, a quien se bautizó con el nombre de Camilo Arnoldo y quien, por petición de Camilo Farieta Guerrero, que firmó el acta correspondiente, fue registrado como hijo natural suyo y de Adelaida Caipa.

Expresó el denunciante ante el Notario 5º de Bogotá, y así se hizo constar en el registro, que "para los efectos del artículo 2º de la Ley 45 de 1936 reconozco al niño a quien se refiere esta acta como hijo natural y para constancia firmo".

4. Ocurrida la defunción de Camilo Farieta Guerrero, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá abrió el correspondiente proceso sucesorio, en el cual, mediante auto de 15 de octubre de 1954, reconoció como único interesado en él a Luis Felipe Farieta Guerrero, en su calidad civil de hermano legítimo del causante.

Prosiguiendo el trámite del sucesorio, el juzgado del conocimiento practicó la diligencia de inventario y avalúo de bienes, en la cual se enlistaron estas partidas: $ 131.954.00, como activo; y $ 24.000.00, como pasivo.

Para culminar el trámite sucesoral se practicó la correspondiente partición, en la que se adjudicaron a Luis Felipe Farieta,

como único heredero del finado, todos los bienes inventariados en la mortuoria, trabajo que fue aprobado por sentencia proferida el 14 de septiembre de 1955.

5. Mediante sentencia proferida el 9 de marzo de 1970, cuya ejecutoria se declaró por auto del 10 de abril siguiente, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, al decidir la demanda ordinaria instaurada por Luis Alberto Segura Erazo para impugnar la filiación legítima presunta de Camilo Arnoldo, dado a luz por la esposa de aquél, resolvió que "Camilo Arnoldo Farieta Caipa, nacido en Bogotá el 13 de febrero de 1949 y que tiene por madre a la señora Adelaida Caipa, no es hijo del señor Luis Alberto Segura Erazo".

III

El litigio

1. Mediante libelo de 14 de octubre de 1968, admitido por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá el 13 de diciembre siguiente por auto que sólo vino a notificarse al demandado el 16 de agosto de 1970, el citado Camilo Arnoldo Farieta Caipa demandó a Luis Felipe Farieta Guerrero, en su carácter de heredero de Camilo Farieta Guerrero, en procura de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

Que el demandante, hijo natural de Adelaida Caipa, lo es también de Camilo Farieta Guerrero; que, como consecuencia, es heredero de su padre con derecho a la herencia de éste, con exclusión del demandado; que éste, como poseedor de mala fe, debe restituirle todos los bienes herenciales, junto con los frutos naturales y civiles producidos por éstos; que la actuación surtida en el proceso sucesorio de Camilo Farieta, especialmente el reconocimiento de interesados, el inventario de bienes y la partición de éstos, no le es oponible al demandante "porque se le dejó por fuera de la misma"; y que se ordene cancelar el registro de la partición y de la escritura de protocolización del referido sucesorio.

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

Que Camilo Farieta Guerrero, muerto en la ciudad de Bogotá el 28 de septiembre de 1954, mantuvo "por algunos años", con características de concubinato, relaciones sexuales con Adelaida Caipa; que fruto de esas relaciones fue el nacimiento del demandante, ocurrido el 13 de febrero de 1949; que éste fue expresamente reconocido por aquél como hijo natural suyo, al firmar el acta de registro del nacimiento de Camilo Arnoldo, después de confesar su paternidad; que a la muerte de Camilo Farieta Guerrero, sólo lo sobrevivió, como colateral suyo, el demandado, a quien se le reconoció como único heredero del causante y quien, por tanto, "ocupa de mala fe la herencia".

3. En su contestación a la demanda el demandado, después de negar los hechos en ella invocados, salvo los atinentes al óbito del causante y al proceso sucesorio, los cuales aceptó, se opuso a las pretensiones del demandante.

Expresó, fundando principalmente en tal aserto su oposición, que el demandante "es hijo del matrimonio existente desde el año de 1934 entre Luis Alberto Segura y Adelaida Caipa,... y por lo tanto no puede ser hijo natural".

4. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 28 de junio de 1973, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demanda e impuso las costas procesales al demandado.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por éste contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia proferida el 7 de noviembre del mismo año, confirmó las decisiones contenidas en el fallo apelado, salvo la atinente a la calificación de poseedor de mala fe que en éste se dio al demandado, la que reformó en el sentido de otorgarle la de buena fe, y por ende condenarlo a restituir los frutos producidos por los bienes pero solamente a partir de la contestación de la demanda.

IIII

Motivación del fallo impugnado

1. Después de advertir que en este caso se encuentran presentes todos los presupuestos procesales, indispensables para definir con sentencia de mérito la cuestión litigada, entra el Tribunal a considerar la declaración de nulidad que, con fundamento en la alteración del nombre del demandante y el cambio del segundo apellido del demandado, contenidos en el auto admisorio de la demanda, propuso el apelante.

Estima el juzgador ad quem inexistente la nulidad deprecada, porque, dice, "no hay duda de la identidad de las personas que actúan como demandante y demandado". Explanando su tesis, asevera que si bien al reconocer el curador designado por Camilo Arnoldo Farieta Caipa, que es el verdadero nombre del demandante, como aparece del poder por éste conferido y del acta de registro de su nacimiento, se habló de Camilo Arnulfo, tal alteración sólo constituye un error mecanográfico, incapaz de invalidar la actuación, puesto que fue corregido "en providencia de fecha julio 4 de 1970".

Y en punto del cambio del segundo apellido del demandado que se hizo en el auto admisorio, en donde se expresó que el libelo estaba dirigido contra Luis Felipe Caipa y no Farieta Guerrero, considera el sentenciador de segundo grado que tampoco es irregularidad inductiva de nulidad procesal, "por cuanto quien confirió el poder, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de ésta, fue precisamente el demandado, sin haber propuesto ninguna excepción ni alegado no ser la persona llamada a responder".

2. Concretándose el Tribunal al estudio de la pretensión de filiación natural, que es la que encuentra deducida principalmente en la demanda incoativa del proceso, nota que ella se apoya en el hecho de que el demandante fue reconocido por Camilo Farieta Guerrero como hijo suyo, al firmar "la respectiva acta de nacimiento que figura inscrita en la Notaría 5ª de Bogotá".

Asentado por él el anterior postulado, acomete en seguida el ad quem el análisis de la naturaleza jurídica del acto de reconocimiento como medio de adquirir el status de hijo natural; relaciona las formas de hacerlo, según la ley; y finalmente, refiriéndose al reconocimiento como natural del hijo de mujer casada, transcribe los textos de los artículos 3º de la Ley 45 de 1936 y 3º de la Ley 75 de 1968.

3. Para subsumir en dicha preceptiva legal la situación fáctica que encuentra demostrada en el proceso, luego de notar que el demandante fue reconocido como hijo natural suyo por Camilo Farieta Guerrero el 13 de febrero de 1949, época en que la madre de aquél estaba casada con Luis Alberto Segura, asevera el sentenciador que por esto "el reconocimiento es ineficaz ante la ley".

Añade que sin embargo, por estar demostrado, mediante copia de la sentencia ejecutoriada de 9 de marzo de 1970, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá en el proceso de impugnación de la paternidad legítima presunta, seguido por el esposo de la madre del demandante, se declaró que éste no es hijo de Luis Alberto Segura, el reconocimiento de paternidad hecho por Farieta Guerrero "puede tenerse como válido, en virtud de que hoy es posible hacerlo al tenor del ordinal 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968".

4. Estima el Tribunal, y así lo asevera en su sentencia, que aún en el supuesto de que su anterior conclusión fuera inaceptable, procede hacer la declaración de paternidad natural suplicada, puesto que el demandante demostró, mediante el acta de su nacimiento, la confesión inequívoca de Farieta Guerrero de ser el padre de aquél, "confirmándose la causal establecida en el ordinal 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, que es exactamente igual al ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

5. Acomete luego el ad quem el estudio de la pretensión restitutoria de los bienes herenciales, que consecuencialmente se acumula en la demanda a la anterior, para deducir que también está llamada a prosperar, "por cuanto el demandante demostró su calidad de hijo natural y por ende ser heredero de mejor derecho que el demandado, quien heredó a Camilo Farieta Guerrero en su carácter de hermano legítimo".

En discrepancia con lo que en el punto dijo el a quo, considera el juzgador de se-

gundo grado que el demandado es poseedor de buena fe, y en tal categoría lo coloca para efectos de la restitución de los frutos producidos por los bienes herenciales.

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

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

Por exigirlo así el despacho lógico de los mismos, la Corte estudia en primer lugar los cargos que acusan errores in procedendo (nulidad de la actuación), pues en el supuesto de prosperar alguno de éstos se haría innecesario el examen de los que recaen sobre errores in judicando.

A. Censuras fundadas en la causal quinta

Cargo primero

1. Estima el censor que el proceso se halla viciado de nulidad, según lo previsto en el numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia solicita que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad de toda la actuación.

2. En desarrollo del cargo, asevera el censor que según el numeral 9º del precitado artículo constituye causal de nulidad en todos los procesos, el hecho de no practicarse en legal forma la notificación o el emplazamiento "de las demás personas que deben ser citadas como parte,... cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley"; que, según lo impera el artículo 13 de la Ley 75 de 1968, en los procesos de filiación deben intervenir el Agente del Ministerio Público y el defensor de menores; y que como en el presente no se citó a dichos funcionarios, esa omisión tipifica la nulidad cuyo reconocimiento solicita.

Segundo cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia de haberse incurrido en el proceso en nulidad por falta de legal notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, según lo establecido por el numeral 8º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

2. En desenvolvimiento de esta censura considera el acusador, y así lo asevera, que "para vincular a las partes hubiera debido ser notificado el auto admisorio en que se vinculara a Camilo Arnoldo Farieta y Luis Felipe Farieta Guerrero, como demandante y demandado respectivamente; pero en su lugar se notificó el auto admisorio... en el cual figuran como partes del proceso personas de diferente nombre, a saber: Camilo Arnulfo Farieta Caipa como demandante y Luis Felipe Farieta Caipa como demandado".

Se considera

1º Las nulidades procesales, que consisten en las irregularidades, vicios u omisiones de trascendencia tal que afecten la validez de los procedimientos establecidos por la ley como camino necesario para alcanzar la efectividad de los derechos subjetivos, encuentran su fundamento jurídico o razón de ser en el desconocimiento de las bases de la organización judicial o de los postulados atinentes a la defensa de los litigantes.

2º El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, destina todo el capítulo 5º del título XI del libro segundo, a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causales de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, así como las que determinan la legitimación y las oportunidades para alegarlas, la forma de ser declaradas, sus consecuencias y su saneamiento.

Del conjunto de esta preceptiva legal se infiere que el legislador de 1970 adoptó, como principios básicos reguladores del régimen de las nulidades procesales, los de la especificidad, protección y convalidación. Fúndase el primero en la consagración po-

sitiva del criterio taxativo, conforme al cual no hay irregularidad capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley específica que la establezca; consiste el segundo en la necesidad de establecer la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y radica el tercero en que la nulidad, salvo contadas excepciones, desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio.

3º Como la ley no ha consagrado la nulidad procesal por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, cabe afirmar que la causal consistente en falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al proceso, establecida en exclusivo interés de quien no fue citado o emplazado, sólo puede ser invocada en casación por éste y no por cualquiera de los litigantes. Así lo tenía dicho la Corte en doctrina que ahora cobra mayor vigencia, ante el clarísimo texto del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil que hoy nos rige, según el cual "la nulidad por falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada".

El ordenamiento legal al cual corresponde la doctrina antes citada, proporciona fundamento suficiente para que, con apoyo en él, se rechace el cargo de nulidad invocado por el demandado con fundamento en la no citación al proceso del Ministerio Público, ni del defensor de menores y en la indebida notificación al demandante.

4º Pero si prescindiendo de la anterior observación debiera la Corte estudiar el cargo en el fondo, tendría que decir que la nulidad alegada por el casacionista no existe por el aspecto que aquí se considera. En efecto:

Conforme a lo imperado por el artículo 11 de la Ley 75 de 1968, de la acción deducida por un menor de edad tendiente a investigar su paternidad natural conoce privativamente el juez de menores, si el presunto padre está vivo, evento en el cual debe tramitarse el procedimiento especial indicado por la Ley 83 de 1946; pero si éste ha muerto, la competencia corresponde al juez civil del circuito, caso en el que es forzoso el trámite del proceso ordinario.

Como en el caso presente la acción se adujo ante el juez civil del circuito y se decidió por este último trámite, por exigirlo así la premuerte del padre presuntivo del demandante, no correspondía hacer actuar en el proceso el mandato del artículo 13 de la Ley 75 de 1968, de cuyo texto se infiere claramente que el defensor de menores debe intervenir, y el Ministerio Público puede hacerlo, "en los juicios de filiación ante el juez de menores".

Y si se contempla desde otro ángulo la cuestión que el recurrente pinta en esta censura, se llega a la conclusión de que en este proceso, por ser sus partes mayores de edad, se hacía innecesaria la citación del Ministerio Público y del defensor de menores. Porque si dentro de las atribuciones de aquel funcionario está la defensa de los incapaces, se impone aceptar que cuando el legislador de 1968, mediante el artículo 13 de la Ley 75 dijo que tienen derecho a promover la acción de filiación natural ante el juez de menores "la persona que ejerza sobre el menor la patria potestad o guarda, la persona natural o jurídica que haya tenido o tenga el cuidado de su crianza o educación, el defensor de menores y el Ministerio Público", sólo invistió a aquel funcionario de la facultad de instaurar la respectiva demanda en nombre del incapaz, y no que le haya impuesto el deber de intervenir inexcusablemente en todos los procesos de esa naturaleza, sin consideración a la edad de las personas que sean parte en ellos.

5º Ciertamente, el numeral 8º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil elevó a la categoría de nulidad en todos los procesos el hecho de no practicarse "en legal forma la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, o su emplazamiento", cuya razón de ser está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental consagra la Constitución Nacional.

Mas como se trata de una causal establecida en el exclusivo interés particular del demandado, tal motivo de nulidad es esencialmente saneable. El consentimiento expreso como medio para convalidar una actuación viciada de nulidad por falta de ci-

tación o emplazamiento en legal forma, lo consagra el numeral 2º del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil; y el saneamiento por consentimiento implícito lo prevén los numerales 1º y 3º del mismo texto, al preceptuar que la nulidad se considera saneada "cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente", o cuando la persona "indebidamente citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente".

Y si la causal quinta de casación consiste, según lo estatuye el artículo 368 ejusdem, en "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiere saneado" (subraya la Corte), se impone aceptar que en este recurso extraordinario es improcedente acusar la sentencia del Tribunal invocando irregularidades no constitutivas de nulidad general, o alegando defectos procesales que sin embargo de tener esa naturaleza han sido convalidados por el consentimiento expreso o tácito del litigante afectado con ellos.

6º En el caso de este proceso, si bien al demandado Luis Felipe Farieta Guerrero se le notificó el auto admisorio de la demanda cambiándole su segundo apellido por el de Caipa, es lo cierto que aquél, con ese nombre, constituyó apoderado para su defensa; que en su representación el procurador constituido contestó la demanda y ejercitó, a través de todo el proceso, el más amplio derecho de defensa. Toda esta actuación significa, como lo dedujo el ad quem, que no hay duda sobre la identidad del demandado; y que si ciertamente se le notificó en forma irregular el auto admisorio, por cuanto compareció al proceso sin reclamar oportunamente la irregularidad, la nulidad por este aspecto, en caso de estructurarse, se encontraría saneada conforme a la ley y no sería por tanto causal de casación.

7º Como consecuencia obligada de todas las anteriores consideraciones debe acogerse la de que los cargos de nulidad formulados contra la sentencia de segunda instancia, fundados en la causal quinta de casación, son improcedentes; y que, por consiguiente, se impone su rechazo.

B. Censuras fundadas en la causal primera

Cargo tercero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 3º de la Ley 45 de 1936, 1519, 1740, 1741 y 1742 del Código Civil; y por aplicación indebida de los preceptos 1321 ibídem y 3º de la Ley 75 de 1968.

2. En desarrollo del cargo el censor, luego de transcribir el texto legal denunciado primeramente por él como infringido, asevera que dicha norma es la aplicable al caso presente, "ya que la sentencia se dictó con base en el reconocimiento de hijo de mujer casada que hiciera Camilo Farieta Guerrero el día 21 de febrero de 1949 en la persona de Camilo Arnoldo Farieta Caipa, reconocimiento que es totalmente ineficaz y nulo de nulidad absoluta de acuerdo a (sic) la norma citada y a los artículos 1519, 1740, 1741 y 1742 del Código Civil"; y añade que si el Tribunal hubiera aplicado al caso aquí controvertido la preceptiva legal contenida en dichos textos, habría rechazado todas las pretensiones deducidas en la demanda incoativa del proceso.

3. Avanzando en el desenvolvimiento de la censura que formula al fallo, expresa el recurrente que el sentenciador ad quem, en cambio de proceder como aquél lo dice, hizo actuar en el litigio la Ley 75 de 1968, la que en su concepto es inaplicable, puesto que, dice, "por ser posterior no podía convalidar un acto viciado de nulidad absoluta como lo fue el reconocimiento de hijo de mujer casada que hiciera Camilo Farieta en la persona de Camilo Arnoldo Farieta el 21 de febrero de 1949".

Afirma el censor, finalmente, que a su juicio tampoco son aplicables en esta controversia el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, ni el 1321 del Código Civil; no el primero, dice, porque el escrito o la confesión de que habla esa norma "versaba sobre objeto ilícito"; tampoco el segundo, "ya que siendo nulo el reconocimiento no podía prosperar la declaratoria de filiación, ni la de petición de herencia, que es consecuencial".

Se considera

1º En materia de filiación, el derecho positivo colombiano, al través de toda su historia, ha reconocido las siguientes tres categorías: la legítima, la legitimada y la ilegítima.

Si bien es cierto que para los efectos jurídicos que de ellas dimanan la legislación patria, en principio, asimila la legitimación a la legitimidad; y que exige el matrimonio entre los progenitores como fuente determinante de la una y de la otra, también lo es que para deslindar cada una de estas dos categorías de la filiación, ha tomado siempre como elemento diferencial la época de la concepción del hijo en relación con la fecha del matrimonio. Así, el carácter legítimo lo ha reservado para el hijo que ha sido concebido durante el matrimonio de sus padres; el de legitimado, para el que habiendo sido concebido antes nace dentro de los 180 días siguientes a la unión legítima de sus progenitores, o para el que habiendo nacido antes del matrimonio es legitimado por el que posteriormente celebren sus padres.

A diferencia de las dos anteriores, cuya fuente única es el matrimonio, la filiación ilegítima surge de la unión libre o extramatrimonial.

2º En la categoría de la filiación ilegítima el legislador ha enlistado siempre al hijo natural, o sea aquel que, nacido de padres, que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la ley; entendiéndose que, con relación a la madre, tiene este carácter por el solo hecho del nacimiento si ella es "soltera o viuda".

Pero si bien hoy, gracias al avance que en materia de filiación ilegítima ha traído la legislación positiva, toda persona nacida fuera del matrimonio puede adquirir la calidad de hijo natural, tal criterio no ha sido sin embargo el único acogido por el legislador colombiano. En efecto:

A la luz del sistema que en el punto consagró el Código Civil la cuestión fue cuando menos discutible, puesto que si el artículo 318 pregonaba la amplia posibilidad de que el hijo nacido de una unión ilegítima fuera reconocido "por sus padres o por uno de ellos", para adquirir la calidad de natural "respecto del padre o madre que lo haya reconocido"; es lo cierto que el artículo 52 ibídem, al establecer la categoría de los hijos llamados de "dañado y punible ayuntamiento", borraba esa posibilidad, desde luego que estos últimos no podían ser reconocidos como naturales.

"Se llaman naturales —rezaba esta última norma a los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento.

"Se llaman de dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos.

"Es adulterino el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo, que respecto de ellas produzca efectos civiles.

"Es incestuoso, para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio".

La antinomia surgida de estos dos preceptos contenidos en la misma codificación, pronto llevó al legislador a aclararla. Fue así como en el año de 1887, mediante el artículo 54 de la Ley 153, dispuso que "los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre o de la madre que los haya reconocido", con lo cual hizo prevalecer sobre la del artículo 318 del Código Civil la preceptiva legal contenida en el artículo 52 ejusdem.

De acuerdo pues con el sistema claramente establecido en la precitada Ley 153 de 1887, las condiciones para obtener el status jurídico de hijo natural se estrecharon, puesto que bajo su vigencia sólo podían alcanzarlo los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse válidamente. Se mantuvo entonces la especie legal de los hijos de dañado ayuntamiento, creada por el artículo 52 del Código Civil; y se creó, frente a éstos, una clara situación desventajosa y profunda-

mente injusta: no podían ser reconocidos como hijos naturales y por ende no estaban en capacidad de adquirir los beneficios que el reconocimiento comportaba. Como consecuencia obvia y natural de lo así dispuesto, bajo la vigencia de dicho estatuto legal no podía presentarse, ni por asomo, el luego conocido con la denominación conflicto de filiaciones.

3º La injusticia que por sí mismo implicó el criterio restringido que en punto de reconocimiento de hijos naturales estableció la legislación de 1887, fue la causa determinante de la reforma legislativa que en la materia trajo la Ley 45 de 1936, la que, mediante su artículo 1º, estatuyó que "el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley".

Dentro del régimen de la Ley 45 de 1936, que es el actual desde luego que en este preciso aspecto tal normación no fue modificada por la 75 de 1968, desapareció pues aquella especie de hijos llamados de dañado ayuntamiento, y por lo mismo hoy tiene aptitud y capacidad para adquirir la calidad de hijo natural toda persona nacida de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí. El sistema adoptado por el legislador de 1936 no fue sin embargo de absoluta libertad, puesto que la citada Ley 45 prohibió, en principio, el reconocimiento como natural del hijo de mujer casada.

Por cuanto el estado civil de las personas, del cual es parte integrante la filiación, incide profundamente en el orden público y en su regulación está comprometido el interés social, las calidades que lo integran no pueden regirse por la autonomía individual de los particulares. Si bien éstos son libres para ejecutar o no ciertos actos jurídicos, no lo son empero para establecer su estado civil, ni para impedir algunas de las consecuencias legales que de él dimanan.

4º En varias oportunidades ha dicho esta corporación, reiterando lo que al respecto expone la doctrina universal, que el fundamento jurídico de la prohibición contenida en el artículo 3º de la Ley 45 de 1936, y consistente en que el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, ni declarado tal judicialmente, "salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo", está en la defensa del aspecto moral que rige las relaciones familiares de los cónyuges, y, fundamentalmente, en el hecho que por su palmar evidencia se impone aceptar, por estar en congruencia con la naturaleza de las cosas, cual es el que un hijo no puede tener dos paternidades.

Puesto que si por virtud de haber sido concebido dentro del matrimonio el hijo se presume serlo del marido, y si fuere aceptable que el cómplice del adulterio lo reconozca como suyo, se presentaría en relación con la misma persona una evidente interferencia de dos paternidades, la legítima y la natural, la que repugna a la razón humana y contradice el carácter unitario del estado civil.

De ahí que destruida la paternidad aparente, infirmada la presunción pater vero is est quem nuptiae demostrant, que es la conditio juris impuesta por la ley, pueda valer el reconocimiento de hijo natural, por tratarse de una evidencia que es imposible desconocer: toda persona natural que nace ha tenido necesariamente un padre, que es el hombre que ciertamente la engendró; y si se demuestra que el marido no es el progenitor del hijo concebido por su mujer, no solamente es legal sino justo que ese hijo se tenga como del cómplice del adulterio, quien acatando poderosos imperativos de conciencia lo ha reconocido como suyo, o lo reconoce posteriormente. Lo contrario implicaría desconocer las dos paternidades para dejarlo sin ninguna, lo que es a todas luces inaceptable.

5º Conforme a la preceptiva legal que contenía el artículo 3º de la Ley 45 de 1936, tratándose de un hijo concebido en adulterio por mujer casada, su reconocimiento como natural, para ser eficaz, requería los siguientes dos presupuestos, a saber: a) Que se impugnara, en sentencia firme, la presunción de paternidad legítima que ampara a todo hijo de mujer casada, y b) Que hubiera reconocimiento como hijo suyo del padre natural.

La norma en comento sólo exigía, para la eficacia de dicho reconocimiento, la con-

currencia de estos dos presupuestos, pero no requería, como parece entenderlo el recurrente, que la ocurrencia de los correspondientes actos tuviera un orden cronológico fijo, o que el uno acaeciera con antelación al otro, pues no establecía que la impugnación fuera base indispensable del reconocimiento, o éste requisito de aquélla.

Interpretando el sentido y alcance del precitado texto, ya había dicho la Corte: "Si de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 45 pueden ser reconocidos como hijos naturales, los llamados en el derecho clásico, con mucha propiedad, adulterinos; si el padre puede voluntariamente reconocer como hijo natural al habido de mujer soltera o casada, artículos 2º y 3º ibídem, se debe concluir que el alcance y sentido de la primera parte de dicho artículo 3º no es otro sino el de que, en el caso de esta norma, para que el reconocimiento surta sus efectos legales, deben existir los dos factores de que se acaba de hacer mérito. La misma redacción gramatical del inciso 1º de tal artículo convence de lo anterior por cuanto la expresión 'que el marido lo desconozca' no es una construcción o locución de antepresente, equivalente a la que es propia de este tiempo verbal 'haya desconocido', sino que se refiere al tiempo pasado, al presente y al futuro. Lo que se necesita es que exista ese desconocimiento y la sentencia que así lo declare.

"Cuando falta la sentencia ejecutoriada que declara la ilegitimidad de un hijo, el reconocimiento que se haga de éste como natural, no tiene ninguna operancia, ningún efecto jurídico y legal y sigue amparado por la presunción de legitimidad mientras ésta subsista. No es, pues, cuestión de prioridad entre el acto de reconocimiento y el acto impugnatorio de la legitimidad la clave del problema, sino la existencia de esos dos actos: el jurídico del reconocimiento y el realizado por el Estado, por medio de uno de sus órganos y concretado en la sentencia que declara la ilegitimidad" (sentencia de 31 de mayo de 1944, G. J., T. LVII, Pág. 385).

En el mismo sentido se expresó también la Corte en la sentencia de casación civil de 4 de diciembre de 1967, aún no publicada.

6º La Ley 75 de 1968, uno de cuyos principales objetivos fue tutelar más eficazmente los derechos de los hijos naturales, sobre todo en lo relativo a la investigación de la paternidad, no solamente conservó el sistema excepcional que en torno a la eficacia del reconocimiento como natural del hijo de mujer casada había consagrado ya la 45 de 1936, sino que, en congruencia con su finalidad específica, estableció otros casos de excepción al principio prohibitivo.

Así, luego de preceptuar en su artículo 3º aquel estatuto que "el hijo concebido por una mujer casada no puede ser reconocido como natural", señala los siguientes tres casos en los que la prohibición general no se aplica, a saber: "1. Cuando fue concebido (el hijo) durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges; 2. Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el título X del libro 1º del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor; y 3. Cuando por sentencia ejecutoriada se declara que el hijo no lo es del marido".

Luego, si la Ley 75 atribuye eficacia jurídica al reconocimiento como natural del hijo concebido por mujer casada, cuando, entre otros supuestos, queda judicialmente infirmada la presunción de paternidad legítima que ab initio lo ampara, fuerza aceptar que aún conserva plena vigencia la doctrina que en el punto había sentado ya la Corte, esto es, la de que el reconocimiento de paternidad natural y la sentencia de impugnación de la legitimidad son dos factores que, independientemente de la fecha de su ocurrencia, deben confluir o reunirse en un caso determinado para que aquél resulte operante.

Todo lo cual significa que ejecutoriada la sentencia que declare que el hijo no lo es del marido de la mujer que lo parió, adquiere plena eficacia con proyecciones retroactivas el reconocimiento previo de pa-

ternidad natural, que hasta entonces se halló en estado de pendencia; o se abre la posibilidad de una declaración en tal sentido del verdadero padre, o la de introducir por el hijo la acción de investigación de su paternidad natural para que la justicia la declare.

7º Con las copias de los pertinentes documentos, oportuna y legalmente aducidas, está acreditado en el caso de este proceso que Camilo Farieta Guerrero, al firmar el acta de nacimiento correspondiente reconoció el 21 de febrero de 1949 a Camilo Arnoldo Farieta Caipa como hijo suyo, dado a luz el 13 del mismo mes por Adelaida Caipa; que a la sazón ésta estaba casada con Luis Alberto Segura, por virtud del matrimonio celebrado desde agosto de 1934; y, finalmente, que por sentencia ejecutoriada proferida el 9 de marzo de 1970, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá declaró que Camilo Arnoldo "no es hijo del señor Luis Alberto Segura Erazo".

Aniquilada, pues, por imperio de una sentencia firme, la presunción de paternidad legítima, quedó removido el obstáculo que inicialmente impedía atribuir eficacia al reconocimiento de paternidad hecho anteriormente, tanto más si se considera que el fallo judicial que declaró que Camilo Arnoldo no es hijo del marido de su madre, fue proferido y alcanzó su ejecutoria, antes de que en el presente caso se hubiera trabado la relación procesal. Enmarcada en estas circunstancias fácticas la cuestión aquí litigada, se impone otorgarle validez al reconocimiento, ora sea a la luz de lo que en el punto establecía la Ley 45 de 1936, o ya al amparo de la preceptiva de la 75 de 1968, desde luego que al respecto ambos estatutos consagran el mismo criterio y establecen idéntico tratamiento para el problema cuestionado.

Si así no fuere, si al aceptar la tesis del recurrente se casará la sentencia, se desconocería el estado de hijo natural de Camilo Arnoldo en relación con Farieta Guerrero, lo que, como efecto de la sentencia que ha declarado que, el mismo, no es hijo de Segura Erazo, conduciría a una situación jurídicamente inadmisible: que el citado Camilo Arnoldo Farieta no tiene paternidad natural ni legítima.

8º Corolario de todo lo atrás expuesto es el de que el cargo formulado contra la sentencia del Tribunal y que aquí se estudia, es infundado, por lo que, de consiguiente, se impone su rechazo.

Cargo cuarto

1. En éste se acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, del ordinal 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, del ordinal 3º del artículo 6º de la misma ley y del texto 1321 del Código Civil; y por falta de aplicación del artículo 3º de la Ley 45 de 1936, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al dar valor probatorio al reconocimiento contenido en el acta de registro civil del nacimiento de Farieta Caipa.

2. En desarrollo del cargo el censor, luego de transcribir los pasos trascendentes de la sentencia que impugna, dice que para que un acto sea válido es menester que tenga objeto lícito, "lo cual hace que antes de admitirlo como prueba deba ser examinado por el juez de acuerdo a la sana crítica y examen de los requisitos"; que, por tanto, al atribuirle el sentenciador valor probatorio al documento atinente al nacimiento del demandante quebrantó el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, "ya que contrariando las normas de la sana crítica, después de decir que dicha prueba era ineficaz ante la ley por la falta de requisitos que la misma exigía al efecto en el año de 1949 para su validez, resolvió considerarla hoy como válida en virtud de ley posterior".

Se considera

1º Palmar es, como se infiere tanto del planteamiento como de la sustentación de esta censura, que ella se funda en el mismo hecho en que cardinalmente se apoya la anterior: en la afirmación de que, en sentir del recurrente, el reconocimiento de hijo natural hecho en 1949 es nulo, sin embargo de que en 1970 se profirió sentencia mediante la cual se declaró infirmada la presunción de paternidad legítima que inicialmente amparó al demandante. Sólo que en el presente cargo el objetante, con estribo en esta específica aseveración suya, ataca

la sentencia del Tribunal por la vía indirecta, al paso que en el precedente lo hizo por la vía directa.

Sucede, empero, que si al despachar el cargo tercero la Corte, luego de haber esbozado las razones que militan para atribuir eficacia al reconocimiento como natural del hijo de mujer casada, a pesar de que la sentencia impugnativa de la paternidad legítima sea posterior a aquel acto, llegó a la conclusión de que el hecho por Farieta Guerrero frente Farieta Caipa en 1949 es válido hoy, por haberse removido ya el obstáculo que condicionaba su eficacia jurídica, esas mismas razones tienen virtualidad para rechazar también el presente cargo. Dada la autonomía e individualidad de los cargos en casación, resulta inadmisible que el que es infundado por determinado motivo, se torne procedente por el sólo hecho de cambiar la vía del ataque.

2º Cabría agregar, para mayor abundamiento, que si, como lo tiene dicho la Corte, el error de derecho en que hoy puede incurrir el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, ocurre cuando sin embargo de la apreciación correcta que de ellas haga en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, en la tarea valorativa de dichos medios infringe las normas legales que regulan su producción o su eficacia, el aquí denunciado resulta incompleto en su formulación, porque el recurrente no cita las normas de disciplina probatoria que habrían sido quebrantadas por el Tribunal.

No habiendo denunciado el censor como infringido ningún texto legal atinente a la ritualidad de las pruebas, ni en lo que concierne a las oportunidades para su producción, ni al modo de aducirlas al proceso, ni las que determinan su ineficacia para ciertos casos, la Corte está en imposibilidad de saber si el sentenciador, en la tarea valorativa del medio de convicción referido en el cargo, incurrió en una violación medio que lo haya conducido al quebranto de norma de derecho sustancial.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de siete (7) de noviembre de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

Sala de Casación Laboral

CONTRATO DE TRABAJO

Es legalmente imposible establecer la existencia de un contrato de trabajo entre dos sociedades.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., enero veintidós de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Antonio Gutiérrez Jaramillo, vecino de Medellín e identificado con la cédula de ciudadanía número 3328449, expedida en la misma ciudad, demandó por los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, a la sociedad "Tejidos de Punto Lindalana Ltda." representada legalmente por Samuel (Smil) Lapciuc para que fuera condenada a pagarle:

1º Las comisiones del último mes trabajado, mayo de 1970, pues se le retuvieron más de $ 3.000.00 por no haber firmado un documento que le presentaron en el cual se declaraba a paz y salvo por las prestaciones sociales.

2º El valor de la cesantía que le corresponda por seis años y seis meses de trabajo continuo al servicio de la demandada.

3º El valor de las vacaciones por igual tiempo de servicio.

4º Lo correspondiente a primas de servicio durante el mismo lapso.

5º El pago de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, sin justa causa, es decir el equivalente a 155 días de salario.

6º El pago "de la indemnización de salarios caídos" por cuanto no se le han cancelado las comisiones ni prestaciones, ni se han consignado, liquidada a razón de $ 722.22 diarios y a partir del 1º de julio de 1970.

El apoderado del demandante afirmó los siguientes

Hechos

"1º El 1º de diciembre de 1963 mediante contrato verbal, con duración indefinida, celebrado con el señor Samuel Lapciuc, quien actuaba a nombre de la sociedad 'Tejidos de Punto Lindalana Limitada' me vinculé a dicha empresa como agente vendedor para Medellín, y municipios vecinos en Antioquia, Santander del Norte y del Sur, Risaralda, Quindío y Caldas".

"2º Las condiciones pactadas estipulaban que dedicaría toda mi actividad personal para obtener la mayor venta posible de los artículos de tejidos de punto que la sociedad producía y a cobrar los dineros que por tal motivo se le adeudaran. Se pactó que recibiría un cinco por ciento (5%) en la venta de confecciones, cinco por ciento (5%) en la venta de telas y uno por ciento (1%) en los cobros como comisión y retribución de mi trabajo".

"3º Como en el mes de diciembre de este año obtuve buenas comisiones seguí laborando con igual intensidad durante los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 1964 con magníficas comisiones. El representante legal de la sociedad, en vista de lo anterior, me manifestó que si quería continuar trabajando con ellos debía re-

nunciar a todas las prestaciones sociales y que eso se lograba firmando un contrato de trabajo pero no a título personal sino como representante de una sociedad. No quise en principio aceptar esa insinuación motivo por el cual se me colocó ante un dilema: o constituye una sociedad comercial o se desvincula de la entidad. Como yo estaba contento en mi trabajo y obtenía, por comisiones, un rendimiento mensual satisfactorio, tuve que aceptar la imposición que se me hizo".

"4º Como en el mes de junio de 1963, cuando trabajaba como agente vendedor al servicio exclusivo de Confecciones Ego Limitada otra empresa de extranjeros, que con la misma finalidad de eludir el pago de las prestaciones me obligó a constituir una sociedad comercial con mi esposa, que era ficticia, pues no tuve libros de contabilidad ni operaba en ningún sentido, presenté esa escritura la número 3684 de julio 1º de 1963 a Lindalana, en donde se me aceptó. Yo había dejado de trabajar en confecciones Ego desde el mes de septiembre de 1963".

"Lo anterior lo hice a fin de evitar gastos y problemas. Se trata de una sociedad constituida con mi esposa con un capital de mil pesos, que nunca tuvo en realidad existencia".

"6º (sic) Lindalana Limitada fue informada de que esa sociedad no había operado y no tenía existencia real. Expresaron que lo que les interesaba era que figurara como representante legal y firmara en nombre de ella el contrato para continuar laborando normalmente. No tuve, si quería seguir trabajando con ellos, otra alternativa que aceptar el contrato como representante legal de la sociedad 'Antonio Gutiérrez y Compañía Limitada'."

"7º En el mes de junio de 1964 firmé el contrato de trabajo sin que se me hubieran reconocido y pagado las prestaciones sociales y las indemnizaciones por los servicios que presté a nombre personal desde el mes de diciembre de 1963 a junio de 1964".

"8º Mi actividad no cambió en ningún momento. Mis funciones y obligaciones fueron las mismas y continué trabajando en forma normal, es decir dediqué toda mi actividad personal, única y exclusiva, a la venta y distribución de los productos de punto Lindalana, sometido siempre a las órdenes que la empresa me daba; clientes que visitar, créditos que cobrar, forma de pago, precios, condiciones de venta, plazos, etc.".

"9º De la redacción del contrato de agente vendedor que con el nombre de comercial me hicieron firmar, se deduce, sin mucho esfuerzo, que se trata de una simple formalidad para eludir el pago de las prestaciones sociales. (Ver fotocopia del formato usado a folios rojo Nº 44)".

"10. Es costumbre, suficientemente conocida ya en los medios judiciales y laborales, que gran número de empresas de origen extranjero que obtienen ganancias exorbitantes (como en el caso de Lindalana Limitada), utilizan este sistema con sus agentes vendedores a fin de explotarlos al máximo, obtener un provecho superior al normal y posteriormente negarles sus prestaciones".

"11. Y no sólo se utilizan esos sino otros sistemas para eludir el pago de los impuestos que concretamente deben cubrir al fisco nacional en el campo de las declaraciones de renta, patrimonio y exceso de utilidades".

"12. Los cheques con los cuales me pagaban los cobros que efectuaba siempre se hacían a favor de Lindalana Limitada. Nunca, por ningún motivo, me pagaron los clientes con cheques a nombre de Antonio Gutiérrez y Cía. Limitada, como debía suceder en caso de que se tratara de una sociedad independiente".

"13. Los talonarios que utilizaba para los pedidos eran los de Lindalana (ver copia que se adjunta a esta demanda folio en rojo Nº 36). La relación de cobros que se me entregaba era un papel timbrado de Lindalana (ver lista que se adjunta en folios 36 ss. en rojo). En fin por mis actuaciones y documentos se establecía, sin lugar a dudas, que operaba como agente vendedor y cobrador de Lindalana Limitada".

"14. El teléfono y el lugar donde se me localizaba para los pedidos y trámites relacionados con mi trabajo era el de Lindalana. Si hubiera tenido una sociedad en verdad habría adquirido oficina, teléfonos, secretaria y demás elementos que indicaran independencia de Lindalana. Pero nun-

ca sucedió ello. Todo lo atendía en las oficinas de Lindalana Limitada".

"15. Cuando hice entrega del muestrario al terminar el contrato, lo hice a nombre personal mío, tal como consta en el recibo suscrito por el señor gerente de Lindalana. (Ver folios rojos 41, 42 y 43)".

"16. La relación real que existía entre Lindalana Limitada y Antonio Gutiérrez Jaramillo era personal y directa. Nunca mi esposa tuvo intervención de ninguna clase en esas labores. Mi trabajo continuo, permanente y al servicio exclusivo de Lindalana, indicaba una relación personal y de subordinación".

"17. Durante los tres últimos años la sociedad Lindalana Limitada hizo figurar en su declaración de renta el monto total de las comisiones que me correspondían como una deuda con Antonio Gutiérrez Jaramillo. Allí se encontrará una prueba contundente de las comisiones se me pagaban (sic) en forma personal y directa por los servicios que había prestado durante cada año".

"18. A fines del mes de mayo de 1970, me presenté como diaria y normalmente lo hacía, en las instalaciones de Lindalana Limitada a fin de entregar los pedidos efectuados en esa fecha. Entregué al señor Israel Lapciuc, socio y administrador de la empresa, los pedidos efectuados en el almacén Bien y en almacén Zulier de Medellín. Como era costumbre y en muchos casos, en el almacén Bien hice un obsequio al señor Gerardo Giraldo, empleado, de un producto de Lindalana. Esto fue suficiente para que Israel Lapciuc se enfureciera conmigo, me tratara soezmente, rompiera en mi cara los dos pedidos que le acababa de entregar y me despidiera del trabajo".

"19. El temperamento y la forma humillativa que emplea con sus trabajadores y empleados el señor Israel Lapciuc, han originado conflictos permanentes, reacciones, del sindicato y persecución de la empresa al mismo. Esta sociedad tiene el récord de citaciones a la Inspección del Trabajo y en el momento están cursando en los juzgados laborales varios juicios por actuaciones de estos señores. Asimismo la Unión de Trabajadores de Textiles Colombianos (Utratexco) ha intervenido en numerosas ocasiones en defensa de los trabajadores con resultados negativos. El menosprecio que se tiene por los trabajadores y empleados colombianos ha hecho que estos señores extranjeros sean señalados en la ciudad, en los círculos laborales, como patronos inservibles y déspotas".

"20. En el momento de dar por terminado el contrato, en forma verbal y unilateral por parte de la sociedad Lindalana Limitada se me debían unas comisiones. No hubo ningún formalismo para darlo por terminado pues si fuera comercial, o de comisión como ellos lo llaman, requería formalismos especiales".

"Cuando me presenté a reclamar las comisiones que se me adeudaban me hicieron firmar un recibo en el cual constaba que dizque daba por cancelado el contrato de representación. Así me entregaron un cheque por parte de las comisiones de mayo de 1970".

"22. (sic) Cuando les hice la reclamación de mis prestaciones e indemnizaciones me contestaron que no me debían nada y que si quería recibir el resto de las comisiones que me adeudaban debía firmar un documento en el cual se establecía expresamente que quedaba a paz y salvo por concepto de **prestaciones sociales** con la empresa **Lindalana**. Como eso no era cierto me abstuve de firmar ese documento que me habían presentado en papel sellado y se negaron a entregarme cualquiera otra suma de dinero mientras no firmara ese papel".

"23. Trabajé entonces al servicio de **Tejidos de Punto Lindalana Limitada**, desde el 1º de diciembre de 1963 hasta el 1º de junio de 1970, es decir seis años y seis meses, en mi condición de vendedor exclusivo".

"24. Durante ese tiempo no se me pagaron prestaciones de ninguna clase. Ni primas de servicio, ni vacaciones, ni cesantías. Se dio por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y sin causa justa y no se me reconoció indemnización de ninguna clase".

"25. A pesar de que el contrato lo dieron por terminado en el mes de junio de 1970, no se me han pagado ni consignado

el valor de las prestaciones e indemnizaciones, dando origen así a una nueva indemnización conocida como salarios caídos".

"26. El monto de las comisiones que devengué en el último año asciende a la suma de doscientos sesenta mil pesos (260.000.00), es decir promedio mensual de veintiún mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 21.666.66) que será la base de la liquidación de todas mis prestaciones e indemnizaciones".

"27. De acuerdo con las comisiones que se me pagaron en el tiempo de servicio se puede deducir que vendí productos por una suma que se aproxima a los cuarenta millones de pesos que ingresaron a los socios de Lindalana Limitada, que es familiar como puede deducirse de los componentes de la sociedad según el certificado que se adjunta (folios en rojo 45)".

"28. Para efectos de la liquidación, de prestaciones e indemnizaciones puedo asegurar que el capital de la sociedad demandada es superior a los diez millones de pesos ($ 10.000.000.00)".

Como disposiciones aplicables citó los "artículos 22, 23, 24, 27, 38 (modificado Art. 1º Decreto 617 de 1954), 39, 55, 64, (subrogado Art. 8º D. L. 2351/65) 65, 90 (modificado D. 3129/56 Art. 3º) 127, 188, 189 (subrogado Art. 14 D. L. 2351 de 1965), 249, 253 (subrogado Art. 17 D. L. 2351 de 1965), 305 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y los Decretos 3072 de 1952 y 2351 de 1965".

Admitida la demanda fue contestada oportunamente por el apoderado de la sociedad, quien se opuso a las peticiones del actor y propuso las excepciones perentorias de "declinatoria de jurisdicción, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, y la genérica" sobre los hechos dijo:

"1º No es cierto. La sociedad demandada en ningún momento ha celebrado contrato de trabajo con el accionante. Entre las partes existió una relación jurídica de naturaleza diferente a la contractual laboral".

"2º Aunque en este numeral se involucran varios hechos, manifiesto a ello que no son ciertos, en la forma redactada. El actor no vinculó su capacidad personal de trabajo, como persona natural sino que, en representación de la sociedad 'Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda.' solicitó la distribución de artículos producidos por la demandada, mediante un contrato de comisión mercantil. Dada la relación jurídica acordada entre las partes, de naturaleza jurídica ajena a la contractual laboral se pactaron las comisiones en forma elevada, pues, la remuneración para agentes asalariados que se estipula en esta plaza no excede de un 3% de las ventas netas".

"3º No es cierto. Desde antes de surgir la relación jurídica entre las partes, el actor ya tenía constituida la sociedad de responsabilidad limitada, a que he hecho alusión y por eso desde el principio anunció que actuaba como representante de esa sociedad comercial. Aún más, con anterioridad, dicha sociedad había sostenido una relación jurídica con la empresa 'Textiles Ego Ltda.' "

"4º No me consta. De las afirmaciones hechas por el actor en este numeral se vislumbra palmariamente la mala fe con que actuaba frente a las empresas para tratar de crear una falsa imagen de la relación jurídica y aprovecharse posteriormente de esa mala fe. Si era una sociedad ficticia, con ella indujo a error a la empresa, y debe ser responsable ante la ley, porque según el artículo del Código Civil se presenta nulidad absoluta en los contratos cuando se realizan con causa ilícita, como ocurrió en este caso, ya que el actor valiéndose de esos artificios engañó, en forma punible a la empresa en cuyo nombre habló, obteniendo mayores ventajas económicas, gracias a ese ardid. Por ello, la sociedad demandada está realizando las gestiones necesarias para presentar denuncia criminal contra el demandante".

"5º No me consta".

"6º No es cierto. En todo momento la demandada se consideró y estuvo ligada al peticionario por un contrato de carácter comercial. Aún más, hasta la cancelación de esa relación jurídica al actor, en dicho acto, adujo su condición de representante legal de la sociedad 'Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda.' Lo que pretende el demandante es beneficiarse de su propio dolo, lo que atenta contra las normas más elementales de derecho".

"7º No es cierto. Repito que entre la sociedad que represento y el accionante no existió vínculo contractual laboral alguno. La sociedad 'Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda.', era una empresa comercial, con libertad de distribuir o negociar con toda clase de productos y de ejercer cualquier actividad comercial. Mal puede hablarse de subordinación laboral de una sociedad comercial frente a otra de la misma índole. Incurre el demandante en contradicción cuando asevera que para el surgimiento de la relación jurídica se le exigió, el 1º de diciembre de 1963, la firma de una escritura de sociedad y sólo, según los postulados de este hecho, tal contrato sólo se firmó en junio de 1964".

"8º No es cierto. No existió exclusividad ni la actividad fue desplegada personalmente por el actor sino por una sociedad comercial, de la cual era representante Gutiérrez Jaramillo, independiente de los socios individualmente considerados".

"9º No es cierto. Quien hizo simulaciones para engañar a la empresa que represento lo fue el demandante, quien a través de todas las relaciones comerciales se comportó dolosamente".

"10. No me consta. Lo que sí es cierto es que el actor Gutiérrez Jaramillo engañó, con las mismas artimañas a Confecciones Ego, obteniendo así un provecho ilícito. Esto indica que no fue la empresa que represento la primera en ser engañada por el accionante".

"11. Es una afirmación gratuita y temeraria del demandante, lo que constituye un hecho intrascendente".

"12. No es cierto. El demandante, preparando el terreno para engañar a la sociedad que represento, hacía expedir los cheques de los clientes a nombre de Tejidos de Punto Lindalana Ltda. El actor, por el contrario, tenía su cuenta bancaria o mejor, giraba cheques contra la cuenta 'Antonio Gutiérrez y Cía. Ltda.' "

"13. Es un hecho intrascendente".

"14. No es cierto".

"15. No es cierto".

"16. Tampoco es cierto".

"17. No es cierto".

"18. No es cierto".

"19. Es falso".

"20. No es cierto. Mal pudo haberse dado por terminado un contrato de trabajo inexistente. Lo que el demandante rompió unilateralmente, y como representante de la sociedad 'Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda.', fue el contrato comercial de comisión y así lo hizo constar en la carta correspondiente, documento que firmó en parte, rompiendo el resto del mismo".

"22. Lo respondo en igual forma que el anterior".

"23. No es cierto".

"24. Es verdad en parte. No se le pagaron prestaciones, y nunca reclamó porque en el ánimo de ambas partes estaba el de la existencia de un contrato mercantil y no laboral. Repito que no hubo despido por cuanto que no existió contrato de trabajo".

"25. Es un hecho intrascendente".

"26. Que lo pruebe el demandante".

"27. Que lo demuestre".

"28. Lo respondo en igual forma".

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia en sentencia de 4 de octubre de 1971, según la cual condenó a la "Empresa denominada Tejidos de Punto Lindalana Ltda. a pagar a **Antonio Gutiérrez Jaramillo** las siguientes sumas de dinero: dos mil ochocientos doce pesos con 72/100 ($ 2.812.72) por concepto de comisiones; ciento treinta y seis mil quinientos noventa y un pesos con 78/100 ($ 136.591.78) por cesantía; cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y cinco pesos con 64/100 ($ 42.555.64) por concepto de vacaciones; y, veintitrés mil seiscientos noventa y tres pesos con 73/100 ($ 23.693.73) por primas de servicio".

En la misma providencia se absolvió a la demandada de los demás cargos que le fueron formulados y sobre excepciones se dispuso:

"En los términos antes indicados se declara configurada la excepción de **prescripción**. No se declaran probadas las demás excepciones propuestas".

Finalmente el juzgado condenó en costas a la empresa.

Los apoderados de las partes apelaron de la anterior sentencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, al resolver la alzada la confirmó en fallo de 15 de marzo de 1972, e impuso

las costas de la instancia a la empresa demandada.

Contra la resolución del Tribunal los representantes judiciales de las partes interpusieron recurso extraordinario de casación que les fue concedido y está admitido por la Corte.

El recurso extraordinario

La parte demandante, en el juicio, aspira con él a que se case parcialmente la sentencia de segundo grado, en cuanto confirmó la absolución por indemnización moratoria y por rompimiento unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo de que fue víctima Antonio Gutiérrez Jaramillo y en su lugar se produzcan condenas por estos extremos.

El procurador judicial de Tejidos de Punto Lindalana Ltda. pide que "la sentencia sea casada en cuanto confirma la del a quo, en las condenaciones que éste fulminó contra mi mandante y la Corte, en sede de instancia, revoque tales condenaciones y absuelva de todo cargo a la demandada, confirmando el fallo apelado en todo lo demás".

Expuesto como queda el objeto del recurso en relación con cada uno de los apoderados de las partes, debe estudiarse en primer lugar por cuestión de lógica el de la demandada en el proceso, pues bien se ve que su finalidad es obtener en instancia luego de la quiebra del fallo de segundo grado, en la parte en que se produjeron condenas, la absolución de todo cargo.

Demanda de Tejidos de Punto Lindalana

En desarrollo del petitum del libelo, transcrito en el aparte anterior, el apoderado de la sociedad formula un cargo principal y otro subsidiario, todo "con apoyo en la causal primera de casación laboral (D. L. 528 de 1964, a 60, y L. 16 de 1969, a 7ª)".

Primer cargo

El acusador señala que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, violó por vía indirecta, y por aplicación indebida, los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, 1º de la Ley 48 de 1946 y 3º del Decreto 3129 de 1956, adoptado por la Ley 2ª de 1958, y consecuencialmente infringió por el mismo concepto los artículos 186, 189 con la reforma del Decreto 2351 de 1965, artículo 14, adoptado por la Ley 48 de 1968, 57, ordinal 4º, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 17 del citado Decreto 2351 de 1965 y 8º del Decreto 617 de 1954, también adoptado por la Ley 48 de 1968.

Según el recurrente "A estas infracciones fue llevado el sentenciador por los evidentes errores de hecho en que incurrió a causa de la equivocada apreciación de los documentos auténticos visibles a folios 10 a 44, 61 y 62, 65, 75 a 82, 84 a 94 y muy especialmente del contrato de folio 101, al cuaderno de recibos de folios 103 a 115, la diligencia de inspección ocular (134 a 136 v.) y el dictamen pericial (147 a 155), del cuaderno principal, así como por la falta de apreciación del certificado del folio 138 del mismo cuaderno y del cheque fotocopiado al folio 9 del cuaderno correspondiente a la segunda instancia".

Tales errores fueron:

"Dar por demostrado, sin estarlo, que es ilícito para las empresas preferir el contrato con personas jurídicas como mandatarias para la venta de sus mercancías, al contrato con personas naturales para el servicio subordinado como agentes de ventas; que la empresa Lindalana, al contratar con la sociedad 'Antonio Gutiérrez Jaramillo & Cía. Limitada', trató de aprovecharse de una 'compañía fantasma... extinguida desde 1968 sin dejar rastro de su existencia' para burlar los derechos laborales del señor Antonio Gutiérrez Jaramillo; que el contrato con la sociedad gerenciada por éste fue ficticio; que el señor Antonio Gutiérrez Jaramillo se obligó a prestar sus servicios como persona natural, y a someterse a las órdenes de la empresa Lindalana, y que realmente estuvo subordinado a ésta durante más de seis años; que la empresa falseó sus asientos de contabilidad para debilitar la prueba de un contrato de trabajo, y que el actor dejó de reclamar doce primas de servicio y seis vacaciones anuales por ingenuo olvido o por ignorancia de sus derechos como empleado.

"Y no dar por probado, estándolo hasta la evidencia, que el señor Antonio Gutiérrez Jaramillo, conocedor de que Lindalana ja-

más contrata personas naturales como agentes vendedores, ofreció desde un principio contratar para la sociedad 'Antonio Gutiérrez Jaramillo & Cía. Limitada' y a nombre y en representación de la misma, el negocio de ventas a comisión; que por eso nunca se obligó, como persona natural, a servir de agente de Lindalana ni a obedecer sus órdenes; que durante más de seis años, al firmar el contrato escrito, al recibir los cheques de comisiones girados a favor de la sociedad mandataria sin ninguna objeción, al no reclamar prestaciones, ni primas de servicio, ni vacaciones, ni ningún otro derecho de carácter laboral, y aún al cancelar el contrato ("doy por cancelado el contrato de representación celebrado entre su compañía y la que yo gerencio..."), confirmó sin vacilar la naturaleza mercantil, y no laboral, de las relaciones entre ambas sociedades".

Dice el casacionista que el más simple repaso de los documentos singularizados en el ataque pone en evidencia los errores de hecho mencionados. "Si las primeras liquidaciones mensuales de comisiones (Fl. 10 a 36) se hicieron, como los cheques iniciales de 1964 (Fl. 81), a favor del gerente de la sociedad mandataria y no de ésta, obsérvese que aún después del contrato de folio 101, (1º de junio de 1964) se giró un cheque al gerente y no a la sociedad (Fl. 80). Después, todas las liquidaciones y todos los cheques se hicieron desde julio de 1964 hasta el último día, a favor de la sociedad, lo que descarta toda malicia en la elaboración de esos documentos y toda ficción del contrato escrito". Agrega que, "los recibos del cuaderno de folios 103 a 115, firmados por el actor durante seis años, con el sello de la sociedad que gerenciaba, no dejan duda".

En otra parte de la acusación manifiesta el recurrente que como el sentenciador parte del supuesto de la ilegalidad, inmoralidad e ilicitud del sistema consistente en contratar personas jurídicas, en vez de naturales, como agentes de ventas, llega hasta apreciar las más obvias estipulaciones del contrato escrito con la sociedad mandataria como pruebas de la subordinación del actor. Expone que el contrato entre ambas sociedades no fue de compraventa de mercancías, para que el comprador quedara en libertad de revender a los precios o a los plazos y condiciones que le pluguieran, sino un contrato corriente de comisión mercantil para vender, siendo lógico por tanto que fuera el comitente y no la sociedad comisionista, el que fijara todo lo relacionado con su venta, precio, plazo de pago, garantías, etc., porque las mercancías "son suyas, y no del comisionista, sea éste persona natural (¿empleado?) o jurídica".

De ahí, afirma, que el fallo enumera "los múltiples factores determinantes de la dependencia (sic); fijación de zona operacional; prohibición de actuar en otras y de vender a precios distintos de los señalados" por el comitente; e invoque las cláusulas "primera, letras b, d, e y quinta" que "por sí solas perfilan de manera inequívoca el carácter de subordinación del agente".

Pregunta el casacionista qué dicen estas estipulaciones y explica que la "b" obliga a la sociedad "Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda." a hacer las ventas a contado o a plazos, siguiendo las instrucciones de la empresa Lindalana, y no a su puro arbitrio; la "d", a "hacer los pedidos de mercancía con la anticipación suficiente" para poderlos despachar; y la "e", a informar el estado de las cuentas y la situación económica de "los deudores" al acreedor (Lindalana) para "que las deudas no se pierdan".

Sobre la cláusula 5ª del contrato dice que ella "exige que los cheques, letras, fianzas, etc., se hagan a favor de Lindalana y no de la sociedad comisionista, y que ésta remita a aquélla, que es la dueña, el producto de las ventas..."

Considera el censor que esta no es prueba, como la toma el Tribunal de subordinación laboral sino mercantil, mostrándose entonces protuberante el error.

Además, afirma que existe otro peor, pues en el empeño de negar la existencia real, legal, de la sociedad "Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda.", y calificarla de "compañía fantasma" extinguida desde 1968, sin dejar rastros, le bastó al ad quem apreciar, erradamente el certificado notarial de folio 65 e ignorar, lisa y llanamente, el de la Cámara de Comercio (Fl. 130) que evidencian cómo la sociedad se fundó seis meses antes del primer negocio con Lindalana, y que el 23 de noviembre de

1970 "la mencionada sociedad no ha sido liquidada hasta el presente", "bastante después de expirado el contrato mercantil entre ambas sociedades y bastante después del año de 1968, en que el sentenciador la halló fenecida".

Termina el cargo el impugnador manifestando:

"Como consecuencia de tanta aberración, fatalmente sobrevinieron las infracciones legales mencionadas, pues al tener como de trabajo un contrato mercantil de comisión, entre dos personas jurídicas, se violaron los artículos 22, 23 y 24 del Código, la Ley 48 de 1946 y el Decreto 3129 de 1956, que no admiten a las personas jurídicas, cuando se obligan a prestar servicios, como trabajadores asalariados, pues éstos tienen que ser personas naturales. Esa falla inicial del sentenciador, condujo —también por aplicación indebida a un caso no regulado por ellas— a la violación de las normas que obligan al patrono a pagarle al trabajador el salario (Art. 57-4 del C. S. del T.), las vacaciones anuales (Art. 185 ibídem y 14 del D. 2351), las primas de servicio (Art. 306 del C. S. del T.) y la cesantía (Art. 249 del Código y 17 del D. 2351)".

El opositor al replicar el ataque del recurrente manifiesta haciendo la exégesis del artículo 61 del Codigo de Procedimiento Laboral que "es intocable en casación el aspecto probatorio cuando existen, fundamentos lógicos para tomar determinadas decisiones por el fallador" y que sólo tratándose de errores ostensibles, gravísimos puede tocarse en el recurso ese aspecto probatorio.

Afirma que durante los seis primeros meses la relación entre Gutiérrez Jaramillo y la empresa demandada constituyó un contrato de trabajo y que si posteriormente a la firma del documento de folio 101 "la forma de trabajar no se modificó en nada, la documentación, zonas, precios, créditos, siguieron siendo los mismos, sin ninguna interferencia o separación en el tiempo", debe concluirse como lo hicieron ya el a quo y el Tribunal que "esa relación estuvo siempre regida por un contrato de trabajo".

Finalmente se apoya en un fallo de la Sala que dice fue publicado por el Relator, en el periódico "El Espectador", el domingo 22 de febrero de 1970, varios de cuyos apartes copia, pero sin indicar en qué juicio recayó. Pide que el ataque se rechace.

Se considera

Para confirmar la sentencia del inferior, el Tribunal Superior de Medellín dijo:

"Con vista del artículo 3º del Decreto 3129 de 1956, el a quo concluye que el señor Gutiérrez desarrolló una actividad personal en beneficio de la empresa demandada, subordinado a ésta y mediante remuneración, dedicándose al ejercicio profesional de agente vendedor y sin constituir por sí mismo una empresa comercial y así resulta".

"En efecto, los señores Manuel Zuluaga y Pedro Javier Gómez, atestiguan y son fidedignos, sobre la actividad desplegada por el demandante como vendedor de Lindalana; por boca de la secretaria general de la empresa, señorita Aydé Echeverri, se conocen los múltiples factores determinantes de la dependencia: fijación de zona operacional; prohibiciones de actuar en otras y de vender a precios distintos de los señalados por el señor Israel Lepciuc y otros como éstos: las facturas las mandaba la empresa por conducto de un mensajero al servicio de Lindalana; para el cobro se elaboraban recibos, enviados con el mismo mensajero; los cheques se hacían a nombre de la sociedad; los plazos que se les dan a los clientes los imponía dicho señor Lepciuc, quien, además autorizaba cuándo y a quién le podían hacer obsequios. Aún más, como lo advierte el juzgado, en el contrato que se celebró el 1º de junio de 1964 se incluyeron cláusulas que por sí solas perfilan de manera inequívoca el carácter de subordinación del agente (v. 1ª, letras b, d, e, y 5º)".

"Por las declaraciones de dicha señorita Echeverri y del contador Humberto Blanco y por las liquidaciones de comisiones se sabe que éstas equivalían al 5% de las ventas".

"Fuera de lo anterior, se sabe también que Antonio Gutiérrez no constituyó una empresa comercial. Su centro de operaciones era el de la beneficiaria, al que iba constantemente (Blanco); su papelería, la de la empresa (Zuluaga); sus teléfonos, los de ella (ib.); no se le conoció oficina particular; ni tenía libertad de acción en cuanto a precios, zonas, plazos, los cheques pro-

venientes de las ventas no eran hechos a nombre de la sociedad Antonio Gutiérrez Jaramillo y Co. sino de Lindalana; fue él quien se vinculó a la demandada en diciembre de 1963 y a él fueron hechas las liquidaciones de comisiones los primeros meses; sólo a partir de marzo de 1964 comenzaron a efectuarse a nombre de aquella sociedad, hecho bien curioso si se tiene en cuenta que el contrato con ella celebrado sólo se firmó en junio siguiente".

"La defensa se escuda especialmente en el contrato de que se acaba de hablar, en un cuaderno de recibos y en que el demandante y la señora Nydia Villegas de Gutiérrez constituyeron el 1º de julio de 1963 la sociedad de responsabilidad limitada Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Empero ésta apareció como una compañía fantasma por su exiguo capital (mil pesos) extinguida desde 1968 sin dejar verdadero rastro de su existencia y se puede explicar como una imposición del ambiente comercial, como una compulsión inspirada en el intento de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales con los agentes. De aquí que se haya dictado el Decreto 3072 de 1962, que en su artículo 4º trata de poner coto a ese viciado sistema. Concretamente aparece creíble que esa sociedad, como lo alega el demandante y lo sostuvo en un juicio anterior adelantado contra Confecciones Ego Ltda. fue fruto de las exigencias de ésta y que de él pretende aprovecharse la demandada, en un esfuerzo defensivo que la llevó, cabe sospecharlo, a hacer en sus libros intercalaciones convenientes a su propósito, sobre las que llamó la atención al perito y de las que tomó nota el fallador de primer grado, para destacarlas como circunstancias relievantes".

"Por otra parte, conviene recordar que por la información testimonial, singularmente por la declaración de la señorita Echeverri, se conoce que 'todos los agentes que hay en la actualidad (al servicio de Lindalana) actúan en representación de otras sociedades, ninguno... como persona natural'. Lo que quiere decir que la compañía, si se aceptara como válido el sistema por ella empleado, estaría cubriendo su importantísimo frente de ventas, sin consecuencias económicas de orden laboral".

"Además, como lo alega el demandante, una cosa es constituir una sociedad jurídica y otra una empresa comercial".

"El fallador debe atenerse más a los hechos que a las apariencias. En tal intento, fuerza es concluir que las partes estuvieron ligadas por un contrato de trabajo, por encontrarse reunidos todos los requisitos que exige al efecto el Decreto 3129 de 1956 (artículo 3º)".

Los apartes transcritos de la sentencia indican que son soportes fundamentales del fallo acusado la consideración de que existió contrato de trabajo entre Antonio Gutiérrez Jaramillo y la sociedad Tejidos de Punto Lindalana Ltda. y no como aparece de autos que el convenio para vender los productos fabricados por la entidad últimamente nombrada se celebró entre ésta y la sociedad "Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda.", por cuanto la última fue una sociedad fantasma, simulada, que además no constituyó una empresa comercial.

El contrato que figura a folio 101 de los autos contiene el acuerdo a que llegaron "Tejidos de Punto Lindalana Limitada" y Antonio Gutiérrez Jaramillo, pero éste obrando en nombre y representación de la sociedad comercial "Antonio Gutiérrez Jaramillo y Compañía Limitada", para que dicha persona jurídica fuera agente vendedora de la primera.

El documento contiene pues un contrato entre dos sociedades con un objeto preciso y en el cual se determinan algunos requisitos que debe cumplir la sociedad comisionista para cumplir con las obligaciones que asumió.

Las cláusulas del contrato no permiten ni siquiera insinuar "que por sí solas perfilan de manera inequívoca el carácter de subordinación del agente", por cuanto es legalmente imposible establecer la existencia de un contrato de trabajo entre dos sociedades.

Debe recordarse que aquella figura la establece el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, diciendo que "contrato de trabajo es aquel por el cual **una persona natural** (subraya la Corte) se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la **continuada dependencia o subordinación de la segunda** (subraya la Sala) y mediante remuneración".

El Tribunal Superior de Medellín al no atender a las estipulaciones del contrato y por el contrario afirmar que quien contrató con Tejidos de Punto Lindalana fue una persona natural, el señor Antonio Gutiérrez Jaramillo y que éste tuvo el carácter de agente vendedor de aquélla, cometió error evidente de hecho.

Y se hace más protuberante el error si se tiene en cuenta que no fue el señor Antonio Gutiérrez Jaramillo como persona natural quien dio por terminado el contrato de representación con Lindalana, sino la sociedad que aquél gerenciaba. En efecto, en carta dirigida al gerente de la sociedad comitente y que lleva la firma de Gutiérrez, éste le dice: "Muy distinguido señor y amigo: En mi carácter de gerente de la sociedad comercial de este domicilio que gira bajo la razón social de Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda., me permito manifestarle que doy por cancelado el contrato de representación celebrado entre su compañía y la que yo gerencio, firmado en esta ciudad, el 1º de junio de 1964, a partir de la fecha de hoy". En manuscrito se encuentra esta leyenda: "Medellín, junio 1º de 1970".

Para el Tribunal la compañía formada por Antonio Gutiérrez y su esposa es una sociedad "fantasma" por su exiguo capital.

Este criterio es inaceptable ya que lo que en realidad se debe mirar es si la sociedad es sólo aparente por no ejercer ninguna actividad y en este caso bien se ve que sí ejercitó su objeto social, es decir, contrató con la entidad demandada la distribución de sus productos por un precio determinado a base de comisión.

Dice el ad quem que la sociedad "Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda.", se extinguió desde 1968 sin dejar verdadero rastro de su existencia.

Esta aseveración del sentenciador no es cierta pues al folio 138 del cuaderno principal que no apreció aquél, aparece una certificación de la Cámara de Comercio de Medellín según la cual se indica mediante qué escritura se constituyó, quién desempeñaba el cargo de gerente y que hasta el 23 de noviembre de 1970 no había sido liquidada.

En cuanto al rastro de su existencia él aparece de los cheques que fueron presentados en la diligencia de inspección ocular, en fotocopia (Fl. 135).

Lo dicho anteriormente indica que en el aspecto estudiado puede concluirse como lo hace el recurrente afirmando que para la decisión del litigio el Tribunal incurrió también en error evidente de hecho a consecuencia de no apreciar el documento de folio 138 y de estimar equivocadamente acta de inspección ocular.

De lo expuesto se deduce, a contrario de lo que sostiene la sentencia gravada, que sí existió la sociedad "Antonio Gutiérrez Jaramillo y Cía. Ltda."; que ella fue la que contrató con Tejidos de Punto Lindalana Ltda., la distribución y venta de sus productos y que por tanto el señor Antonio Gutiérrez Jaramillo, como persona natural no tuvo la calidad de agente vendedor de la segunda y por tanto no existió contrato de trabajo entre aquélla y Gutiérrez.

El Tribunal aplicó en consecuencia, en forma indebida los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, 1º de la Ley 48 de 1946 y 3º del Decreto 3129 de 1956, adoptado por la Ley 2ª de 1959, y la violación de estas normas lo llevó a infringir por el mismo concepto los artículos 186, 189, 57-4, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, el 17 del Decreto 2351 de 1965 y el 8º del Decreto 617 de 1954, los dos últimos adoptados por la Ley 48 de 1968, por cuanto sin existir entre las partes en litigio contrato de trabajo condenó a Tejidos de Punto Lindalana Ltda. a pagar a Antonio Gutiérrez Jaramillo salarios insolutos, cesantía, vacaciones, primas de servicio y las costas de la primera y segunda instancia.

El cargo prospera y las razones expuestas antes sirven como consideraciones de instancia para revocar las condenas impuestas en contra de Tejidos de Punto Lindalana y a favor de Antonio Gutiérrez Jaramillo.

No se hace necesario, en consecuencia, estudiar el cargo subsidiario ni la demanda de casación del promotor de la litis que busca la condena por indemnización a consecuencia, de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, por cuanto éste no existió y la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, cuya causa también es el

contrato de tipo laboral, que se repite no existió.

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 segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Antonio Gutiérrez Jaramillo contra Tejidos de Punto Lindalana, Ltda., en cuanto al confirmar el fallo de primer grado condenó a aquélla a pagar al demandante un saldo por comisiones, cesantía, vacaciones, primas de servicios y costas; también la casa en cuanto por ella condenó en costas de la segunda instancia a la demandada y como tribunal de instancia revoca el fallo de primer grado en cuanto condenó a Tejidos de Punto Lindalana Ltda. a pagar al actor "dos mil ochocientos doce pesos con 72/100 ($ 2.812.72) por concepto de comisiones; ciento treinta y seis mil quinientos noventa y un pesos con 78/100 ($ 136.591.78) por cesantía; cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y cinco pesos con 64 centavos ($ 42.555.64) por concepto de vacaciones y veintitrés mil seiscientos noventa y tres pesos con 73/100 ($ 23.693.73) por primas de servicios", y las costas, y en su lugar **absuelve** a la sociedad demandada de estos extremos del litigio. **No la casa en lo demás.**

Costas del recurso a cargo del demandante recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AUTENTICIDAD DE UN DOCUMENTO

La autenticidad de un documento consiste en la certeza (convicción que excluye toda duda) de que proviene de la persona a quien se atribuye el haberlo manuscrito, firmado o elaborado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., enero veinticinco de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

José María Rodelo, mediante apoderado, instauró demanda repartida al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante la cual solicitó que Heinz Cohn B., fuese condenado a pagarle "el valor del recargo de trabajo nocturno, y en días domingos y feriados, la remuneración del trabajo suplementario o de horas extras y demás derechos laborales que le correspondan, según la ley".

Afirmó, para conseguir este efecto, los siguientes

Hechos y omisiones

"1º Mi representado prestó al demandado servicios como celador, durante 6 años, 6 meses, 19 días; desde el 2 de mayo de 1964 hasta el 20 de noviembre de 1970, celebrando para el efecto contrato de trabajo escrito.

"2º Según la cláusula primera, ordinal D) del contrato de trabajo, se pactó la jornada ordinaria de trabajo en 48 horas semanales.

"3º El último sueldo mensual de mi representado fue de $ 1.200.00, sin incluir el subsidio de transporte.

"4º La jornada de trabajo efectivamente realizada por mi mandante durante toda la vigencia del contrato, era como sigue:

"a) Los días lunes y viernes (no feriados): de 12 del día a 2 p.m., y de 6 p.m. del mismo día hasta las 8 a.m. del siguiente día, completando así jornadas de 16 horas diarias;

"b) Los días sábado (no feriados): de 12½ del día hasta las 8 a.m. del domingo, completando jornadas de 19½ horas;

"c) Los domingos y feriados: desde las 8 a.m. (jornada sin solución de continuidad con la inmediatamente anterior) hasta las 8 a.m. del día siguiente, es decir una jornada de 24 horas.

"5º Por lo manifestado en los hechos 2º y 4º, mi representado en consecuencia realizó el siguiente trabajo nocturno y suplementario:

"a) En días lunes a viernes (no feriados): 6 horas de trabajo nocturno ordinario; 2 horas extras diurnas y 6 horas extras nocturnas;

"b) En días sábados: 2½ horas de trabajo nocturno ordinario; horas extras diurnas y 9½ horas extras nocturnas, y

"c) En domingos y feriados: 4 horas extras diurnas y 12 horas extras nocturnas.

"6º El demandado no canceló a mi poderdante el valor del recargo por trabajo nocturno, ni el valor del trabajo en horas extras diurnas y nocturnas.

"7º Habiendo mi mandante trabajado, de manera continua con las jornadas antes señaladas, incluso los días de descanso obligatorio no se cumplió con la obligación de darle el día de descanso compensatorio remunerado ni se le pagó el recargo debido por el trabajo suplementario en tales días domingos y feriados".

El demandado respondió a lo anterior con la aceptación del contrato de trabajo invo-

cado; pero negó los demás hechos y propuso la excepción de prescripción.

El juez del conocimiento desató la litis en la siguiente forma:

"1º **Condenar**, como en efecto se condena al señor **Heinz Cohn B.** propietario del **Almacén Repax**, representado en este juicio por el doctor **Alvaro García Solano** a pagar al señor **José María Rodelo Herazo** representado por el doctor **Ariel Arteta de la Hoz**, la suma de ochenta y siete mil trescientos sesenta y nueve pesos con setenta y dos centavos ($ 87.369.72) moneda corriente.

"2º **Declárase** como en efecto se declara probada en parte la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de la demandada.

"3º **Costas a cargo de la parte vencida del juicio**".

Por apelación de la parte condenada subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el que, por sentencia de 29 de mayo de 1973, confirmó el fallo antedicho.

Contra él interpuso recurso de casación el apoderado del demandante y, una vez admitido, propuso la correspondiente demanda, no replicada por la parte actora, en la que fija así el alcance de la impugnación:

"Se persigue con esta demanda que la honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 29 de mayo de 1973, en cuanto confirmó la condena impuesta por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla al señor **Heinz Cohn B.**, propietario del Almacén Repax y para que en sede de instancia revoque la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla calendada el 12 de diciembre de 1972 en lo que se relaciona, igualmente, con la condena que hizo por la suma de $ 87.369.72 a favor del demandante **José María Rodelo** en razón de horas extras de los años 1968, 1969, 1970, y contra **Heinz Cohn B.** Almacén Repax y de las costas del proceso. Subsidiariamente se ajuste la condena a las horas extras que se pueden deducir del proceso".

En busca de este objeto formula un solo cargo, cuyo planteamiento es éste:

"Violación por vía indirecta y por aplicación indebida de los artículos 57 numeral 4º, 158, 159, 161, 168, 169, 172, 173, 174, 177, 179 (subrogado por el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965) del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de errores de hecho en que incurrió el Tribunal Superior de Barranquilla al haber dado por demostrado, prohijando las consideraciones probatorias del a quo, sin estarlo, el trabajo de horas extras o suplementario alegado por el demandante y que lo llevó a confirmar la condena impuesta al demandado para el pago de la suma de $ 87.369.72. En tales errores incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de las siguientes pruebas: documentos visibles a los folios 12 a 20; declaraciones de los señores **Roberto Bernal Fonseca**, folios 27, 28 y 29 y **Carlos Barros**, folios 29 y 30. Como violación de medio de los artículos 51, 25, 61 y 79 del Código Procesal del Trabajo, y 175, 251, 252 del Código de Procedimiento Civil".

Para sustentarlo hace ver cómo la sentencia del Tribunal no trae, lo que es verdad, ninguna consideración propia, habiéndose limitado a prohijar las efectuadas por el juzgado del conocimiento, en razón de lo cual contra ellas endereza sus ataques, que vienen a constituir tres errores de hecho en la apreciación de las tarjetas de control de tiempo del demandante, en que se funda la condena impugnada.

El primero se refiere a las "tarjetas de tiempo" desde el punto de vista de la oportunidad procesal en que fueron aportadas por el actor, es a saber: la primera audiencia de trámite, lo que las hace inestimables como pruebas, pues no se acompañaron a la demanda, ni en ella se solicitó que se arrimaran al proceso, ni en la citada audiencia se efectuó corrección de la misma demanda, que permitiera admitirlas.

El segundo, está encaminado a establecer, que aun cuando fuesen admisibles procesalmente hablando los documentos mencionados, no son auténticos por no estar ni suscritos, ni autorizados por el demandado, conforme lo prevé el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, ni "tienen per se, el poder de establecer el trabajo suplementario alegado por el demandante".

Sostiene, por último, que aun considerando auténticas dichas tarjetas y con va-

lor probatorio, no demuestran que el trabajador laboró todas las horas que dice el juzgador y que lo llevó a imponer una condena por $ 87.369.72, pues "no se les puede imprimir eficacia demostrativa distinta a los períodos que expresamente en ellas se señalan".

Para resolver, la Sala considera:

La prueba documental impugnada consiste en nueve tarjetas glosadas entre los folios 12 y 20 del cuaderno principal, confeccionadas en cartulina e impresas de manera que al introducirlas en un reloj marcador de tiempo, dejase en las casillas respectivas el día y la hora de entrada y salida del trabajador, tanto por la mañana como por la tarde. Se hallan divididas en dos columnas, destinadas, la de la izquierda, a señalar el "tiempo regular" y la de la derecha el "tiempo adicional". Tales tarjetas llevan en su encabezamiento la palabra "Repax", en mayúsculas, que es la denominación del almacén en que trabajaba el demandante, luego el nombre de éste: "Rodelo José", puesto en máquina, y la década respectiva, impresa de la misma manera.

Su admisión en el proceso se produjo de esta forma, según consta en el acta de la primera audiencia de trámite:

"En este estado el apoderado del demandante doctor Ariel Arteta de la Hoz, solicita el uso de la palabra, y concedida se expresa de la siguiente manera: Me ratifico en lo expresado en el escrito de demanda, solicito se decreten y practiquen las pruebas allí pedidas, que se tengan como tales los documentos allí presentados. Presento para que se tengan como pruebas los siguientes documentos: a) Copia de la liquidación de prestaciones sociales correspondientes a mi representado y realizada por Heinz Cohn B., Almacenes Repax; b) Nueve (9) tarjetas de control de tiempo correspondiente a mi representado José M. Rodelo Herazo, en donde se puede apreciar claramente, que su jornada de trabajo era superior a la señalada en el contrato de trabajo y que corresponde a lo señalado en los hechos de la demanda. Solicito que se cite y haga comparecer a los señores Camilo Jordan, Gabriel Peña, Roberto Bernal, y Carlos Barros, a fin de que declaren al tenor del interrogatorio que oportunamente presentaré. Solicito por último, que, de acuerdo con el artículo 203 del nuevo Código de Procedimiento Civil, se cite al señor Heinz Cohn B. a fin de interrogarlo libremente sobre los hechos relacionados en la demanda. Debo precisar que el señor Heinz Cohn B. debe concurrir personalmente a este interrogatorio de acuerdo al artículo 204 del mismo Código. En este estado el apoderado de la demandada doctor García Solano, se expresa, así: aclaro lo anteriormente manifestado por mí en el sentido de que me ratifico también en la excepción de prescripción, propuesta en la contestación de la demanda. El señor juez expresa que dicha excepción se resolverá cuando se le ponga fin a la sentencia. En este estado vencida la hora judicial se decretan las pruebas pedidas en la demanda en su contestación y en esta audiencia y se tiene como tales los documentos aportados en ella y en esta misma audiencia".

Vese, pues, que el juez del conocimiento admitió como pruebas esas tarjetas, aducidas por el apoderado del actor en dicha audiencia, con asentimiento del procurador del demandado, que intervino en la misma sin presentar objeción alguna al respecto, lo que tampoco efectuó en las posteriores audiencias de trámite, así de primera como de segunda instancia.

De lo expresado resulta que en éstas no se discutió la oportunidad procesal en que fueron presentadas y ordenadas tener como pruebas tales tarjetas. Y sobre la base no discutida de que fue correcta aquella oportunidad las estimaron el juzgado del conocimiento y el Tribunal. Por lo consiguiente, el ataque del censor en cuanto al aspecto indicado constituye un medio nuevo, inadmisible en casación, como lo ha explicado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte.

Se procede entonces a examinar el segundo aspecto del ataque y que dice relación a la falta de autenticidad de las tarjetas citadas, que la sentencia apreció como aparece de lo que se transcribe en seguida en forma completa, para formarse juicio exacto del punto debatido, por ser de importancia básica, ya que se trata de prueba literal:

"El apoderado de la empresa demandada ha alegado el fenómeno jurídico de la prescripción. Veamos pues, desde cuándo ella se opera. La demandada fue notificada de la demanda, el día 6 de julio de 1971. El retiro se operó el día 20 de noviembre de 1970, siendo el tiempo prescrito desde el 5 de julio de 1968 hacia atrás. Tal prescripción se opera sobre las horas extras, reglamentarias complementarias.

"También fue constatado en la diligencia de inspección ocular, que en la primera década de octubre de 1968 el demandante recibió la suma de $ 242.00. Para el mes de noviembre de 1968 un total de $ 792.00, igual cantidad recibida para diciembre de 1968 y para mayo de 1969, es decir que para dos años el sueldo lo fue de $ 792.00 y para enero de 1970, el sueldo cambió a $ 440.00 por década, de donde resulta un total de $ 1.320.00, siendo superior a los $ 1.200.00 visto al comienzo de la diligencia.

"Al revisar las tarjetas de los folios 12 a 20 se establece que para los meses de:

"Mayo de 1968 el demandante laboró 11 días un total de 170 horas de las cuales eran laboradas dos (2) diurnas. Seis (6) nocturnas, seis (6) extras nocturnas y dos (2) diurnas al día siguiente.

"En octubre del día 18 a 31 laboró 14 días en un total de 234 horas en igual forma que la anterior.

"En noviembre de 1968, 564 horas en la forma que la anterior.

"En diciembre de 1968, 134 horas en la forma antes dicha.

"En abril de 1969, 174 horas en igual forma que la anterior.

"En mayo de 1969, 178 horas en igual forma que la anterior.

"En junio de 1969, 182 horas en igual forma que la anterior.

"Siguiendo el derrotero de las tarjetas, se tiene en cuenta que las labores se inician a las 12 del día en forma promediada a 2 de la tarde (dos horas). Luego se reanudan a las 6 de la tarde hasta las 12 de la noche (seis horas) alcanzando el total del tiempo servido a 8 horas, que eran las obligadas a laborar. Las seis (6) horas comprendidas de 6 de la tarde a las 12 de la noche llevan un recargo del 35% por ser la labor desarrollada en las horas de la noche. El tiempo servido de 12 de la noche a las 6 de la mañana, (seis horas) en total llevan un recargo del 75% por ser horas extras nocturnas. Las labores se prolongaban hasta las 9 aumentando en dos (2) horas más diurnas.

"Llama también la atención que el demandante iniciaba labores en días ordinarios a las 11 y 45 del día, laboraba 2 horas para suspender a las dos (2) de la tarde y luego reanudaba a las 6 de la tarde y finalizaba a las 8 de la mañana del día siguiente, laborando un total de 16 horas de las cuales estaba obligado a laborar sólo 8 horas.

"Cuando iniciaba labor los sábados, éstas se prolongaban hasta el amanecer del día lunes e igual ocurría en días feriados.

"Por las mismas tarjetas se puede anotar que había días laborados por un lapso de 24 horas.

"La modalidad de la labor está demostrada con las tarjetas acompañadas allí se puede establecer que el demandante laboraba, así:

Días ordinarios

"De 12 m. a 6 a.m., 6 horas extras nocturnas con recargo del 75%.

"De 6 a.m. a 8 a.m., 2 horas diurnas.

"De 11 y 45 a.m. a 2 p.m., 2 horas diurnas.

"De 5 y 45 p.m. a 12 m., 5 horas nocturnas con recargo del 35%.

"El total del tiempo laborado fue de 16 horas y lo pagado de $ 26.40.

Días sábados

"De 12 m. a 6 p.m., 6 horas ordinarias.

"De 6 p.m. a 12 m., 6 nocturnas con recargo del 25%.

"El total del tiempo servido fue de 12 horas y lo pagado de $ 26.40.

Días feriados

"De 12 m. a 6 a.m., 6 horas extras nocturnas con recargo del 75%.

"De 6 a.m. a 6 p.m., 12 diurnas con recargo del 100%.

"De 6 p.m. a 12 m., 6 horas nocturnas con recargo del 35%.

"El total del tiempo laborado lo fue de 24 horas y sólo le fue pagado $ 26.40.

Días domingos

"De 12 m. a 6 a.m., 6 horas extras nocturnas con recargo del 75%.

"De 6 a.m. a 6 p.m., 12 horas diurnas con recargo del 100%.

"De 6 p.m. a 12 m., 6 horas nocturnas con recargo del 35%.

"El total del tiempo servido lo fue de 24 horas y sólo le fue pagado $ 26.40.

"Además el trabajador tiene derecho al domingo por haber laborado los seis (6) días de la semana.

"Se ha visto que la empresa sólo pagaba al trabajador demandante el valor del sueldo mensual, según cada caso y sólo al hacerle liquidación del auxilio de cesantía liquidaba un promedio de $ 222.20 por horas extras sin explicar de dónde fue obtenido este guarismo.

"En atención a la excepción de prescripción interpuesta por el apoderado de la demandada, sólo se tiene en cuenta el tiempo servido de los tres (3) últimos años en la forma como lo han determinado las tarjetas de los folios 12 a 20 y con los sueldos establecidos y haciendo los descuentos correspondientes pagados en forma mensual.

"En noviembre de 1968 le fue pagado para la 1ª década	$ 286.00
"En noviembre de 1968 le fue pagado para la 2ª década	264.00
"En noviembre de 1968 le fue pagado para la 3ª década	242.00
"Total	792.00
"En mayo de 1969 le fue pagado	792.00
"En el año de 1970 le fue pagado	1.200.00

"Debe tenerse en cuenta que el tiempo a liquidar es el correspondiente a los últimos tres (3) años laborados que no cayeron bajo el peso de la prescripción.

"La empresa demandada no demostró para el tiempo comprendido durante los últimos tres (3) años, el demandante dejó de trabajar durante tiempo alguno, por lo cual al hacerse la condena respectiva se hará teniendo en cuenta cada una de las modalidades antes detalladas y haciendo los descuentos respectivos por pagos verificados.

"Si se tiene en cuenta que el demandante laboró en forma continua para cada año corresponde un total de días ordinarios de 241
Días domingos 52
Días sábados 52
Días feriados 15
Que componen un año de 360 días que al hacer el cómputo correspondiente para cada uno de los días laborados la diferencia dejada de pagar es como sigue:

"Día ordinario	$ 48.18
"Día domingo	201.96
"Día sábado	20.13
"Día feriado	175.58

"Las prestaciones le fueron canceladas por todo el tiempo servido de seis (6) años, seis (6) meses y diecinueve (19) días indicando que todo el tiempo anterior fue en forma continua.

"Teniendo en cuenta que para el año de 1968 el sueldo devengado fue de $ 792.00 los cómputos correspondientes se han de verificar con tal sueldo.

"Días ordinarios 241 a razón de $ 48.18	$ 11.611.38
"Días sábados 52 a razón de $ 20.13	1.046.76
"Días domingos 52 a razón de $ 100.98 en forma doblada, más el valor del domingo por haber laborado la semana completa $ 100.98 x 2=201.96	10.520.32
"Días feriados 15 a razón de $ 175.56	2.633.40
"Alcanzando este gran total a la suma de	25.811.86

"Para el año de 1970 el sueldo fue de $ 1.200.00, siendo los valores correspondientes de:

"Días ordinarios, 241x$ 73.00	$ 17.593.00
"Días sábados, 52x $30.50 ..	1.586.00
"Días feriados, 113x$ 15.00 .	1.695.00
"Días domingos, 104x$ 143.00	14.872.00
"Los 104 domingos equivalen a 52 doblados	$ 35.746.00

"Para el año de 1969 le corresponde exactamente igual al año de 1968, por consiguiente el pago de esos tres (3) años se detallan así:

"Para el año de 1968	$ 25.811.86
"Para el año de 1969	25.811.86
"Para el año de 1970	35.746.00
"El valor total de la diferencia de sueldo es	87.369.72

dejada de pagar, que será el valor de esta condena".

La parte de la sentencia que acaba de trasladarse y que es la referente al análisis que efectuó de las nueve tarjetas de control de tiempo, correspondientes a otras tantas décadas de algunos meses de 1968 y 1969, muestra que el juzgador no estudió el aspecto referente a la autenticidad de las mismas y les concedió, sin más, pleno valor probatorio para dar por establecido que el demandante laboró horas suplementarias en 1968, 1969 y 1970, durante 360 días de cada uno de esos tres años, así: 241 días ordinarios, 52 domingos, 52 sábados y 15 días feriados.

La autenticidad de un documento consiste en la certeza (convicción que excluye toda duda) de que proviene de la persona a quien se atribuye el haberlo manuscrito, firmado o elaborado. Esta certeza debe constar de modo fehaciente en los autos, porque el documento que se aduce como prueba tiene por objeto establecer la existencia de obligaciones, y éstas no pueden imponerse a determinada persona si no existe la seguridad de que de ella proviene el documento que las contiene.

La autenticidad del documento privado no se presume, salvo casos expresamente previstos. En los demás, debe probarse por uno de los medios de reconocimiento establecidos en el Código de Procedimiento Civil y de éstos, el que podría alegarse respecto del asunto a estudio, sería el implícito, uno de cuyos casos radica en que la parte contra quien se opone un documento aportado al proceso no lo tacha de falso oportunamente. Este caso de reconocimiento se refiere, según el texto expreso del numeral 3º del artículo 252 del Código citado, cuya violación de medio señala el casacionista, a documentos de los que el aportante afirme fueron firmados o manuscritos por aquélla.

Y las tarjetas de control de tiempo que se examinan no contienen firma, ni manuscrito alguno; su impresión es meramente mecánica y no existe ningún dato en el proceso de cómo y cuándo fueron elaboradas; no consta tampoco que procedieran del archivo del demandado, ni éste las reconoció de manera expresa y ni siquiera se le pidió que lo hiciera en el interrogatorio que le formuló el apoderado del actor.

El origen de los mencionados documentos se desconoce: no fueron relacionados en la demanda inicial del proceso y los presentó el procurador del demandante en la primera audiencia de trámite, sin indicar por qué medios llegaron a manos de éste, pues siendo tarjetas de entrada y salida del trabajador, lo lógico es que se hallaran en el archivo del demandado, quien en la diligencia de inspección ocular, a la solicitud del juez para que las entregara, manifestó que "con el traslado de las oficinas del centro a donde hoy funcionan, dichas tarjetas se encuentran traspapeladas".

En estas condiciones, puede afirmarse sin lugar a duda que esas nueve tarjetas son realmente algunas de las que debió marcar el actor día a día durante tres años continuos para mostrar su asistencia puntual al trabajo? Las marcas en ellas impresas corresponden a las del reloj de control de tiempo que se supone tenía instalado el demandado en el Almacén Repax, si se tiene en cuenta que no se efectuó confrontación de aquellas marcas con las que dicho reloj imprime o con tarjetas reconocidas como auténticas? No existe en el expediente ningún elemento de juicio que permita despejar la duda que plantean los interrogantes anteriores. Lo único que se sabe es que las tantas veces citadas tarjetas estaban en poder del demandante, quien las allegó como pruebas a su favor en la oportunidad procesal arriba analizada. De este solo dato no puede deducirse que se halle demostrada su autenticidad por alguno de los modos de reconocimiento señalados en la obra mencionada.

Es manifiesto, por lo tanto, el error de hecho en que incurrió la sentencia acusada al fundar su condena en documentos cuya autenticidad no fue establecida en el proceso, pues por tal razón carecían de mérito probatorio para dar por demostrado el tra-

bajo del demandante en horas suplementarias.

El casacionista, invocando jurisprudencia de esta Sala, y dado que el juzgador relaciona íntimamente la estimación de esas tarjetas con las dos declaraciones de testigos que obran en el proceso, sostiene también la equivocada apreciación de ellas, como demostrativas de que el actor laboró en su integridad las horas suplementarias a cuyo pago se condena. Como la Sala ha encontrado, según lo dicho, manifiesto error de hecho en la valoración de la prueba calificada, no tiene inconveniente para reexaminar la estimación de tales testimonios, que son los de Roberto Bernal Fonseca y Carlos Barros.

Sobre ellos expresó el sentenciador lo siguiente:

"**Roberto Bernal Fonseca** (Fol. 27). Afirma que el demandante iba a trabajar a las seis (6) de la tarde de cada día y soltaba a las ocho (8) de la mañana del día siguiente y después tenía que regresar a las doce (12) del día para salir a las dos (2) de la tarde y los días sábados tenía que estar ahí a las doce (12) del día, para salir el lunes a las ocho (8) de la mañana; que también los días laborables.

"**Carlos Barros.** Al folio 29, hace la misma afirmación que Bernal Fonseca. La constancia dejada por el doctor Alvaro García Solano sobre este declarante al iniciar la declaración de este testigo, en nada viene a incidir con lo declarado, puesto que la verdad de la forma como laboraba el demandante están determinadas de una manera clara y precisa en las tarjetas de tiempo que se encuentran a los folios 12 a 19. Allí está ampliamente demostrada la manera de laborar en todos los días de la semana, pues al tener en cuenta cada una de las tarjetas de tiempo, se concluye que en ella están claras las explicaciones hechas por el testigo, materia de constancia".

Estos declarantes afirman:

Bernal Fonseca: "El iba a trabajar a las seis (6) de la tarde y soltaba al día siguiente a las ocho (8) de la mañana, después tenía que regresar a las 12 del día para salir a las dos de la tarde y los sábados tenía que estar ahí a las 12 del día para salir el lunes a las ocho de la mañana y así diariamente; me consta porque yo lo veía ahí cuando iba a coger mi trabajo de celador, lo encontraba ahí". Y al ser preguntado cuál era el horario de trabajo del declarante, responde: "De las 6 de la tarde a las 6 de la mañana", con lo cual hace ver que no podía constarle personalmente que el actor saliese de su trabajo a las 8 de la mañana, ni que regresase a él a las 12 del día para retirarse de nuevo a las 2 de la tarde, pues a esas horas el testigo no se encontraba en el sitio de trabajo de celador de varios almacenes de la misma zona en que laboraba el demandante, que es en lo que funda la razón de su convencimiento.

Carlos Barros manifiesta que le consta el trabajo del actor en las mismas horas señaladas por el testigo antedicho; pero sólo "durante dos años que yo era celador del Rex, porque ahora tengo otro puesto", sin que se le averiguara cuáles fueron esos dos años y qué relación en el espacio existe entre el "Rex", que él cuidaba, y el Almacén Repax que vigilaba el demandante: lo primero, para saber si estaba en condiciones de darse cuenta de las horas de entrada y salida de éste, y lo segundo, a fin de precisar las fechas a que su declaración se contrae, punto esencial en testimonios de esta índole.

Sobre esta materia la jurisprudencia de la Sala ha sido constante en el sentido de que para admitir como fehacientes las declaraciones de testigos respecto de trabajo suplementario o de horas extras, no basta afirmaciones vagas o genéricas, sino que ellos deben precisar el número de horas laboradas y cuáles de ellas son diurnas o nocturnas, con exacto conocimiento de causa.

Y así, en sentencia de 8 de julio de 1966 (G. J. Tomo CXVII bis, número 2282 bis, página 16 y ss.), en caso similar al presente, asentó:

"Tiene dicho la jurisprudencia que 'cuando se trata de una reclamación de horas extras es requisito especial para que pueda ordenarse el pago, que se establezca el número de horas suplementarias en que el trabajador haya prestado servicio'.

".....

"Como se ha visto de lo dicho por la jurisprudencia, cuando se trata de reclamaciones de esta naturaleza es requisito especial el establecimiento del número de horas suplementarias durante las cuales se pres-

tó el servicio. Este es un hecho que debe demostrarse con las probanzas aducidas al juicio. Y en el presente caso fue lo que no se pudo demostrar con exactitud por parte del actor, puesto que apenas, según lo afirma el sentenciador, y está acorde con las pruebas, obra en el proceso la afirmación del demandante en punto al número de horas trabajadas. Cabe observar en cuanto a la aseveración de éste de que su jornada era de 22 horas (12 ordinarias y 10 extraordinarias) que mantener ese ritmo durante más de dos años y medio (1º de octubre de 1956 a 30 de abril de 1959) con sólo 2 horas de interrupción en el transcurso de las 24 horas del día y de la noche, es por lo menos dudoso realizarlo sin que se produzca el agotamiento casi total o total de la persona que tal jornada cumple. Además, los testimonios que adujo para comprobar su dicho no lo determinan de manera exacta y precisa. Así se ve que José Rodríguez, Alfonso Vargas y Samuel Giraldo declaran acerca de que Parada desempeñaba el cargo de vigilante y trabajaba de día y de noche pero sin precisar el número de horas extras laboradas por él, ni cuántas de estas horas eran diurnas o nocturnas. El exadministrador Alvaro Hoyos Ochoa no da ninguna luz sobre ese particular, ya que sólo afirma que Parada era vigilante diurno y nocturno, sin que determinara exactamente las horas trabajadas por éste. Es obvio que para darle fe el Tribunal a esos testimonios y para merecer ellos alguna credibilidad, habrían tenido los declarantes que estar trabajando con el actor permanentemente, o por lo menos ejercitando una función de control del trabajador respecto del servicio que hubiera estado prestando.

"Refiriéndose a la prueba testimonial en los casos en que se trata de acreditar el trabajo suplemental, ya ha dicho esta corporación que 'para poder establecer con eficacia que determinado trabajador laboró en horas extras mediante testimonio humano, preciso es partir de la base de que el deponente estuvo en permanente contacto con aquél o en su compañía, para que su dicho resulte inobjetable a la luz de los hechos que se analizan'."

Las declaraciones examinadas no reúnen, pues, los requisitos de exactitud y precisión necesarios para que de ellas pueda deducirse a ciencia cierta el número de horas suplementarias laboradas en realidad por el demandante, ni aparece tampoco que quienes las rindieron se hallaban en situación de comprobar personalmente las horas de salida y entrada del actor a su trabajo.

En la apreciación de estos testimonios incurrió también el sentenciador en manifiesto error de hecho.

Por lo tanto, habrá de casarse la sentencia impugnada, y sin necesidad de consideraciones distintas de las expresadas, en función de instancia, se revocará la de primer grado para absolver al demandado de la condena impuesta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida en lo referente a la condenación que confirma y, como tribunal de instancia, revoca, por el mismo aspecto, la dictada en este proceso por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, y, en su lugar, absuelve a Heinz Cohn B. de los cargos formulados en la demanda inicial del mismo. No se casa en lo demás la sentencia impugnada.

Sin costas en las instancias y en el recurso extraordinario.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de 1º de febrero de 1974,

FALLA:

1º Es inexequible el artículo 1º del fallo arbitral proferido el veintisiete de agosto de mil novecientos setenta y tres, que decidió el conflicto colectivo surgido entre la Beneficencia de Armenia y su Sindicato de Trabajadores, en cuanto dispone que "La Beneficencia de Armenia, procederá a ampliar el punto 'sexto' de la convención colectiva de trabajo suscrita el primero de octubre de 1971, en lo relacionado con la asistencia a cursos de cooperativismo". Es exequible en lo demás.

2º Homológanse las demás decisiones del fallo arbitral acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., primero de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

El "Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia de Armenia" denunció el 29 de septiembre de 1972 la convención colectiva vigente con la Beneficencia de Armenia y celebrada el primero de octubre de mil novecientos setenta y uno. Posteriormente, el 6 de noviembre de 1972, presentó un pliego de peticiones dirigido a la Junta de Beneficencia de Armenia.

Las conversaciones en la etapa de arreglo directo se iniciaron el siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos y terminaron el cuatro de enero de mil novecientos setenta y tres, habiéndose puesto de acuerdo los negociadores en relación con las peticiones contenidas en los puntos primero y segundo del pliego, y parcialmente respecto a la del punto tercero, quedando pendiente las demás de los quince puntos del pliego.

La etapa de conciliación se inició el 22 de enero de 1973 y los conciliadores la declararon fracasada el 31 del mismo mes, sin que hubieran presentado fórmulas de arreglo a las partes en conflicto.

Por Resolución 00955 de 3 de abril de 1973 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con fundamento en los artículos 430, ordinal d), del Código Sustantivo del Trabajo y 34 del Decreto 2351 de 1965, convocó un tribunal de arbitramento para que estudiara y decidiera el diferendo laboral existente entre la Beneficencia de Armenia y el Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia de Armenia; señaló la ciudad de Armenia como sede del tribunal de arbitramento, y dispuso que las partes designaran el árbitro que les corresponde, y que el tercero sería nombrado por los árbitros así designados dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su posesión o por el Ministerio en caso de no hacerlo los árbitros en el término indicado. La Beneficencia de Armenia designó al doctor Rafael Jaramillo Betancur y el Sindicato de Trabajadores al señor Hernando Garrido. Como éstos no se pusieron de acuerdo en la designación del tercero, el Ministerio de

Trabajo y Seguridad Social designó como tal al doctor Telmo Vásquez Vega. El tribunal de arbitramento así constituido se instaló el dos de agosto de mil novecientos setenta y tres. El trece de agosto del mismo año las partes concedieron una prórroga de diez días, habiéndose proferido el fallo arbitral el veintisiete del mismo mes y año.

Notificado el laudo a las partes el 28 de agosto, la Beneficencia de Armenia interpuso el recurso de homologación el 31 del mismo mes, habiendo sido concedido por el tribunal de arbitramento.

Llegado el expediente a esta superioridad, la Sala observó que no se encontraban algunos documentos necesarios para estudiar la legalidad del laudo, por lo cual hubo de pedirlos a las entidades correspondientes conforme a providencias de catorce de septiembre y doce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, habiéndose acompañado el último documento el 13 de diciembre de 1973. Estando completo el expediente, se procederá a decidir el recurso, porque además no se encuentra nulidad en cuanto a la constitución del tribunal de arbitramento, ni en la expedición del fallo, que se hizo dentro del término legal y la prórroga concedida, ni en la concesión del recurso.

El recurso extraordinario

El apoderado de la Beneficencia de Armenia al sustentar el recurso plantea como cuestión principal la inexequibilidad total del laudo y subsidiariamente pide se declare la inexequibilidad de algunas de sus decisiones. La Corte procederá al estudio de las acusaciones en el orden en que fueron propuestas por el recurrente, refiriéndose en cada una de ellas a las respectivas réplicas del opositor.

Primer cargo

Manifiesta el censor que el laudo es inexequible totalmente en razón de que fue proferido con violación a claras disposiciones legales y sustenta la acusación así:

"En efecto, la Beneficencia de Armenia, es un típico establecimiento público descentralizado del orden municipal, pues así lo señala muy especialmente los acuerdos del Concejo Municipal que le dieron origen y que son los Acuerdos 16 y 39 de 1936; ratificados en los estatutos que actualmente rigen la entidad y que tienen su apoyo legal en la Resolución 0078 de diciembre 21 de 1964, proferida por la honorable Junta General de la Beneficencia de Armenia y ratificada por la Resolución número 14 de enero 29 de 1965 proferida por el Ministerio de Salud Pública. De acuerdo con las normas y disposiciones que he señalado, los trabajadores de la Beneficencia de Armenia de acuerdo a las disposiciones municipales, y a las resoluciones de la Junta Directiva, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 son empleados públicos y en consecuencia según lo dispuesto en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos conformados por esa clase de trabajadores, no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, es decir, la facultad de la contratación colectiva otorgada en la ley a las organizaciones sindicales, se halla limitada para los sindicatos de empleados públicos, quienes sólo tienen derecho a presentar solicitudes respetuosas las cuales no están sometidas al proceso coactivo de los pliegos de peticiones. No cabe duda de que un laudo arbitral proferido para un sindicato de empleados públicos como lo es el de la Beneficencia de Armenia está desconociendo el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo que prohibe la firma de convenciones colectivas de trabajo en los sindicatos de empleados públicos, y como el laudo arbitral de acuerdo a lo señalado en el artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo tiene el carácter de convención colectiva al proferir un fallo de estas características para un sindicato de empleados públicos implica desconocer como ya dije el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y este desconocimiento conlleva la violación de un derecho para mi representada la Beneficencia de Cundinamarca (sic) que consiste en limitar el ejercicio del manejo de su política de salario y administración de personal, la cual de acuerdo a la naturaleza jurídica de la entidad, corresponde unilateralmente a la junta administradora, pues la ley no permite al sindicato como ya lo vimos suscribir válidamente convenciones

colectivas de trabajo. Teniendo en cuenta que el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo señala en forma perentoria que los laudos arbitrales no pueden afectar derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución Nacional, las leyes o las normas convencionales vigentes, es claro que el recurso de homologación se dirige a efectos de corregir las violaciones en que pueda haber incurrido un laudo arbitral y éste en todo su contexto y naturaleza es ilegal pues se ha proferido para trabajadores que tienen la calidad de empleados públicos y cuyo sindicato no tiene facultad para gozar del proceso de la contratación colectiva. En estas condiciones debe declararse inexequible todo el laudo arbitral proferido con fecha 27 de agosto de 1973 para regir las relaciones de trabajo entre la Beneficencia de Armenia y el Sindicato de sus Trabajadores".

El opositor replica con los siguientes argumentos: 1º No consta en el expediente que la Beneficencia de Armenia sea "un típico establecimiento público descentralizado del orden municipal". 2º Si la Beneficencia es un establecimiento público del orden municipal no le es aplicable el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que establece la diferencia entre empleados públicos y trabajadores oficiales, y no comprende en ninguna forma y por ningún aspecto a los trabajadores municipales, pues la Ley 65 de 1967 que confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República, así como los artículos 1º, 2º y otros del Decreto 3135 de 1968, dictado en ejercicio de esas facultades extraordinarias, se refieren a los empleados nacionales, como expresamente lo dice el artículo 7º del Decreto 1848 de 1949, reglamentario del anterior. 3º El artículo 416 distingue entre empleados públicos y los demás trabajadores oficiales; a los primeros les niega los derechos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, y a los segundos, lejos de negárselos, se los reafirma expresamente. Por lo tanto no cabe invocar esa disposición con el alcance que le da el recurrente, pues a los trabajadores municipales no les son aplicables las normas de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que definen los empleados públicos del orden nacional, pero dejaron en vigor las normas anteriores sobre los trabajadores en general de los órdenes departamental y municipal. Y si los sindicatos de trabajadores oficiales pueden presentar pliegos de peticiones y los empleados públicos no, se está frente a la regla general de los primeros, afirmativa, y la excepción de los segundos, negativa. Ha debido probar el recurrente que los trabajadores de la Beneficencia estaban dentro de la excepción, que eran empleados públicos y no lo hizo porque por parte alguna del expediente consta esa calidad específica, por lo cual hay que aplicar la regla general del Código y del artículo 416 que es la de que todo sindicato de trabajadores, como el del que aquí se trata, puede presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas mientras no se demuestre lo contrario, o sea que están dentro de la excepción restrictiva o negativa de esos derechos.

Se considera

El recurrente fundamenta su acusación en el hecho de que la Beneficencia de Armenia es un establecimiento público del orden municipal y en consecuencia las personas a su servicio son empleados públicos quienes no pueden, directamente o a través del sindicato respectivo, elevar pliegos de peticiones.

Sin embargo, como lo anota el opositor, no está demostrada la naturaleza jurídica de la Beneficencia de Armenia, y en el supuesto de que sea un establecimiento público y le sea aplicable el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, esta norma prevé la existencia de personas vinculadas a los establecimientos públicos mediante contratos de trabajo, con el lleno de los requisitos en ella señalados. Además, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social concedió personería jurídica a la organización sindical de la Beneficencia de Armenia considerándola como un sindicato de trabajadores, lo que hace presumir, a contrario sensu, que no es un sindicato de empleados públicos dada la terminología que sobre el particular establecen las normas vigentes. Y aun cuando pudiera alegarse que el término de "trabajadores" usado por el sindicato en su denominación no significa necesariamente que sus afiliados se encuentren vinculados por

un contrato de trabajo, el propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social los consideró como tales al convocar un tribunal de arbitramento para que decidiera el conflicto colectivo surgido entre las partes, reconociendo así el derecho del Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia de Armenia a presentar pliego de peticiones y celebrar convenciones colectivas. Esta situación jurídica definida por el órgano administrativo encargado de hacerlo, consta en providencias que no fueron impugnadas por la Beneficencia de Armenia, no siéndole dable a la Corte, a través del recurso de homologación, pronunciarse sobre su validez, pues sería tanto como penetrar en esferas que competen al Ministerio de Trabajo, sin que, además, contara para ello con los elementos de juicio que dicho Ministerio debió analizar al pronunciarse como lo hizo. Debe aceptarse, por lo tanto, y para el caso concreto que se estudia, el reconocimiento que hizo el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del derecho del Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia de Armenia a presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, y a que el conflicto colectivo se decida en últimas por un tribunal de arbitramento. El laudo es exequible por este aspecto y la acusación no prospera.

Segundo cargo

Lo plantea así el recurrente: "En el evento de que la tesis principal sostenida en este escrito, no tuviere efecto, subsidiariamente solicito a la honorable Corte se digne declarar inexequible el artículo primero del laudo arbitral el cual crea como obligación para la Beneficencia de Armenia la de establecer unos cursos de cooperativismo; esta norma arbitral desconoce el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ordinal 6º, el cual señala como obligación especial del patrono el conceder determinadas licencias de carácter no remunerado a contrario sensu, no existe obligación impositiva de otorgar permisos de carácter remunerado y la disposición arbitral que contemple una obligación de esa clase, está desconociendo un derecho del patrono y en consecuencia de acuerdo con el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo debe declararse inexequible".

El opositor estima que si se aceptara la tesis del impugnador, sobraría el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, porque con ese criterio el Código se convertiría en el máximo derecho y no serían necesarios los sindicatos y las convenciones colectivas; agrega que el tribunal de arbitramento cumplió con el artículo 458 del estatuto laboral al decidir acerca de los puntos en que no hubo acuerdo entre las partes.

Se considera

La petición contenida en el punto tercero del pliego sometido a la Beneficencia de Armenia dice:

"Punto tercero. **Permisos sindicales remunerados.** La Beneficencia de Armenia, procederá a cumplir el punto sexto de la convención colectiva de trabajo suscrita el primero de octubre de 1971, en lo relacionado con la asistencia a cursos de cooperativismo. Igualmente el literal c), del mismo artículo quedará modificado en la siguiente forma: 'El permiso solicitado será de tiempo completo y remunerado; el titular de este permiso podrá reintegrarse a su trabajo, por voluntad propia o por orden del Sindicato'." (Folio 54).

Como puede observarse, esta petición consta de dos partes: que se extiendan los permisos pactados para asistir a otros cursos, al curso de cooperativismo, y que dichos permisos serán de tiempo completo y remunerados. En el acta final de la etapa de arreglo directo, aun cuando inicialmente se dejó constancia de que la petición había sido negada totalmente (folio 62 Vto.), posteriormente, en la parte final de la misma, se hizo la siguiente observación: "**Punto tercero. Permisos sindicales remunerados.** En cuanto a permisos para cooperativismo se acuerda incluirlos en el punto primero de capacitación, el resto de este punto fue negado". (Folio 64).

En el acta final de conciliación, al determinar las peticiones cuya decisión pasaría al tribunal de arbitramento, también se incurrió en el error inicial de afirmar que toda la petición tercera había sido negada (folio 66); posteriormente se observó: "**Aclaración punto tercero. Permisos sindicales remunerados.** En cuanto a permisos para cooperativismo, se acuerda incluirlos en el punto primero de capacitación. El

resto de este punto fue negado, y en consecuencia pasará a arbitramento" (Folio 67).

De lo anterior se concluye que en relación con los permisos que se pedían para cursos de cooperativismo, las partes resolvieron que cursos de esa clase se incluirían por la Beneficencia de Armenia entre los de capacitación a que se había obligado en el punto primero.

Así lo entendió el tribunal de arbitramento cuando en la parte motiva del laudo expuso:

"Segunda. El tribunal, estudiadas las pruebas y especialmente el acta de rompimiento de la etapa de conciliación, fechada el treinta y uno de enero del corriente año, suscrita por los negociadores (sic) de la Beneficencia de Armenia y del Sindicato de Trabajadores de la misma, se limitará a fallar lo relativo al literal c) del punto sexto de la convención de octubre de 1971, y esto en razón de que los cursos para cooperativismo fueron incluidos como integrantes del punto primero del presente pliego de peticiones y dicho punto aceptado en la etapa de arreglo directo; en cuanto a los permisos de tiempo completo y remunerados, el tribunal estima que existiendo un día entero de la semana de permiso remunerado obligatorio para un representante del Sindicato, y aspecto que se está cumpliendo a cabalidad en este monto, no justifica la petición formulada y por lo tanto había de desecharla".

Sin embargo de lo anterior, el tribunal de arbitramento al tomar su decisión en la parte resolutiva dijo lo siguiente:

"1º El punto 'tercero' del pliego de peticiones del Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia Municipal de Armenia, fechado el 6 de noviembre de 1972, quedará así: 'La Beneficencia de Armenia, procederá a ampliar el punto 'sexto' de la convención colectiva de trabajo suscrita el primero de octubre de 1971, en lo relacionado con la asistencia a cursos de cooperativismo'. En lo demás se niega este punto que fue lo sometido a decisión arbitral".

Es decir, que el tribunal de arbitramento adoptó una decisión en relación con el punto sobre el cual las partes habían llegado a un acuerdo, lo que hace inexequible el laudo en ese aspecto, por violar el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo que únicamente da competencia a los árbitros para "decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación", y ya se vio cómo en lo referente a los permisos para cursos de cooperativismo, las partes acordaron una fórmula distinta a la del laudo.

Se declarará en consecuencia la inexequibilidad pedida por el recurrente, aun cuando por razones diferentes a las que expuso para sustentar la acusación.

Tercer cargo

"También debe declararse inexequible por la honorable Corte Suprema de Justicia el punto octavo del laudo arbitral, pues la Beneficencia de Armenia como establecimiento público descentralizado de carácter autónomo, en los aspectos señalados por el laudo, como organización de turnos, jornada nocturna y prestación de servicios en horas extras, sólo puede regirse por sus estatutos, Resolución 0078 de diciembre 21 de 1964, o por los acuerdos municipales que sobre las materias mencionadas rijan, pues así lo dispuso el Decreto 3135 de 1968, lo anterior nos lleva a la conclusión de que los arbitradores al aceptar el punto del pliego de peticiones y señalar que sobre las materias en él contenidas se aplicará lo dispuesto por la ley, están desconociendo derechos y facultades de mi representada constituidas esencialmente en que sobre dichas materias no puede aplicarse la ley general sino la particular consistente en los acuerdos municipales y en las resoluciones de la junta, así lo ha debido señalar el laudo arbitral, si quería tomar una decisión sobre el particular, pero como no lo hizo violó la facultad patronal ya señalada. Debo aclarar que la acusación anterior se hace al punto octavo del pliego de peticiones".

El apoderado del Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia de Armenia se opone a la acusación por cuanto no hay prueba de que la Beneficencia de Armenia sea establecimiento público, y que es cuando menos extraño que una empresa, establecimiento o patrono, con mayor razón tildándose de oficial, se rebele contra un laudo cuando precisamente le ordena que se ciña a la ley, como lo manda la norma cuya

inexequibilidad se pide; agrega que el recurrente cita en apoyo de su petición el Decreto 3135 de 1968, que en su concepto se aplica a trabajadores del orden nacional y no puede invocarse para los del servicio departamental ni municipal.

Se considera

El ataque se dirige contra el artículo 5º del fallo arbitral, cuyo tenor es el siguiente:

"5º El punto 'octavo' del mismo pliego de peticiones, quedará así: 'La Beneficencia de Armenia, en la organización de los turnos para el personal que labore jornadas nocturnas y preste servicios en horas extras, deberá tener en cuenta lo que la ley dispone al respecto'."

La petición octava del pliego de peticiones, a la cual se refiere lo transcrito, dice:

"Punto octavo. Trabajo nocturno, horas extras y días festivos. La Beneficencia de Armenia reconocerá y pagará el treinta y cinco por ciento (35%) adicional del salario convencional al personal que deba laborar en jornadas nocturnas. Igualmente liquidará y pagará horas extras legalmente ordenadas al personal que le corresponda laborarlas. Los dominicales y días festivos, serán liquidados y pagados doble a quienes los laboren".

Observa la Sala en primer término que la decisión arbitral no excede lo pedido por el Sindicato de Trabajadores.

Cuanto a la acusación, no se ve claramente cómo puede el fallo acusado afectar derechos y facultades de la Beneficencia de Armenia al disponer que se dé cumplimiento a la ley para la organización de los turnos del personal que labore jornadas nocturnas y horas suplementarias. Es un principio general del derecho del trabajo colombiano que en cada caso debe aplicarse la norma más favorable al trabajador, sea ésta general o de carácter particular; así lo consagran los artículos 36 de la Ley 6ª de 1945 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Si la Beneficencia de Armenia, ya sea por haber dictado normas especiales en su alegado carácter de establecimiento público o por someterse a los acuerdos municipales, tiene un régimen diferente al señalado en la ley nacional sobre los aspectos de que trata la decisión 5ª del laudo, se aplicarán las normas especiales si son más favorables al trabajador; de lo contrario prevalecerá la norma general contemplada en la ley, que consagra un mínimo de derechos y emana de la obligación del Estado de darle una especial protección al trabajo. Cuando el fallo arbitral ordena que se debe tener en cuenta lo que la ley dispone sobre el particular, lejos de afectar derechos de las partes, se somete a los principios generales ya vistos. La pretendida autonomía de los establecimientos públicos no puede entenderse, en materia laboral, como suficiente para afectar el mínimo de derechos que la ley otorga a los trabajadores.

La decisión acusada es exequible y así se declarará.

Cuarto cargo

"La decisión contenida en el punto noveno del laudo arbitral y que desata el punto decimotercero del pliego de peticiones, también adolece de ilegalidad pues establece la obligación para la Beneficencia de Armenia de retener una cuota extraordinaria de carácter sindical para trabajadores que no son afiliados a la organización y por lo tanto está creando una obligación para terceros distinta de la contemplada en la ley, pues como lo dispone el Decreto 2351 de 1965 en sus artículos 38 y 39, para que se aplique una norma convencional o arbitral a trabajadores no sindicalizados, en un sindicato que agrupa más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa o patrono, basta que dichos trabajadores paguen la cuota sindical ordinaria, pero lógicamente no están obligados a pagar cuotas extraordinarias que sólo rigen para los trabajadores sindicalizados y siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo. Los razonamientos anteriores nos llevan a concluir que la obligación de retener cuotas extraordinarias a trabajadores no sindicalizados es ilegal pues la Beneficencia de Cundinamarca (sic) no puede afectar sin su consentimiento el patrimonio de esos trabajadores y la disposición arbitral que así lo disponga está desconociendo los derechos señalados en la ley, artículos 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, para los trabajadores no sindicalizados".

El opositor alega que el tribunal de arbitramento sólo dispuso lo que la ley manda al respecto, y que en el supuesto de que hubiese alguna disposición por encima de la que la ley autoriza, la interpretación lógica y sana de esas normas laborales es la de que, conforme al artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, las de la ley sólo contienen el mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores.

Se considera

La decisión acusada dice:

"9º El punto 'decimotercero' del pliego de peticiones, quedará así: 'Cuota extra por firma de convención: La Beneficencia de Armenia, retendrá el valor de los aumentos concedidos a sus servidores, sindicalizados o adherentes, por medio de la convención colectiva de trabajo resultante de la discusión del pliego de peticiones, equivalente a los primeros quince días de los aumentos y nivelaciones. Una vez hecho el descuento lo entregará al tesorero del Sindicato, para proceder a dividirlos en la siguiente forma: El cincuenta por ciento (50%) para los fondos del Sindicato; el treinta por ciento (30%) para la Unión de Trabajadores del Quindío (Utraquindío), y el veinte por ciento (20%) para la Unión de Trabajadores de Colombia (U.T.C.)'."

La petición decimotercera del pliego dice:

"La Beneficencia de Armenia retendrá el valor de los aumentos concedidos a todos los servidores por medio de la convención colectiva de trabajo, resultante de la discusión del presente pliego de peticiones, equivalente a los primeros quince días de los aumentos y nivelaciones, una vez descontadas, los entregará al tesorero del Sindicato para proceder a dividirlos en la siguiente forma: El 50% para los fondos del Sindicato; el 30% para la Unión de Trabajadores del Quindío 'Utraquindío', y el 20% para la Unión de Trabajadores de Colombia U.T.C.".

La decisión arbitral es en términos generales, similar a la petición del Sindicato, y aun cuando cambia la expresión de "todos los servidores" por "sus servidores, sindicalizados o adherentes", no excede lo pedido, sino que lo precisa, porque en la petición deben entenderse incluidos tanto los sindicalizados como los que se adhieran posteriormente al laudo.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 2351 que sustituyó el 400 del Código Sustantivo del Trabajo, las asociaciones sindicales tienen derecho, mediante el lleno de los requisitos allí señalados, a que los patronos respectivos deduzcan de los salarios de los trabajadores afiliados y pongan a disposición del sindicato, el valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias con que aquéllos deban contribuir. Obviamente el patrono no puede eludir tal obligación, salvo cuando no se han cumplido las formalidades previstas en el mismo artículo.

Si la obligación se pacta en la convención colectiva o se ordena en el fallo arbitral, se está disponiendo lo mismo que la ley contempla, y en consecuencia, respecto del laudo, no puede afirmarse que viole derechos de las partes.

Sin embargo, el recurrente sostiene que el artículo del fallo arbitral que acusa impone obligaciones a terceros, como son aquellos trabajadores que sin ser afiliados al sindicato se acojan a los beneficios del laudo, que para estos efectos se asimila a convención colectiva, quienes únicamente están obligados a sufragar la cuota ordinaria, completa o media. Pero esta posibilidad no vicia la decisión arbitral, por cuanto si el trabajador no afiliado al sindicato se beneficia de la convención colectiva o laudo, debe someterse a ellos en su integridad, tanto en lo favorable como en las cargas u obligaciones que se imponen a los miembros de la organización sindical. La norma acusada, por lo tanto, es exequible.

Cuanto a las decisiones no impugnadas por el recurrente, la Sala encuentra que no afectan derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Es inexequible el artículo 1º del fallo arbitral proferido el veintisiete de agosto de mil novecientos setenta y tres, que decidió

el conflicto colectivo surgido entre la Beneficencia de Armenia y su Sindicato de Trabajadores, en cuanto dispone que "la Beneficencia de Armenia, procederá a ampliar el punto 'sexto' de la convención colectiva de trabajo suscrita el primero de octubre de 1971, en lo relacionado con la asistencia a cursos de cooperativismo". Es exequible en lo demás.

2º Homológanse las demás decisiones del fallo arbitral acusado.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE

El Decreto 3041 de 1966 (diciembre 19) aprueba "el Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, mediante el Acuerdo Nº 224 de 1966", aprobación indispensable para que dicho Reglamento adquiriese validez, tal como lo dispone el artículo 9º, inciso 2º, de la Ley 90 de 1946. No es un decreto reglamentario, sino que se dictó en ejercicio de la facultad que dicha ley le concede al Presidente de la República para darle validez al acuerdo mencionado, que es en realidad el estatuto que contiene las normas que reglamentan los riesgos a que él se refiere.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veintiuno de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Julia Ochoa viuda de Moreno, mayor de edad, domiciliada en Cali, demandó por medio de apoderado a Celanese Colombiana S. A. para que fuese condenada a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de salario devengado durante el último año de servicios y a partir del día 5 de enero de 1972; o en subsidio de esta petición la pensión de jubilación que resulte; y la indemnización moratoria de acuerdo con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas del juicio.

En la demanda se expusieron los siguientes

Hechos:

"Primero. Mi mandante, la señora Julia Ochoa viuda de Moreno prestó a la sociedad Celanese Colombiana S. A., sus servicios personales, en esta ciudad de Cali, en forma continua, desde el día cinco de octubre de 1951 hasta el cinco de enero de 1972, o sea por un lapso de veinte años y tres meses.

"Segundo. Durante el último año de servicios, mi poderdante, percibía una remuneración de tres mil trescientos cincuenta pesos mensuales ($ 3.350.00). Tercero. La señora Julia Ochoa viuda de Moreno nació, en Cartago, el 31 de julio de 1914. Cuarto. Celanese Colombiana S. A. se ha negado a pagar a mi poderdante el valor de su pensión de jubilación".

Al contestar la demanda el apoderado de Celanese Colombiana S. A. aceptó los hechos primero y segundo; del tercero dijo que debía probarse, por cuanto en los archivos de la empresa demandada constaba que la demandante nació el 31 de julio de 1915; respecto al cuarto manifestó que no era cierto en la forma dicha, porque Celanese Colombiana S. A. no se había negado a pagar pensión de jubilación alguna que le correspondiera cubrir, pues la pensión de vejez que le correspondería a la demandante era de cargo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso como excepción la de demandarse a persona distinta a la obligada, puesto que la condena solicitada debe hacerse contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, según normas que cita.

Dentro del término para contestar la demanda el apoderado de Celanese Colombiana S. A. denunció el pleito al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, denuncia que fue rechazada por improcedente por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali, quien conoció del juicio.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juzgado del conocimiento decidió la litis en sentencia dictada el diez y seis de agosto de mil novecientos setenta y dos, en cuya parte resolutiva absolvió a la sociedad demandada de los cargos que le fueron formulados por Julia Ochoa viuda de Moreno, a quien condenó en costas.

Apeló el apoderado de la parte demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, confirmó el fallo de primer grado en sentencia de catorce de marzo de mil novecientos setenta y tres por medio de la cual resolvió la alzada.

La parte vencida interpuso el recurso de casación, que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá a continuación previo el estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente que la Corte "case totalmente la sentencia impugnada y que en sede de instancia revoque en todas sus partes la sentencia proferida dentro de este negocio por el señor Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali y, en su lugar, profiera las condenas que le fueron suplicadas en el libelo inicial de demanda por el apoderado judicial de la señora Julia Ochoa viuda de Moreno, todo de conformidad con los cargos que a manera de censura formulo a continuación".

Presenta tres acusaciones sobre violación de normas sustanciales, las cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia que impugno es violatoria por interpretación errónea de los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, y de los artículos 11, 57, 60 y 62 del Decreto 3041 de 1966, todas estas normas en relación con los artículos 260, 21 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, según paso a explicar. La controversia no ha versado sobre cuestiones fácticas, pues tanto las partes como los juzgadores están de acuerdo en que la trabajadora laboró en el lapso señalado en la demanda, que tiene la edad requerida y que durante el último año de servicios ganó tres mil trescientos cincuenta pesos mensuales. Tácitamente está aceptado por partes y juzgadores que el primero de enero de mil novecientos sesenta y siete la demandante llevaba al servicio de la demandada más de quince años de servicios, pues expresamente está admitido que el cinco de enero de mil novecientos setenta y dos cumplió veinte años y tres meses de servicios. La controversia es, pues, de puro derecho y son de puro derecho (interpretación errónea) los errores en que incurrió el ad quem al confirmar la sentencia de primera instancia. Estimó el a quo y compartió su error el Tribunal que, de conformidad con el artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo la jubilación, por haberse asumido su riesgo por el seguro social, dejó de estar a cargo de la demandada. Pero no fue afortunado el ad quem, como tampoco el a quo, en la exégesis de la norma, pues tanto ésta como el artículo 259 ibídem exigen, para exonerar al patrono del riesgo, no sólo que éste sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales sino que lo sea 'de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto' (la subraya es del suscrito). Por manera que la exoneración no es automática como lo entendió el Tribunal sino que ella hay que armonizarla con la ley y los reglamentos del Instituto. Y tanto la ley como las normas que reglamentan el pago de la pensión indican todo lo contrario de lo que creyó el Tribunal al hacer la valoración de las normas pertinentes: Que el pago de la prestación, en casos como el presente, corresponde hacerlo al patrono, como obligado principal y directo. En efecto, al reglamentar el riesgo de vejez, el artículo 60 del Decreto dispuso que 'Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00), moneda

corriente o superior ingresarán al seguro social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiese entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono'. De donde se infiere a las claras que a la fecha de su retiro de la empresa, por haber completado más de quince años de servicios en primero de enero de mil novecientos sesenta y siete, la demandante tenía pleno derecho a reclamar de su patrono el pago de la pensión de jubilación y éste estaba obligado a hacerlo, sin perjuicio de que al comenzar a disfrutar de la pensión del seguro, la obligación patronal quedara reducida a la diferencia entre la pensión legal y la satisfecha por el seguro. Pero de ninguna manera, frente al texto de la norma, podía pensarse que su intención era la de exonerar al patrono de su obligación legal con menoscabo del derecho que a la trabajadora le otorga el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Se refuerza lo anterior con el propio tenor del artículo 62 del referido decreto, según el cual 'las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte dispuestas en este Reglamento sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez'. (Subrayo). Y es que precisamente para trabajadores como la demandante se estableció una excepción en el artículo 60, consistente en que podían reclamar la prestación del patrono y en la forma y cuantía contemplada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero es más: los artículos 11 y 57 del Decreto 3041 de 1966 que, en su orden establecen los requisitos para gozar de la jubilación a cargo del seguro, el primero y el segundo que rebaja cincuenta semanas de cotización por cada año anterior a 1922, deben también ser armonizados con las excepciones a que se ha hecho referencia y que no son otras que las contenidas en los artículos 60 y 62 del mismo estatuto. Su interpretación tampoco puede ser literal. Debe entenderse que tanto el artículo 11 como el artículo 57 tienen vigencia para aquellos casos en que el trabajador no tiene derecho a reclamar su pensión del patrono, en los términos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. De otra parte, piénsese en que, si se trata de una duda interpretativa o de normas en aparente contradicción, la duda de todas maneras debe resolverse en favor del trabajador, como lo manda el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Y no cabe duda de que comparativamente es más favorable el régimen del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo (que sólo exige cincuenta años de edad para tener derecho a la pensión, si se trata de mujer) que el artículo 11 del Reglamento del Seguro que exigè cincuenta y cinco años. No sobra por lo demás advertir que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo no fue subrogado por la reglamentación. Por el contrario, está en pleno vigor para aquellos casos en que el seguro no ha asumido el riesgo y para éstos, como el sub lite, en los cuales por querer el propio Reglamento del Seguro, la obligación sigue a cargo del patrono como parte primeramente obligada, conforme a los artículos 60 y 62 del Decreto 3041 de 1966. Finalmente, por la errónea interpretación de normas a que se ha hecho referencia, el sentenciador tampoco le dio correcto alcance al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta norma no establece diferencia alguna por la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, y ya se vio que de acuerdo con las normas que se dejan analizadas, Celanese Colombiana S. A. está en mora de pagar a la señora Julia Ochoa viuda de Moreno la pensión de jubilación a que tiene derecho, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, vale decir, desde el cinco de enero de mil novecientos setenta y dos. La errónea interpretación en que incurrió el ad quem lo indujo a confirmar la sentencia de primera instancia, que, a la vez, desestimó las súplicas de la

demanda, desviando el sentido de las normas en la forma anotada y, además, causando agravio a mi poderdante al desconocer los derechos que se derivaban de las normas señaladas al comienzo del cargo, de haber sido interpretadas rectamente".

Para el opositor el cargo presenta fallas en su formulación, tales como la de haber omitido como violadas las normas sustanciales que consagran el derecho a la pensión vitalicia de jubilación y a la indemnización moratoria, pues aun cuando al finalizar la enumeración se mencionan los artículos 260 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, "se advierte en tal cita que ella se produce solamente con el fin inequívoco de contemplar alguna proposición jurídica, ya que la mención está precedida de la frase 'todas estas normas en relación con los artículos' " o sea que apenas son objeto de una mención indirecta, por lo cual el cargo resulta innocuo. Además considera equivocada la indicación de las normas contenidas en el Decreto 3041 de 1966, que apenas es el instrumento de ejecución del Acuerdo número 224 expedido el día 15 de diciembre de 1966 por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, porque siendo un decreto ejecutivo de inferior jerarquía a los decretos reglamentarios, apenas constituye el resultado de desarrollar los preceptos contenidos en la Ley 90 de 1946, especialmente sus artículos 9º, 2º y su parágrafo, 72 y 76, que han debido indicarse como violados, pues el decreto citado no tiene fuerza de ley que permita su impugnación autónoma en casación, que fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia de nueve de abril de mil novecientos setenta y tres "y por lo tanto carece de fuerza vinculatoria como tal, no como Acuerdo 224 de 1966, del Consejo Directivo del Instituto, pero sí, se repite, como decreto que fue la modalidad escogida en su ataque por el recurrente". Por último respecto a la cuestión de fondo, sostiene el opositor que el fallador de segunda instancia interpretó correctamente el artículo 60 del Acuerdo número 224 de 1966, interpretación que, por otra parte estima ajustada a la que dio esta corporación al decidir el recurso de homologación del laudo dictado para resolver el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores Agrícolas del Magdalena y Pérez Dávila, de fecha nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y siete.

Se considera

El Decreto 3041 de 1966 (diciembre 19) aprueba "el Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, mediante el Acuerdo número 224 de 1966", aprobación indispensable para que dicho Reglamento adquiriese validez, tal como lo dispone el artículo 9º, inciso 2º, de la Ley 90 de 1946; no es un decreto reglamentario, como lo reconoce el opositor, sino que se dictó en ejercicio de la facultad que dicha ley le concede al Presidente de la República para darle validez al acuerdo mencionado, que es en realidad el estatuto que contiene las normas que reglamentan los riesgos a que él se refiere. Mas como el casacionista y el opositor no discuten la validez del Reglamento, no es necesario que en la acusación se indiquen como violadas las disposiciones de la ley que le dieron la facultad al Presidente de la República para aprobarlo, exigencia que sí se hace para los decretos reglamentarios, que están indudablemente vinculados a las normas legales cuya cumplida ejecución pretenden.

Tratándose de reglamentos o acuerdos de entidades territoriales distintas a la nación o descentralizadas administrativamente, ha sostenido la jurisprudencia que únicamente son acusables en casación como violación medio de normas sustanciales del orden nacional. Bajo el supuesto de que el Reglamento del Seguro de Vejez no contenga normas sustanciales de orden nacional, el cargo que se estudia está bien formulado, porque en él se indica la violación de sus normas como causa del quebrantamiento de normas sustanciales, legales que lo son los artículos 193 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no otra cosa quiere decir la locución "en relación con" que critica el opositor y que está correctamente empleada para señalar la violación final de normas sustanciales laborales nacionales como consecuencia de la de otras que no tienen tal carácter, completándose así la proposición jurídica como lo exige la técnica del recurso.

La circunstancia de que el casacionista se refiera a la numeración del acuerdo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales como si fuera la del Decreto 3041 de 1966, que le impartió su aprobación y que sólo consta de dos (2) artículos, no constituye error inexcusable, pues en la misma forma los denominó el Tribunal Superior, y porque no se presenta duda sobre cuáles son las normas que se estiman violadas en primer término.

No existiendo los errores de técnica anotados por el opositor, se estudiará la acusación contenida en el cargo que se estudia.

El Tribunal Superior, al sustentar su decisión se refiere a la argumentación del apoderado de la parte demandada en los siguientes términos: "Exige el doctor Vásquez su principal argumento en la siguiente frase del artículo 60: 'Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación...' sacando de su texto la siguiente conclusión: 'Pues bien, si mi mandante llevaba más de quince años de servicio, y cumplió, además, los requisitos exigidos en el artículo 60, veinte años de servicio y cincuenta de edad, por ser los exigidos por el Código', 'podrá exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación', tal cual perentoriamente lo consagra el precepto citado. Así que por ministerio de la ley, sin lugar a esguince o a exégesis artificiosas el obligado principal y directo al pago de la pensión es el patrono y no el seguro. No obstante, esa transcripción parcial del artículo 60 quizás desnaturalice la idea de conjunto que debe privar sobre la cuestión debatida, ya que a continuación reza la norma: '...pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión...' Entonces vale decir, sin mayores esfuerzos de interpretación, que desde el momento mismo en que la señora Ochoa viuda de Moreno cumplía con los requisitos mínimos previstos —20 años de servicio, 50 años de edad y 250 cotizaciones— como en efecto ocurrió en su caso según se ha visto, ya le corresponde es al Instituto cubrir su pensión de vejez".

Es decir, que para el Tribunal Superior el obligado al pago de la pensión de la demandante es el seguro social, por cuanto ella había aportado más de 250 cotizaciones cuando cumplió los requisitos contemplados en el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo para adquirir el derecho a la jubilación allí consagrada. Por su parte el recurrente considera que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento del Seguro de Vejez, en su primera parte, el obligado es el patrono por llevar la trabajadora más de quince años a su servicio cuando se inició la obligación de afiliarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

El desacuerdo entre el fallador de segunda instancia y el casacionista gira, en consecuencia, en torno a la aplicación del artículo 60 del Reglamento del Seguro de Vejez a trabajadores que habiendo prestado sus servicios al patrono por más de quince años cuando se afiliaron al seguro social obligatorio para el riesgo de vejez, cumplieron la edad y el tiempo de servicios exigidos por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación después de haber hecho al seguro social el mínimo de cotizaciones que éste prevé para conceder la pensión de vejez.

Dice así el artículo 60 del Acuerdo número 224 de 1966 expedido por el Consejo Directivo del ICSS, y aprobado por el Decreto 3041 de 1966: "Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono".

La norma transcrita contempla la situación de aquellos trabajadores que tenían

quince (15) o más años de servicios en una misma empresa de capital de $ 800.000.00 o más cuando se inició la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte (1º de enero de 1967), y establece, por una parte, la obligación de esos trabajadores de ingresar al Instituto como afiliados para dichos riesgos, y por otra, el derecho de los mismos a exigir del patrono la pensión plena de jubilación una vez que se cumplan el tiempo de servicios y la edad previstos en el Código Sustantivo del Trabajo. Como afiliados forzosos deben cotizar al Instituto para los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Si el derecho a la pensión plena de jubilación se causa antes de que el trabajador haya satisfecho los requisitos mínimos exigidos por el seguro social para la pensión de vejez, será de cargo del patrono la pensión de jubilación y el jubilado continuará cotizando hasta cumplirlos; cuando esto suceda el Instituto procederá a cubrir la pensión de vejez y el patrono pagará la diferencia, si la hubiere, entre la pensión de jubilación a cuyo pago está obligado de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y la pensión de vejez a cargo del seguro social.

Para el evento de que se cumplan las cotizaciones mínimas y la edad exigida por el seguro social para la pensión de vejez antes de que el trabajador haya reunido los requisitos contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo para la pensión plena de jubilación, la situación no varía: El Instituto cubrirá la pensión de vejez y el patrono pagará la diferencia que existiere con la pensión de jubilación, porque el derecho a gozar de la jubilación en los términos y cuantía señalados en el Código Sustantivo del Trabajo no ha desaparecido para los trabajadores que tenían quince o más años de servicios en una misma empresa de más de $ 800.000.00 cuando se hizo obligatoria la afiliación para el riesgo de vejez, invalidez y muerte; sólo que el seguro social asumió parcialmente dicha prestación en cuantía igual a la de la pensión de vejez a su cargo.

De manera que cuando el Tribunal Superior concluye que si el trabajador a que se refiere el artículo 60 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte ha llenado los requisitos mínimos exigidos por el seguro social para gozar de la pensión de vejez y la edad y tiempo de servicios previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para configurar el derecho a la pensión de jubilación, únicamente tiene derecho a la pensión de vejez que le reconozca el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cesando toda obligación para el patrono, está interpretando erróneamente los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo y 60 del acuerdo aprobado por el Decreto 3041 de 1966, porque el trabajador que tenía quince o más años de servicios cuando el seguro social asumió el riesgo de vejez, conserva, se repite, su derecho a la pensión plena de jubilación consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que será pagada por el Instituto en cuantía igual a la pensión de vejez, cuando éste se cause, quedando obligado el patrono a cubrir la diferencia entre la pensión plena de jubilación y la de vejez, si la hubiere. En estos casos el seguro social sustituye parcialmente al patrono en su obligación de pagar la pensión plena de jubilación.

Habiendo el fallador de segunda instancia interpretado erróneamente las normas acusadas, el cargo prospera y en consecuencia se casará la sentencia recurrida en lo pertinente. La prosperidad de este primer cargo hace inoficioso el estudio del segundo y del tercero, que persiguen lo mismo.

Aparece demostrado en autos que la señora Julia Ochoa de Moreno trabajó al servicio de Celanese Colombiana S. A. desde el 5 de octubre de 1951 hasta el 5 de enero de 1972, o sea durante veinte años y tres meses (documento de folio 7, hecho primero de la demanda, folio 2 y su contestación folio 10); que nació el 31 de julio de 1914, o sea que cumplió 50 años de edad el 31 de julio de 1964 (partida de bautismo que obra a folio 4); que en el último año de servicios devengó tres mil trescientos cincuenta pesos ($ 3.350.00) mensuales, (hecho segundo de la demanda, folio 2 y su contestación, folio 15). Cuanto al capital de Celanese Colombiana S. A. debe presumirse que la empresa tiene el necesario para pagar la totalidad de la prestación solicitada, por no haber presentado el patrono la prueba sobre el patrimonio gravable

del año inmediatamente anterior (artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo).

Los hechos anteriores indican que la demandante tiene derecho a gozar de una pensión de jubilación a partir de la fecha de su retiro, pues ya había cumplido los cincuenta (50) años de edad, en cuantía del 75% del promedio devengado en el último año, o sea por un valor de $ 3.350 x 0.75 = $ 2.512.50. Todo de acuerdo con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

También consta en el proceso que la señora Julia Ochoa de Moreno había cubierto en la fecha de su retiro de la sociedad demandada, una cantidad de doscientos sesenta y un (261) cotizaciones (documento expedido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, folio 30). Como del hecho 1º de la demanda y de la contestación al mismo, así como del documento que obra a folio 6, se deduce que la demandante prestó sus servicios a la sociedad demandada en forma continua desde el 5 de octubre de 1951 hasta el 5 de enero de 1972, se concluye también que cumplió quince (15) años de servicios a la empresa el 5 de octubre de 1966. Es decir que el 1º de enero de 1967, cuando el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, la señora Julia Ochoa viuda de Moreno tenía más de quince (15) años al servicio de Celanese Colombiana S. A., situación que la ubica en el caso previsto en el artículo 60 del Reglamento General del Seguro Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

Según el numeral b) del artículo 11 y el artículo 57 del mismo Reglamento la señora Julia Ochoa viuda de Moreno adquirió el derecho a la pensión de vejez que reconoce el Instituto por haber aportado el mínimo de cotizaciones exigidas, pues nació antes de 1917, y por ser mujer se le reducen, del mínimo general de 500, 50 cotizaciones por cada año comprendido entre 1922 y 1914, año este último de su nacimiento, sin que en ningún caso pueda otorgarse por menos de 250; además, por su sexo, sólo se le exige una edad de cincuenta y cinco años, que cumplió de acuerdo con la partida de bautismo que aparece a folio 4, el 10 de agosto de 1969.

Sin embargo, no aparecen datos en el proceso que permitan deducir el valor de la pensión de vejez que le corresponde a la demandante y que debe cubrir el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Por esta razón, la Sala considera conveniente dictar un auto para mejor proveer con el fin de allegar la prueba respectiva y tomar con base en ella la decisión que ha de sustituir el fallo de segunda instancia en la parte que se quebrante.

Cuanto a la petición sobre indemnización por mora en el pago de la prestación a que se condena, encuentra la Sala que la negativa del patrono a reconocer la pensión de jubilación solicitada tuvo como causa la interpretación de normas que contemplan un régimen de transición entre el sistema anterior de cargas patronales y el reciente de riesgos cubiertos por el seguro social, por lo cual en muchas ocasiones son de difícil aplicación en la práctica; además el demandado denunció el pleito al Instituto Colombiano de Seguros Sociales para que se decidiera en juicio la obligación de este último de pagar la pensión de vejez, denuncia que no fue tramitada por el juez de primera instancia con argumentos que no fueron controvertidos. Estos hechos demuestran que aparece comprobada la buena fe de la sociedad demandada al no pagar la pensión de jubilación reclamada. Se confirmará, por consiguiente la decisión de primera instancia sobre el particular.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia dictada el catorce de marzo de mil novecientos setenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, en cuanto confirmó el fallo de primera instancia en la parte que absuelve a Celanese Colombiana S. A. de pagar a la demandante una pensión de jubilación y en sede de instancia decreta, en auto para mejor proveer, la siguiente prueba: Solicítese del Director del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, una certificación sobre los siguientes hechos: a) Cuantía de la pensión de vejez a que tiene derecho la señora Julia Ochoa viuda de Moreno, portadora de la cédula de

ciudadanía número 29978251 expedida en Yumbo; b) Fecha a partir de la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales cubrirá el valor de dicha pensión de vejez. Insértese copia de los oficios que aparecen a folios 21 y 30. Término diez (10) días.

Sin costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y cúmplase.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio once de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

En la providencia de febrero veintiuno de mil novecientos setenta y cuatro que desató el recurso de casación propuesto por Julia Ochoa viuda de Moreno contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario de la recurrente contra Celanese Colombiana S. A., esta corporación casó parcialmente la sentencia recurrida en cuanto confirmó el fallo de primer grado en la parte que absuelve a Celanese Colombiana S. A. de pagar a la demandante una pensión de jubilación, y antes de decidir la Corte en función de instancia, en auto para mejor proveer decretó las siguientes pruebas: "Solicítese del Director del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, una certificación sobre los siguientes hechos: a) Cuantía de la pensión de vejez a que tiene derecho la señora Julia Ochoa viuda de Moreno, portadora de la cédula de ciudadanía número 29978251 expedida en Yumbo; b) Fecha a partir de la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales cubrirá el valor de dicha pensión de vejez".

En oficio DAR-SP-1667 de marzo 20 de 1974 el Jefe de la Sección Pensiones ICSS de la Caja Seccional del Valle del Cauca contestó la solicitud hecha por la Corte en los siguientes términos:

"En atención a su oficio Nº 70 de marzo 9 de 1974, relacionado con la asegurada Julia Ochoa viuda de Moreno, carné Nº 04-039200, comedidamente les informo que es imposible suministrarles el valor correspondiente a la pensión de vejez a que tendría derecho la señora de Moreno, ya que la liquidación de las pensiones se efectúan directamente por el Instituto, una vez decretada la pensión. La fecha a partir de la cual el ICSS entraría a cubrir la pensión de vejez a los asegurados que reúnen los requisitos que para tal efecto se exigen, es la de la firma de la solicitud. Aclaro a ustedes, que en pensiones compartidas (las establecidas en el artículo 60 del Decreto 3041 de 1966) la empresa únicamente está obligada a cubrir el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ICSS y la liquidación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 260) sin tener en cuenta el valor de los incrementos que por la esposa e hijos menores de 18 años el ICSS reconoce a sus pensionados". (Folio 46).

En vista del informe anterior la Sala resolvió en providencia de diez y siete de abril de mil novecientos setenta y cuatro hacer la solicitud que había hecho a la Caja Seccional del Valle, al Director del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El Jefe de la División Nacional de Administración dio contestación a la nueva solicitud en oficio DNAR-SJ-Nº 744197 en la siguiente forma:

"En atención a su oficio Nº 0119 del 22 de abril último me permito certificar lo siguiente: a) Que la Comisión de Prestaciones del Instituto, por medio de su Resolución Nº 3943 del 28 de mayo de 1974, otorgó a la asegurada Julia Ochoa viuda de Moreno, una pensión por vejez, en cuantía de $ 1.495.39, providencia que aún no se ha notificado a la beneficiaria, motivo por el cual no se encuentra ejecutoriada; b) Que la prestación aludida se concedió con retroactividad a partir del 20 de marzo de 1974, fecha en que firmó la solicitud respectiva". (Folio 49).

En providencia de veinte de junio la Sala ordenó tener como pruebas los documentos aportados por la Caja Seccional del Valle y el Jefe de la División Nacional de Administración Nacional de Riesgos. Habiendo

llegado la oportunidad de decidir, se dictará fallo de instancia previas las

Consideraciones siguientes

En la sentencia de casación la Corte estimó que el patrono demandado estaba obligado a pagar la diferencia o mayor valor, entre la pensión plena de jubilación que le correspondería a la demandante por haber reunido los requisitos establecidos en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y la pensión de vejez a cuyo pago se encontraba obligado el seguro social de acuerdo con sus reglamentos. Respecto a la cuantía de la pensión plena, en la misma providencia se fijó su valor mensual en dos mil quinientos doce pesos con 50/100 ($ 2.512.50). La pensión de vejez a cargo de los seguros sociales, cuya demostración se logró a través del auto para mejor proveer, es de un mil cuatrocientos noventa y cinco pesos con 39/100 ($ 1.495.39), según la certificación que aparece a folio 49 y que se transcribió. La diferencia a cargo del patrono es, en consecuencia, de $ 2.512.50 — $ 1.495.39 = $ 1.017.11. Son un mil diez y siete pesos con once centavos.

Se condenará a pagar este mayor valor desde el 6 de enero de 1972, fecha a partir de la cual se desvinculó la señora Julia Ochoa viuda de Moreno de Celanese Colombiana S. A. Aun cuando la pensión de vejez fue reconocida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales a partir del 20 de marzo de 1974, ello se debió a que la demandante omitió hacer la solicitud oportunamente, por lo cual sería inequitativo condenar al pago de la pensión plena hasta esa fecha, pues se gravaría al patrono por una omisión imputable al extrabajador.

Las costas del juicio serán de cargo de Celanese Colombiana S. A. en un cuarenta por ciento (40%) por haber prosperado parcialmente la demanda con que se inició el juicio.

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, en función de instancia revoca el fallo de primer grado dictado el diez y seis (16) de agosto de mil novecientos setenta y dos (1972) por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali en cuanto absolvió a la sociedad demandada de la petición sobre pensión de jubilación y condenó en costas a la parte actora del juicio, y en su lugar,

Resuelve:

1º Condénase a Celanese Colombiana S. A. a pagar a Julia Ochoa viuda de Moreno la cantidad de un mil diez y siete pesos con 11/100 ($ 1.017.11) mensuales, a partir del seis de enero de mil novecientos setenta y dos, en forma vitalicia, por concepto de mayor valor entre la pensión plena de jubilación consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y la pensión de vejez reconocida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

2º Costas del juicio a cargo de Celanese Colombiana S. A. en un cuarenta por ciento (40%).

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de 21 de febrero de 1974, declara inexequibles los artículos segundo y tercero de la parte resolutiva del laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el departamento del Huila y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de las Obras Públicas Departamentales del Huila y homologa sus ordenamientos primero, cuarto y quinto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de homologación interpuesto por el Gobernador del departamento del Huila contra el laudo proferido el 11 de septiembre de 1973, por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado por la Resolución número 02050 de 11 de julio del mismo año, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el mencionado departamento y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de las Obras Públicas Departamentales del Huila, cuyos trámites se iniciaron con la presentación del pliego de peticiones que, en copia autenticada, obra a folios 30 a 39 del cuaderno primero del expediente radicado en esta Sala bajo el número 4619.

En la etapa de arreglo directo las partes se acordaron en la mayoría de los puntos del dicho pliego, en los términos que recogen sus actas números 1 y 2, fechadas el 21 de marzo y el 2 de abril de 1973 (Fls. 36 a 41) y pasaron a conciliación los seis restantes que versan sobre aumentos salariales, primas extralegales, auxilio social, ambulancia, permisos remunerados y pensiones, de los cuales se solucionaron los relativos a auxilio social y permisos remunerados, conforme al Acta Nº 2 de esta etapa.

Ordenado el arbitramento e instalado el tribunal, los árbitros precisaron los asuntos de su cometido, conforme al artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, y previas las consideraciones que estimaron pertinentes dispusieron:

"Artículo primero. A partir del primero de enero de 1973, el departamento del Huila aumentará a los trabajadores oficiales de la Secretaría de Obras Públicas la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales percapta (sic), para aquellos que devenguen salarios hasta de sesenta y ocho pesos ($ 68.00) diarios. Con todo, el aumento será ajustado a la decena, por exceso o defecto, así: cuando efectuado el aumento, el salario quede con una fracción inferior a cincuenta centavos ($ 0.50) se ajustará al peso entero inferior y cuando efectuado el aumento de salario éste quede con una fracción superior a cincuenta y un centavos ($ 0.51), éste se ajustará al peso entero superior. Tómese por ejemplo un salario reajustado de cincuenta y cinco pesos con cincuenta y cinco centavos, se fijará en cincuenta y seis pesos ($ 56.00).

"Parágrafo. Nivélanse por el máximo, los siguientes salarios: Los de compresoristas primero al de cargadores primero. Los de campamenteros y despachadores de combustible, al de los celadores.

"Artículo segundo. El departamento del Huila reconocerá y pagará quince (15) días como prima de vacaciones al salir a disfrutarlas por cada período causado a partir de los diez años (10) de servicio continuos o discontinuos.

"Artículo tercero. El departamento del Huila, a través de la Secretaría de Obras Públicas, proporcionará un vehículo debidamente carpado para las comisiones de trazado y para el transporte de todo el personal a los frentes de trabajo y de éstos a sus hogares, semanalmente.

"Artículo cuarto. El tribunal de arbitramento se abstiene de fallar el punto relacionado con pensiones, por razones legales inhibitorias y las primas de junio y diciembre por razones de inconveniencia fiscal.

"Artículo quinto. La vigencia de este laudo será de un año contado en las fechas acordadas por las partes en la etapa de arreglo directo (enero 1º a diciembre 31 de 1973). Entendiéndose que quedan involucradas todas las cláusulas de acuerdo pactadas entre el departamento del Huila y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de las Obras Públicas Departamentales del Huila, en las etapas de arreglo directo y conciliación".

Salvó su voto el árbitro doctor Raúl Trujillo Trujillo. (Fls. 24 y 25).

Concedido el recurso de homologación la Sala ordenó (Fl. 3 del cuaderno 2º) completar el expediente recibido, con piezas que estimó necesarias para su juzgamiento, y habiéndose cumplido tal disposición el negocio ha entrado a despacho.

El departamento no ha sustentado el recurso que se resuelve, por lo que la Sala estudiará la solución arbitral en confrontación general de su legalidad, así:

Primero. Aparecen cumplidas las etapas de arreglo directo y de conciliación; legalmente convocado e instalado el tribunal de arbitraje y expedida su decisión en oportunidad. El laudo, por estos aspectos, se exhibe regular.

Segundo. De sus ordenamientos, el primero, sobre aumento de salarios, consulta los términos del pliego de peticiones, señala para su vigencia las fechas convenidas por las partes en la etapa de arreglo directo, y versa sobre materia económica de la competencia arbitral, sin que ostente inequidad. Esta decisión es, por lo tanto, exequible.

El árbitro disidente estimó que "aunque justas las aspiraciones de los trabajadores, resulta innocuo otorgarles unos beneficios imposibles a la postre de satisfacer, por impedimento legal del ejecutivo departamental para hacer las apropiaciones presupuestales", a más de que, por la próxima presentación de un nuevo pliego de peticiones, "este laudo resulta así altamente oneroso para el departamento, pues apenas abocado al arbitrio de fuentes para absorber su costo, ya se estará colocando a la administración en función de encarar la nueva carga que significará la convención que ha de substituirlo", consideraciones que complementó con otras relativas a la condición de derecho administrativo del departamento como empleador, sujeto al régimen fiscal de las "vigencias expiradas", y a las "serias glosas de tipo legal para la efectividad de la retroactividad".

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.

El parágrafo del mismo nivela, por el máximo, los salarios de los compresoristas primeros con los de cargadores primeros, y los de campamenteros y despachadores de combustible con los de celadores. El ordenamiento responde a petición del pliego (parágrafos sexto y séptimo del punto quinto, a folio 32 del cuaderno primero del expediente); no fue resuelto en las etapas de arreglo directo y de conciliación; competía definirlo al tribunal de arbitraje y su decisión que, no ostenta inequidad, tampoco viola la Constitución ni la ley. Se le homologará también, en consecuencia.

En cambio los ordenamientos segundo y tercero del laudo, sobre prima extralegal de vacaciones, de 15 días, por cada período causado a partir de 10 años de servicios continuos o discontinuos, y sobre la obligación, también extralegal, de proporcionar un vehículo debidamente carpado para las comisiones de trazado y para el transporte de todo el personal a los frentes de trabajo y de éstos a sus hogares, semanalmente, aunque contenidas en el pliego de peticiones y no resueltas en las etapas de arreglo directo y de conciliación, rebasan la competencia arbitral por constituir prestaciones extralegales que no pueden imponerse fuera de la voluntad de las partes en conflicto. Sobre esta materia de las prestaciones extralegales y de la competencia de los árbitros para imponerlas, la jurisprudencia tiene explicado, con fundamento en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y en la doctrina laboral más acorde con las concepciones nacionales, que el tribunal de arbitramento obligatorio puede aumentar las que ya se hallen establecidas, por convención o laudo arbitral, pero no crearlas u ordenarlas por la primera vez, contra la voluntad obligada o al margen de la misma, porque lo primero es una ordenación económica, simplemente cuantitativa, del ámbito arbitral, y lo otro, creación extralegal, sin soporte de ley fuera de la voluntad del sujeto a quien se le impone. Y en el presente caso las dichas obligaciones del laudo ni aparecen consentidas por el departamento (por el contrario, las actas de las etapas de arreglo y de conciliación las rechazan) ni se hallan contenidas en modo alguno en convenciones o laudos anteriores.

En consecuencia, se declararán inexequibles estos ordenamientos del laudo.

El artículo cuarto no contiene gravamen para la entidad recurrente y el quinto, en fin, se ajusta a voluntad de las partes en conflicto, sin que, ni uno ni otro, contraríen precepto alguno superior. Se les conferirá firmeza y validez.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **declara inexequibles** los artículos segundo y tercero de la parte resolutiva del laudo objeto del presente recurso de homologación, proferido el 11 de septiembre de 1973, por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado por la Resolución número 02050 de 11 de julio de 1973, para dirimir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el departamento del Huila y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de las Obras Públicas Departamentales del Huila, y **homologa** sus ordenamientos primero, cuarto y quinto.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y envíense al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, una copia autenticada de esta sentencia, para su depósito en legal forma, y el expediente, para su archivo.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial está excluido de examen en casación laboral por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que limitó las facultades de la Sala respecto del error de hecho a "la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular", y si bien es cierto que su jurisprudencia ha admitido la posibilidad de revisar la estimación de pruebas destinadas de las enumeradas por dicha norma, se requiere para ello que en alguna de éstas resulte manifiesto error de hecho y que haya conexidad estrecha con alguna de las pruebas excluidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veintiuno de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Luis Enrique Marulanda Aguirre, por procurador judicial, instauró contra Texas Petroleum Company demanda ordinaria laboral en la que formula las siguientes peticiones:

"Primera. Que por cuanto el señor Marulanda Aguirre, en el lapso comprendido entre el 1º de junio de 1965 y el 15 de enero de 1966, con la excepción del día jueves de cada semana, trabajó veinticuatro (24) horas cada día, tiene derecho al reconocimiento y pago del trabajo suplementario realizado durante doce (12) horas diarias, en cada uno de los seis (6) días de cada semana.

"Segunda. Que por cuanto al señor Marulanda Aguirre, durante cada uno de los últimos tres (3) años en que le prestó sus servicios a la Texas Petroleum Company, ésta no le reconoció y pagó el valor total de la alimentación que legal y contractualmente le correspondía, tiene derecho a que se le haga el reajuste respectivo.

"Tercera. Que como consecuencia de la súplica contenida en la petición primera de esta demanda, se condene a la Texas Petroleum Company a pagar al señor Luis Enrique Marulanda Aguirre, y según la liquidación que haga el juzgado, el valor de las horas extras trabajadas, incluyendo el valor de los correspondientes recargos, por el trabajo realizado en horas nocturnas.

"Cuarta. Que como consecuencia de la súplica contenida en la petición segunda de esta demanda, se condene a la Texas Petroleum Company a pagar al señor Luis Enrique Marulanda Aguirre y según la liquidación que haga el juzgado, el valor que resulte del reajuste, por concepto de alimentación.

"Quinta. Que se condene a la Texas Petroleum Company a pagar al señor Luis Enrique Marulanda Aguirre, a título de indemnización por falta de pago de la totalidad del valor correspondiente a los salarios causados, una suma equivalente al último salario devengado por cada día de retardo, a partir del 22 de enero de 1966, hasta la fecha en que se efectúe el pago demandado.

"Sexta. Que se condene a la Texas Petroleum Company al pago de las costas que ocasione el juicio".

Como fundamento de su pretensión afirmó los siguientes

Hechos y omisiones

"1. En el lapso comprendido entre el 1º de junio de 1965 y el 15 de enero de 1966

el extrabajador Marulanda Aguirre le prestó sus servicios a la Texas en el sitio o lugar de Río Negro.

"2. Durante los días lunes, martes, miércoles, viernes, sábado y domingo de cada una de las semanas comprendidas entre el 1º de junio de 1965 y el 15 de enero de 1966, el señor Marulanda Aguirre, trabajaba una jornada de veinticuatro (24) horas diarias.

"3. Semanalmente el extrabajador Marulanda Aguirre, el jueves de cada semana, tenía un descanso de veinticuatro (24) horas.

"4. La parte del salario en especie, por concepto de alimentación y alojamiento, que la Texas le pagaba a cada trabajador que realizaba, en el mismo sitio en que prestaba sus servicios el extrabajador Marulanda Aguirre, el mismo trabajo de éste, era de $ 15.00 diarios, pero al señor Marulanda Aguirre sólo se le pagaba, por el mismo concepto, la suma de $ 8.70.

"5. La parte del salario en dinero que la Texas le reconocía y pagaba por su trabajo al extrabajador Marulanda Aguirre, era de $ 40.45 diarios.

"6. Con ocasión de la terminación del contrato de trabajo que el extrabajador Marulanda Aguirre tenía celebrado con la Texas, ésta, al hacerle la liquidación y pago de los salarios y prestaciones causados, no incluyó, mejor dicho, no computó ni el valor del trabajo realizado en las horas extras ni el valor total de la parte del salario que debía pagarle en especie.

"7. El extrabajador Marulanda Aguirre le prestó sus servicios a la Texas Petroleum Company, sin solución de continuidad, en distintos sitios o lugares de trabajo, desde el 20 de noviembre de 1944, hasta el 21 de enero de 1966.

"8. Con motivo de la ejecución y terminación del contrato de trabajo que el extrabajador Marulanda Aguirre tenía celebrado con la Texas, ésta, en la fecha de la terminación del contrato, no le pagó el valor total de los salarios y prestaciones causados".

La empresa, al descorrer el traslado de la demanda, admitió el contrato de trabajo y el tiempo de servicio; pero negó los demás hechos sostenidos por el actor. Manifestó que sus labores "eran intermitentes y de simple vigilancia" y que "la Texas suministraba al señor Marulanda Aguirre residencia en el lugar del trabajo, donde vivía con su familia". Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, carencia de acción y título para pedir, compensación, transacción y prescripción.

El juez del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, desató el litigio con sentencia de 13 de octubre de 1972, por la cual absolvió a la demandada de todas las peticiones del actor, a quien condenó al pago de las costas del juicio.

Por apelación del demandante llegaron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en sentencia de 24 de julio de 1973, confirmó la del a quo, e impuso las costas de la segunda instancia al apelante.

Recurrió éste en casación y admitido el recurso, formuló la correspondiente demanda, oportunamente replicada por la empresa, documentos sobre los cuales procede esta Sala a decidir el recurso.

En el alcance de la impugnación pide que la Corte "case en todas sus partes la sentencia recurrida, y en su lugar, convertida en tribunal de instancia, revoque la sentencia de fecha 13 de octubre de 1972, dictada por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, y acoja favorablemente las súplicas de la demanda".

Para alcanzar este objetivo formula dos cargos, que se estudiarán en el orden de su presentación, junto con la respectiva réplica del opositor.

Reza el primero:

"La sentencia viola directamente, por aplicación indebida del literal c) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, el literal b) del artículo 161 del mismo Código citado, literal éste que es la norma sustancial aplicable a los trabajadores que ejercen 'actividades discontinuas o intermitentes en las de simple vigilancia', cuando residan en el lugar o sitio del trabajo, cuya jornada ordinaria no puede exceder de doce (12) horas diarias.

Demostración del cargo

"La circunstancia de que los trabajadores 'que ejerciten actividades discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia,

cuando residan en el lugar o sitio del trabajo', estén excluidos de la jornada máxima legal de trabajo, que es de ocho (8) horas al día, y en la excepción contemplada en el literal b) del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, es de doce (12) horas al día, en el caso del literal c) del artículo 162 del Código citado, no quiere decir que cuando el trabajador de simple vigilancia, que resida en el lugar o sitio del trabajo, preste sus servicios durante más de doce (12) horas, no tenga derecho al pago del trabajo que exceda de las doce (12) horas. Y en el proceso está demostrado que el extrabajador Marulanda Aguirre, en el período comprendido entre el 1º de junio de 1965 y el 15 de enero de 1966, durante los cinco (5) días de cada semana, trabajó veinticuatro (24) horas cada uno de tales días, es decir, un exceso de doce (12) horas".

El oponente arguye así contra este cargo:

"Considero señores magistrados, en relación con este primer cargo, que no hubo violación directa por aplicación indebida del literal c) del artículo 161 de la misma obra, por cuanto que de las pruebas practicadas en el presente proceso, no se deduce que el señor Marulanda Aguirre hubiera trabajado durante 24 horas, en la forma y durante el período que afirma el casacionista. Tan no está probado que no pudo hacer referencia expresa a las pruebas que respaldaron su dicho y no lo podía hacer porque ellas no existen en el proceso".

Para resolver, la Sala considera

El Tribunal sostuvo en la sentencia acusada:

"Ante todo conviene anotar que los trabajadores, como el demandante, dedicados a la labor de vigilancia y con residencia en el lugar de trabajo, están excluidos de la jornada máxima legal, según las voces del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo en su ordinal c). Y no hay duda de que éstas eran las labores del demandante y que su residencia era en el sitio de trabajo, como se acredita especialmente con la probanza de folios 41 a 42. Se refuerza esta probanza con el propio pliego de posiciones elaborado por el demandante (folios 58 a 59) y con las declaraciones que pueden verse a los folios 32 a 35.

"Pero aun aceptando que el trabajador no fuera de simple vigilancia y no residiera en el lugar de trabajo, del experticio y de las fotocopias a él acompañadas (folios 75 a 78) se deduce que al trabajador le fueron canceladas las horas extras y los dominicales y festivos laborados de acuerdo con la ley.

"En lo atinente a la petición de reajuste por alimentación la misma prueba documental en cita está demostrando que al demandante se le pagó por este concepto la cantidad de $ 8.70 diarios por concepto de alimentación, incluyendo $ 3.40 por alojamiento".

Muestra lo transcrito, sin lugar a dudas, que el Tribunal halló probados dos hechos: a) Que el demandante estaba excluido de la jornada máxima legal, porque su labor era de vigilancia y con residencia en el lugar del trabajo; b) Que aunque no hubiera sido así, está demostrado que la empresa le pagó los dominicales, festivos y horas extraordinarias trabajadas.

En cuanto al primer hecho, el demandante afirma que en el proceso está probado que el actor "trabajó veinticuatro (24) horas cada uno de tales días (cinco de cada semana), es decir, un exceso de doce (12) horas diarias". Pero este hecho no lo admite en ninguna de sus partes la sentencia impugnada y es sabido que la "vía directa", por la cual dice el casacionista se violaron las normas que señala, implica acuerdo entre éste y el sentenciador en las cuestiones fácticas. Desde este punto de vista el ataque está mal planteado.

Y en cuanto al segundo hecho, nótese que el Tribunal sostiene, con invocación de las probanzas respectivas, que se halla demostrado en el proceso que "al trabajador le fueron canceladas las horas extras..." y el impugnante no ataca este aserto, lo que hace incontrovertible la sentencia, pues para que un cargo tenga éxito, deben desquiciarse todos los fundamentos del fallo acusado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El segundo, está concebido de la siguiente manera:

"La sentencia acusada viola indirectamente, por falta de aplicación, debido a

error de hecho consistente en la falta de apreciación de la parte pertinente del dictamen pericial, que obra a folios 176 y 177, punto 5º del temario de la parte actora, los artículos 127, y 129 del Código Sustantivo del Trabajo.

Demostración del cargo

"Aparece establecido procesalmente en la parte aludida del dictamen pericial, que el perito valoró la parte del salario en especie, por concepto de suministro de habitación para el extrabajador Marulanda Aguirre y su familia, en la suma de $ 500.00 mensuales, es decir, $ 16.67 diarios. Así, pues, y en el supuesto de que en la llamada 'Prima de Campo Velásquez', se pudiera considerar incluido el pago de $ 3.40 diarios por concepto del suministro de habitación, se tendría que se le dejaron de pagar diariamente $ 13.67".

El opositor arguye:

"Refiriéndome al segundo cargo que se imputa de la sentencia de segundo grado, y que se afirma: 'viola indirectamente, por falta de aplicación, debido al error de hecho consistente en la falta de apreciación de la parte pertinente del dictamen pericial, que obra a folios 176 y 177, punto 5º del temario de la parte actora, los artículos 127 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo', es imperioso anotar, como lo anotó en forma por demás acertada el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en su Sala Laboral, que este reajuste no fue pedido expresamente en la demanda, y que las facultades para resolver extra y ultra petita, las limita el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, al juez de primera instancia, cuando se dan las condiciones que la norma citada exige".

La Sala considera

El dictamen pericial está excluido de examen en casación laboral por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que limitó las facultades de la Sala respecto del error de hecho a "la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular", y si bien es cierto que su jurisprudencia ha admitido la posibilidad de revisar la estimación de pruebas distintas de las enumeradas por dicha norma, se requiere para ello que en alguna de éstas resulte manifiesto error de hecho y que haya conexidad estrecha con alguna de las pruebas excluidas.

En consecuencia, carece de viabilidad un cargo como el que se estudia, que plantea error de hecho con relación exclusivamente a uno de los medios probatorios no susceptibles de revisión por la Sala en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

El recurrente pretende la absolución que impartió el juzgado por este extremo jubilatorio. — Pero a ese tiempo establecido no corresponde tal resolución, por cuanto supera 10 años de servicios, que, con los otros requisitos mantenidos, confieren derecho al trabajador a una pensión vitalicia de jubilación, desde la fecha de su despido, si para entonces tenía cumplidos sesenta años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido, de cuantía directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de una pensión plena, a voces del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

José de Jesús Sánchez, con cédula de ciudadanía número 8342236 de Envigado y domicilio en Medellín, demandó, por medio de apoderado, a Iván de Bedout, de su misma vecindad, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se condenara a éste a pagarle cesantías, vacaciones, primas de servicios, subsidio familiar, indemnizaciones por mora y por despido injusto y pensión jubilatoria, en razón de los servicios que le prestó en virtud de contrato laboral cumplido desde enero de 1954 hasta el 18 de agosto de 1971, en que el demandado lo terminó en forma unilateral e injusta.

El libelo inicial afirmó como hechos los siguientes:

"Primero. El señor Iván de Bedout posee en jurisdicción de Envigado una finca denominada hacienda 'El Pomar' desde hace varios años y concretamente con anterioridad al año de 1954. El mencionado inmueble ha estado destinado a la explotación de la lechería y cultivos agrícolas varios.

"Segundo. Mi poderdante señor José de Jesús Sánchez vinculó su capacidad laboral al servicio del señor De Bedout en el mes de enero de 1954 habiendo desempeñado durante el desarrollo del vínculo obligacional laboral diferentes oficios.

"Tercero. Por el año de 1958, el señor Iván de Bedout ordenó a mi mandante que en desarrollo del contrato de trabajo que tenía firmado con él debía trasladarse a prestar sus servicios a la tipografía Bedout siempre por cuenta de aquél, y en esta empresa laboró hasta el año de 1960 cuando nuevamente lo trasladó a su hacienda.

"Cuarto. El día 18 de agosto del año próximo pasado el señor De Bedout unilateral e injustamente despidió a mi mandante.

"Quinto. Mi mandante es padre de cuatro hijos por los que tiene derecho a que se le hubiera pagado subsidio familiar. No obstante, que en repetidas ocasiones el señor Sánchez requirió de su expatrono el reconocimiento y pago de esta prestación, no le fue cancelada suma alguna.

"Sexto. Anualmente el señor Iván de Bedout en forma ilegal sin que se presentara desvinculación ni autorización de los funcionarios del trabajo, le hacía una liquidación irregular de sus cesantías. En consecuencia, esas sumas pagadas en for-

ma ilegal carecen de eficacia jurídica liberatoria.

"Séptimo. Contra expresas normas prohibitivas y protectoras del efectivo goce del descanso vacacional el expatrono pagaba las vacaciones a mi mandante pero sin permitirle hacer uso de los descansos.

"Octavo. Las primas de servicios causadas y hechas exigibles por el tiempo de la vinculación laboral no le fueron pagadas.

"Noveno. Mi mandante llevaba más de 15 años continuos de servicio con el demandado y a la fecha del despido tenía más de cincuenta años de edad, razón por la cual de conformidad con la Ley 171 de 1961 desde la fecha en que fue injustamente desvinculado del trabajo le asiste el derecho a la pensión jubilatoria proporcional al tiempo servido.

"Décimo. Aclaro que sólo unos años le liquidó algunos valores por concepto de cesantías en la forma narrada en el hecho séptimo de este libelo.

"Decimoprimero. Como el accionado quedó a deber a mi mandante sus cesantías, vacaciones, primas de servicios, subsidio familiar, no obstante que en reiteradas ocasiones le ha formulado reclamación, ha incurrido en sanción moratoria al tenor del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a fuer de que no fue enviado al médico al momento de ser despedido para el correspondiente examen.

"Decimosegundo. Mi poderdante estuvo afiliado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales desde el año de 1955 por cuenta del señor De Bedout.

"Decimotercero. Devengó como última contraprestación retributiva de su actividad laboral la suma de $ 15.00 diarios".

El demandado se opuso a las pretensiones reseñadas manifestando, en lo fundamental, que "El Pomar" no es una hacienda sino su residencia permanente y la de su familia; que el demandante se retiró voluntariamente del trabajo, abandonándolo; que las prestaciones causadas le fueron legalmente cubiertas y, respecto del subsidio familiar, que no tenía obligación de pagarlo; que los demás hechos del libelo o no son ciertos o no le constan o no ocurrieron como están concebidos, ateniéndose a lo que resultara probado.

El Juzgado Laboral del Circuito de Envigado, que fue el del conocimiento, desató la controversia en fallo de 14 de noviembre de 1972, por cuya parte resolutiva dispuso:

"Condénase al doctor Iván de Bedout Tamayo a pagar al señor José de Jesús Sánchez Fernández, la suma de un mil setecientos treinta y seis pesos con sesenta y cinco centavos ($ 1.736.65) por concepto de reajuste de cesantía.

"Absuélvese de los restantes cargos.

"Declárase configurada la excepción de pago bajo la modalidad de consignación.

"Costas a cargo de la parte vencida reducidas a un cincuenta por ciento".

Pero inconformes los litigantes con esta decisión apelaron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, entidad que con fecha 17 de marzo de 1973, confirmó, revocó y reformó en parte la providencia del a quo, así:

"Primero. Condénase al señor Iván de Bedout Tamayo a pagar al señor José de J. Sánchez las siguientes cantidades: Seis mil novecientos treinta y ocho pesos con ochenta y cinco centavos ($ 6.938.85), por concepto de cesantía; doscientos setenta y un pesos con ochenta y nueve centavos ($ 271.89), por concepto de jubilación-sanción, tal como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo. Se autoriza al demandante para reclamar la cantidad de un mil doscientos ochenta y nueve pesos con setenta centavos ($ 1.289.70), consignada por el demandado y se autoriza a éste para deducir dicha suma del valor de las condenas.

"Tercero. También se autoriza al demandado para deducir del valor de las condenas la suma de dos mil seiscientos treinta y un pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 2.631.59) de que dan cuenta los documentos de folios 25, 50% del 29, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75 y 76.

"Cuarto. Se confirma la sentencia de que se ha venido haciendo mérito en las demás partes".

Diez días después (Fl. 106) el Tribunal complementó la sentencia anterior, conforme al artículo 311, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil, condenando igualmente al demandado De Bedout Tamayo a pagarle a José de J. Sánchez $ 7.162.50, por

concepto de indemnización por despido injusto, condena que omitió en la parte resolutiva de su providencia del 17 del dicho mes de marzo, a pesar de haberla contemplado en la motivación de la misma.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el recurso de casación el apoderado de Iván de Bedout, el cual le fue concedido por el ad quem y admitido por la Corte que, habiéndolo tramitado en legal forma, lo va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto parcial de la sentencia indicada, en cuanto condenó a jubilación-sanción y a $ 6.938.85 por cesantía, autorizando deducir $ 1.289.70 consignados judicialmente y la cantidad de $ 2.631.59 de que dan cuenta los documentos de folios 25, 68 y 70 a 76 del expediente, para que, en sede de instancia, se confirme la absolución del a quo por aquel primer extremo jubilatorio y se revoque el dicho proveído de primer grado en su condena por $ 1.736.65 absolviéndose, en su lugar, de la súplica sobre cesantía, con las consecuencias en las costas.

Para estos efectos, invocándose la causal primera de casación laboral, en cargo único se acusa aplicación indebida del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 15 del Decreto 2351 de 1965, que la Ley 48 de 1968 adoptó como norma permanente, en relación con los artículos 22 y 23, 249 y 253 de aquel estatuto —subrogado el último por el 17 del decreto citado— y 8º de la Ley 171 de 1961, que se aplicaron asimismo de modo indebido, a consecuencia de errores de hecho consistentes: a) En dar por demostrado, sin estarlo, que no hubo interrupciones en la prestación de los servicios del demandante Sánchez, durante el tiempo que estuvo vinculado a la hacienda "El Pomar", de propiedad del demandado De Bedout, y a la tipografía Bedout, de propiedad de Félix de Bedout e Hijos Sucesores; b) En dar por demostrado, sin estarlo, que las entidades de explotación "El Pomar" y tipografía "Bedout" forman unidad de empresa; c) En dar por demostrado, sin estarlo, que el tiempo trabajado por Sánchez en "El Pomar" debe sumarse al laborado en la tipografía, para efectos de la cesantía y la jubilación reclamadas, como si se hubiera servido para una misma empresa en forma continua; ch) En dar por demostrado, sin estarlo, que el actor trabajó continuamente, durante 15 años, 5 meses y 11 días, para una misma empresa de propiedad del demandado De Bedout; d) En no dar por demostrado, estándolo, que al dejar el demandante de trabajar en la hacienda "El Pomar" le fueron liquidadas en forma definitiva sus prestaciones sociales, y que el contrato en virtud del cual prestó sus servicios en la tipografía fue celebrado con un patrono diferente; e) Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandado ocupó alternativamente al actor en la tipografía y en El Pomar y que, por lo tanto, debe sumarse el tiempo servido en esas dos oportunidades, para el dicho total de 15 años, 5 meses y 11 días, y f) Dar por demostrado, sin estarlo, que durante el tiempo trabajado en la tipografía, el demandante Sánchez recibía órdenes directas del demandado Iván de Bedout.

Para el recurrente, estos errores fueron ocasionados por la mala apreciación, por el Tribunal, del certificado expedido por la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia, de folio 37 vuelto, del informe de accidente de trabajo, de folio 22; del aviso de salida del I.C.S.S. a folio 28 y fecha 18 de enero de 1963, y de las declaraciones de Martha Lilian Giraldo, María del Carmen García, Miguel A. López y Francisco Antonio Guerra; y por la falta de apreciación de los comprobantes de entrada y salida del I.C.S.S. de folios 19, 20, 21, 23, 27, 30 y 31; de los comprobantes de liquidación final de prestaciones sociales del demandante, de folios 24, 25, 26, 29, 68, 70, 71, 72, 73, 75 y 76 y de la inspección judicial.

Al desarrollar el cargo el impugnador advierte, en primer término, respecto de la prueba testimonial, que la aduce conforme a la jurisprudencia de la Sala, en fallo de 6 de octubre de 1972; y reseña, luego, que el a quo absolvió por jubilación porque en el juicio no se demostró ni el tiempo mínimo ni la unidad de explotación económica, consideraciones de las que se separó el ad quem con las que el recurso presenta como erróneas. Porque —concreta— "el docu-

mento del I. C. S. S. visible al folio 37 vuelto fue equivocadamente apreciado, pues de él se infiere que hay dos lapsos completamente diferentes de afiliación del actor a dicho Instituto. El primero, por don Iván de Bedout, finca "El Pomar", y el segundo, por la tipografía Bedout. Es de anotar que en ambas oportunidades existió solución de continuidad y que el paso de la tipografía a la finca estuvo precedido de un intervalo de dos meses entre el 19 de noviembre de 1960 y el 10 de enero de 1961. "Otro tanto ocurre con el documento del folio 28 asimismo erróneamente apreciado, y los comprobantes de entrada y salida del seguro social de folios 19, 20, 21, 23, 27, 30 y 31, ignorados por el sentenciador, todos los cuales acreditan que el actor fue afiliado y desafiliado en forma independiente por la finca 'El Pomar', de propiedad del demandado y por la tipografía Bedout, de propiedad de Félix de Bedout e Hijos Sucesores, coincidiendo en cada oportunidad con los registros del certificado del folio 37 vuelto, existiendo las respectivas soluciones de continuidad y teniendo en los archivos de la Caja Seccional de Antioquia números patronales diferentes.

"Los comprobantes de liquidación y pago final de prestaciones sociales correspondientes a los períodos laborados por el actor, primero en la tipografía Bedout y luego en la hacienda El Pomar, y que obran a folios 24, 25, 26, 29, 68, 70, 71, 72, 73, 75 y 76 todos con el valor de auténticos pues a pesar de ser privados obraron en juicio sin haber sido desconocidos y provienen de las partes, fueron ignorados por el Tribunal, no obstante que éstas probanzas acreditan también que los diversos lapsos servidos por Sánchez fueron completamente independientes, precedidos cada uno de ellos de una solución de continuidad de días e inclusive de meses en algunas oportunidades y de las correspondientes liquidaciones definitivas de prestaciones sociales, a más de haber sido laborados en dos entidades diferentes y autónomas. Esto mismo lo ratifica la inspección judicial practicada en las oficinas del demandado (fl. 77)". En seguida analiza la prueba testimonial para significar que de ella tampoco podía deducirse que Sánchez hubiese trabajado para un solo patrono, durante aquel tiempo superior a 15 años, ni que entre El Pomar y la tipografía hubiese unidad de empresa, ni al servicio de la última recibiera el demandante órdenes del demandado De Bedout Tamayo.

Por todo lo cual debe quebrarse el fallo, conforme al alcance de la impugnación, ya que al no haber trabajado Sánchez para el demandado durante el tiempo que apreció erróneamente el Tribunal, no había lugar a fulminar las condenas por cesantía y pensión de jubilación que aparecen en la dicha providencia.

Se considera

Las condenas mencionadas, sobre que versa el recurso, responden, en lo que se relaciona con el tiempo servido por el demandante Sánchez para el demandado De Bedout, a su apreciación, por el Tribunal, en 15 años, 5 meses y 11 días, conforme a los siguientes pasajes del fallo impugnado, que corren a los folios 98 a 100 del expediente:

"Del certificado de la Caja de Seguros Sociales que obra a folio 37 vuelto se deduce que el señor Sánchez ingresó a tipografía Bedout el 6 de abril de 1956 y trabajó hasta octubre 3 de 1958; cinco días más tarde reingresó y laboró hasta el 12 (sic) de noviembre de 1960; el 10 de enero siguiente —1961— entró a laborar en la finca 'El Pomar' hasta el 18 de enero de 1963; reingresó el 15 de septiembre del mismo año de 1963 y trabajó hasta el 17 de septiembre de 1971, cuando se produjo su desvinculación definitiva.

"En realidad complementando esta prueba documental con la testimonial se concluye en que no hubo interrupciones en la prestación de servicios sino que al trasladar el doctor De Bedout Tamayo al señor Sánchez de la finca a la tipografía, o viceversa, le hacía liquidaciones en la suposición de que se trataba de patronos distintos; se afirma lo anterior porque varios testigos en sus declaraciones dan a entender que el servicio no fue interrumpido, como se analizará en seguida.

"María del Carmen García de Gallego precisa al respecto (fs. 24 vto.): 'El trabajaba en la finca como agricultor y él hace seis meses se salió después de haber trabajado 17 años...'

"Miguel Antonio López Marulanda (fs. 43 vto.), quien empieza por decir que trabaja en tipografía Bedout como chofer desde hace 24 años, afirma: 'Conocí al demandante quien trabajó en la finca más o menos 16 años como peón y en ellos algún tiempo, que no recuerdo exactamente, lo trabajó en la tipografía'.

"A su vez Francisco Antonio Guerra (fs. 44 vto.) no da a entender que los servicios del actor hubiesen sido discontinuos pues llanamente declara sin restricciones: 'Yo desde que conozco al demandante lo conocí trabajando en esa finca como peón y le pongo un promedio de 15 años...'

"Sobre estas bases se reafirma la Sala en el convencimiento de que el demandado ocupó alternativamente al actor bien en la tipografía o como mayordomo en su finca El Pomar durante el tiempo acreditado plenamente, comprendido entre el 6 de abril de 1956 y el 17 de septiembre de 1971, o sea durante 15 años, 5 meses y 11 días y con su último salario de $ 15.00 diarios afirmado por el actor y no desvirtuado por la parte demandada".

Los soportes probatorios son, pues, aquella documental y los testimonios reseñados.

Sin embargo, el dicho certificado de la Caja de Seguros Sociales (fs. 37 vto.) claramente registra inscripciones, del demandante Sánchez, por Iván de Bedout en la finca "El Pomar" y por la tipografía Bedout, en períodos distintos así: en "El Pomar", del 10 de enero de 1961 al 18 de enero de 1963, y del 15 de septiembre de 1963 al 17 de septiembre de 1971; y en la tipografía Bedout, del 6 de abril de 1956 al 3 de octubre de 1958 y del 9 de octubre de 1958 al 1º de noviembre de 1960. Esa certificación coincide con los documentos de folios 19, 21 y 23 sobre avisos de entrada del trabajador, al I. C. S. S., por Félix de Bedout e Hijos Sucesores, con número patronal 02-280015, el 6 de abril de 1956, y el 9 de octubre de 1958, en su orden, por tipografía Bedout, con el mismo número patronal 02-280015, y en cargo de "encuadernación", y de salida de esta empresa el 19 de noviembre de 1960 y coincide asimismo, respecto de la finca El Pomar-Iván de Bedout, con número patronal 011010, con los documentos de folios 27 y 28, sobre ingreso al I. C. S. S., de Sánchez, como mayordomo, el 10 de enero de 1961 y salida el 18 de enero de 1963, nuevo ingreso —como peón— (f. 30) el 15 de septiembre de 1963 y última salida (f. 31) el 17 de septiembre de 1971. Guardan correspondencia, además, (aquella información documental de la Caja de los Seguros Sociales de Medellín, y estos documentos sobre avisos de entradas y salidas del demandante Sánchez al I. C. S. S.) con la liquidación definitiva (f. 25) de Sánchez y recibo por éste de la cesantía en la tipografía Bedout, en diciembre de 1960, por dos años y dos meses, con manifestación (f. 24) de haber quedado a paz y salvo con dicha casa comercial; y con los recibos expedidos (fs. 29, 68, 69, 70, 71, 73, 75, y 76) por Sánchez, al demandado De Bedout, por prestaciones correspondientes a servicios prestados, en tiempo que, según aquellas primeras piezas, trabajaba en El Pomar. Tales piezas relativas al I. C. S. S. evidencian que Sánchez trabajó para la tipografía y para el demandado De Bedout en los períodos que muestran sus respectivas fechas de ingresos y de salidas, y exhiben también patronos y oficios diferentes; así como establecen vinculaciones separadas las liquidaciones de prestaciones y los recibos suscritos por el trabajador. Nada, de otra parte, indica unidad de explotación económica, entre la tipografía Bedout y la finca El Pomar, ni actividades similares, conexas o complementarias dependientes de una misma persona natural o jurídica, que autoricen a estimar, como lo hizo el fallador, todo el tiempo relacionado (ni menos el fijado por él) como servido para un solo patrono, concretamente el demandado De Bedout Tamayo. La apreciación del ad quem, discrepante de la del juzgado (f. 94), acerca de que "debe sumarse todo el tiempo de servicio considerando como patrono al doctor Iván de Bedout Tamayo porque era en éste en quien el trabajador veía a la persona cuyas órdenes debía obedecer, sin que le fuera dable distinguir, en su mentalidad elemental de hombre ignorante, cuándo dicho profesional le daba órdenes como persona natural y cuándo como representante legal de una persona jurídica", contraría las probanzas reseñadas que ostentan dos patronos de oficios y lugares distintos, en épocas igualmente diferentes, reconocidos

como tales por el trabajador en documentos de liquidaciones asimismo particularizados. En las condiciones anteriores se manifiestan los errores que acusa el cargo, sobre estas pruebas calificadas, y se abre paso, conforme a la jurisprudencia de la Sala, al examen de la prueba testimonial, en la que el fallador "complementó" su estimación de un tiempo total de servicios, para De Bedout Tamayo, de 15 años, 5 meses y 11 días, así:

María del C. García de Gallego, quien conoció al demandante desde hace 17 años, y manifestó que Sánchez trabajó en la finca como agricultor, habiéndose salido "después de haber trabajado 17 años" —manifestación que destaca el ad quem— agregó, en esa misma declaración, como lo observa el recurrente y corre a folio 43, que "el demandante sí trabajó un tiempo en la fábrica del doctor que se llama la Bedout pero no sé cuánto sería y qué oficio desempeñaría".

A Miguel Antonio López Marulanda, lo cita el Tribunal por su referencia al trabajo del demandante "en la finca más o menos 16 años como peón", sin deducir consecuencia de que agregó "y en ellos algún tiempo, que no recuerdo exactamente, lo trabajó en la tipografía".

Y de Francisco Antonio Guerra, de 27 años de edad, que es el último de los tres testigos en que reposa este punto de la apreciación del ad quem, conforme a sus pasajes transcritos, se le acogió que había conocido al demandante trabajando en la finca como peón "y le pongo un promedio de 15 años".

Ninguno de estos testimonios, de cálculos y estimativos en cuanto al tiempo servido en la finca, por el demandante, sirve para "complementar" aquel tiempo de la prueba documental para dos patronos, tipografía Bedout y De Bedout Tamayo en su finca El Pomar, extendiéndolos hasta 15 años, 5 meses y 11 días continuos, todos para el demandado, en contrariedad con lo que advirtieron los declarantes.

De la declaración de Martha Lilian Giraldo García, Secretaria del demandado en la Editorial Bedout desde hace siete y medio años, no aprovechada para fijar el tiempo servido sino para significar que los trabajadores podían estimar a De Bedout como patrono, tanto en la finca como en la tipografía, ni el control de los pagos por la oficina de la sociedad, a que alude el fallador (control que sólo se refirió a las liquidaciones del demandante y no "al pago de los trabajadores de la finca", en generalización no aducida ni contenida en el testimonio) ni la vinculación que tuviera el demandado con la tipografía permitían confundirlos en la forma señalada, frente a vinculaciones distintas, en oficios, lugares, registros patronales y del I. C. S. S. y liquidaciones y recibos de prestaciones asimismo diferentes.

Hay error, por todo lo examinado, en la apreciación de la prueba testimonial, que ni establece el tiempo apreciado por el fallador para un solo patrono, ni complementa, sino que antes contraría, en la dicha estimación total, los diferentes tiempos servidos para dos patronos. Se casará, en consecuencia, el fallo del ad quem, para resolver, en sede de instancia, lo que corresponda en derecho, respecto de las condenas por jubilación y por cesantía, que son las en que se ocupa el recurso.

A. Pensión de jubilación

El Tribunal condenó a jubilación-sanción de $ 271.89 mensuales, "desde el día en que este (José de J. Sánchez) cumpla los 50 años de edad o desde la fecha de despido (17 de septiembre de 1971) si ya los había cumplido". Son extremos de esta decisión, un tiempo de 15 años, 5 meses y 11 días, servidos por el demandante para el demandado De Bedout, en la tipografía y en su finca El Pomar, en la forma que se ha quebrantado por errónea; un capital superior a $ 1.800.000.00 (sic); despido injusto y "un último salario de $ 15.00 diarios afirmado por el actor y no desvirtuado por la parte demandada", según se lee a folio 100 y fue transcrito por la Sala, pero que a folio 102 el fallador cambió por el "mínimo de $ 14.00 diarios o de $ 420.00 mensuales", efectuando las operaciones sobre esta base de retribución.

El recurso contrajo su acusación al extremo del tiempo servido —que ha prosperado— sin pretender nada respecto de los de capital, despido injusto y salario. La decisión de instancia atenderá, por lo tanto,

al dicho primer extremo, valiéndose además de los otros, inatacados.

De las pruebas sobre afiliaciones al I. C. S. S. y desvinculaciones del mismo, estudiadas en la decisión del ataque (que se refuerzan, para la Sala en instancia, con la confesión de Sánchez de haber trabajado en la tipografía, folio 46 vuelto) aparece para el demandado De Bedout, en su finca El Pomar, un tiempo servido de 10 años y 12 días, así: 2 años y 9 días primero, del 10 de enero de 1961 al 18 de enero de 1963, y 8 años y 3 días, después, del 15 de septiembre de 1963 al 17 de septiembre de 1971. Sin embargo, el documento de folio 29 —recibo de prestaciones por Sánchez, aportado por el demandado— señala aquella fecha del primer ingreso en el 27 de noviembre de 1960, y el de folio 70 —recibo de cesantía por Sánchez, de igual aducción— fija la del segundo ingreso en el 28 de agosto de 1963, por lo que deberán agregarse, como tiempo servido, un mes y trece días a la primera contratación y diez y ocho días a la segunda (suma de 2 meses y 1 día) para un total de 10 años, 2 meses y 13 días.

El recurrente pretende la absolución que impartió el juzgado por este extremo jubilatorio. Pero a ese tiempo establecido no corresponde tal resolución, por cuanto supera 10 años de servicios, que, con los otros requisitos mantenidos, confieren derecho al trabajador a una pensión vitalicia de jubilación, desde la fecha de su despido, si para entonces tenía cumplidos sesenta años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido, de cuantía directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de una pensión plena a voces del artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Se revocará, en consecuencia, aquella decisión del a quo, para condenar, en su lugar (sin agravar la de $ 271.89 del ad quem, a partir de los 50 años de edad o desde la fecha del despido, si los había cumplido el trabajador) a una pensión restringida, en favor del demandante Sánchez y a cargo del demandado De Bedout Tamayo, proporcional respecto de la que le habría correspondido como pensión plena de jubilación, a sus 10 años, 2 meses y 13 días de servicios en la finca "El Pomar". Con base en los $ 14.00 diarios o $ 420.00 mensuales, de que partió el ad quem sin que tal extremo se le haya impugnado en el recurso, la liquidación arrojaría, al tiempo del despido, $ 315.00 mensuales, por jubilación plena vitalicia, que habría que aumentar a la mínima legal de $ 519.00 mensuales, de conformidad con el artículo 6º del Decreto 435 de 1971, que sería, por lo tanto, la que "le habría correspondido" en ese concepto de pensión plena. En consecuencia, la referencia proporcional a este derecho, por los 10 años, 2 meses y 13 días servidos por Sánchez para De Bedout, en "El Pomar", arroja una pensión de jubilación restringida de $ 264.76 mensuales, a la cual se condenará al demandado.

En cuanto a la fecha desde la cual debe ordenarse el pago de dicha pensión, a folio 8 del expediente obra la partida eclesiástica de matrimonio del demandante José de J. Sánchez, que señala a éste como bautizado el 3 de marzo de 1913. Los documentos del I. C. S. S. de folios 19, 21 y 30 del expediente lo muestran como nacido, en esa misma fecha, el primero, y el 24 de febrero de ese mismo año de 1913, los otros dos. Ante ellos, la Sala informa convicción de que el 3 de marzo de 1973 (a folio 108 obra dictamen médico-laboral, fechado el 24 de abril de 1973, conforme al cual el señor Sánchez, de acuerdo con su aspecto físico, aparenta alrededor de 60 años de edad) cumplió 60 años de edad, por lo cual la pensión debe ordenarse a partir del precisado 3 de marzo de 1973.

B. Cesantía

El Tribunal condenó, por este concepto, a la suma de $ 6.938.85, correspondientes a los 15 años, 5 meses y 11 días de servicios que había deducido, en total, para De Bedout, como un solo patrono en las dos contrataciones establecidas en el recurso extraordinario. Conforme a éste tal tiempo se redujo, en lo propio para el demandado, a 10 años, 2 meses y 13 días, en los dos períodos señalados, pero que deberán liquidarse sobre la misma base de $ 14.00

diarios o $ 420.00 mensuales, que no se ha impugnado, ni para los fines de una sola liquidación ni para los de las dichas dos vinculaciones, con señalamiento siquiera de las normas sobre los respectivos mínimos legales de retribución. La operación correspondiente arroja una cifra de $ 4.285.15. Ha de observarse, para los efectos de la condena por este extremo, que no se estiman satisfechas las obligaciones de los dos períodos deducidos, porque los documentos pertinentes no exhiben el cumplimiento de los requisitos para liquidaciones parciales, ni los relativos a cesantías definitivas cubren lo legalmente debido. Se mantienen, en cambio, las deducciones que hizo el ad quem conforme a tales documentos, porque ello corresponde al interés del único recurrente en casación y no ha sido impugnado ante la Corte. Con reforma de la del a quo la condena por cesantía del ad quem se reducirá, pues a $ 4.285.15.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia objeto del presente recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 17 de marzo de 1973, en cuanto por su ordenamiento primero condenó a Iván de Bedout Tamayo a pagarle a José de J. Sánchez, de las condiciones registradas en el proceso, $ 6.938.85 por concepto de cesantía, y $ 271.89 por concepto de jubilación-sanción, conforme a su parte motiva, y, en sede de instancia, revoca la absolución del Juzgado Laboral del Circuito de Envigado sobre este último extremo jubilatorio y reforma su condena por el otro, sobre cesantía, en cantidad de $ 1.736.65, y condena, en lugar de estas decisiones del a quo, al dicho demandado De Bedout Tamayo a pagarle al demandante Sánchez una pensión vitalicia de jubilación de valor de doscientos sesenta y cuatro pesos con setenta y seis centavos ($ 264.76) mensuales, a partir del 3 de marzo de 1973, y la suma de cuatro mil doscientos ochenta y cinco pesos con quince centavos ($. 4.285.15) por concepto de cesantía, a la ejecutoria de esta sentencia. No la casa en lo demás.

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

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Es pues a la luz de esta doctrina diáfano que, como el Seminario explotaba económicamente, en su propio provecho, esa finca rural en donde se conjugaban naturalmente el capital y el trabajo, y aun cuando esa institución por sus fines no tuviera ánimo de lucro, era una empresa para el estatuto laboral. Y como el trabajador demandante vinculó su actividad a las labores propias del agro en la explotación de ese fundo, al servicio del Seminario, tenía en consecuencia derecho para reclamar las prestaciones atinentes a su caso particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veinticinco de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El señor **Juan Clímaco Cifuentes Orozco**, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra el **Seminario Conciliar de Medellín** con la finalidad de obtener que la parte demandada fuese condenada a pagar al demandante: pensión vitalicia de jubilación desde cuando el actor del juicio cumplió la edad y tiempo de servicios, de conformidad con las normas legales y además: reajuste de salarios, cesantía, primas de servicios, vacaciones, algunas sumas de dinero por concepto de mejoras en el inmueble que ocupaba, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y costas del juicio.

En subsidio impetró el reintegro en las mismas condiciones que tenía cuando fue despedido y el pago de los salarios desde la fecha del despido hasta la del reintegro.

Como hechos fundamentales de la acción presentó el procurador judicial del demandante los que se sintetizan a continuación:

Que el señor Juan Clímaco Cifuentes Orozco trabajó al servicio del Seminario Conciliar de Medellín, vinculado con contrato de trabajo, durante un lapso de aproximadamente 17 años contados del 9 de junio de 1970 hacia atrás.

Que desempeñó el oficio de peón y oficial de aseo en una finca territorial en donde está ubicado el Seminario, la cual se explotaba en el ramo de la agricultura.

Que devengó un salario de $ 136.80 a la semana pero que desde el mes de febrero de 1970 sólo le reconocieron $ 17.00 diarios hasta la fecha de salida y que se le proporcionaba además alojamiento para él y su familia.

Que el demandante plantó mejoras en esos terrenos de propiedad del Seminario consistentes en: café, plátano, caña de azúcar que valen aproximadamente tres mil pesos.

Que la jornada del actor era de las 6 a.m. a las 5 p.m. de cada día.

Que, "el 9 de junio de 1970, el señor Cifuentes Orozco fue despedido del trabajo que desempeñaba, sin mediar causa justa y después de haber laborado por un tiempo aproximado de 17 años razón por la cual tiene derecho a que se le paguen las indemnizaciones contempladas en el Decreto 2351 de 1965. A la fecha del despido el señor Cifuentes Orozco tenía más de cincuenta años de edad, pues nació el 21 de noviembre de 1906, circunstancia que sumada al tiempo de servicios, le da derecho a que se le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación en armonía con la Ley 171 de 1961. No sobra advertir

que la pensión de jubilación a más de tener el respaldo legal dicho, fue consagrada por un decreto emanado del excelentísimo señor arzobispo de Medellín, tal como se demostrará oportunamente" etc.

La parte demandada por medio de su apoderado, negó los hechos fundamentales de la acción, puntualizó que no había existido contrato de trabajo sino que al demandante "...se le dio caridad"; sólo al hecho cuarto manifestó que no es cierto en la forma planteada, que al demandante se le pagarán las mejoras pero no en lo que pretende, y se opuso a las pretensiones de la demanda.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, que fue el del conocimiento puso término a la primera instancia con fallo de veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y dos por el que absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda.

Apeló el apoderado del demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por medio de sentencia de fecha dieciséis de febrero de mil novecientos setenta y tres revocó la de primera instancia y decidió así:

"Se condena al Seminario Conciliar de Medellín a pagar al señor Juan Clímaco Cifuentes Orozco, la suma de cuatrocientos cincuenta y un pesos con cincuenta centavos ($ 451.50) como pensión especial de jubilación, a partir del 10 de junio de 1970 en adelante.

Se condena al Seminario Conciliar de Medellín a pagar al señor Juan Clímaco Cifuentes Orozco, las siguientes sumas de dinero: Siete mil ciento noventa y cuatro pesos con cuarenta y un centavos ($ 7.194.41) por cesantía; seis mil veinticuatro pesos ($ 6.024.00) por vacaciones; mil ciento siete pesos con ochenta centavos ($ 1.107.80) por primas de servicios; doce mil cuatrocientos catorce pesos con sesenta centavos ($ 12.414.60) como indemnización por despido, y tres mil pesos ($ 3.000.00) por mejoras.

"Previa deducción de los conceptos que se indican en la parte motiva, el Seminario una vez ejecutoriado este fallo, procederá a cancelar la hipoteca de segundo grado, constituida a su favor por la precitada escritura Nº 2851 de 31 de mayo de 1971. Se ordena entregar al actor la consignación de $ 1.051.26 (f. 11 vto.)".

"Sin costas".

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro de tiempo oportuno presentó el recurrente su demanda y asimismo su réplica el opositor por lo que se procede a decidir.

La demanda

Expresa el casacionista como alcance de la impugnación lo siguiente:

"Con el presente recurso y con los tres primeros cargos se pretende que la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia de segunda instancia, en cuanto revocó la de primera instancia y condenó al Seminario Conciliar de Medellín, a pagar al señor Juan Clímaco Cifuentes Orozco la suma de $ 451.50 M/cte., mensuales, a partir del 10 de junio de 1970, en adelante, como pensión especial de jubilación: $ 7.194.41 M/cte., por cesantía; $ 6.024.00 M/cte., por vacaciones; $ 1.107.80 M/cte., por primas de servicios; $ 12.414.60 M/cte., por indemnización por despido, y $ 3.000.00 M/cte., por mejoras; en cuanto dispuso también la deducción de los conceptos indicados en la parte motiva y ordenó a la entidad demandada cancelar la hipoteca de segundo grado, constituida a su favor por escritura pública Nº 2851 de 31 de mayo de 1971, en cuanto ordenó al actor la consignación por $ 1.051.00 M/cte. y finalmente en cuanto no impuso condena en costas.

"Una vez constituida la honorable Corte en tribunal de segunda instancia se servirá confirmar la absolución del a quo de todos los cargos de la demanda.

"En el cuarto cargo se aspira a la casación parcial de la sentencia en cuanto condenó al Seminario demandado a pagar al actor una pensión mensual de jubilación de $ 451.50 M/cte., a partir del 10 de julio de 1970, una indemnización por despido injusto de $ 12.414.60 M/cte., y una vez constituida la honorable Corte en tribunal de instancia, confirme la absolución del a quo a estas peticiones de la demanda, o en subsidio, confirme la absolución de la petición de pensión de jubilación y fije la condena por indemnización por despido de

conformidad con el numeral 6º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, con las reducciones allí señaladas".

Con este alcance presenta el recurrente los siguientes cargos:

Cargo primero

"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, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial, expresada en los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, y 5º de la Ley 35 de 1888 por medio del cual se ratificó el Concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado colombiano, 16 de la Ley 153 de 1887, 24 y 25 de la Ley 153 de 1887, 338 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los artículos 1º, 2º, del Decreto 53 de 1952 y cánones 100, 107, 682, 1352, 1354, 1357, 1495, 1519, 335 y 1572, del Código de Derecho Canónico.

"La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo por infracción directa, derivada de haberse dejado de aplicar tales preceptos al caso sub judice, siendo procedente su aplicación.

"La sentencia es asimismo, violatoria del artículo 1º de la Ley 34 de 1892, por la cual se ratificó la convención adicional al Concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado colombiano, y los cánones 1154 y 1155, 120, 614, 1524, y 1552, y 1553 del Código de Derecho Canónico.

"La violación de las anteriores disposiciones se produjo por interpretación errónea, derivada de no haber sido entendidas tales normas en su recto sentido.

"Como consecuencia de las anteriores violaciones, el sentenciador infringió también directamente los artículos 22, 23, 55, 129, 186, 193, 259, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º, 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965 adoptada como norma permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968, y artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por haber aplicado dichas normas, no siendo procedente hacerlo en el caso de autos.

"De haber aplicado el ad quem las normas ignoradas e interpretado correctamente las disposiciones señaladas como equivocadamente entendidas, habría llegado a la necesaria conclusión de que las reglas del Código Sustantivo del Trabajo y demás leyes y decretos que lo adicionan, no eran aplicables al demandante, por tratarse de una persona que de acuerdo con el Concordato estuvo sometido a la legislación canónica, y en consecuencia, debió haber absuelto al Seminario demandado de todas las súplicas de la demanda.

"Ya desde el año de 1954, la honorable Sala de Casación Civil de esa corporación, con ponencia del Magistrado doctor Darío Echandía, fijó claros y precisos criterios respecto a la interpretación de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º, del Concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado colombiano, en sentencia del 15 de mayo de dicho año, que corre publicada en las páginas 579 y 587 del Nº 2141 de la Gaceta Judicial.

"En virtud de la referida jurisprudencia, las precipitadas normas concordatarias, y las correlativas de la legislación interna del país, reconocen al derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del Estado, pero que puede producir efectos en el derecho colombiano cuando hay deferencia expresa al derecho de la Iglesia.

"Ahora bien, esta referencia (sic) según la Corte es formal y no recepticia, o sea que las normas canónicas son tomadas por el derecho del Estado como simples normas indicativas, esto es, continuando extrañas al ordenamiento que las recibe y existentes en aquel de donde provienen, con las características intrínsecas y validez que tienen en este último.

"De lo anterior se infieren importantes conclusiones a saber:

"1º La posibilidad de invocar los preceptos canónicos, inclusive en casación.

"2º La aplicación de las normas por los jueces del Estado, aun cuando no sean expresamente invocadas por las partes.

"3º La no aplicabilidad, respecto de las normas canónicas, de algunos criterios que son propios del derecho del Estado y que se oponen al derecho canónico.

"4º La necesidad de que la interpretación de las disposiciones canónicas se haga según los criterios de este derecho.

"5º La imposibilidad de que puede existir conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Esta-

do defiere formalmente de una institución de derecho canónico, esta deferencia implica que se admite la reglamentación canónica relativa a esa institución".

Cita el impugnante a continuación una doctrina de la Corte y agrega:

"Las anteriores doctrinas indican claramente que al deferir la legislación colombiana a la canónica, ésta no pierde sus características de vigencia y la validez que tiene por sí misma, independientemente del ordenamiento jurídico del Estado, debiendo interpretarse y aplicarse de acuerdo a los mismos criterios del derecho canónico, pues éste debe ser solemnemente respetado por las autoridades de la República, como preceptúa el artículo 3º del Concordato, de donde se colige que el Estado, en su legislación, debe tener en cuenta las leyes de la Iglesia para no ir contra ellas, aplicarlas y darles prelación en caso de conflicto, cuando hay deferencia expresa, por tener su respaldo en un pacto internacional de mayor jerarquía que las normas del derecho interno.

"En materia laboral no hay posibilidad de conflicto entre una y otra legislación, pues el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, consagrado para los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro, a aquellas personas que de acuerdo con el Concordato están sometidas a la legislación canónica.

"En verdad, las diversas situaciones que se pueden presentar se recogen en la clasificación tripartita que se contempla en la sentencia de la Corte en comento, apoyada en el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 2º del Decreto 53 de 1952. Tales casos o hipótesis toman en cuenta la forma como actúa la Iglesia, la actividad que ésta desarrolla y la finalidad buscada por aquélla, ya sea con carácter de empresa, o sin ánimo de lucro, pero no en cuestiones que se relacionan exclusivamente con fines espirituales, o encaminada al cumplimiento de estos últimos.

"Es evidente que el criterio para ubicar a un trabajador en una de tales categorías es el de la actividad misma y la finalidad con la cual se cumple, pues a ella se refiere el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, integrante del capítulo XIII que reglamenta los patronos sin carácter de empresa.

"Determinada la finalidad espiritual con la cual actúa la Iglesia y el hecho de obrar sin carácter de empresa y sin ánimo de lucro, todos los servidores que se vinculen a esa clase de actividad quedan sometidos al derecho canónico y excluidos de la legislación laboral, sin que se limite a los ministros del culto cuando practican ritos sagrados en las ceremonias religiosas, pues aun cuando se trate de labores materiales, la finalidad espiritual de quienes en ellas trabajan también los coloca en el ámbito del derecho canónico.

"Lo anterior se justifica no sólo por el texto mismo del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo sino porque al hacer esta norma una referencia formal y no recepticia, como antes se dijo, la interpretación debe hacerse conforme a los principios del derecho canónico y no del Estado.

"Este punto es especialmente importante porque como se verá a continuación, el Tribunal incurrió en el yerro hermenéutico al tomar en cuenta el oficio del demandante, con menosprecio de la finalidad misma del Seminario demandado, que es la preparación de los ministros del culto, y considerar que por no estar vinculado el actor al culto mismo, no podía ser excluido del Código del Trabajo, no obstante estar laborando al servicio de la Iglesia en actividades con fines puramente espirituales, pues no otro carácter puede tener 'la formación de quienes desean consagrarse a los ministerios eclesiásticos', como señala el canon 1352 del C.I.C.

"Ya en el fallo de casación laboral atrás citado se había censurado al mismo Tribunal por haber hecho una distinción similar, que no se desprende ni del texto ni del espíritu del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, ni del Concordato ni de las normas del Código de Derecho Canónico, quebrantando unas y otras al pretender hacer prevalecer su criterio contra el propio de la Iglesia, efectuando una diferenciación entre las actividades materiales propias del enterrador o sepulturero y las de orden espiritual que competen a los ministros del culto".

Transcribe el casacionista algunos apartes de la sentencia del a quo y expresa luego:

"Después de citar varios apartes de su propia sentencia, concluye el ad quem:

"'De lo expuesto en la transcripción que antecede, aplicable como ya se dijo al caso aquí controvertido, se concluye que debe tenerse en cuenta tanto el lugar o establecimiento donde se haya prestado el servicio, así como la actividad cumplida por el trabajador, para determinar si esas relaciones configuran o no contrato de trabajo y si su juzgamiento corresponde a la jurisdicción laboral o es privativa del derecho canónico' (fl. 103).

"Agrega luego el Tribunal que como el actor trabajó en el Seminario en calidad de mayordomo, vale decir, en una dependencia que no tiene el carácter de lugar sagrado ni está consagrado al culto divino, aquél queda sometido a las normas de la legislación laboral, pues el Seminario no es un lugar sagrado, pues según el canon 1154 éstos únicamente son aquellos destinados al culto divino o a la sepultura de los fieles mediante la consagración o la bendición (fls. 109, 110).

"Es ostensible el nuevo error jurídico en que incurre la sentencia acusada, quebrantando claramente los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del Concordato y el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en ninguno de tales preceptos se indica que haya que tener en cuenta la actividad del trabajador, pues lo que sirve para diferenciar las tres categorías es la finalidad buscada por la Iglesia, y mucho menos se señala que se debe considerar el lugar o establecimiento donde se haya prestado el servicio, lo cual conduciría al absurdo, que si un ministro del culto celebra alguna ceremonia religiosa fuera de un cementerio o una iglesia, por ese solo factor local sus ayudantes dejan de estar sometidos al régimen del derecho canónico.

"Más adelante el Tribunal transcribe el canon 1552 que indica los asuntos que la Iglesia juzga por derecho propio y exclusivo y considera que únicamente quienes gozan del llamado privilegio del fuero por el derecho canónico, están exceptuados de la legislación laboral. En su sentir, como la citada prerrogativa únicamente cobija a los clérigos en todas sus categorías, los religiosos, incluso los legos y novicios y los miembros de sociedades religiosas que viven en común pero sin votos a tenor de los cánones 120, 614 y 680 del Código de Derecho Canónico, y no hallándose el actor en ninguna de tales situaciones, no está sometido a ningún régimen de excepción como el que se pretende en favor del Seminario llamado a juicio (fls. 11 y 112).

"Es también contrario a la hermenéutica el anterior planteamiento, pues en ninguna parte el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo ni las normas concordatarias señaladas como violadas, ni las disposiciones del derecho canónico citadas al comienzo del cargo, preceptúan que únicamente están excluidos del régimen laboral quienes gozan del privilegio del fuero, pues, se repite, siguiendo los lineamientos de la doctrina de la honorable Corte, lo que se debe considerar es el carácter con el cual obra la Iglesia y la finalidad de su actividad. Además olvidó el sentenciador que los seglares o laicos también son personas en la Iglesia, a tenor de los cánones 107 y 682 del Código de Derecho Canónico, normas que se abstuvo de aplicar".

Y concluye con un examen de lo ya expresado por el Tribunal al considerar la actuación o desempeño del demandante.

La parte opositora presenta argumentaciones en contra de lo sostenido por el acusador y en primer término explica:

"El primer cargo que formula el recurrente adolece del defecto de técnica de involucrar en una misma acusación dos conceptos diferentes de violación de la ley sustancial, como son la infracción directa y la interpretación errónea. Sabido es que cada uno de esos conceptos de violación tiene su propia fisonomía jurídica y no se pueden juntar en un mismo cargo, así se prediquen respecto de normas diferentes. Si unas determinadas normas se dejaron de aplicar, su falta de aplicación debe llevar a la anulación del fallo para que la censura prospere. Es posible que a esa misma anulación se llegue porque haya existido interpretación errónea de otras disposiciones, pero no se pueden juntar en un mismo cargo los dos conceptos de violación. La técnica de casación exige, según lo ha reiterado la jurisprudencia, que cada

concepto de violación se plantee separadamente. Como así no se hizo por el casacionista, su primer cargo no puede prosperar".

Se estudia

Observa esta Sala de la Corte que, evidentemente el censor presenta el cargo por dos motivos diferentes: por violación directa de las normas que invoca como no aplicadas por el sentenciador de segunda instancia y por interpretación errónea de otras distintas de las primeras, atinentes estas últimas a la convención adicional del Concordato y al derecho canónico.

Y como consecuencia de las violaciones precitadas explica que el sentenciador infringió por aplicación indebida los preceptos que en el cargo relaciona.

Como quiera que los motivos primeramente invocados se encuentran dentro de la causal primera de casación, y aquí los enuncia independientemente el censor, aun cuando dentro del mismo cargo, tal presentación no contiene defecto que pueda enervar el examen de la censura por ese aspecto, toda vez que los preceptos relacionados como no aplicados son distintos de los que cita como interpretados equivocadamente.

Se examina pues el cargo en el fondo:

Anota la Sala que el ad quem para fundamentar sus decisiones, con relación a la legislación canónica y a la civil, invoca una doctrina de la Corte que trata del problema y en unos pasos de la sentencia dice:

"De lo expuesto en la transcripción que antecede, aplicable como ya se dijo al caso aquí controvertido, se concluye que debe tenerse en cuenta tanto el lugar o establecimiento en donde se haya prestado el servicio así como la actividad cumplida por el trabajador, para determinar si esas relaciones configuran o no contrato de trabajo y si su juzgamiento corresponde a la jurisdicción laboral o es privativa del derecho canónico".

Cita el Tribunal algunos pasajes de la sentencia del a quo y arguye:

"Para fundamentar la afirmada discrepancia de criterios basta considerar que el actor prestó sus servicios en finca de propiedad del Seminario Conciliar de Medellín en calidad de mayordomo, vale decir, en una dependencia que no tiene el carácter de lugar sagrado ni puede decirse que está consagrado al culto divino, por lo que obviamente el asunto es de competencia de esta jurisdicción porque se da un verdadero contrato de trabajo, pues ni aun el Seminario mismo está revestido de tales calidades como se desprende del propio Código Canónico, cuya parte segunda del título XII, que trata de los lugares y tiempos (sic) sagrados, estatuye:

" 'Sección I. De los lugares sagrados. 1154. Son lugares sagrados aquellos que se dedican al culto divino, a la sepultura de los fieles mediante la consagración o la bendición que a este efecto prescriben los libros litúrgicos aprobados'.

" 'Aclaración a este canon. De los lugares destinados al culto divino que integran la primera parte de esta primera sección, cabe distinguir dos clases: unos que podemos llamar remotos, cuales son las iglesias y los oratorios, y otros próximos, o sea los altares'.

"Se aprecia pues, que, ni el aludido canon ni su aclaración incluyen como lugares sagrados o destinados al culto divino los Seminarios Conciliares, que son los lugares o establecimientos donde se educan los que se dedican al estado eclesiástico, y por ende quienes en ellos laboran en actividades del orden material, no están sujetos al derecho canónico, y menos si tales personas vinculan su actividad no al Seminario mismo, sino a bienes que éstos poseen y explotan con absoluta independencia del establecimiento en sí mismo como centro educativo o de formación para quienes se dedican a la carrera eclesiástica.

"Pero aun en la hipótesis de ser el Seminario un lugar sagrado o consagrado al culto divino tal circunstancia de acuerdo con la doctrina de la honorable Corte, no colocaría a las personas vinculadas a su servicio, para efectos de la ley laboral, como sujetos del derecho eclesiástico y excluidos por lo tanto de la legislación nacional..."

Ciertamente la Sala Laboral de la Corte en sentencia de 26 de abril de 1969, estudió la ubicación de la Iglesia frente al derecho laboral, sentencia ésta de la que se copia lo siguiente que viene precisamente al caso de que aquí se trata:

"1. El régimen concordatario vigente a partir de la Constitución de 1886 consagró a través de varias estipulaciones consignadas en el convenio del 31 de diciembre de 1888, que la Iglesia católica conservaría en adelante su plena libertad e independencia de la potestad civil, y por consiguiente sin ninguna intervención de ésta podría ejercer libremente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica conformándose en su gobierno y administración con sus propias leyes (Art. 2º); que la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será solamente respetada por las autoridades de la República (Art. 3º del Concordato reproducido por el Art. 16 de la Ley 153 de 1887); y que en la Iglesia representada por su legítima autoridad jerárquica reconoce el Estado verdadera y propia personería jurídica y capacidad de gozar y ejercer los derechos que le corresponden.

"La exégesis de las anteriores estipulaciones concordatarias llevó a la jurisprudencia de la Corte a afirmar que ellas reconocían al derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del Estado colombiano, pero en capacidad de producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, cuando éste difiere (sic) expresamente, en ciertas materias, al derecho de la Iglesia. La referencia (sic) que la legislación nacional hace de la canónica en ciertos casos y materias, es formal y no recepticia, pero de ella se desprenden, según la misma jurisprudencia, consecuencias muy importantes, como son la posibilidad de denunciar la violación de las normas canónicas, aun en casación; la aplicación de esas normas por los jueces del Estado aun cuando no sean expresamente invocadas por las partes en los juicios civiles; la necesidad de que su interpretación sea hecha según los criterios que establece el mismo derecho canónico; la no aplicabilidad, respecto de las normas canónicas, de algunos criterios propios del derecho del Estado, que están en posición con los del derecho canónico; y en particular, la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución.

"2. En el campo de derecho laboral anterior a la vigencia del actual Código Sustantivo del Trabajo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, inspirada en el solo criterio relacionado con la finalidad económica que persigue el contrato de trabajo, había concluido que una parroquia de la Iglesia católica, o de cualquiera otra Iglesia, en cuanto sus actividades se dirijan a cumplir con los fines espirituales o religiosos que les son propios, no tiene el carácter de patrón. Mas cuando la Iglesia explota económicamente o desarrolla una cualquiera actividad con ánimo de lucro, las relaciones con sus asalariados constituyen contrato de trabajo que se gobierna por las normas del derecho positivo laboral.

"El Código Sustantivo del Trabajo actual recogió y plasmó el pensamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo ya que de sus reglaciones surgen con claridad palmaria los tres casos o hipótesis en que pueden concebirse las relaciones de la Iglesia, como entidad patronal, con trabajadores a su servicio. Tales casos son los siguientes: a) Si la Iglesia obra con carácter de empresa, es decir, con ánimo de lucro, el contrato de trabajo se rige por las normas generales de la legislación laboral; b) Si la Iglesia obra sin ánimo de lucro, en cuestiones que no se relacionan exclusivamente con fines espirituales como el servicio del culto, queda también sujeta a las normas del Código, pero con las restricciones o limitaciones establecidas por el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 1º y 2º del Decreto 53 de 1952 en beneficio de los patronos que en el desarrollo de sus funciones persiguen fines de interés social, sin percibir utilidades ni repartir dividendos; c) Si la Iglesia, finalmente, obra también sin ánimo de lucro, pero con finalidad dispuesta exclusivamente a los fines espirituales que le están adscritos, o sea el servicio del culto, como en el caso de los empleados dirigidos y depuestos únicamente por el rector de la Iglesia, según el canon 1185 (sacristanes, sochantres o cantores, organistas, sepultureros, campaneros, niños de coro y demás

sirvientes), el asunto queda comprendido sólo dentro de la legislación canónica, en punto en que es independiente de la civil y no hace parte de ésta, sino que la misma legislación nacional se refiere y remite a la canónica al declarar que las normas laborales sobre los patronos sin carácter de empresa no se aplican a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas tan sólo al derecho canónico".

El padre Hernán Arboleda Valencia, doctor en derecho canónico, comentando el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con algunas disposiciones canónicas, revista Vinculum Nº 81, Pág. 274 a 276 dice:

"El Código Sustantivo del Trabajo estatuye en el artículo 338:

"1. Los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro quedan sujetos a las normas del presente Código; pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones.

"2. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica (Decreto Nº 905, de 20 de abril de 1951).

"El Decreto Nº 53 de 1952 reglamentó este artículo así:

"Artículo 1º Para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados en favor de sus trabajadores, se entiende que ejecutan actividades sin ánimo de lucro los patronos, entidades o dueños de establecimientos que en el desarrollo de sus funciones persiguen fines de interés social, sin percibir utilidades ni repartir dividendos.

"Parágrafo. No se entenderán como utilidades o dividendos las sumas que tales patronos o entidades persigan o paguen a título de emolumentos o salarios por la prestación de servicios personales.

"Artículo 2º Están comprendidos dentro de la definición del artículo anterior los templos y capillas de culto público y las casas episcopales y curales, pertenecientes unos y otras a la religión católica, respecto a sus trabajadores no comprendidos por el derecho canónico; las instituciones de utilidad común a que se refiere la Ley 93 de 1938, las asociaciones o entidades de carácter científico, filantrópico, artístico, cultural y de fomento cívico y los sindicatos de trabajadores.

"Artículo 3º Los patronos de que trata el artículo 1º estarán obligados al pago del cincuenta por ciento (50%) de cada una de las prestaciones que fija la ley.

"Artículo 4º Los establecimientos de utilidad común no dejan de ser patronos sin ánimo de lucro por el hecho de tener anexo a su servicio de caridad, servicio de pensionados, siempre que las entradas líquidas provenientes de este último renglón se destinen a la beneficencia.

"Artículo 5º Ninguno de los patronos o establecimientos de que trata el artículo anterior podrá pagar, por concepto total de sueldos, emolumentos y honorarios de funcionarios de la entidad o del establecimiento, suma superior al treinta por ciento (30%) de sus entradas, salvo casos expresamente autorizados por el Departamento Nacional del Trabajo. En caso contrario, quedarán obligados a la totalidad de las prestaciones sociales de sus trabajadores.

"Artículo 6º Para que las facultades, colegios y escuelas que reciben de sus alumnos estipendios, cuotas de ingreso o por mensualidades, o en cualquiera otra forma, puedan asimilarse a patronos sin ánimo de lucro para efectos del presente decreto es necesario que demuestren cada año ante el Departamento Nacional del Trabajo que sostienen un número de estudiantes pobres becados gratuitamente, no inferior al diez por ciento (10%) del número total de alumnos con que terminaron el año lectivo anterior.

"Artículo 7º Los clubes sociales, deportivos y similares, aunque carezcan de ánimo de lucro, están obligados al pago íntegro de las prestaciones sociales.

"De esta legislación se desprende lo siguiente:

"I. Hay que distinguir entre las entidades con ánimo de lucro y las entidades sin ánimo de lucro.

"Las primeras cualesquiera que sean, están obligadas a pagar todas las prestaciones así comunes como especiales señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo. Las religiosas, por lo tanto, que estuvieren al

servicio de esas entidades, tienen derecho a todas las prestaciones sociales vigentes.

"II. En cuanto a las entidades sin ánimo de lucro hay que distinguir las oficiales y privadas de las eclesiásticas.

"Las oficiales y privadas están obligadas al pago del 50% de cada una de las prestaciones que fija la ley. A este 50% tienen derecho las religiosas que sirven a las mencionadas entidades.

"Respecto de las entidades eclesiásticas hay que hacer una nueva distinción:

"El numeral 2º del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo declara exentas de la legislación civil 'las personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica'. Como lo anota el artículo publicado en Vinculum, Nº 76, Pág. 254, las personas de que se trata aquí son las entidades o personas morales de derecho canónico, que en el decreto de 21 de agosto de 1959 del cardenal Concha, se enumeran así:

"a) La curia arzobispal;

"b) Las parroquias y las vicarías parroquiales;

"c) Las iglesias y capillas del culto público;

"d) El Seminario Mayor, el Seminario Menor y la Apostólica de San Benito;

"e) Los cementerios;

"f) Los conventos y casas de religiosos y religiosas;

"g) Las instituciones católicas de beneficencia, propaganda religiosa y acción espiritual canónicamente erigidas.

"Pero la exención de estas entidades no es total, el artículo 2º del Decreto reglamentario 53 de 1952 antes citado, somete a la legislación civil las iglesias y capillas de culto público, las casas episcopales y curales 'respecto a sus trabajadores no comprendidos por el derecho canónico'.

"Están comprendidos por el derecho canónico (canon 1185), o sea, se consideran como empleados eclesiásticos exentos de la legislación civil: los sacristanes, los cantores, los organistas, los niños del coro, los campaneros, los sepultureros, los empleados para administración en las curias diocesanas y parroquiales, es a saber, mayordomos de fábrica, secretarios de despacho, contadores o administradores, porteros o sirvientas, y en fin todas las personas empleadas en funciones directa o indirectamente ligadas con el fin espiritual de la Iglesia, que han de ser retribuidas con bienes pertenecientes a una persona moral eclesiástica (Vinculum, Nº 76, Pág. 256). Estas personas están amparadas por el Acuerdo de la Conferencia Episcopal del 26 de noviembre de 1951, sobre prestaciones eclesiásticas (La Iglesia, Nº 740, noviembre 1952, Pág. 314) y en la Arquidiócesis de Bogotá por el decreto citado del cardenal Concha" (se subraya).

Observa esta Sala de la Corte que, en el caso sub judice el Tribunal entendió que los Seminarios tienen por objeto preparar ciudadanos con vocación para el servicio sacerdotal o eclesiástico y que por consiguiente aun cuando su finalidad es espiritual no están consagrados directamente al culto divino, y además que, una cosa es el Seminario como institución docente, con esa indicada finalidad y otra los bienes patrimoniales de que pueda disfrutar la entidad según su capacidad económica entendimiento éste que no aparece equivocado dentro de la situación de hecho que el Tribunal dio por establecida, consistente en que el señor Clímaco Cifuentes Orozco estuvo vinculado al trabajo en una finca de propiedad del Seminario Conciliar de Medellín y que, en consecuencia, no puede quedar comprendido dentro de aquellas personas sometidas al derecho canónico ya que sus labores estuvieron dedicadas a la explotación económica de ese fundo de propiedad del Seminario.

Si pues el ad quem en presencia de esa relación laboral consideró que para este caso eran aplicables las disposiciones que corresponden a quienes no están sometidos al derecho canónico, no incurrió en errada interpretación de las normas que invoca el recurrente, y si no aplicó aquellas otras que competen precisamente a quienes sí están sometidos a ese derecho, ello se deduce lógicamente de que no podía aplicarlas a la relación jurídico-laboral de quien no lo estaba como el señor Clímaco Cifuentes Orozco.

Como corolario, no aparece la aplicación indebida de los preceptos sustanciales que consagran los derechos impetrados por el demandante.

En consecuencia el cargo no prospera.

Cargo segundo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, que subrogó el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la indebida aplicación de los artículos 22, 23, 55, 127, 129, 186, 193, 249, 253, 259, 306 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º, 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como norma de carácter permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968, y aplicación también indebida del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral.

"La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo en forma indirecta, a causa de haberlas aplicado indebidamente el ad quem, no siendo procedentes en el caso de autos.

"En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador por evidentes errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, consistentes en falta de apreciación de unas pruebas y la apreciación errónea de otras, de acuerdo a la siguiente relación:

I. Pruebas apreciadas erróneamente

"a) La demanda del proceso, en cuanto a la confesión en ella contenida (fls. 4 a 6);

"b) La copia de la diligencia verificada ante la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia (fls. 2 y 69);

"c) Declaraciones de los señores Manuel Franco Ruiz, (fl. 19), Gabriel Emilio Martínez (fls. 20 y 21), Pedro Antonio Medina (fls. 22 y 23);

"d) Comprobante del folio 60.

III. Pruebas no apreciadas

"a) Contestación de la demanda (fl. 9);

"b) Certificación expedida por el reverendo padre Alfonso Londoño B., Canciller de la Arquidiócesis de Medellín (fl. 19);

"c) Certificación expedida por S.E.R. monseñor Tulio Botero Salazar, arzobispo de Medellín (fl. 43);

"d) Comprobantes de pago de folios 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 64, 68 y 70.

"Entre las pruebas equivocadamente apreciadas se citan algunas testimoniales, en vista de que la sentencia se apoya en pruebas excluidas y no excluidas de la preceptiva del error de hecho, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, para lo cual se procederá en primer término a fundamentar la censura contra las pruebas calificadas como aptas para la casación del trabajo, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de esa honorable Sala Plena en fallo del 6 de octubre de 1972. (Juicio de Luis Alberto Ramírez vs. Sonolux).

"Los errores de hecho en que incurrió el sentenciador y que aparecen de modo manifiesto en los autos, fueron los siguientes:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante trabajó al servicio de la entidad demandada del 9 de junio de 1954, al 9 de julio de 1970;

"b) No dar por demostrado, estándolo, que las fechas anteriormente indicadas únicamente son aproximadas y por tanto no son suficientes para acreditar los extremos del contrato de trabajo;

"c) No dar por demostrado, estándolo, que el Seminario demandado sí dio contestación a los exhortos que oportunamente le envió el juez del conocimiento sobre hechos relativos al litigio;

"d) Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada se negó a facilitar la diligencia de inspección judicial pedida por las partes;

"e) Dar por demostrado, sin estarlo, que el último salario mensual del demandante fue de $ 552.50 M/cte., en dinero.

"Es bien sabido que en materia laboral corresponde al demandante la carga probatoria en cuanto a los extremos del vínculo laboral, a saber: Prueba de la fecha de ingreso, la de retiro y el salario devengado, sin cuya demostración el juzgador no puede despachar favorablemente, las súplicas, pues aquél no está facultado para hacer cálculos aproximativos o estimativos.

"El funcionario puede utilizar sus amplias facultades inquisitivas para decretar

pruebas de oficio en búsqueda de la verdad real. Pero lo que le está vedado es que al momento del fallo, cuando se enfrenta al haz probatorio, si éste se encuentra incompleto, pueda hacer suposiciones no fundadas en las probanzas aportadas en una u otra forma.

" 'La prueba del tiempo servido y del salario debe ser suministrada por el trabajador que demanda la prestación. No es suficiente demostrar la existencia del contrato de trabajo para que se estime que en su favor obra la presunción de que el tiempo de servicio y el salario son el enunciador en la demanda' (Sent. del 14 de junio de 1954; D. del T. Vol. XX, Nos. 115-117 Pág. 108).

"Para fundamentar las condenas el Tribunal dio por establecido, sin fundamento alguno, que el actor había laborado 16 años aproximados y con base en ese dato incierto procedió a liquidar las prestaciones y la indemnización cuyo pago se ordena en la parte resolutiva imputando a la demandada una renuencia para facilitar la práctica de la inspección judicial, cuando en los autos aparece demostrado todo lo contrario.

"Dice así el sentenciador:

" '... Sostiene el demandante que el tiempo de servicios fue de diez y siete años aproximadamente, contados del 9 de junio de 1970 hacia atrás. Como se desconoce la fecha cierta de iniciación del contrato, la Sala acoge el de diez y seis años, 9 de junio de 1970, a la misma fecha de 1954, tomando en cuenta la afirmación del actor y el dicho de los testigos, compañeros de trabajo de éste, y la aceptación implícita que de dicho término hizo la entidad demandada al abstenerse de diligenciar en debida forma los exhortos librados al efecto, y sobre todo, al negarse a facilitar la práctica de la diligencia de inspección judicial a sus libros para establecer la fecha exacta de iniciación del vínculo laboral y los salarios devengados, no obstante haber sido esta prueba solicitada por su propio procurador judicial' (fl. 115).

"En el párrafo transcrito se observa cómo el Tribunal incurre en una serie de contradicciones e inexactitudes. En primer término, el mismo actor confiesa en el hecho 1º de la demanda que trabajó 17 años de 1970 hacia atrás, en forma aproximada y el ad quem concluye diciendo que con base en la afirmación del actor, el tiempo de servicios que se debe considerar es el de 16 años, es decir, algo perfectamente diferente a lo afirmado en el libelo, pues el demandante no habló ni de tiempo exacto ni de diez y seis años.

"Si cuando la sentencia se remite a la 'afirmación del actor' pretende referirse a lo afirmado por éste en la reclamación que formuló ante la División Departamental del Trabajo de Antioquia, también varía la conclusión por cuanto allí el extrabajador manifestó haber trabajado un lapso aproximado de 17 años a partir del 9 de junio de 1970.

"Por lo demás, la demandada nunca aceptó, ni expresa ni tácitamente el término de labores señalado en la demanda. En su contestación el hecho 1º fue negado enfáticamente, y esta prueba la dejó de apreciar el Tribunal. Tampoco éste tomó cuenta que la parte demandada sí dio contestación a los exhortos que se le formularon, tal como aparece en las documentales auténticas de folios 19 y 43 que fueron ignoradas, y que una vez producidas fueron aceptadas por la parte actora al no solicitar ninguna aclaración o ampliación de las mismas.

"Pero resulta más aberrante aún afirmar, como lo hace el ad quem, con claro desconocimiento de la realidad procesal, que la parte demandada se negó a facilitar la práctica de la diligencia de inspección judicial.

"Por el contrario, en la carta del excelentísimo señor arzobispo de Medellín visible al folio 43 éste únicamente señala la improcedencia de inspeccionar los libros y documentos de la Arquidiócesis, cuestión apenas lógica porque ésta no era demandada, expresando que en lo que atañe al Seminario Conciliar, su representante podrá dar todos los informes pertinentes sobre el caso estudiado.

"Y en la siguiente audiencia del 1º de agosto de 1972 (fl. 45), el señor apoderado de la parte demandada presenta al juzga-

do todos los documentos que le envió su mandante, incorporados luego al expediente de folios 46 a 81, ante lo cual se dejó la siguiente constancia:

" 'Manifiesta el señor apoderado del demandante que en vista de los documentos presentados no se hace necesario la práctica de la inspección ocular. En vista de que no hay interés en las partes en trasladar al juzgado para que esta prueba se practique, no se lleva a cabo...'

"Resulta entonces insólito afirmar que hubo renuencia del Seminario demandado al impedir la práctica de la inspección judicial, cuando el mismo apoderado del actor se declara satisfecho con los documentos presentados y deja constancia de no estar interesado en la inspección ocular. De haber existido negativa de la demandada, como lo insinúa el Tribunal, lo lógico era que la parte actora pidiera la aplicación del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral lo cual no ocurrió, viniendo en su lugar el sentenciador a contradecir el informativo, en el cual se señala claramente que la inspección judicial no se verifica por no haber interés de las partes.

"Si a través de los documentos auténticos aportados no se pudo establecer la fecha de ingreso, es punto que no incumbe à la parte demandada, pero le estaba vedado al Tribunal entrar a hacer suposiciones y cálculos aproximados sobre el particular, cuando el mismo actor no la precisa en su libelo y se contradice con lo afirmado en la audiencia ante las autoridades administrativas del trabajo, y menos atribuyendo a la demandada actitudes procesales de mala fe, contra la evidencia procesal.

"Resulta el ad quem por tanto incurso en evidente error de hecho al dar por establecido, con base en las pruebas aportadas, que el trabajador laboró del 9 de junio de 1954 al 9 de junio de 1970, pues en cuanto a la de retiro, tampoco lo fue el día mencionado, ya que las documentales que obran a folios 60, 68 y 70, desconocidas por aquél, hablan de una fecha diferente.

"Tampoco es cierto que el último salario del actor hubiera sido de $ 552.50 M/cte. conclusión que apoya el Tribunal en el documento del folio 60 (fl. 115), el cual fue mal apreciado pues en él se señala que el sueldo base era de $ 510.00 M/cte. que coincide con el que se tomó en cuenta para la liquidación de las primas de servicio (fl. 57), prueba no apreciada. Es cierto que en el documento estudiado por el sentenciador se habla de $ 552.50 M/cte., pero incluyendo la prima anual, que no es salario conforme el artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo norma que en consecuencia, resultó indebidamente aplicada.

"Demostrados los errores de hecho, con apoyo en las pruebas susceptibles de este ataque, se abre el campo para analizar los testimonios aportados, pues el Tribunal afirma también apoyarse en '...el dicho de los testigos, compañeros de trabajo de éste...' (fl. 115). Como podrá observarse, los testigos son vagos e imprecisos, y no aportan claridad alguna a los extremos del contrato, resultando inclusive alguno de ellos familiar del demandante.

"El señor Manuel Franco Ruiz, manifiesta conocer al demandante 'por ahí hace 18 años, y todo ese tiempo lo vi trabajando allá', pero luego agrega que: 'Yo no recuerdo el salario del señor Clímaco Cifuentes porque hace ocho años que me retiré y además porque los salarios variaban', o sea que por una parte sostiene que vio durante 18 años trabajando al demandante, por ser su compañero de trabajo, pero luego sostiene que se retiró desde 1963, ocho años antes del mes de abril de 1971, cuando rindió su testimonio. Esto sin tener en cuenta su afirmación de haber tenido un pleito con el Seminario lo cual hace altamente sospechoso de parcialidad al deponente (fls. 14 y 14 vto.).

"Gabriel Emilio Martínez comienza por afirmar que es suegro del actor, lo cual hace incurso a este testigo en la misma crítica que se le formuló al anterior, dadas las relaciones de parentesco. Además, únicamente fue compañero de trabajo del demandante de 1953 a 1962, es decir, menos de 9 años, sin precisar ni fechas ni meses. Luego manifiesta que el señor Cifuentes trabajó todo ese tiempo en forma continua y sin interrupción, pero no menciona a cuál se refiere; tampoco le consta el salario devengado (fls. 20 y 21).

"Pedro Antonio Medina sostiene que le consta personalmente que el actor estuvo

prestando sus servicios al Seminario en forma continua y durante 17 años hasta el 10 de julio de 1970, pero luego al ser repreguntado por el señor apoderado de la parte demandada expresa: 'No recuerdo la fecha en que el señor Cifuentes, demandante, entró a trabajar allá al Seminario, no recordando tampoco el año y menos la fecha' (fls. 22 a 24).

"Como puede observarse, tampoco los testimonios aportan ninguna luz acerca de los extremos del contrato, a más de que por lo menos dos de ellos están afectados de sospecha a la luz de la sana crítica.

"Por todo lo anterior y al no existir en autos suficientes elementos de juicio para fijar los extremos de la relación laboral, la sentencia debió absolver a la entidad demandada. Al no hacerlo así y tomar fechas estimativas, contrarias a la realidad procesal, el Tribunal incurrió en los errores de hecho que se han señalado, los cuales aparecen de manifiesto, y a través de ellos infringió en forma indirecta las disposiciones sustanciales citadas en el encabezamiento del cargo y por ende la sentencia debe ser casada, para en su lugar absolver al Seminario de las peticiones impetradas en su contra".

La parte opositora sostiene que el casacionista no ha demostrado los errores de hecho que afirma cometió el juzgador, y menos aún con el carácter de ostensibles o evidentes, y entre sus argumentaciones dice:

"...desconoce que el Tribunal para concluir que el tiempo trabajado fue de 16 años contados del 9 de junio de 1970 hacia atrás, se basa en la 'aceptación implícita que de dicho término hizo la entidad demandada al abstenerse de diligenciar en debida forma los exhortos librados al efecto'. Destaca el juzgador que la conducta procesal de la demandada no fue precisamente de colaboración con la justicia, por lo que condenó su deslealtad procesal, tomando esa conducta como soporte probatorio de tal hecho. Se vio precisado a censurar como Tribunal que 'a pesar de las inconsecuencias o contradictorias actitudes asumidas por la entidad demandada', su documento de transacción tiene efectos liberatorios para la demandada. Pero no es solamente esa prueba indiciaria que se ha destacado el apoyo probatorio de tal hecho, que lo son principalmente los testigos que depusieron en el juicio..."

Se estudia el cargo

El Tribunal para reconocer la existencia del contrato de trabajo celebrado entre el actor del juicio y la parte demandada se pronunció así:

"... Se tiene así pues, que la entidad demandada, por el documento de transacción reconoce la existencia del contrato de trabajo y las consecuentes obligaciones a su cargo por concepto de las prestaciones sociales surgidas del mismo, sin que en forma alguna haya desconocido o planteado en el juicio la cuestión de competencia, por lo que a más de las consideraciones que se dejan consignadas, es obvio que la jurisdicción del trabajo tiene competencia para decidir sobre los derechos reclamados por el actor. En consecuencia se pasa a determinar cuáles son estos de acuerdo los hechos (sic) acreditados en juicio.

"La circunstancia misma de la transacción celebrada al momento del retiro del trabajador y el que se le hubiera reconocido una 'bonificación graciosa', está indicando el reconocimiento de la ilegalidad en la terminación del contrato de trabajo por parte del Seminario, ya que el motivo aducido no está contemplado como justa causa legal, y de ahí que debe responder de sus consecuencias jurídicas, como son el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente y de la pensión especial de jubilación.

"En orden a deducir el monto de las obligaciones por los conceptos reclamados y a la imputación que debe darse a las sumas satisfechas al trabajador, la Sala estima, a pesar de las inconsecuencias o contradictorias actitudes asumidas por la entidad demandada, que la transacción llevada a efecto y lo que en razón de ella se pagó, tiene poder liberatorio para el Seminario, y así imputará la llamada 'bonificación graciosa' al valor de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, y el préstamo de diez mil pesos a cesantía y otros conceptos, con lo cual queda también exonerado de la sanción moratoria,

pero quedando dicha entidad obligada a la cancelación del gravamen hipotecario de segundo grado que por la indicada suma constituyó el trabajador sobre el bien adquirido conforme a la escritura pública Nº 2851 de fecha 31 de mayo de 1971, de la Notaría Tercera de este Circuito.

"Sostiene el demandante que el tiempo de servicios fue de diez y siete años aproximadamente, contados del 9 de junio de 1970 hacia atrás. Como se desconoce la fecha cierta de la iniciación del contrato la Sala acoge el de diez y seis años, 9 de junio de 1970 a la misma fecha de 1954, tomando en cuenta la afirmación del actor y el dicho de los testigos, compañeros de trabajo de éste y la aceptación implícita que de dicho término hizo la entidad demandada al abstenerse de diligenciar en debida forma los exhortos librados al efecto, y sobre todo, al negarse a facilitar la práctica de la diligencia de inspección judicial a sus libros para establecer la fecha exacta de iniciación del vínculo laboral y los salarios devengados, no obstante haber sido esta prueba solicitada por su propio procurador judicial.

"Obra a folio 83 el dictamen pericial presentado en audiencia de trámite (fl. 82) y aclarado en la incidental (fl. 87) el cual no fue objetado por las partes, lo que significa que aceptaron las cuestiones en él contenidas, esto es, el salario en especie representado en vivienda, el cual fue estimado en $ 200.00 mensuales, y $ 3.000.00 por mejoras introducidas a la habitación por el demandante.

"Por tanto, como se conoce el último salario promedio en dinero de $ 552.50 (fl. 60) a éste se agrega el de especie de $ 200.00 por vivienda (f. 83), para un total de $ 752.50 con el que se liquidarán los derechos causados del 1º de enero de 1963 hasta el 9 de junio de 1970, o sea cesantía, indemnización por despido, y vacaciones por todo el tiempo servido por no haber el trabajador hecho uso de ellas en tiempo (Num. 3º Art. 14, Decreto 2351 de 1965). Para los correspondientes al período anterior, esto es, el del 31 de diciembre de 1962 hacia atrás, se aplicarán los mínimos legales vigentes en esas épocas, por cuanto se desconocen los realmente devengados.

"Las liquidaciones se harán sin restricción alguna, no sólo porque la entidad demandada no comprobó su capital en conformidad con las normas legales pertinentes, como tampoco que el inmueble en que laboró el actor lo poseía sin ánimo de lucro, ni se alegó prescripción".

Observa la Corte que el ad quem para determinar la época de la iniciación del contrato de trabajo tuvo en cuenta la afirmación del actor del juicio y el dicho de los testigos que fueron aducidos a los autos, y cuyos testimonios son susceptibles de examen en este caso, por cuanto el fallador apoya sus deducciones en la demanda, que como es obvio por sí sola no hace demostración alguna a favor del actor del juicio, que es prueba calificada para la casación y que aquí tiene relación directa con lo específicamente deducido de la prueba testimonial.

El ad quem pues, encuentra demostrado el tiempo servido por el demandante con la propia afirmación de éste en la demanda y con el dicho de los testigos, prueba ésta a la que atribuye la validez y fuerza demostrativa necesarias para la conclusión a que llegó con respecto al período en que el demandante estuvo trabajando en la finca de propiedad del Seminario demandado.

El testigo señor, Manuel Franco Ruiz, (f. 14) asevera que conoció al senor Clímaco Cifuentes como trabajador de la finca del Seminario en Medellín, "por ahí hace 18 años", (declara el 21 de abril de 1971), y acredita que fue patrón de Clímaco Cifuentes allí mismo. Expone el deponente que fue mayordomo en esa misma finca y que Cifuentes trabajaba en labores propias del campo: "...trabajó en una lechería o establo que existía en el Seminario, trabajó sosteniendo unas marraneras, trabajó en un tejar, trabajo en legumbreras y sembrados de yuca y maíz, sostenimiento de yerbal".

Dice el testigo que Cifuentes trabajó todo ese tiempo allí y que él se retiró hace como ocho años.

El testigo, Gabriel Emilio Martínez (fl. 20), dice que fue compañero de labores en esa misma finca del Seminario del señor Clímaco Cifuentes Orozco desde 1953 hasta 1962 en que el testigo se retiró del servicio

de ese fundo de propiedad del Seminario. Que Cifuentes Orozco ejecutaba los trabajos propios del agro, "unas veces establo, otras cultivar, celar y muchos oficios".

Dice que Cifuentes continuó trabajando en ese lugar después del retiro del testigo pero que éste iba cada quince días, porque allí quedó estudiando una hija suya en una escuela a media cuadra del Seminario. Aclara eso sí el testigo, que Clímaco Cifuentes es su suegro.

El testigo señor Pedro Antonio Medina Ortiz, conoció a Clímaco Cifuentes Orozco por más de dieciocho años, (declara el 15 de julio de 1971), también fue compañero de trabajo de Clímaco Cifuentes en esa misma finca del Seminario, atestigua que Cifuentes trabajó allí diecisiete años, y dice: "...el señor Clímaco Cifuentes, hacía varios oficios, tal como yo, lidiar con ganado, porque ahí había establo, trabajar en agricultura y no había trabajo fijo para nosotros..."

Este testigo al momento de su testimonio iba a cumplir treinta y tres al servicio de ese fundo de propiedad del Seminario.

Del análisis de estos testimonios se saca en conclusión que es evidente que el señor Clímaco Cifuentes Orozco trabajó en ese predio de propiedad de la parte demandada unos diecisiete años, por cuanto el primero lo conoció hace dieciocho años trabajando allí y declara en 1971, el segundo que no fue tachado por ser yerno del demandante, es más afirmativo al sentar que estuvo allí con Cifuentes trabajando desde 1953, y el último, trabajador del Seminario de vieja data, acredita también un trabajo por parte del demandante, en esa finca aludida, de diecisiete años.

La sospecha que podría recaer sobre el testigo Gabriel Emilio Martínez, se desvanece ante la concordancia de modo, tiempo y lugar, en referencia con lo acreditado por los otros dos.

El actor en su demanda sostiene que estuvo trabajando en aquella finca de propiedad del demandado por un tiempo aproximado de diecisiete años contados hacia atrás a partir del 9 de junio de 1970; tal afirmación no está desnuda de veracidad, sino que sale avante con el respaldo de la prueba testimonial, en donde los testigos sin precisar fechas que desde luego no recuerdan con respecto a la iniciación del trabajo por el demandante en ese fundo, agrícola y ganadero, sí permiten precisar sin lugar a duda de ninguna naturaleza que la afirmación del actor del juicio es veraz.

Si pues, el ad quem fijó en dieciséis años la permanencia del trabajador al servicio del demandante no cometió error ostensible alguno en la apreciación de esos instrumentos de prueba, porque sí se llega a esa conclusión en presencia de prueba testimonial tan clara, en donde se nota la sinceridad, certeza y buen juicio de los deponentes.

En lo atinente a que en la sentencia acusada se tuvo como aceptación implícita de ese tiempo servido por el demandante, el haberse abstenido la parte demandada de diligenciar debidamente los exhortos que le fueron librados, cuyo diligenciamiento dice el casacionista que sí fue cumplido, se tiene que, ciertamente el Seminario no dio respuesta al pedimento que el juzgador le hizo para que certificara sobre el tiempo servido por el señor Juan Clímaco Cifuentes Orozco, oficio desempeñado y salario percibido por éste.

Aparece el certificado expedido por el reverendo padre Alfonso Londoño, Canciller de la Arquidiócesis de Medellín en donde da respuesta al exhorto 534, mas no con los datos impetrados por el juzgado. También se encuentra el oficio dirigido por el excelentísimo señor arzobispo de Medellín en respuesta a la comunicación Nº 380 procedente del juzgado del conocimiento, en donde se dan las razones que tuvo el excelentísimo señor arzobispo para no consentir una visita en los libros, por cuanto el pedimento del juzgado se refiere en forma general tanto a los de la Arquidiócesis como a los del Seminario, pero el propio prelado en ese oficio dice al final que "...el representante legal del Seminario sí podrá darle informes escritos sobre el caso que está estudiando y solamente él".

De forma que, si bien la Arquidiócesis tanto por medio de su Canciller como del excelentísimo señor arzobispo, respondieron a su manera los exhortos, no así propiamente el Seminario quien como queda advertido no expidió la certificación que le fue demandada, hecho éste que ciertamen-

te no puede tomarse como reconocimiento implícito del tiempo servido por el actor del juicio, pero que sí puede constituir un indicio, con el que el fallador respalda el efecto de la prueba testimonial, y de ahí que se haya referido expresamente a la conducta procesal de la parte demandada.

Dice la censura que no fueron apreciadas: la contestación de la demanda, las certificaciones expedidas por el reverendo padre Alfonso Londoño B., Canciller de la Arquidiócesis y por el excelentísimo señor arzobispo de Medellín, así como los comprobantes que enumera en el aparte d) del título "Pruebas no apreciadas", empero tales elementos sí fueron tenidos en cuenta por el fallador de segunda instancia. En cuanto a la contestación de la demanda dice el ad quem: "Pero es que, además, la entidad demandada ni siquiera ha discutido en el presente caso la cuestión de la competencia, pues en la lacónica y reticente respuesta al libelo se limita a desconocer que el demandante hubiera estado vinculado por contrato de trabajo, 'sino que la demandada le dio caridad'."

Ya está visto cómo en la sentencia recurrida se dice que la demandada se abstuvo de diligenciar "en debida forma" los exhortos que le fueron librados, luego sí alude a ese diligenciamiento de los que fueron contestados aun cuando no en debida forma.

Por cuanto a las documentaciones que cita el casacionista como no apreciadas se tiene que:

Del escrito de transacción (f. 64) dedujo no solamente la existencia del contrato de trabajo, sino que la bonificación de diez mil pesos ($ 10.000.00) se imputaría a la indemnización por despido y el préstamo de diez mil pesos para comprar casa, a cesantía y otros aspectos.

Los comprobantes de folio 47 a 56 se refieren precisamente a esa compra de casa que hizo el demandante, para lo cual explica la demandada en la transacción que le prestó esos diez mil pesos, a que aluden asimismo esos comprobantes de pago de tal cantidad en varias entregas.

El documento de folio 57 que comprende la relación de las primas que le fueron pagadas al demandante por la parte demandada, fue tenido en cuenta por el Tribunal puesto que da por cubiertos esos valores correspondientes a primas de 1963 a junio de 1970.

No son pues evidentes los errores señalados por la censura en los apartes a), b) y c) del cargo, toda vez que las pruebas a que se ha hecho mención no fueron equivocadamente apreciadas y las que señala el recurrente como no tenidas en cuenta, sí lo fueron, por cuanto a ellas alude la sentencia aun cuando no las determina singularmente por sus folios.

En lo atinente a los dos últimos cargos puntualizados en los apartes d) y e), es cierto que la sentencia dice que la demandada se negó a facilitar la práctica de la diligencia de inspección judicial, con lo que destaca el reconocimiento implícito de la demandada a las pretensiones del actor con respecto al tiempo servido, cuando es evidente que, el apoderado de la demandante en audiencia de 1º de agosto de 1972 (f. 45), manifestó que no se hacía necesaria la práctica de esa diligencia, en vista de unos comprobantes o documentos que en ese acto presentó el apoderado de la demandada.

Si por esta razón resulta mal deducido el indicio correspondiente a la conducta procesal imputada al demandado, ello no es suficiente para la quiebra del fallo recurrido, puesto que no hubo error en la apreciación de las otras pruebas, soportes de la sentencia, como son: la demanda, la transacción, los testimonios, y los otros indicios precitados, pruebas éstas de las que dedujo el ad quem como queda advertido antes, la existencia del contrato de trabajo, y el tiempo servido por el demandante, así como de la segunda los abonos acreditados a la parte demandada que la liberaron de la indemnización moratoria.

Es igualmente cierto que, el ad quem dio por demostrado que el último salario devengado por el demandante fue de $ 552.50, al que sumados los $ 200.00 por concepto de salario en especie, dio los $ 752.50 sobre cuya base liquidó: la cesantía, indemnización por despido, jubilación y vacaciones causadas desde el 1º de enero de 1963 hasta el 9 de junio de 1970, cuando al folio 60 del expediente aparece la liquidación parcial de cesantía efectuada al demandante, en donde se expresa que el sueldo

era de $ 510.00, y se le liquidó computando la prima.

Asimismo, las primas cubiertas al señor Clímaco Cifuentes Orozco en los últimos años de 1969 y 1970, fueron de $ 225.00 cada una, correspondientes por tanto a un sueldo mensual de $ 510.00.

Es pues evidente este error, y habrá de ser casada la sentencia parcialmente en este punto, y en consecuencia la base para la liquidación de: indemnización por despido, vacaciones y jubilación será el salario de $ 510.00 mensuales, que adicionado con el percibido en especie por valor de $ 200.00 también mensuales, alcanza a la cantidad de $ 710.00 por cada mes, y no de $ 752.50 equivocadamente tomado por el Tribunal.

No se comprende la cesantía, por cuanto el ad quem fijó para ese efecto la cantidad de $ 7.194.61, que es inferior a la que corresponde al demandante hechas las operaciones pertinentes con la corrección del salario.

El cargo por tanto prospera en esta última parte mencionada.

Cargo tercero

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación, contemplada en el artículo 60 del decreto de 1964, que subrogó el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la indebida aplicación de los artículos 22, 23, 55, 129, 186, 193, 249, 253, 259 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 5º, 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965 adoptado como norma permanente por la Ley 48 de 1968, y artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en concordancia con los artículos 15 y 338 del Código Sustantivo del Trabajo, 2469 del Código Civil y 32 del Código de Procedimiento Laboral.

"La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo en forma indirecta, al haberlas hecho actuar el ad quem, no siendo procedente hacerlo.

"A la violación anotada fue conducido el sentenciador por evidentes errores de hecho, que aparecen en forma ostensible en el expediente, y que son los siguientes:

"1º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante y la entidad demandada suscribieron un contrato de transacción en virtud del cual definieron todas sus diferencias laborales en virtud de la venta del Seminario Conciliar de Medellín a la nación.

"2º No dar por demostrado, estándolo, que el Seminario demandado dio cumplimiento total a la transacción pactada.

"3º No dar por demostrado, estándolo, que dicha transacción es válida, por no lesionar derechos ciertos e indiscutibles.

"4º No dar por demostrado, estándolo, que en virtud de dicha transacción, quedaron definidas no sólo las acreencias laborales reclamadas judicialmente que se hubieren podido causar a favor del actor, sino también las mejoras reclamadas por aquél.

"5º Dar por demostrado, sin estarlo, que por haber celebrado el contrato de transacción, la entidad demandada aceptó haber suscrito un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo adicionan y reforman.

"Estos errores se ocasionaron por la falta de apreciación de algunas pruebas documentales auténticas y la apreciación errónea de otras del mismo carácter, de acuerdo a la siguiente relación:

I. Pruebas erróneamente apreciadas

"a) Convenio de transacción suscrito entre las partes el día 15 de mayo de 1971 (fl. 64);

"b) Copia de la escritura pública Nº 2851 del 31 de mayo de 1971, de la Notaría Tercera de Medellín (fls. 80 y 81);

"c) Recibo de pago de cesantía (fl. 67);

"d) Consignación judicial efectuada por la demandada (fl. 11 vto.).

II. Pruebas no apreciadas

"a) Comprobantes de pago, folios 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56 y 60;

"b) Carta dirigida al demandante el 11 de junio de 1970, folios 68 y 70.

"Consta en el documento del folio 64 que ya en el transcurso del juicio, el demandante y la demandada llegaron a un acuerdo transaccional que se estipuló en el

escrito mencionado, respecto de las peticiones de la demanda.

"El mencionado convenio tiene fecha 15 de mayo de 1971, lo cual significa que ya a la sazón estaba en curso el presente litigio y por ende, a la luz del artículo 2469 del Código Civil y 15 del Código Sustantivo del Trabajo, ponía fin al proceso, ya que, de otra parte, no afectó la conciliación derechos ciertos e indiscutibles.

"El ad quem toma en cuenta el contrato pero únicamente para concluir que el mencionado documento implica un reconocimiento por parte de la entidad demandada de la existencia del contrato de trabajo, de la competencia de la jurisdicción del trabajo para conocer del asunto sub judice y de la ilegalidad de la terminación del contrato de trabajo. Dice así el Tribunal:

"' ...Se tiene así pues, que la entidad demandada, por el documento de transacción reconoce la existencia del contrato de trabajo y las consecuentes obligaciones a su cargo por concepto de las prestaciones sociales surgidas del mismo, sin que en forma alguna haya desconocido o planteado en juicio la cuestión de competencia, por lo que a más de las consideraciones que se dejan consignadas, es obvio que la jurisdicción del trabajo tiene competencia para decidir sobre los derechos reclamados por el actor. En consecuencia se pasa a determinar cuáles son estos, de acuerdo los hechos (sic) acreditados en juicio.

"'La circunstancia misma de la transacción celebrada al momento del retiro del trabajador y el que se le hubiere reconocido una 'bonificación graciosa', está reconociendo la ilegalidad en la terminación del contrato de trabajo por parte del Seminario, ya que el motivo aducido no está contemplado como justa causa legal, y de ahí que deba responder de sus consecuencias jurídicas, como son el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente y de la pensión especial de jubilación' (f. 114).

"En primer término, en ninguna parte del documento se señala que el Seminario hubiera aceptado la existencia de un contrato de trabajo con el actor, regido por el Código Sustantivo del Trabajo y normas que lo adicionan y reforman ni que hubiera renunciado a los derechos que le reconoce el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 53 de 1952 y 2º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1888, que ratificó el Concordato celebrado por la Santa Sede y el Estado colombiano. Del hecho de haber considerado al señor Juan Clímaco Buitrago (sic) como trabajador, no puede inferirse, sin incurrir en una errónea apreciación de la prueba, que en el documento se hubiera aceptado que tal relación laboral estaba regida por las disposiciones laborales colombianas, ni que se haya reconocido la competencia de la justicia ordinaria laboral.

"Tampoco puede afirmarse que en tal virtud del hecho de haber reconocido al demandante una bonificación graciosa de $ 10.000.00 M/cte., para que pudiera adquirir una casa para su familia, ello signifique un reconocimiento de la ilegalidad de la terminación del contrato. Por el contrario, tal circunstancia acredita que la entidad demandada deseó ayudar al actor para poder obtener vivienda, en vista de haber tenido que desocupar la casa que habitaba en el Seminario, por haber sido enajenado ésta a la nación, tal como se le informó al señor Buitrago (sic) en la carta del 11 de junio de 1970, y éste lo acepta en el documento de transacción.

"Por manera que si el contrato de trabajo finalizó por haber sido enajenado el inmueble donde el demandante prestaba sus servicios, de lo cual se deja constancia en la cláusula primera del convenio del folio 64, es claro que dejó de subsistir la materia del trabajo, lo cual es causa legal para su finalización a tenor del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, porque en el evento de estar regida la relación laboral por las normas laborales colombianas, su duración lo sería a término indefinido.

"La cesantía y demás prestaciones sociales quedaron transigidas según se indica en las cláusulas tercera y sexta, e inclusive con mayor liberalidad de lo dispuesto por la ley laboral, pues no otra cosa significa el hecho de haberle otorgado al señor Buitrago (sic) una bonificación especial de $ 10.000.00 M/cte., a más de un préstamo por igual suma, según consta en la copia de la escritura Nº 2851 del 31 de mayo de 1971, de la Notaría Tercera de

Medellín, (fls. 80 y 81), por la cual el actor se constituyó deudor de la demandada por dicha cantidad, otorgando hipoteca para garantizar su cancelación oportuna.

"En cuanto a las mejoras, éstas quedaron transigidas en la cláusula sexta.

"De otra parte, la transacción fue cumplida a cabalidad por el Seminario demandado, como se desprende de los comprobantes auténticos de folios 47 y 56 y la misma escritura que se acaba de citar.

"La sentencia, por tanto deberá ser casada en todas sus partes para en su lugar, declarar probada de oficio la excepción de transacción y confirmar la absolución impartida por el a quo".

La parte opositora con respecto a este cargo sostiene:

"Es totalmente infundado y contrario a la realidad procesal pretender que mediante el documento de transacción que obra al folio 64 y que suscribieron las partes, éstas definieron 'todas sus diferencias laborales'. Tan no se transigieron las diferencias laborales que la cláusula tercera del mencionado contrato se advirtió que 'El Seminario le liquidará (al trabajador demandante), pagará, la cesantía y otras prestaciones, liquidación que se agregará a este documento'. Por lo demás, conforme al artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo la mencionada transacción no tendrá validez por recaer sobre derechos ciertos e indiscutibles como la cesantía. En lo demás, no se pone en duda la validez de la aludida transacción, pero lo que no evidencia el documento es que la hubiera respecto de las prestaciones que correspondían al demandante".

Se estudia

Al examinar el contenido del documento de transacción aludido, visible al folio 64 del expediente dijo el Tribunal:

"... Pero contra esta posición procesal (negación del contrato de trabajo) obra el documento de transacción de folio 64 en el cual se reconoce en forma expresa al demandante la calidad de trabajador por lo que el Seminario le liquidará y pagará la cesantía y otras prestaciones y le otorga una 'bonificación graciosa de diez mil pesos', fuera de que se compromete a otorgarle por sí o por una tercera persona un préstamo por igual valor, con el fin 'de que el transigente pueda contar con la suma de veinte mil pesos moneda legal en total, para abonar al precio de la casa que adquiera'. En este mismo documento se reconoce que la desvinculación del actor obedece a la venta que el Seminario hizo de la finca en que el trabajador venía laborando a la nación para el servicio del Ministerio de Defensa Nacional. Por la cláusula 5ª se establece que el transigente (o sea el trabajador) otorgará hipoteca de segundo grado sobre la casa que adquiera, a favor del Seminario, o de la persona que el Síndico designe, para garantizar el cumplimiento del pago del reajuste de que ocupa la cláusula anterior. Este convenio tiene fecha 15 de mayo de 1971, en cuyo cumplimiento se otorgó la escritura pública Nº 2851 de fecha 31 de los referidos mes y año, de la Notaría Tercera de este Circuito, mediante la cual Pedro Julio Valenzuela Quintero le da en venta a Juan Clímaco Cifuentes Orozco un lote de terreno con casa de habitación, situado en el barrio Robledo de esta ciudad, por un precio de $ 40.000.00 de los cuales el comprador pagó de contado la suma de $ 20.000.00 y constituyó hipoteca de primer grado por el saldo del precio o sea los otros $ 20.000.00. En este mismo instrumento el comprador Cifuentes Orozco se constituyó deudor del Seminario Conciliar de Medellín por la suma de $ 10.000.00 que de dicha entidad declara recibidos en calidad de mutuo o préstamo, por lo que se obliga: ..."

"... 3º A pagar a su acreedor o sea al Seminario Conciliar de Medellín, la expresada suma de dinero y los intereses que devengue, en esta forma: El capital, distribuido en la forma siguiente: Parte con el valor de sus cesantías y demás prestaciones sociales que al deudor corresponda como exempleado del Seminario; si resultare alguna diferencia, entonces el deudor señor Cifuentes Orozco se obliga a cancelar dicho saldo en un término no mayor de seis meses a contar desde el día que se le haga el pago de la liquidación de las cesantías, y sobre dicho saldo se obliga a reconocer intereses corrientes a razón del uno por ciento mensual, sin perjuicio de la correspondiente acción civil, siendo de cargo del deudor, todos los gastos y costas de

cobranzas, así como el valor de la cancelación cuando sea el caso".

Observa la Corte que, si de los apartes transcritos en el cuerpo de la sentencia, tomados del aludido documento de transacción, no dedujo el ad quem que estuvieran solutas por transacción las obligaciones de la parte demandada de pagar las prestaciones debidas al actor del juicio, ello se debe no sólo a que tales prestaciones sociales no eran transigibles por tratarse de derechos ciertos, sino a que del texto del mismo documento se concluye de manera diáfana, que las prestaciones quedaron pendientes para posterior liquidación.

En la cláusula sexta de tal documento se lee:

"El Seminario entregará la bonificación y el monto total de prestaciones sociales a 'El transigente', en el momento en que éste entregue la casa en donde habita y que es de propiedad del Seminario, en las dotaciones del predio vendido a la nación. Se conviene que del monto de la liquidación de prestaciones sociales, el transigente pagará lo que deba al Seminario por anticipo o préstamo (se subraya) de dinero. El transigente renuncia a los derechos a que pueda tener derocho (sic) por las mejoras que haya efectuado a la casa que actualmente habita y que próximamente desocupará".

Si pues de las expresiones contenidas en ese documento en várias cláusulas, se desprende que el Seminario expresamente ofreció liquidar y pagar posteriormente las prestaciones sociales a su extrabajador, mal puede como lo pretende la censura derivarse del contenido de tal documento que por él quedaron definidas todas las diferencias laborales y transigidas las prestaciones.

El texto de ese escrito, como se repite, dice obviamente todo lo contrario ya que la liquidación y pago de prestaciones quedaron sometidas por el mismo convenio de entrega de la casa en que habitaba el trabajador a la demandada, a una liquidación y pago de prestaciones mediante confrontación posterior a la fecha de ese escrito, en donde debería deducirse si el trabajador quedaba debiendo o no, de lo percibido por él como anticipo o préstamo.

No aparecen pues demostrados los errores, que como evidentes atribuye el casacionista a la sentencia acusada en la interpretación y apreciación de ese contrato, es decir los determinados por la censura en los ordinales 1º, 2º, 3º y primera parte del 4º.

No explica el casacionista en qué consisten los errores de apreciación de la escritura Nº 2851 de 31 de mayo de 1971 de la Notaría Tercera de Medellín (fs. 80 y 81) ni del recibo de pago (f. 61) ni de la consignación judicial (f. 11) pruebas que simplemente enuncia como erradamente apreciadas, sin demostración ninguna. Tales pruebas fueron tenidas en cuenta por el ad quem según se desprende del contenido de la sentencia.

Y las que enuncia como no apreciadas consistentes en comprobantes de pago y carta dirigida por el Seminario al trabajador, aquéllas se refieren a los abonos que el Seminario hizo para completar los diez mil pesos que según el documento de transacción anticipó o prestó al trabajador para la compra de la casa y la última o sea la carta, contiene el aviso dado por el Seminario al trabajador explicativo de que por motivo de venta de las edificaciones y terreno de propiedad del Seminario quedaba terminado su contrato de trabajo con el Seminario Menor. Allí se le dice también que "...se le liquidará y pagará el monto total de lo que se le deba, tanto por salarios, como por prestaciones sociales, conforme es de rigor".

No expresa el censor en el cargo la incidencia de esas pruebas en el resultado de la decisión tomada por el ad quem. Empero de su examen puede concluirse que, lejos de modificar lo resuelto por el fallador de segunda instancia, antes bien tales pruebas respaldan algunas de las determinaciones.

En la última parte del error indicado en el ordinal 4º hace relación el censor a que, el Tribunal no dio por demostrado, estándolo, que en virtud de la citada transacción quedó definido lo de las mejoras reclamadas por el demandante en su demanda.

Ciertamente la sentencia acusada condena al demandado a pagar la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00) como precio de

las mejoras efectuadas por el señor Clímaco Cifuentes Orozco en la casa de propiedad del Seminario, en donde él habitaba, y ya está visto cómo en la cláusula sexta del mencionado documento de transacción, el señor Cifuentes Orozco renunció a sus derechos sobre tales mejoras, determinación contractual que tiene pleno valor, porque con ella no se menguaban los derechos sociales derivados de la relación jurídico-laboral que existió entre el actor del juicio y la parte demandada.

Por lo tanto, en esa parte es evidente el error de hecho cometido por la sentencia acusada, al condenar a la demandada a pagar el monto de tales mejoras, a cuyo derecho renunció expresamente el demandante, siendo ese derecho renunciable.

Este punto de la acusación prospera en consecuencia.

Concluye este cargo el casacionista con la acusación de que el ad quem: "...dio por demostrado sin estarlo, que por haber celebrado el contrato de transacción la entidad demandada aceptó haber suscrito un contrato de trabajo regido por el Código Sustantivo del Trabajo", lo cual sostiene no consta en ese documento, ni que el Seminario hubiera renunciado a los derechos que le otorga el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 53 de 1952 y 2º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1888, que ratificó el Concordato celebrado por la Santa Sede y el Estado colombiano.

Observa la Corte que, el Tribunal no sólo del texto mismo del documento de transacción de que se ha hecho referencia repetidamente, sino como está advertido ya, de la demanda, de los testimonios que respaldaron la aseveración del actor y de los indicios, dedujo la realidad del contrato de trabajo que existió indudablemente entre el demandante y la parte demandada, con las respectivas consecuencias condenatorias, empero, en parte alguna de esa sentencia se dice, que por el hecho de haber configurado ese documento de transacción se estima que la parte demandada suscribió un contrato de trabajo. Esto no lo dice el ad quem ni lo sugiere siquiera, fue el fallador concreto en deducir de las pruebas de que se ha hecho mérito la existencia de esa relación laboral, mas no se dice como lo afirma el censor que de allí se concluyó que se hubiese suscrito contrato de trabajo.

No aparece pues el error evidente que por ese preciso aspecto presenta la censura.

El cargo por lo tanto prospera solamente en cuanto atañe a la condenación que hizo el Tribunal con respecto al pago de tres mil pesos ($ 3.000.00) valor de las mejoras puestas por el demandante, por lo que habrá de ser casada la sentencia en ese punto.

Cargo cuarto

"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 indebida aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y 5º y 8º del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo adoptado este decreto como norma permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968, y en concordancia también con los artículos 195, 193, 259 y 338 del Código Sustantivo del Trabajo, 2º del Decreto 53 de 1952, 2º, 3º, 4º y 6º de la Ley 35 de 1888, por la cual se ratificó el Concordato suscrito entre la Santa Sede y el Estado colombiano y los cánones 1352 y 1354 del Código de Derecho o Canónico (sic).

"La violación de las anteriores disposiciones se produjo por infracción indirecta, a causa de haber sido aplicadas sin ser procedente hacerlo en el presente caso.

"A la violación indirecta notada llegó el sentenciador por haber incurrido en los siguientes errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que el Seminario Conciliar de Medellín es una empresa o unidad de explotación económica;

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el Seminario es una entidad sin ánimo de lucro, con fines puramente espirituales, por lo cual no puede considerarse como una unidad de explotación económica en el sentido en que se califica la empresa para efectos laborales;

"c) No dar por demostrado, estándolo, que al no ser una empresa el Seminario demandado, faltaba este requisito para po-

der quedar obligado a reconocer al demandante la pensión de jubilación;

"d) No dar por probado, estándolo, que por no tener patrimonio gravable, el Seminario demandado no tenía capital susceptible de producir consecuencias laborales y de ser demostrado conforme al Código Sustantivo del Trabajo.

"Los errores fácticos anotados fueron cometidos en el fallo impugnado por la falta de apreciación de las siguientes pruebas documentales auténticas, que permiten fundar este cargo en casación conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969:

"1º Documental del folio 43 dirigido por el excelentísimo señor arzobispo de Medellín al juez del conocimiento el 31 de mayo de 1972.

"2º Certificación expedida por el reverendo padre Alfonso Londoño B., Canciller de la Arquidiócesis de Medellín (fl. 58).

"En la parte pertinente de la sentencia y después de señalar el Tribunal que están probados los extremos del contrato de trabajo, indica lo siguiente:

"'... Las liquidaciones se harán sin restricción alguna, no sólo porque la entidad demandada no comprobó su capital en conformidad con las normas legales pertinentes, como tampoco que el inmueble en que laboró el actor lo poseía sin ánimo de lucro, ni se alegó prescripción...' (fl. 116).

"Aunque no lo dice claramente el fallo, debe entenderse que la anterior consideración es la base del ad quem para la condena al pago de la pensión de jubilación, pues a renglón seguido pasa a efectuar las correspondientes liquidaciones.

"Es claro que el sentenciador incurrió en un grave error al considerar al Seminario Conciliar de Medellín como una empresa, en el sentido en que la entiende el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, para gravar con mayores prestaciones sociales a tales entes. No puede afirmarse con lógica que el Seminario sea una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios en busca de una utilidad, como comúnmente la definen los tratadistas.

"Por el contrario, la misión de los Seminarios es la de preparar y formar a quienes desean consagrarse a los ministerios eclesiásticos, función que la Iglesia cumple a través de las mencionadas instituciones, como lo indican los cánones 1352 y 1354, del Código de Derecho Canónico, que deben ser respetados por mandato de los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato.

"No obstante estar definida la finalidad de los Seminarios en las citadas disposiciones, también se probó con las certificaciones auténticas de folios 43 y 58 que el Tribunal ignoró.

"Además, si los Seminarios Conciliares son entidades sin ánimo de lucro y no pueden ser gravados en ningún caso con contribuciones, por expresa excepción del artículo 6º del Concordato, es apenas lógico que no pueda tener patrimonio líquido gravable y que la demandada no podía suministrar la prueba de su capital a que se refiere el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En consecuencia, el Tribunal incurrió en evidente error de hecho por considerar al Seminario demandado como una unidad de explotación económica, o sea como una empresa, lo cual condujo a condenar a aquél al pago de la pensión de jubilación, faltando este requisito básico del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, esto es, que el trabajador haya laborado para una misma empresa de capital superior a $ 800.000.00 M/cte., durante más de 20 años.

"También infringió el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, al haber liquidado la indemnización por despido sin tener en cuenta la reducción mencionada en el numeral 6º de la precitada norma, pues si el Seminario carece de capital, no puede llamarse a duda que hay que tomar el nivel inferior a $ 1.800.000.00 M/cte., o sea, reduciendo en un 50% en 15 días, el valor de cada año transcurrido de servicios con posterioridad al primero.

"En consecuencia, la sentencia habrá de ser casada y en su lugar, la honorable Corte se servirá acceder a lo pedido con el alcance de la impugnación respecto de este cargo".

La parte opositora replica:

"Finalmente, en cuanto al cuarto cargo debe observarse que no es cierto ni aceptable que porque una entidad esté exenta de impuestos y se considere sin ánimo de lucro, no pueda tener o no tenga patrimonio

líquido gravable. Confutación completa a tal afirmación es la escritura de venta que hizo el Seminario a la nación cuando enajenó la finca donde trabajaba el demandante. Y fue la demandada la que aportó esa prueba (fls. 71 a 79). En la escritura se lee que la venta se hizo por la suma de $ 7.000.000.00 y que se pagó en cuarenta y cinco días. Es intonso pretender que una entidad tan franciscanamente poco rica, no tenga ningún patrimonio gravable. En todo caso no se aportó la prueba del capital de la entidad demandada y ello basta para que se mantengan las condenas que hizo el ad quem por pensión jubilatoria e indemnización por despido".

Se estudia el cargo

El ad quem dice así en los pasos de la providencia acusada que se copian:

"Pero aun en la hipótesis de ser el Seminario un lugar sagrado de culto divino, se repite, tal circunstancia de acuerdo con la doctrina de la honorable Corte, no colocaría a las personas vinculadas al servicio del mismo, para los efectos de la ley laboral, como sujetos de derecho eclesiástico y excluidos por tanto de la legislación nacional, ya que, de otra parte, la sujeción a ésta en nada lesiona las disposiciones concordatarias contenidas en los artículos 2º, 3º y 4º de dicho estatuto, porque la Iglesia conserva su plena libertad e independencia de la potestad civil en todo lo concerniente a su autoridad espiritual y la legislación canónica mantiene su independencia de la civil, sin que pueda decirse con fundamento que constituye irrespeto por parte de las autoridades jurisdiccionales del trabajo el juzgar y decidir de conflictos de este orden con respecto a personas que ninguna vinculación tienen con el culto, no obstante la subordinación y dependencia en su actividad laboral, y finalmente, tampoco por este ejercicio de la jurisdicción laboral se desconoce la verdadera y propia personería y capacidad de gozar y ejercer los derechos que a la Iglesia le corresponden".

Y más adelante agrega:

"Las liquidaciones se harán sin restricción alguna, no sólo porque la entidad demandada no comprobó su capital en conformidad con las normas legales pertinentes, como tampoco que el inmueble en que laboró el actor lo poseía sin ánimo de lucro, ni se alegó prescripción".

Esta Sala encuentra que es evidente que, los Seminarios como entidades docentes destinados a preparar a quienes acogen la carrera eclesiástica, no persiguen lucro en el sentido que el derecho laboral da a este vocablo.

Empero, la finca en donde laboraba el señor Cifuentes Orozco, bien material de propiedad del Seminario demandado era explotada económicamente para provecho propio del Seminario, y en estas condiciones esta entidad debe considerarse como una empresa para efecto de sus obligaciones laborales.

Sobre este aspecto de la empresa esta Sala de la Corte en sentencia de quince de julio de mil novecientos sesenta y cinco se pronunció de la siguiente manera:

"La empresa, desde un punto de vista jurídico-económico, es la organización de los dos factores de la producción: capital y trabajo. No es requisito esencial para que ella exista, que se persiga un fin de lucro; la explotación económica a que se refiere el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, debe entenderse en el sentido anotado, o sea la organización de los dos factores para conseguir fines comunes. Como dice Berasi, 'Es obvio que la empresa, o sea la organización de la explotación, se propone por regla general, un fin de lucro. No es un presupuesto de la 'empresa' como acto de comercio (Art. 2195); pero es cierto que el legislador tuvo especialmente presente esta hipótesis. De cualquier modo, puede faltar en la realidad. Por regla general, hay que excluir que esto influya en el régimen de las relaciones de trabajo individual' (Tratado de derecho del trabajo, Pág. 273, edición de 1953).

"Es pues, la colaboración entre el capital y el trabajo lo que caracteriza a la empresa. En derecho laboral la noción de empresa es más amplia que la de patrono y ha sido establecida con el objeto de evitar fraudes a la ley, finalidad que se logra evitando el fraccionamiento de actividades

económicas similares, conexas o complementarias, que son consideradas como una sola unidad de explotación económica, y gravando la empresa en sí misma considerada con las prestaciones sociales a favor de sus trabajadores, sin tener en cuenta el propietario, usuario o poseedor, quien puede variar, sin que por ello desaparezca la obligación de pagar las prestaciones sociales. Pero el sujeto del contrato de trabajo continúa siendo el patrono, el empleador, la persona jurídica o natural, pues la empresa, considerada como un sistema de organización entre el capital y el trabajo, no es un sujeto de derecho. Por eso se ha criticado nuestro derecho positivo cuando dice que las empresas son las obligadas, debiendo referirse, con más propiedad, a los empresarios. A diferencia de otras legislaciones, la nuestra protege el trabajo subordinado, cualquiera que sea su finalidad, y únicamente por razones de equidad, restringe las prestaciones, sin eliminarlas totalmente, cuando la empresa no persigue el lucro en sus actividades. Por eso el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo habla de patronos sin ánimo de lucro, en el cual como es natural, quedan comprendidas las empresas que no tienen dicho ánimo, aun cuando del título del respectivo capítulo pueda entenderse otra cosa, pues, como ya se dijo, el patrono es el sujeto del contrato de trabajo, y la empresa es una entidad, formada por la organización del capital y el trabajo. Las instituciones de utilidad común, como los hospitales, son empresas desde el punto de vista laboral, pues en ellas están reunidos el capital y el trabajo, para conseguir fines sociales, ajenos al lucro. Si el capital invertido en dichas instituciones es igual o mayor al señalado en la ley, sus trabajadores adquieren derecho a las prestaciones especiales, en la forma restringida que establece el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo".

Es pues a la luz de esta doctrina diáfano que, como el Seminario explotaba económicamente, en su propio provecho, esa finca rural en donde se conjugaban naturalmente el capital y el trabajo, y aun cuando esa institución por sus fines no tuviera ánimo de lucro, era una empresa para el estatuto laboral. Y como el trabajador demandante vinculó su actividad a las labores propias del agro en la explotación de ese fundo, al servicio del Seminario, tenía en consecuencia derecho para reclamar las prestaciones atinentes a su caso particular.

En estas condiciones no son evidentes los errores anotados por la censura en este cargo.

Y por último, no aportó la parte demandada, a quien correspondía allegar esa prueba, la demostración del monto de su patrimonio gravable, si lo había, como para llevar al ánimo del juzgador el convencimiento de que él no existía o no alcanzaba al guarismo necesario para el volumen de la condena. Por lo tanto, tampoco aparece el error señalado por el recurrente.

El cargo por lo tanto no prospera.

Consideraciones de instancia

Además de lo ya expuesto a lo largo de esta providencia conviene agregar ahora que, aun cuando el Tribunal tomó como base para las condenas por: cesantía, vacaciones, indemnización por despido y jubilación, un salario equivocado de $ 752.50, que comprendió $ 552.50 como salario en efectivo y $ 200.00 en especie, involucrando en el primero la prima, y no el correcto de $ 510.00 en dinero y $ 200.00 en especie que monta $ 710.00, en lo concerniente a la liquidación de la cesantía condenó al pago de $ 7.194.41; empero al verificar operaciones con base en el salario correcto, por ese concepto se llega a una cantidad mayor, por lo que ese guarismo de $ 7.194.41 no podrá ser variado.

No sucede lo mismo con el resto de condenas a que se ha hecho mención, acerca de las que, una vez hecha la liquidación y corregido el error da el siguiente resultado: por vacaciones $ 5.680.00; por indemnización por despido $ 11.711.70 y por pensión restringida de jubilación la cantidad de $ 426.00 mensuales.

Desde luego la parte demandada puede hacer del monto total de las condenas, las deducciones indicadas por el Tribunal en su sentencia.

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 pro-

nunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha dieciséis de febrero de mil novecientos setenta y tres, en cuanto condenó a la parte demandada a pagar al demandante: cuatrocientos cincuenta y un pesos con cincuenta centavos ($ 451.50) como pensión de jubilación; seis mil veinticuatro pesos ($ 6.024.00) por vacaciones; doce mil cuatrocientos catorce pesos con sesenta centavos ($ 12.414.60) como indemnización por despido y tres mil pesos M/cte. ($ 3.000.00) por concepto de mejoras.

Y en sede de instancia revoca el fallo pronunciado por el Juzgado Sexto Laboral de Medellín, en este mismo juicio, el veinte de octubre de mil novecientos setenta y dos, en cuanto absolvió a la demandada por los tres primeros conceptos precitados y en su lugar,

Resuelve:

Condénase al Seminario Conciliar de Medellín, a pagar al demandante señor Clímaco Cifuentes Orozco las siguientes cantidades de dinero:

La cantidad de cuatrocientos veintiséis pesos ($ 426.00) mensuales como pensión especial de jubilación, a partir del 10 de junio de mil novecientos setenta (1970) en adelante.

Cinco mil seiscientos ochenta pesos ($ 5.680.00) por concepto de vacaciones, y once mil setecientos once pesos con setenta centavos ($ 11.711.70) como indemnización por despido.

Y lo confirma en cuanto absolvió a la demandada del pago de mejoras.

No se casa la sentencia recurrida en lo demás. No hay lugar a condenación en costas en las instancias porque de ello no trataron los falladores, y aun cuando en seguida correspondería condenar parcialmente a la demandada, como el Tribunal no lo hizo, no se puede hacer más gravosa la situación del recurrente.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HONORARIOS PROFESIONALES

Tener como honorarios valores que no retribuyen servicios personales sino que responden al precio de cosas y de la mano de obra de terceros, constituye error evidente que impone, sin más, el quebranto de la decisión judicial por cuanto las normas que la fundamentan en primer término se refieren a la retribución de aquellos servicios personales y no al precio de las otras.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo ocho de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Carlos A. Tello Marulanda, con cédula número 2.441.849 expedida en Cali y domicilio en esa ciudad, demandó, por medio de apoderado, a Oscar López Carvajal, de la misma vecindad, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, conforme a los Decretos 456 y 931 de 1956, se condenara al segundo a reconocerle y pagarle la suma de $ 64.280.01 "que le adeuda por concepto del resto del precio de la obra de instalaciones hidráulicas y sanitarias realizadas en el edificio de propiedad del señor Oscar López Carvajal, situado en la calle 6ª oeste, Nº 1C-25, de la nueva nomenclatura urbana de la ciudad de Cali, más los intereses correspondientes", y de $ 6.171.20 "que le adeuda por concepto de la labor de cálculo y diseño del proyecto correspondiente a esas instalaciones hidráulicas y sanitarias, más los intereses a que haya lugar". Pidió también las costas y agencias en derecho.

El escrito inicial relató los siguientes

Hechos

"1º El señor Oscar López Carvajal contrató los servicios profesionales del ingeniero Carlos A. Tello Marulanda a fin de que éste realizara con autonomía técnica y directiva las instalaciones hidráulicas y sanitarias en el edificio que el expresado señor López Carvajal venía construyendo en esta ciudad de Cali, en el cruce de la avenida 10 oeste con la carrera 3ª oeste (antigua nomenclatura), o sea en la calle 6ª oeste, Nº 1C-25, de la nueva nomenclatura urbana de esta ciudad.

"2º El contrato para la realización de las mencionadas instalaciones se celebró entre el señor Oscar López Carvajal y mi poderdante Tello Marulanda, en Cali, en el mes de marzo o abril de 1969, siendo por cuenta de mi representado todos los gastos relativos a materiales y obra de mano necesarios, tal como aparece reconocido por el señor Oscar López Carvajal en la carta de fecha 10 de diciembre de 1970, dirigida a mi mandante, y la cual acompaño a la presente demanda.

"3º Mi poderdante realizó el cálculo y diseño del proyecto de instalaciones hidráulicas y sanitarias para el edificio del señor López Carvajal, y los trabajos respectivos los llevó a cabo mi representado, en la totalidad del edificio, conforme a los planos elaborados para cada planta o piso, copia de los cuales acompaño a esta demanda.

"4º Esa obra de instalaciones hidráulicas y sanitarias fue realizada efectivamente por el doctor Carlos A. Tello Marulanda, en la forma contratada y de acuerdo con los citados planos, en todos y cada uno de los pisos o plantas del edificio mencionado, como así lo reconoce el señor Oscar López Carvajal en la certificación expedida por él el día 30 de marzo de 1970 y en las car-

tas cruzadas con mi poderdante, todo lo cual acompaño a la presente demanda.

"5º Entre mi representado y el señor Oscar López Carvajal no surgió ni ha surgido controversia alguna por razón de incumplimiento o deficiencias en las dichas instalaciones contratadas, las cuales fueron debidamente terminadas y entregadas a satisfacción en el plazo estipulado, sino por razón del precio de esa obra en su totalidad.

"6º En efecto, mediante carta explicativa de fecha 21 de mayo de 1970, cuya copia acompaño, el doctor Carlos A. Tello Marulanda pasó cuenta de cobro al señor Oscar López Carvajal por la suma de cincuenta y ocho mil quinientos diecisiete pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 58.517.45) M/cte., según factura del 20 de mayo del mismo año, que también acompaño, en la cual se hacen las siguientes especificaciones y aclaraciones:

"a) Por suministro de materiales de hierro fundido, de eternit, etc.	$ 73.925.96
"b) Por suministro de obra de mano, incluidas prestaciones sociales	36.888.00
"Costo neto	110.813.96
"c) Por concepto de administración, dirección técnica, gastos generales de oficina, desgaste de herramientas y utilidades: 25% liquidado sobre el expresado costo neto .	27.703.49
"Costo total	$ 138.517.45

"7º De ese costo total de $ 138.517.45 M/cte. el señor Oscar López Carvajal hizo abonos a mi representado por la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) M/cte., según detalle que aparece en la citada factura, quedándole a deber, en consecuencia, la suma de cincuenta y ocho mil quinientos diecisiete pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 58.517.45) M/cte., cuyo reconocimiento y pago solicito mediante la presente demanda, ya que la suma de $ 80.000.00 M/cte. mencionada y recibida por mi representado en 1969 no constituía el valor total de la obra realizada, como es obvio, sino que era 'por concepto de anticipos a buena cuenta del contrato para la ejecución de las instalaciones hidráulicas y sanitarias en el edificio de su propiedad', según consta en la certificación expedida por el mismo señor López Carvajal, y a la cual se alude en el hecho cuarto de esta demanda.

"8º El valor de los materiales empleados en las expresadas instalaciones hidráulicas y sanitarias ascendió, como ya lo expresé, a la suma de $ 73.925.96 M/cte. conforme a las facturas comerciales expedidas por Ernesto Mejía Arbeláez, Ferretería Cidema S. A., Ferretería 'El Dorado' y depósitos en bodegas de mi poderdante, que acompaño.

"9º Respecto al valor de la obra de mano y pago de prestaciones sociales, que ascendió a la suma de $ 36.888.00 M/cte., acompaño a la presente demanda los recibos firmados por el señor Luis Alfonso Galindo, subcontratista a cuyo cargo estaba el pago de esa obra de mano con los dineros recibidos de mi poderdante.

"10. Por medio de la factura de fecha 4 de julio de 1970, la cual también acompaño a esta demanda, el doctor Carlos A. Tello Marulanda pasó nueva cuenta de cobro al señor Oscar López Carvajal por concepto del acondicionamiento, conexión y montaje de los equipos, sanitarios, grifería, calentadores, lavaplatos, máquinas para lavar y lavaderos de ropa en el mismo edificio del señor López Carvajal, de acuerdo con la siguiente relación:

"a) Pagos efectuados por suministro de materiales y obra de mano	$ 12.610.05
"b) Administración, dirección técnica y gastos generales de oficina, desgaste de herramienta y utilidad, 25% liquidado sobre la suma anterior	3.152.51
"Costo total	15.762.56

"11. De ese costo tal de $ 15.762.56 M/cte., recibió mi representado la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) M/cte., quedando a su favor la suma de $ 5.762.56 M/cte., que aún el señor Oscar López Carvajal no ha pagado a mi mandante, a pesar de que tales gastos aparecen demostrados con las facturas expedidas por el señor Ernesto Mejía Arbeláez, Cerámica Comercial Limitada, Miguel A. Correa & Cía. y el señor Luis Alfonso Galindo.

"12. Los profesionales de la ingeniería acostumbran cobrar, en obras como la realizada por mi poderdante en el edificio del señor Oscar López Carvajal, un 35% a 40% por concepto de administración, dirección técnica, gastos generales de oficina, desgaste de herramientas y utilidad, porcentaje que liquidan sobre el costo de los materiales invertidos y la obra de mano, pero tal como se observa en las facturas de fechas 20 de mayo y 4 de julio de 1970, el doctor Carlos A. Tello Marulanda sólo ha cobrado un 25% al señor López Carvajal en virtud de consideraciones especiales, porcentaje que éste califica de 'muy justo' en la carta anteriormente citada.

"13. El señor Oscar López Carvajal también adeuda a mi representado la suma de seis mil ciento setenta y un pesos con veinte centavos ($ 6.171.20) M/cte., o sea el valor correspondiente al cálculo y diseño del proyecto para las mencionadas instalaciones hidráulicas y sanitarias realizadas por el doctor Carlos A. Tello Marulanda en el citado edificio de propiedad del señor López Carvajal, valor equivalente al 4% sobre la suma de $ 154.280.01 M/cte., o sea el costo total de la expresada obra.

"14. De consiguiente, el señor Oscar López Carvajal adeuda a mi poderdante doctor Carlos A. Tello Marulanda, por concepto de las expresadas instalaciones hidráulicas y sanitarias, las siguientes sumas de dinero:

"a) Por saldo según factura de 20 de mayo de 1970	$ 58.517.45
"b) Por saldo según factura de 4 de julio de 1970	5.762.56
"c) Por cálculo y diseño del proyecto	6.171.20
"Total adeudado	70.451.21

El demandado se opuso a las pretensiones del actor contestando los hechos del libelo así:

"Al hecho primero. No me consta, que se pruebe. Al hecho segundo. No me consta, que se pruebe. Al hecho tercero. No me consta, que se pruebe. Al hecho cuarto. No me consta, que se pruebe. Al hecho quinto. No es un hecho, es una conclusión sin fundamento que rechazo por no estar ajustada a la verdad. Al hecho sexto. No me consta. Al hecho séptimo. Mi mandante, señor Oscar López Carvajal canceló totalmente al doctor Carlos A. Tello Marulanda la suma que fue acordada entre los dos para el contrato de instalaciones hidráulicas y sanitarias en el edificio de propiedad del demandado, el pago anterior lo demuestró con los recibos firmados por el doctor Tello Marulanda en donde declara haber recibido dichas sumas por concepto de los trabajos hidráulicos y sanitarios. Tampoco es cierto que la suma pagada por mi poderdante como lo dice graciosamente el demandante, era 'por concepto de anticipos a buena cuenta del contrato para la ejecución de las instalaciones hidráulicas y sanitarias en el edificio de su propiedad', por cuanto esta frase no aparece en ninguno de los recibos firmados por el demandante y sólo existe en su mente. Al hecho octavo. No me consta, que se pruebe. Este hecho queda contestado en la misma forma que el anterior. Al hecho noveno. No es cierto. El demandante se comprometió verbalmente a realizar la obra de instalaciones hidráulicas y sanitarias por la suma de setenta mil pesos ($ 70.000.00) suma ésta que le fue cancelada por mi poderdante, por consiguiente nada le adeuda sobre obra de mano y prestaciones sociales. Al hecho décimo. El demandante señor Carlos A. Tello contrató con el señor Oscar López, lo referente a la conexión y montaje de grifería, lavaplatos, etc., por la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), la cual le fue cancelada, según se desprende del recibo firmado por el demandante de fecha junio 13 de 1979, (sic) por consiguiente nada debe el señor López al demandante por este concepto. Al hecho once. Es cierto en cuanto a la entrega de los diez mil pesos ($ 10.000.00) que era el valor total del contrato, no es cierto en cuanto al saldo que alega el demandante que le adeuda, pues con dicho pago se canceló totalmente el contrato. Al hecho doce. No es un hecho, es una pretensión que carece de fundamento en la realidad. Al hecho trece. No es cierto. Mi poderdante contrató con el señor Carlos A. Tello unas obras por valor de setenta mil pesos ($ 70.000.00) y en ningún momento conoció ni aprobó los planos que dice haber elaborado el demandante, y si nos atenemos a su carta de fecha febrero 20 de 1971, en donde unilate-

ralmente reforman las condiciones del contrato, observamos que en ésta no habla en ningún momento del pretendido cobro de seis mil pesos ($ 6.000.00) y no lo hace por cuanto es lógico concluir que el valor de los planos está incluido en el de setenta mil pesos ($ 70.000.00) que fue el costo de la obra reconocido y pagado por mi poderdante. Al hecho catorce. No es cierto. Este hecho está respondido en forma individual al contestar los otros hechos de la demanda".

Excepcionó, además, ilegitimidad de personería sustantiva en la parte demandante, inexistencia de la obligación, pago de lo no debido y la "innominada".

Tramitada la controversia, el Juzgado Quinto Laboral de Cali, que fue el del conocimiento, acogió los planteamientos del actor, inclusive en sus pagos parciales por $ 90.000.00, y en sentencia de 2 de octubre de 1972 condenó al demandado López Carvajal a pagarle a aquél la suma de $ 64.280.01, "por concepto de honorarios profesionales", a la que ordenó incluir, a petición del apoderado del demandante sobre "error aritmético", $ 6.171.20, correspondientes a la petición segunda del libelo inicial, que "por olvido se omitió tener en cuenta en la parte resolutiva de la misma", para un valor total de $ 70.451.21 "por concepto de honorarios profesionales". Impuso las costas al demandado.

Por apelación del apoderado de López Carvajal conoció del negocio el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, entidad que rechazó la condena "por diseño y cálculo del proyecto", por apreciar que esto "no entraba en las aspiraciones del actor", quien, además, en carta de 1º de diciembre de 1970, hizo "expresa declaración de no aspirar a remuneración alguna para ello", y confirmó lo demás del fallo del *a quo*, en todas sus partes, reduciendo, en consecuencia, la condena a la suma de $ 64.280.01. Declaró sin lugar a las costas de la alzada, por haber prosperado parcialmente el recurso.

Contra la sentencia anterior, que el Tribunal profirió el 10 de febrero de 1973, interpuso el recurso de casación el apoderado del demandado, y habiéndoselo concedido el *ad quem* y admitido la Corte, que lo ha tramitado en legal forma, se va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto total de la sentencia del *ad quem* para que, en la sede subsiguiente de instancia, se revoque la de primer grado y, en su lugar, se absuelva al demandado Oscar López Carvajal de los cargos del libelo principal y se condene al demandante a las costas del proceso.

Para estos efectos el recurrente formula dos cargos, por la vía directa, el primero, y por la indirecta, el segundo, de los cuales la Sala sólo estudiará éste, en obedecimiento a sus términos de demostración.

Cargo segundo

Acusa aplicación indebida de los artículos 1º del Decreto 456 de 1956 y 1º del Decreto 931 del mismo año, y 15 del Decreto 1819 de 1964, en relación con los artículos 1494, 1602, 1603, 2045, 2046, 2063, 2064, 2065 y 2066 del Código Civil, a los cuales el Tribunal les hizo producir efectos sin que vinieran al caso en el proceso; y de los artículos 1849, 1857, 1864, 2053, 2060 y 2061 del dicho estatuto civil, que se dejaron de aplicar siendo el caso de hacerlo. El cargo relaciona además los textos 7, 12, 16-2, 82, 396 y concordantes del Código de Procedimiento Civil y predica errores de hecho que consistieron en haber tenido como honorarios profesionales valores que correspondían a un contrato de venta, y que se concretaron en materiales suministrados por el empresario, mano de obra de terceras personas y prestaciones sociales de las mismas, y aun gastos generales, desgaste de herramienta y utilidad que tampoco corresponden a aquel concepto de retribución de servicios profesionales.

Como pruebas mal apreciadas el acusador señala la demanda, en sus hechos 6º y 10, que cobran las sumas que ellos contienen, por aquellos conceptos de materiales y trabajo de terceros, y en su *petitum* que no versa sobre honorarios profesionales sino sobre "el resto del precio de la obra de instalaciones hidráulicas y sanitarias", y el "valor del cálculo y diseño del proyecto correspondiente a esas instalacio-

nes hidráulicas y sanitarias", en ambos casos con los intereses correspondientes: las facturas de folios 6, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 28, 35, 41, 52, 55, 57, 60, 62, 65, 68, 71, 77, 79, 83, 85, 88, 94, 97, 100, 107, 110, 112, 115, 118, 121, 123, 125, 128, 129, 130, 131, 132; 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 151, 152, 155, 156, 158, 160, 163, 164, 166, 167, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190 y 191, que se refieren desde la de folio 19 a la de folio 175, a materiales comprados por el ingeniero Tello para la obra o vendidos por él directamente, para la misma, como las de folios 166 y 167; las facturas de folios 176 a 191, que se refieren a mano de obra de Luis Alfonso Galindo, ejecutor directo de los trabajos, y de los obreros dependientes de Galindo, así como a las prestaciones sociales de todos dichos operarios; el dictamen pericial, que a más de su falta de sustentación, pues está informado en las explicaciones del maestro de obra Galindo y no en lo apreciado por el propio perito, recoge, a través de las facturas, el precio de los materiales, y, en general, el producto de una venta, y, en ocasiones, el de unas mismas cosas o el de facturas que carecen de firma, seriedad y mérito; y la absolución del interrogatorio a que fue sometido López Carvajal, tenida como confesión por haber aceptado que contrató la obra con el ingeniero Tello sin atender a que en ningún momento admitió que debiese lo que se le cobra en la demanda.

El recurrente, en el desarrollo de este ataque, recalca que los textos de 1956 concretan en el campo laboral las acciones para el reconocimiento de honorarios y remuneraciones que provengan de servicios personales, es decir, prestados directamente por quien reclama el pago y que se hubieran cumplido dentro de un contrato privado, de trabajo independiente y sin la subordinación que caracteriza al contrato laboral, y no las que cobrara, como en el sub lite, el valor de los materiales incorporados en una construcción, en contrato de venta conforme al artículo 2053 del Código Civil. Y en cuanto a los errores de hecho y a las pruebas, que, además de lo ya expresado, Tello no prestó personalmente sus servicios, sino como integrante de la firma Hidráulicas de Occidente Ltda., según los documentos de folios 22, 23 y 24, del cuaderno 1º, y 12, 13 y 14 del cuaderno 2º; que fueron Galindo y sus operarios los autores de la obra y que, en el presente caso, no puede hablarse de honorarios por servicios personales, pese a todo lo cual se ordenó el pago de ellos en contravención a los decretos citados.

Se considera

La condena del ad quem (reducida a la que primeramente dispuso el a quo, porque para lo relativo a la segunda súplica del libelo inicial aquél estimó que no entraba en las aspiraciones del actor, y según documento de autos fue declarada sin que se aspirase a remuneración alguna para ello, conforme ya fue expresado) contiene, en su concepto de honorarios profesionales, valores que claramente aparecen en las facturas que destaca el acusador como de "materiales para la obra" y "mano de obra" por cuyo precio o "resto del precio" controvierten los litigantes. Su sola lectura, a folios 10 a 13 v. del cuaderno Nº 3, así lo exhibe, incuestionablemente.

Ahora bien, tener como honorarios valores que no retribuyen servicios personales sino que responden al precio de cosas y de la mano de obra de terceros, constituye error evidente que impone, sin más, el quebranto de la decisión judicial por cuanto las normas que la fundamentan en primer término se refieren a la retribución de aquellos servicios personales y no al precio de las otras. Sobre este particular son explícitos los textos referidos de 1956 y el espíritu que los determinó para llevar las acciones correspondientes a la competencia de los jueces laborales.

La prosperidad de la acusación respecto de la prueba documental mencionada le abre paso al examen de las demás probanzas singularizadas por el recurrente, conforme a la jurisprudencia de la Sala, desde su fallo de 6 de octubre de 1972.

De la apreciación de ellas aparece que si bien la obra de autos fue contratada por el demandado, según su confesión al absolver el interrogatorio de parte y las cartas cruzadas entre los litigantes antes del pleito, —éstas sí pruebas calificadas conforme al artículo 7º de la Ley 16 de

1969— la contestación de la demanda y la prueba testimonial, por tal obra lo que pretende la demanda inicial (descartada ya su petición segunda, y pieza estimable también en este momento del recurso) es el resto de su precio (f. 4º del cuaderno 1º), que el demandante Tello sostiene que se lo adeuda el demandado López, de acuerdo con el contrato que ellos celebraron. Este saldo resulta, según el mismo libelo, de la suma de los valores de los materiales y de la mano de obra, que el ingeniero se comprometió a suministrar (fls. 2 y 3 ibídem) con un 25% de "administración, dirección técnica, gastos generales de oficina, desgaste de herramientas y utilidad", menos lo recibido por Tello, del demandado López Carvajal, en razón de la misma obra. Es igualmente manifiesto que los dos primeros sumandos no contienen, en lo afirmado, retribución del trabajo del ingeniero, y que del 25% en que consiste el otro ni el desgaste de herramientas ni la utilidad son conceptos de "honorarios profesionales", mostrándose todavía controvertibles los demás involucrados en dicho porcentaje.

Por otra parte, el experticio de que se dedujeron las cifras relativas a cada uno de esos conceptos, no establece lo que pudiera corresponderle al ingeniero Tello, por su trabajo personal, ni siquiera para extraerlo del renglón sobre el porcentaje mencionado.

Demostrado como lo ha sido el error fundamental de hecho en que incurrió el fallador, en la decisión de instancia subsiguiente la Sala agrega que nada establece el valor de los honorarios de Tello que pudieran considerarse implicados en el precio de la obra de que tratan los autos, o en el resto que se demandó de tal precio, ni la cantidad ni la intensidad de su trabajo personal y de la acción correspondiente, de la competencia laboral, ha de absolverse por falta de prueba, ya que no hay bases siquiera para una condenación en abstracto o para precisar, mediante auto para mejor proveer, lo que se deba por el expresado concepto de retribución de servicios profesionales.

En cuanto a lo pretendido por valores de materiales y de mano de obra y demás conceptos que no responden a trabajo personal del demandante, su estimación contractual como precio de una venta, que incluye utilidad, no está regida por los Decretos 456 y 931 de 1956, en relación con los que le dieron firmeza legal, y no son aplicables los textos civiles sobre honorarios profesionales.

Acerca de la competencia de los jueces laborales para el reconocimiento y pago de honorarios y de otras retribuciones de servicios personales independientes, conviene expresar que ella se predica, conforme a la letra de los dichos decretos y al espíritu que determinó esa regulación procesal, para los servicios personales y únicamente para ellos, y no para precios ni bienes distintos, y que, cuando en una determinada contratación, concurren unos y otros, la justicia laboral sólo puede resolver sobre la materia que específicamente le ha sido atribuida, competiéndole a la jurisdicción civil todo lo que sea extraño para aquélla, conforme a sus reglas sustanciales, procesales y jurisdiccionales.

En el presente caso, y dadas sus condiciones actuales de proceso, ha de revocarse la sentencia de primer grado acerca del extremo que se considera, y, en su lugar, absolverse al demandado López Carvajal, por falta de prueba, de cuanto pretendió el ingeniero Tello con la súplica primera del libelo inicial, por concepto de honorarios profesionales correspondientes a servicios personales en la obra de autos cuyo precio o resto de precio impetró ante la justicia del trabajo. Además, por falta de competencia, la Corte en sede de instancia, no ha de acceder a lo demandado, en este mismo juicio, por valor de los materiales suministrados y mano de obra y demás conceptos que no responden a trabajo personal del ingeniero Tello, en el entendimiento expreso de que esta última decisión ni absuelve, ni condena por extremos que no competen a la justicia laboral.

La prosperidad del cargo estudiado y la resolución subsiguiente relevan del examen del otro que contiene la demanda de casación, del mismo alcance aunque por vía distinta.

Se advierte, por último, que la segunda petición del libelo inicial fue despachada en forma absolutoria por el ad quem, y aunque el recurso extraordinario persigue la casación total del fallo del Tribunal Su-

perior de Cali, obviamente carece de interés respecto de la dicha absolución.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia objeto del presente recurso, dictada el 10 de febrero de 1973, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio promovido por Carlos A. Tello Marulanda contra Oscar López Carvajal, litigantes de las condiciones que contiene el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4447, en cuanto confirmó la de primer grado "en la forma inicial como" ella fue proferida, condenando al mencionado López Carvajal a pagarle al demandante Tello Marulanda la suma de $ 64.280.01 por concepto de honorarios profesionales; en sede de instancia, revoca la condenación que hizo el a quo por los dichos conceptos y cantidad y, en su lugar, absuelve al demandado por el extremo de honorarios profesionales y no accede a lo pedido por valores distintos de los de trabajo personal del ingeniero Tello, conforme a la parte motiva de esta providencia. No la casa en lo demás.

Costas de la primera instancia al demandante. Sin costas en la alzada y en el presente recurso extraordinario.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

No todos los servidores de las sociedades de economía mixta tienen el carácter de trabajadores oficiales, sino solamente los que laboren en las sociedades en que el Estado tiene el 90% o más del capital social y que no sean empleados públicos de conformidad con sus estatutos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá. D. E., marzo 8 de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

José Libardo Castrillón Correa, mayor de edad y vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 586.039, expedida en Barbosa (A), demandó por conducto de apoderado al Fondo Ganadero de Antioquia S. A., representado por el doctor Jaime Tobón Villegas, o por quien haga sus veces, para que previos los trámites del juicio ordinario laboral de mayor cuantía, fuera obligado a pagarle "lo que se pruebe debido en razón de los siguientes conceptos":

"A) El valor de la pensión vitalicia de jubilación o vejez prevista en las leyes laborales en forma plena y completa, con más de 20 años servidos;

"B) En forma subsidiaria a la petición supracitada la pensión de jubilación especial denominada jubilación-sanción en un trabajador que con una edad superior a los cincuenta (50) años, sea retirado de la empresa por el patrono, sin mediar una causa justa y con más de quince (15) años de servicio;

"C) Que por su despacho se declare que la presolicitada pensión es exigible desde el 26 de febrero de 1971, fecha desde la cual por despido a mi cliente quedó terminado su contrato ficto de trabajo, y por ende nació por obra de la terminación el derecho a la jubilación ya perfeccionado por llevar más de 20 años de servicio, con la edad por la norma exigida;

"D) En desarrollo de la anterior declaratoria que la sentencia contenga una condena por una suma líquida de dinero, por concepto de intereses legales, mesada por mesada causados, desde que se perfeccionó la existencia y el nacimiento del derecho esto es desde el 26 de febrero de 1971 hasta la fecha de la respectiva sentencia;

"E) Un día de salario por cada día de retardo en el pago de las mesadas causadas por la pensión de vejez, pues esta demora es la más grave en que un patrono pueda incurrir en razón del calificado interés por la norma tuteladà;

"F) Las agencias en derecho causadas: 1º Por el agotamiento de la vía administrativa. 2º "Las propias del presente juicio. Pidió además las costas del juicio y que se declarara que "las condenas anteriores son (sic) sin perjuicio de la entidad a la que está correspondiendo hacer el pago de repetir contra las demás que resultaren obligadas, la cuota parte respectiva que resultare en el presente juicio comprobada".

El apoderado de Castrillón Correa solicitó que la demanda se notificara al Gobernador de Antioquia como "representante constitucional" del departamento; a las Empresas Departamentales representadas por su Gerente; al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Comisión Canalización y Reembolso del río Medellín, representadas por el doctor Jorge Restrepo Uribe y al municipio de Barbosa (A), representado por el Personero Municipal.

Como hechos de las pretensiones transcritas, afirmó:

"1º Libardo Castrillón Correa laboró para el Estado, por un período superior a los 20 años de servicio:

a) Se trata de tiempo servido para el Ferrocarril de Antioquia durante un lapso comprendido entre el 1º de octubre de 1944 y el 30 de noviembre de 1949, entidad a la que sirvió como peón en la variante de Pavas y miembro de la cuadrilla Nº 7, habiendo laborado un total de mil ochocientos veintiún días (1.821);

b) Se trata de tiempo servido en beneficio del municipio de Barbosa, desempeñando el oficio de policía, desde el año de 1939, mes de marzo, hasta que comenzó a laborar en el Ferrocarril de Antioquia, o sea, en 1944. Anótese que el presente tiempo de servicio se acumulará para los efectos legales siempre que Libardo Castrillón Correa haya laborado más de 20 años como en efecto se comprueba por medio de este documento demanda y sus anexos;

c) Se trata de tiempo servido al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Comisión Canalización y Reembolso del río Medellín, entidad a la cual comenzó a servir desde el 23 de julio de 1956, pues fue nombrado por Resolución Nº 028 del mismo mes y año. Y sirvió hasta el 17 de septiembre de 1961 desempeñando el oficio de arenero pues le correspondió extraer arena del río;

d) Se trata de tiempo servido al Fondo Ganadero de Antioquia S. A., última entidad a la cual prestó el servicio mi cliente Libardo Castrillón Correa y laboró para la misma durante dos mil novecientos ochenta y cinco (2.985) días, desempeñando el oficio de celador, con un salario promedio mensual no inferior a los dos mil pesos ($ 2.000.00), haciendo un cómputo de los sobrerrecargos que por la ley le correspondan. La vinculación ocurrió desde el 16 de noviembre de 1962 hasta el 28 de febrero de 1971.

"2º Planteó litis en este documento respecto al salario, pues mi poderdante laboró por la noche durante el último año de servicio y debe reconocérsele una pensión de jubilación de conformidad al salario promedio devengado según la ley, o sea, con un recargo del 35% pues la actividad durante el último año fue nocturna. Asimismo el salario durante el último año se engrosó con el promedio de dominicales y festivos triples.

"3º El trabajador fue despedido porque la empresa contrató los servicios de celaduría con la Burns de Colombia motivo que no encuadra dentro de las causas justas previstas como tales por la ley para que el empleador terminar pudiese el contrato de trabajo ficto que con mi mandante celebrado había. Lo cual da nacimiento a la causa de la petición subsidiaria de la jubilación-sanción.

"4º El absurdo silencio prolongado durante más de un año a la legal y justa petición de mi cliente constituye una clarísima manifestación de su óptima agresividad en violar la norma que se ostenta tutelante de los sagrados derechos jubilacionales y de la oportunidad en su pago.

"5º La demandada se ha demorado en el pago de los derechos jubilatorios pese a la certeza de índole legal advertida en el tiempo servido, la injusticia del despido y la edad del anciano reclamante.

"6º La dura espera ha sido tal que desde que mi cliente fue despedido injustamente hizo la reclamación legal mas todo fue en vano, pues nada se produjo, ni afirmación, ni negación, ni controversia.

"7º La conducta demostrada por la empresa en los hechos que se advierten es sancionada por el Decreto 797 de 1949, artículo 1º en todos sus parágrafos, decretos subrogantes del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de los artículos 8º y 11 de la Ley 6 del mismo año.

"8º Demuestro entonces con el simple agotamiento de la vía administrativa la ilegal conducta, con el actual silencio".

La demanda fue admitida por auto de 10 de abril de 1972, que se ordenó notificar al Fondo Ganadero de Antioquia, al Gobernador de Antioquia, a los Gerentes de las Empresas Departamentales y del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Reembolso y Canalización del río Medellín y al Personero del municipio de Barbosa.

Cumplida la providencia anterior el Fondo Ganadero de Antioquia contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor. Propuso las excepciones de inepta demanda, carencia de acción, inexistencia de la obligación, dolo y la genérica. En cuanto a los hechos aceptó el tiempo ser-

vido por el demandante (numeral d) del hecho primero) y que Castrillón fue despedido (hecho tercero) negando los demás.

El Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Canalización y Reembolso del río Medellín, también contestó el libelo oponiéndose a que prosperara total o parcialmente; propuso las excepciones de carencia de acción, prescripción y la genérica y negó los hechos en que fundamentó el demandante sus pretensiones.

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Medellín puso fin a la primera instancia por sentencia de 13 de febrero de 1973, en la que absolvió "al Fondo Ganadero de Antioquia S. A. representado por el doctor Jaime Tobón Villegas, de los cargos formulados por el señor José Libardo Castrillón Correa" y no hizo condenación en costas.

El apoderado del demandante apeló de la anterior providencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en la suya de 27 de abril siguiente, la confirmó en todas sus partes y nada dijo sobre costas de la segunda instancia.

Insatisfecho con la resolución del Tribunal el representante judicial del promotor de la litis, interpuso contra el fallo de segundo grado recurso de casación que fue concedido y está admitido por la Corte.

El recurso

De acuerdo con la demanda extraordinaria pretende el recurrente el quebrantamiento total del fallo recurrido, para que la Corte, convertida en tribunal de instancia, revoque la sentencia del juzgado y en su lugar condene al Fondo Ganadero de Antioquia S. A., al pago en favor de Castrillón de pensión plena o en subsidio a la jubilación-sanción, "a la indemnización moratoria, intereses, costas en las dos instancias y en el presente recurso si se causaren".

El impugnador con invocación de la causal primera de casación laboral "prevista en el Decreto 528 de 1964, artículo 60"; formula un solo cargo que lo enuncia así:

"Violación directa por interpretación errónea de los artículos III y 31 del Decreto 3130 de 1968, 8º, 5º y 6º del Decreto 1050 de 1968, artículo 1º de la Ley 151 de 1959; artículos 1º, 2º, numeral II, 3º, literal b) 5º y 6º del Decreto 1848 de 1969; violaciones que condujeron al fallador a la infracción directa por falta de aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968; artículos 8º, 11, 29, 17 de la Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945, 3º de la Ley 65 de 1946, 9º de la Ley 64 de 1946, 1º de la Ley 24 de 1947, 21 de la Ley 72 de 1947, Decreto 3135 de 1968; artículo 27 en armonía con los artículos 1º, 2º, 3º, 68 y parágrafo del Decreto 1848 de 1969. Decreto 1848 de 1969 (sic); 52 del Decreto 2127 de 1945, artículo 1º parágrafo 1º, 2º y 3º del Decreto 797 de 1949 en armonía con los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945".

El impugnador transcribe en seguida algunos apartes de la sentencia impugnada y manifiesta que el Tribunal afirma que el Fondo Ganadero de Antioquia S. A. es una sociedad de economía mixta pero que en forma contradictoria al mismo tiempo dice que es una entidad "de derecho privado" porque su capital "pertenece al Estado en cantidad inferior al 90%", porque el Consejo de Estado dijo que no son empleados públicos aquellos que ejercen funciones de dirección, confianza y manejo en tales entidades y, porque "las sociedades que siendo de economía mixta tengan más del 90% de sus acciones pertenecientes al Estado se sujetan al régimen de las "sociedades industriales y comerciales" de aquél.

Expresa el recurrente que ciertamente el Tribunal tiene razón cuando dice que el Fondo Ganadero es una sociedad de economía mixta, pero que incurre en error cuando afirma "que las sociedades de economía mixta son entidades de derecho privado puro y simple porque ellas "son creadas por la ley" y, además "autorizadas por ésta", con "aportes estatales y de capital privado", siendo este concepto el único verdadero, pues literalmente lo expresa la ley", (artículo 9º del Decreto 1050 de 1968).

Como consecuencia afirma el casacionista el Tribunal se equivocó cuando consideró de naturaleza privada, lo que en su origen es público por ser de creación de la ley o autorizado por ésta, lo que lo llevó a no acumular el tiempo servido al Fondo por

Castrillón desconociéndole así su derecho a jubilación.

En otra parte de la acusación manifiesta que "otro error que conlleva equivocación indudable significa la estimación consistente en que una sociedad de economía mixta cuyo capital no alcance al 90% a ser de propiedad del Estado, pasa a ser una sociedad de derecho privado; jamás un desentrañamiento correcto del espíritu del artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 significa lo que erróneamente dice el Tribunal" pues la verdadera interpretación "de esa norma consiste en una de las siguientes dos afirmaciones: La primera es que cuando el capital de la empresa no alcance la cantidad mínima del 90% de propiedad del Estado la sociedad de economía mixta continúa siéndolo. La segunda es que las sociedades industriales o comerciales del Estado lo son cuando el Estado (sic) es dueño de la totalidad del capital de la empresa, o cuando ésta consiste en una sociedad de economía mixta en que es dueña (sic) el Estado de más del 90% del capital de la empresa. El asunto de que trata la ley entonces es el de clasificar (por decirlo de algún modo), no el de desnaturalizar a las sociedades de economía mixta".

También manifiesta el impugnador que el Tribunal tiene razón cuando afirma que "no son empleados públicos" los trabajadores de dirección y confianza al servicio de las sociedades de economía mixta, pero que yerra cuando estima como fundamento de su decisión absolutoria que las personas que no tienen ese carácter no son trabajadores oficiales.

Continúa exponiendo que la sociedad de economía mixta es de creación legal como lo define el Decreto 1050 de 1968, y que considera y esa es su simple interpretación de la ley "que las sociedades de economía mixta es (sic) uno de los organismos del Estado definidos como tal (sic) en el Decreto 1050 de 1968, y en consecuencia sus trabajadores todos son trabajadores oficiales, y como organismo público deben acumulársele los tiempos para efectos jubilaciones (sic) como lo ordena la ley".

Finaliza el ataque afirmando que "la errónea interpretación de las citadas normas condujo a la consideración o rechazo de otras; en efecto, cuando el Tribunal estimó que las sociedades de economía mixta son de derecho privado, lógicamente desatendía o rechazaba la aplicación de aquellas que preceptúan que los trabajadores de las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales. Igualmente dejó de aplicar normas, debiendo hacerlo, al no acumular los tiempos de servicio. Todo ello repito a consecuencia de la errónea interpretación de las mencionadas disposiciones. Además como consecuencia también de la errónea interpretación dejó de aplicar las normas que establecen la pensión de jubilación y las que sancionan al pago de ellas en forma morosa y retrasada. Cabe afirmar que la errónea pero inexcusable interpretación de las normas citadas en el cargo en que incurrió el honorable Tribunal no constituyen buena fe (sic) que exonere al deudor de la sanción moratoria".

Se considera

El recurrente en el único ataque que hace a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín pretende que la interpretación errónea de algunas disposiciones legales que cita, llevaron al ad quem a la "infracción directa" de otras, entre las que señala las relacionadas con la obligación del pago de pensión de jubilación plena o restringida y a la indemnización moratoria.

El recurrente no obstante citar como erróneamente apreciadas por el ad quem, un sinnúmero de disposiciones legales, no trata siquiera de demostrar la equivocación cometida en la sentencia, sino que en forma por demás desordenada le endilga al Tribunal conceptos o razonamientos no contenidos en el fallo. Dice el impugnador que en forma contradictoria el Tribunal acepta que el Fondo Ganadero de Antioquia S. A. es una sociedad de economía mixta, pero que simultáneamente afirma que es una entidad de derecho privado.

El ad quem advirtió que según lo establecido el Fondo Ganadero de Antioquia era una sociedad en que el departamento no tiene invertido como socio sino el 30% del capital, por lo que estaba sometido al régimen previsto para las empresas de derecho privado y citó para confirmar su aserto los Decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968.

El artículo 8º del primer estatuto al hablar de las sociedades de economía mixta estatuye "que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley" (subraya la Sala).

A su vez el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968, consagra la excepción prevista en la norma anteriormente copiada, así:

"Del régimen jurídico para algunas sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

Tampoco incurre en error el Tribunal cuando en virtud de estas normas y refiriéndose al Fondo Ganadero de Antioquia, explica cuál es su régimen jurídico por cuanto se ha visto que como regla general las sociedades de economía mixta desarrollan sus actividades "conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley".

El recurrente acepta que el Tribunal tiene razón cuando afirma que el Fondo Ganadero de Antioquia, es una sociedad de economía mixta, pero a renglón seguido expresa que el sentenciador comete error cuando califica al Fondo como de derecho privado. En realidad lo que sostuvo el ad quem fue que a consecuencia de la anulación por parte del Consejo de Estado de varios artículos del Decreto 1848 de 1969, "precisamente en la parte que hacen referencia a las sociedades de economía mixta, entidades no comprendidas en el artículo 5º del Decreto legislativo reglamentado o sea el 3135 de 1968, no puede sostenerse ahora y menos con fundamento en el literal b) del artículo 3º del Decreto reglamentario presuntamente aplicable, que el señor Castrillón hubiera sido un trabajador oficial, ya que como se dijo y se insiste esa norma fue anulada por el honorable Consejo de Estado".

Sostiene el impugnador que el Decreto 1050 de 1968, debe interpretarse en el sentido de que las sociedades de economía mixta constituyen uno de los organismos del Estado.

Esta opinión del casacionista no empece a que, conforme a la ley, tales entidades tengan en general un régimen de derecho privado.

Finalmente el apoderado de Castrillón afirma en la demanda extraordinaria que todos los servidores de las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales y que precisamente por no aceptar esta conclusión, el Tribunal interpretó erróneamente la ley.

Esta manifestación absoluta del recurrente frente a la ley es inexacta.

En efecto el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968, como se ha visto, consagra la regla general de que las sociedades de economía mixta desarrollan su actividad conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley las cuales precisa el artículo 3º del Decreto 3130 del mismo año, cuando establece que dichas entidades se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado cuando éste posea el 90% o más del capital social.

El régimen aludido, en relación con los servidores de aquellas empresas, consiste en darles el carácter de trabajadores oficiales, según el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que establece en su inciso segundo:

"Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, **son trabajadores oficiales**" ... (subraya la Sala).

Teniendo en cuenta lo anterior, **no todos los servidores de las sociedades de economía mixta tienen el carácter de trabajadores oficiales**, como lo sostiene el recurrente, **sino solamente los que laboren en las sociedades en que el Estado tiene el 90% o más del capital social y que no sean empleados públicos de conformidad con sus estatutos.**

En estas circunstancias no se demostró por el recurrente la equivocación del ad quem en la interpretación de la ley.

Y como el casacionista hace derivar la infracción directa de las disposiciones laborales señaladas en el ataque de la interpretación errónea de las ya estudiadas, y

ella no se produjo, tampoco se ha demostrado la violación consecuencial alegada.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha y origen conocidos y que fue objeto de este recurso.

Sin costas por no aparecer causadas.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PREAVISO

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".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo veintidós de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Mediante libelo presentado el 11 de septiembre de 1970, Alberto Villegas Botero demandó a las entidades "Comestibles La Rosa S. A." y "Distribuciones Grace y Cía. (Colombia) S. A." o "Grace y Cía. (Colombia) S. A." domiciliadas respectivamente en Pereira y Bogotá y con sucursales en Medellín donde están representadas por Hernando Jaramillo, para que mediante los trámites de un juicio social ordinario de mayor cuantía, y en sentencia definitiva, se hicieran a su favor las siguientes declaraciones:

"Primera. Que las sociedades "Comestibles La Rosa S. A." y "Distribuciones Grace y Cía (Colombia) S. A." o "Grace y Cía. (Colombia) S. A.", representadas en la forma dicha, están solidariamente obligadas a reintegrar al suscrito, Alberto Villegas Botero al trabajo que desempeñaba con anterioridad al 26 de junio de 1970, y en las mismas condiciones en que venía haciéndolo.

"Segunda. Que igualmente las indicadas sociedades, están también obligadas solidariamente a reconocerme y pagarme los salarios dejados de percibir desde la fecha indicada en el numeral anterior y hasta la fecha en que se opere el reintegro, y a reconocerme y pagarme también las prestaciones sociales legales y extralegales que se causen en el tiempo intermedio.

"Tercera. Que en la misma forma, las expresadas sociedades están en la obligación de reconocerme y pagarme en forma solidaria, la indemnización o indemnizaciones por violación o por incumplimiento del contrato de trabajo que me venía ligando a las mismas con anterioridad al 26 de junio de 1970, ya que dicho contrato fue modificado unilateralmente y sin justa causa por las sociedades demandadas.

"Cuarta. Que en idéntica forma, las mismas sociedades están en la obligación de reconocerme y pagarme, solidariamente también los salarios por descanso en días domingos y festivos, nacionales y religiosos y que son de descanso obligatorio y remunerado.

"Quinta. Que asimismo, las anotadas sociedades, están en la obligación de reconocer y pagar, en forma igualmente solidaria la indemnización por mora en el pago de los salarios ya descritos, y de conformidad con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Sexta. Que las sociedades dichas, deben pagar solidariamente las costas y gastos del presente juicio.

"Si no se probare la solidaridad entre las sociedades demandadas, que las condenas se hagan en forma separada contra una u otra de las mismas".

Afirmó el demandante como

Hechos

"1º El suscrito Alberto Villegas Botero, ha venido laborando con las sociedades "Comestibles La Rosa S. A." y "Distribuciones Grace y Cía. (Colombia) S. A." o "Grace y Cía (Colombia) S. A." vinculado por contrato escrito de trabajo, desde el 1º de agosto de 1959, y continúo en la actualidad vinculado a las mismas.

"2º He desempeñado el puesto de agente vendedor de las sociedades demandadas, y desde mi vinculación a ella en esta ciudad de Medellín más concretamente en la zona denominada "Guayaquil".

"3º Desde mi vinculación a las sociedades demandadas, se me asignó la zona a que hice referencia, y como tal colocaba las mercancías de éstas en los siguientes negocios comerciales: Plaza de Mercado de Cisneros, y las demás agencias mayoristas aledañas a esta plaza, y sin que me fuera permitido salirme de esa zona. Naturalmente que desde mis inicios, y debido a mi esfuerzo personal y a la colaboración que obtuve, supe fomentar en alto grado las ventas, manteniendo a plena satisfacción la clientela, y obteniendo por esa razón unas buenas comisiones o porcentajes por el aumento de los pedidos que se me hacían, llegando a recibir de las mismas compañías por concepto de comisión por ventas entre los años de 1968 y 1969 una suma aproximada de $ 100.756.41, lo que indica que me había hecho acreedor a un "good will" muy considerable.

"4º Pero ocurre que el 26 de junio del corriente año, el señor Gerente Distrital de las sociedades demandadas, me dirigió una comunicación por medio de la cual se me cancelaba la visita a la zona que hacía más de 10 años venía trabajando, o se me hizo un recorte muy considerable, el cual como lógica consecuencia me trajo una rebaja muy singular en el salario o comisiones que venía devengando, hasta el punto que para las fechas comprendidas entre el 26 de junio de 1970 y el 26 de julio del mismo año, sólo percibí por concepto de comisiones, aproximadamente $ 6.500.00. No contentos mis patronos, el 31 de julio del año en curso, enviaron al suscrito otra comunicación indicándome otro cambio de zona (zona número 11), que comprende el Chocó, zona minera, Copacabana, Girardota y Barbosa, lugares completamente desconocidos para mí y la que he tenido que trabajar hasta la fecha actual, no obstante los reparos que he hecho a las directivas de las sociedades demandadas, por la nueva modificación unilateral del contrato de trabajo. Desde la fecha antes dicha y hasta la actual, los ingresos que he tenido por comisiones en la mencionada zona no llegan siquiera a los $ 6.000.00.

"5º Como se desprende de lo dicho anteriormente, la actitud de las compañías demandadas refleja una violación del contrato de trabajo que me ha ligado a ellas, una modificación injustificada, y a más de un incumplimiento notorio de las cláusulas contractuales por parte de las mismas, que a la vez constituye una infracción a las normas legales, no sólo en lo que dice relación a la estabilidad en el trabajo, a la desmejora salarial y prestacional, sino también en el aspecto relativo a la antigüedad que protege con mucho celo nuestra legislación, especialmente para los asalariados, que como el suscrito llevamos más de 10 años continuos al servicio de un solo patrono. Por ello, creo que el proceder de las compañías demandadas, fue injusto e ilegal y por consiguiente se me debe reintegrar al puesto y zona que venía explotando con anterioridad al 27 de junio de 1970, y disponerse que se me deben pagar los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se me modificó el contrato de trabajo hasta la fecha en que se restablezcan las cosas a su estado anterior, y además a que me sean reconocidas las indemnizaciones previstas en el Decreto 2351 de 1965.

"6º La situación que dejo planteada toma más caracteres de injusticia si se tiene en cuenta la delicada salud que afronta mi señora esposa Luisa Lopera de Villegas, quien padece de trastornos emocionales desde hace algún tiempo, los cuales vinieron a agravarse con los conflictos que se me han creado en torno a mi situación laboral, de lo cual son testimonio claro las certificaciones de los doctores Darío Gutiérrez R. y Guillermo Calle, quienes han conceptuado que la presencia mía en la ciudad de Medellín es indispensable para una

adecuada recuperación de la salud de mi citada esposa.

"7º De otro lado, las sociedades demandadas nunca me han cancelado los salarios por descanso en los días domingos y festivos, pues se han limitado siempre a liquidarme estrictamente la comisión por las ventas realizadas de lunes a sábado de cada semana, o más concretamente realizadas en los días hábiles de cada mes, sin tener en cuenta que el pago de los dominicales y festivos en descanso, es obligatorio. A este respecto quiero anotar que el suscrito ha laborado todos los días de la semana, de lunes a sábado y en una jornada superior a las ocho horas diarias y a las cuarenta y ocho semanales, pero la compañía o compañías demandadas por una razón inexplicable han optado el sistema de acumular hasta por cuatro semanas, es decir por un mes o más, la liquidación de las comisiones, para aparentar que se trata de un sueldo y así dar a entender que en esta forma está incluido el pago del descanso dominical y festivo.

"8º Por tener más de diez (10) años de servicios a las sociedades demandadas, he insistido en el reintegro al trabajo que desempeñaba, y en las mismas condiciones en que venía haciéndolo, agotando incluso los medios amistosos como puede verse en la carta que dirigí a don Hernando Jaramillo Yepes el 31 de julio de 1970, pero su carta respuesta de 6 de agosto del mismo año. Las sociedades demandadas son solidariamente responsables de todas y cada una de las pretensiones que he puntualizado, toda vez que forman una unidad de explotación económica, como erróneamente quiere aparentarse, de que la una es sustituto de la otra".

Cité como disposiciones aplicables los artículos 65, 127 y ss., 172 a 185 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y los Decretos 2351 de 1965, 1373 de 1966 y 243 de 1951.

En el mismo escrito confirió poder para ser representado en juicio y su apoderado manifestó que aceptaba el mandato y coadyuvaba la demanda.

La demanda correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.

El libelo fue contestado por el representante de las dos sociedades indicado por el actor, quien manifestó que "en cuanto a los extensos e incoherentes hechos del libelo demandatorio, tan sólo es cierto lo siguiente:

"a) La sociedad codemandada, "Grace y Cía. (Colombia) S. A." no existe actualmente;

"b) El actor inició trabajo, como empleado de aquélla, mediante contrato escrito, el 1º de agosto de 1959, que se acompaña, devengando un sueldo mensual de $ 200.00;

"c) Posteriormente, se reformó, por mutuo acuerdo de las partes, el tal contrato de trabajo, mediante carta de 28 de noviembre de 1967, que se anexa, en el sentido de que al actor, a partir del 26 de octubre de ese año, se lo remuneraría con un "tres punto uno por ciento (3.1%)" sobre ..."cobros de las ventas efectuadas en la **zona de ventas que SE ME ASIGNE**" (las mayúsculas y las subrayas no pertenecen al texto de la dicha carta). Estos porcentajes sobre cobros de ventas se le han venido liquidando mensualmente, al demandante, como a todos los vendedores, todo 26 de cada mes, a no ser que dicha fecha caiga en festivo y entonces el pago se posterga hasta el día siguiente hábil;

"d) De lo anterior resulta, clarísimamente, que el demandante no es un jornalero, como lo pretende, sino un empleado con remuneración variable, en la que se comprende el pago de los días festivos, en acuerdo a los artículos 133, 134, 174 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo. Además la empresa no exige trabajo en horas extras, ni en días festivos. En este último caso, es de dominio público que, por ejemplo, en las zonas de ventas en la ciudad de Medellín es imposible el trabajo festivo, por cuanto el comercio está cerrado;

"e) A partir del 1º de enero del año en curso, "Comestibles La Rosa S. A." se constituyó en patrona sustituta de la sociedad que contrató al demandante, "Grace y Cía. (Colombia) S. A." tomando a su cargo los derechos y las obligaciones correspondientes. En esta calidad viene cumpliéndolos, porque el demandante está vinculado aún a la empresa, en esta fecha. Se anexa aceptación de la sustitución patronal, que consta en carta de 13 de diciembre de 1969, firmada por el demandante y aceptada, de hecho, por el mismo, puesto que viene tra-

bajando a órdenes de la sociedad sustituta".

Agrega además que de la exposición hecha resultaba:

"Primero. Que el sueldo, o remuneración, o comisión del actor es variable, en acuerdo a la zona que se le asigne por la sociedad patrona y en conformidad a la intensidad laboral de aquél, ya que no hay zonas "de propiedad particular" de ningún vendedor y, como se vio, al transcribir parte de la carta que reformó el contrato original de sueldo fijo de $ 200.00 el demandante debe trabajar en la zona que se le asigne, habiendo varias de ellas, por fuera de la ciudad de Medellín. A todos los vendedores se les cambia de zona, para estimularlos por igual en el sentido de que todos puedan disfrutar de las mejores temporalmente.

"Segundo. Es absurdo pretender, por el solo cambio de zona de actividad del demandante y la variabilidad de la remuneración obtenida, pedir reintegro a una determinada zona de trabajo y, además, reconocimiento y pago de diferencias de salario.

"Tercero. Que no ha habido violación, por parte de la empresa empleadora de las condiciones laborales pactadas. Por el contrario, en más de una comunicación, que se constatarán oportunamente, el demandante ha sido reconvenido sobre la notoria disminución de actividad, en contra de los intereses de la empresa y de los de él mismo, quizá para poner base a la demanda que se está contestando.

"Cuarto. Que la empresa, en parte alguna, ha exigido trabajo en horas extras, o en días festivos".

Para la parte demandada los hechos anteriores contienen "un acervo de medios exceptivos perentorios", a los que agrega "el genérico del artículo 329 del Código Judicial" y el de "prescripción" por cuanto se opone a la prosperidad de las injustas pretensiones de quien es actual colaborador de la misma.

Estando tramitándose este juicio Villegas Botero fue despedido el 27 de octubre de 1970, por lo cual, considerando injusta la terminación del contrato inició un nuevo litigio, en el que demandó a las mismas sociedades pidiendo se hicieran las siguientes declaraciones principales y subsidiarias:

"Primera. Que las sociedades "Comestibles La Rosa" y "Distribuciones Grace y Cía. (Colombia) S. A." o "Grace y Cía. (Colombia) S. A.", representadas en la forma dicha, están solidariamente obligadas a reintegrar al suscrito, Alberto Villegas Botero, al trabajo que desempeñaba con anterioridad al 26 de junio de 1970, y en las mismas condiciones en que venía haciéndolo para esa fecha o para la fecha en que las demandadas cancelaron el contrato de trabajo.

"Segunda. Que igualmente las indicadas sociedades, están también obligadas solidariamente a reconocerme y pagarme los salarios dejados de percibir desde las fechas indicadas en el numeral anterior y hasta la fecha en que se opere el reintegro, y a reconocerme y pagarme también las prestaciones sociales, legales y extralegales que se causen en el tiempo intermedio.

"Tercera. Que las sociedades dichas, deben pagar solidariamente las costas y gastos del presente juicio.

Peticiones subsidiarias

"A) Si no se probare la solidaridad entre las sociedades demandadas, que las condenas se hagan en forma separada contra una u otra de las mismas;

"B) Subsidiariamente, y para el caso de que no prosperen las peticiones primera y segunda principales, solicito que las sociedades demandadas sean condenadas a reconocerme y pagarme la indemnización por despido sin justa causa en armonía con el Decreto 2351 de 1965;

"C) Subsidiariamente, y también para el caso de que no prosperen las peticiones primera y segunda principales, solicito que las mismas sociedades demandadas sean condenadas a reconocerme y pagarme las cesantías, primas de servicio, vacaciones, comisiones pendientes (salarios), reajuste de salarios, salario por descanso en días domingos y festivos, reajuste de salarios por incapacidad motivada por enfermedad, e indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y salarios".

Como hechos destacó, además de los mismos afirmados en la anterior demanda que había sido despedido el 27 de octubre de 1970.

En el mismo escrito confirió poder a quien ya lo representaba en el primer juicio y aquél aceptó el mandato y coadyuvó el libelo.

El representante de las sociedades demandadas propuso las mismas excepciones perentorias aducidas antes en el otro pleito y además las dilatorias de "pleito pendiente" y de "ilegitimidad de la personería", parcial, sustantiva de la parte que representaba, y en cuanto a los hechos manifestó que sólo era cierto lo siguiente:

"1º La sociedad demandada, "Grace y Cía. (Colombia) S. A." no existe actualmente.

"2º El actor inició trabajo, como empleado de aquélla, mediante contrato escrito, el 1º de agosto de 1959, tal como lo dice el hecho 1º de la demanda que se está contestando, y perduró en él hasta el 27 de octubre retropróximo. Cuando fue contratado devengaba un sueldo mensual fijo de $ 200.00 en calidad de agente vendedor.

"3º Posteriormente a la iniciación de labores con la sociedad "Grace y Cía (Colombia) S. A." respecto a la cual "Comestibles La Rosa" tomó a su cargo las obligaciones y derechos de ella con los trabajadores, se reformó, por mutuo acuerdo de las partes, el contrato de trabajo, mediante carta de 28 de noviembre de 1967 que, en original, reposa en otro juicio ordinario, sobre el mismo contenido de la demanda actual, cursante en el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de que el actor, a partir del 26 de octubre de ese año, se lo remuneraría con un "tres punto uno por ciento (3.1%)" sobre... "cobros de las ventas efectuadas en la zona de ventas que SE ME ASIGNE" (las mayúsculas y las subrayas no son del texto de dicha carta). Estos porcentajes, sobre cobros de ventas, se le liquidaban al demandante mensualmente, como a todos los vendedores, todo 26 de cada mes, o al día siguiente cuando aquél caía en día festivo.

"4º De lo anterior resulta, claramente, que el demandante no era trabajador al jornal, como lo pretende, sino un empleado con remuneración variable, en la que se comprende el pago de los días festivos, en acuerdo a los artículos 133, 134, 174 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo. Además la empresa no exige trabajo en horas extras, ni en días festivos. En este último caso, es de dominio público que, por ejemplo, en las zonas de ventas, en la ciudad de Medellín, es imposible el trabajo festivo, por cuanto el comercio está cerrado.

"5º A partir del 1º de enero de 1970 "Comestibles La Rosa S. A." se constituyó en patrona sustituta de la sociedad que contrató al demandante, "Grace y Cía. (Colombia) S. A." tomando a su cargo los derechos y obligaciones correspondientes. En esta calidad venía el demandante cumpliendo su trabajo normal, hasta el día 27 de octubre de 1970, cuando fue desvinculado. Se anexan 7 infolios contentivos de la carta de desvinculación, fechada, como ya se dijo el 27 de octubre de 1970, para ser apreciada conforme a la ley".

Este nuevo juicio correspondió tramitarlo al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín.

El apoderado del demandante solicitó al Juez 2º del Trabajo de Medellín la acumulación de autos correspondientes y el juzgado, en audiencia incidental la decretó para que en adelante los juicios se siguieran "bajo una misma cuerda hasta terminar con la sentencia definitiva".

Reunidos los procesos y tramitado el juicio en legal forma, el juzgado puso fin a la primera instancia por sentencia de 29 de mayo de 1972, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Condénase solidariamente a las sociedades Comestibles La Rosa S. A. y Grace y Cía. (Colombia) S. A., representadas por los señores Jaime F. Córdoba y Porfirio Suárez a pagar al señor Alberto Villegas Botero las siguientes cantidades de dinero: Setenta y tres mil trescientos ochenta y ocho pesos con 46/100 ($ 73.388.46) por descansos remunerados obligatorios en domingos y festivos; once mil seiscientos treinta y cinco pesos con sesenta y seis centavos ($ 11.635.66) por reajuste en el auxilio de cesantía; ciento veintiún mil trescientos sesenta y siete pesos con 26/100 ($ 121.367.26) por indemnización por despido injustificado. Se absuelve de los demás conceptos reclamados.

"La excepción de prescripción se declara parcialmente como se dijo en la parte mo-

tiva, las demás excepciones se declaran no probadas.

"Se condena en costas a la parte demandada, pero sólo en el cincuenta por ciento (50%)".

Los apoderados de las partes apelaron de la providencia del juzgado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, por la suya de 29 de agosto de 1972, la confirmó en todas sus partes y no hizo condenación en costas de la segunda instancia.

El representante judicial de la parte demandada, inconforme con la resolución del Tribunal, interpuso contra aquélla recurso de casación que le fue concedido y está admitido por la Corte.

El recurso

El recurrente aspira a que la Corte, case la sentencia de segunda instancia, en cuanto condenó a la sociedad Comestibles La Rosa S. A. al pago de descansos remunerados en domingos y festivos, reajuste en el auxilio de cesantía e indemnización por despido injustificado y convertida en tribunal de instancia, absuelva a su representada de las condenas enumeradas, revocando la sentencia de primera instancia parcialmente en estos extremos del litigio y confirmándola en cuanto a la absolución de las demás peticiones de la demanda.

Con invocación de la causal primera de casación, el impugnador formula dos cargos, ambos por la vía indirecta, que la Sala estudiará en su orden, junto con el escrito de réplica presentado por el apoderado de Alberto Villegas B.

Cargo primero

Lo enuncia así el casacionista:

"Acuso el fallo proferido por el honorable Tribunal de Medellín, Sala Laboral, con fecha 29 de agosto de 1972, de ser violatorio por aplicación indebida de los artículos 172, 173 numeral 1º, 174 y 176 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 133, 134, 249, 253 de la obra citada el último artículo subrogado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, violación que se produjo a causa de errores evidentes de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos como consecuencia de la falta de apreciación de unas pruebas y errónea apreciación de otras".

Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal para producir condenas por descansos dominicales y festivos y reajuste de cesantía son según el recurrente tres y consisten:

a) En dar por probado sin estarlo que el trabajador laboró todos los días de la semana;

b) No dar por probado, estándolo, que correspondía a la parte actora o demandante la prueba de que el trabajador hubiera laborado todos los días de la semana, y

c) Dar por probado el hecho de que "Villegas Botero tenía un salario a jornal, cuando su salario o remuneración pactada era de carácter mensual e incluía el pago de los descansos dominicales y festivos".

En seguida el impugnador enumera las pruebas erróneamente apreciadas y expresa en qué consistió la equivocada apreciación de aquéllas. Manifiesta en primer lugar que existió un equivocado entendimiento de la inspección ocular que obra de folios 161 a 903 (sic) del expediente, así como del dictamen pericial (fls. 106 a 204) pues en ninguno de los "apartes o folios" que constituyen el peritazgo se encuentra indicado cuál fue el monto de los cobros realizados por Villegas y a los que se aplicaba el 3.1% mensual pactado como remuneración.

Expresa que el Tribunal apreció erróneamente el total de ventas, semana por semana, para aplicarle el porcentaje pactado como remuneración, cuando en realidad ésta se consagraba para cobrar. Agrega que igualmente fue mal estimado el dictamen pericial "cuando aplicó a los días calendario de cada semana el valor de la comisión para producir un promedio diario y la ley y la jurisprudencia no exigen esta probanza sino que se demuestre cuántos días de cada semana laboró el trabajador y su valor se distribuya entre ellos para así deducir la remuneración del séptimo día o del descanso remunerado".

Concluye manifestando que como el experticio no dice cuántos días en cada una de las semanas prestó el servicio personal el demandante Villegas, es claro que el ad quem lo apreció mal, lo mismo que la ins-

pección ocular, pues ninguno de estos medios probatorios acreditan el hecho señalado y que también lo llevó a dar por demostrado sin estarlo que el actor "laboró durante todos los días de la semana anotados en el dictamen pericial para la sociedad Comestibles La Rosa S. A. y a no dar por demostrado estándolo que correspondía a Villegas Botero la prueba de los días laborados en cada semana".

Respecto a las pruebas que el recurrente afirma no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, manifiesta que son los documentos auténticos de folios 8, 34, 36 y 70 y las confesiones que aparecen en la demanda (fl. 26) y en la absolución de posiciones hecha por Villegas (fl. 85).

Manifiesta que todas estas probanzas demuestran que la remuneración del demandante era sobre cobros y además tenía el carácter de mensual, y además con las confesiones se probó que la remuneración de Villegas se había pactado en dicha forma (mensual) "y así se efectuaba el pago durante toda la relación de trabajo".

En otra parte de la acusación dice el censor que siguiendo la jurisprudencia sentada por la Sala "en el proceso de Luis Ramírez contra Sonolux" se atreve a indicar como no apreciados los testimonios que obran "de folios 67, 71, 147, 148, 157 del expediente", porque ellos corroboran el hecho de que la remuneración era mensual en el demandante y que su comisión se causaba por cobros y no por ventas, lo que indica que la apreciación en conjunto de los documentos auténticos señalados y de los testimonios hubieran llevado al sentenciador a no cometer el error evidente de hecho de no dar por demostrado, estándolo, que la remuneración de Villegas era de carácter mensual y por eso estaban incluidos en ella los descansos dominicales y festivos.

Dice a continuación que la errónea apreciación del peritazgo y la no apreciación de los documentos auténticos puntualizados, así como de los testimonios señalados, llevó al ad quem a aplicar indebidamente el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, pues partió de la base de que el trabajador por tener un salario variable convertía su remuneración en lo que el artículo 133 ibídem denominado jornal; y que al considerar a Villegas Botero como jornalero también olvidó que el precepto 134 disposición que con la anterior hace parte de las normas infringidas reglamenta el pago de jornales prohibiendo que se haga por períodos superiores a una semana. Manifiesta que los dos artículos en mención definen muy bien lo que se denomina jornal y lo que constituye sueldo y establecen cuál es el período de pago de uno y otro, y que de las pruebas citadas "queda visto que al demandante nunca se le remuneró ni por semana, ni por décadas, ni por quincenas sino precisamente por mensualidades, las cuales por razones contables iban del 25 de un mes al 26 del siguiente".

Finaliza el ataque expresando:

"Demostrado como está que el Tribunal incurrió en errores evidentes de hecho originados en la falta de apreciación de unas pruebas y en la errónea apreciación de otras corresponde a esa honorable corporación casar el fallo y como juez de segunda instancia revocar el del señor Juez 2º Laboral del Circuito de Medellín para absolver a las empresas demandadas por considerar que se pagó dentro de la remuneración el descanso remunerado por domingos y festivos o porque no se demostró estando obligado a hacerlo el actor cuántos días trabajó en cada una de las semanas a que se contrae su aspiración y además porque se tomaron como base de la liquidación del salario diario promedio las ventas y no los cobros factor del último que determinaba la remuneración".

Según el opositor este cargo adolece del defecto de técnica de no aludir y menos aún desquiciar todos los apoyos probatorios del fallo acusado. Expresa que uno de ellos es la apreciación que hizo el Tribunal de la confesión contenida en la contestación de la demanda cuando dice que en ella se acepta que al actor se le remuneraban sus servicios (relación de trabajo) con "**asignación variable**" que el impugnador dejó en pie por lo cual las censuras que hace no están llamadas a prosperar.

Afirma que los pretendidos errores de hecho alegados en la sustentación del ataque por el recurrente no se cometieron, menos aún con el carácter de ostensibles o evidentes que si de acuerdo a la documental de folios 172 a 174 de los au-

tos, o sea la liquidación final de prestaciones sociales del actor que el ad quem apreció, pero que el casacionista no señala como mal estimada, el trabajador demandante en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1959 y el 27 de octubre de 1970, tiene un tiempo de servicios de 11 años, 2 meses y 27 días (4.047 días), que se tuvo en cuenta, sin deducción alguna de días no trabajados para liquidarle sus prestaciones significa que laboró todos los días hábiles de cada semana. Concluye el opositor manifestando que en consecuencia no se cometió el error de dar por probado sin estarlo que el trabajador laboró todos los días de la semana, pues de la liquidación aludida se colige todo lo contrario.

Por lo demás, continúa diciendo, como la demandada, por lo menos en las instancias, no negó ni discutió este hecho, debe concluirse frente al principio de la buena fe que preside la ejecución de los contratos, que el demandante cumplió con su obligación de trabajar todos los días laborales de la semana. En estas circunstancias no correspondía a la empresa el "onus probandi" de que no los laboró, para eximirse del pago de los descansos reclamados y que aún así "puede el trabajador contraprobar que si no trabajó fue por justa causa o por culpa o disposición del patrono, quedando entonces éste obligado al pago del descanso en días domingos".

Destaca que en las instancias no se alegaron los errores de hecho sobre el "onus probandi" de los días laborados en cada semana y por tanto su invocación en casación constituye un medio nuevo, que no es admisible.

Se considera

En este ataque el recurrente pretende demostrar que el Tribunal incurrió en tres manifiestos errores de hecho, que de no haberse cometido habrían llevado al sentenciador a la absolución de la parte demandada por los descansos dominicales y festivos reclamados en el libelo inicial y consiguientemente por el reajuste del auxilio de cesantía del actor. En la sustentación del cargo el impugnador trata de demostrar que Villegas Botero no tenía derecho a los precitados descansos pero la causa que invoca para ello es diferente, según puede verse.

Para un primer desconocimiento del derecho reclamado por Villegas, el casacionista invoca además de afirmar que no está probado por aquél que laboró todos los días de la semana, que correspondía al actor demostrar este hecho, pero que tal cosa no ocurrió no obstante lo cual el Tribunal aceptó el dicho trabajo. Se coloca pues frente a las reglas de derecho probatorio en cuanto ellas disponen a quién corresponde en juicio la carga de la prueba.

En segundo término afirma, ya desde un punto de vista sustancial, que la remuneración pactada entre las partes era mensual e incluía por tanto el pago de los descansos dominicales y festivos, pero que el ad quem estimó que Villegas tenía un salario a jornal, equivocación que lo llevó a hacer la condena respectiva y a reajustar el auxilio de cesantía del promotor de la litis.

Para demostrar los errores de hecho en que según el impugnador incurrió el Tribunal y que la Corte ha separado en los dos anteriores grupos, se afirma que los dos primeros ocurrieron por la errónea apreciación de pruebas y que el último fue la consecuencia de no estimar las reseñadas en el ataque.

Así, para destacar cómo Villegas no tiene derecho al pago de los descansos dominicales y festivos por no haber demostrado que trabajó todos los días de la semana, no obstante ser el actor a quien correspondía dicha prueba, manifiesta que el ad quem estimó equivocadamente la inspección ocular "que obra de folio 161 a folios 903 (sic) del expediente", lo mismo que al dictamen pericial "que obra de folios 166 a 204" del mismo, y para demostrar que tampoco le asistía el derecho anotado, por cuestiones de orden sustancial, como el hecho de no ser un trabajador a jornal tal como lo aceptó el Tribunal y en cambio tener pactada una remuneración mensual, que incluía los descansos, se dice que en la sentencia dejaron de apreciarse los documentos auténticos de folios 8, 34, 36 y 70 y las confesiones de los folios 26 y 85. Igualmente para completar en este punto la acusación y con fundamento en sentencia de la Sala, expone que

tampoco fueron estimadas las declaraciones de Duván Ospina, Enrique Posada, Víctor Marín y Antonio Gómez.

Hecha esta necesaria aclaración, la Corte tendrá que estudiar en forma separada si en verdad se apreciaron mal las pruebas señaladas por el recurrente que hubieran podido llevar al Tribunal a cometer los dos primeros errores señalados e igualmente si dejaron de apreciarse las mencionadas en segundo término y por esa omisión se cometió el error de hecho puntualizado como tercero.

Sin embargo, como en los dos casos las pruebas señaladas por el impugnador corresponden a medios instructores calificados y no calificados, se estudiarán primero aquéllos y solamente en caso de que presenten error en su estimación o no se hubieren apreciado, podrá abrirse el paso para estudiar en el cargo los segundos, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala.

Afirma el recurrente, en forma muy clara, que el ad quem apreció erróneamente la inspección ocular que aparece a folio 161 y siguientes del cuaderno principal, porque "no dice cuántos días en cada una de las semanas prestó el servicio personal el demandante Villegas" y porque su equivocada estimación lo llevó "a no dar por demostrado estándolo que correspondía al actor la prueba de los días laborados en cada semana".

La prueba de inspección ocular fue pedida por las partes y decretada por el juzgado. Existe constancia también de que en la audiencia pública celebrada el 1º de septiembre de 1971, se señaló el 5 de octubre siguiente a las 2 p. m. para practicarla y en la fecha y hora señaladas, los apoderados de las partes prescindieron de la inspección expresando: "con el fin de evitar al juzgado la práctica de la inspección ocular, la que de antemano traería consigo el dictamen pericial, solicitamos al juzgado que se nos autorice para formular el cuestionario al señor perito que ha sido designado para intervenir en la aludida inspección ocular". El juzgado en vista de lo pedido accedió a no practicar la prueba ya pedida y decretada (fl. 161).

No hubo pues en este juicio inspección ocular y por tanto el Tribunal no pudo apreciarla erróneamente.

En estas circunstancias no es posible estudiar si la prueba que sí se practicó, o sea el dictamen pericial, fue estimado equivocadamente por el sentenciador, ya que esta probanza para los efectos que la esgrime el casacionista, no tiene el carácter de calificada.

Por lo demás debe recalcarse el hecho de que la defensa de la parte demandada en las instancias, para no reconocer el pago de estos descansos, radicó fue en un fenómeno distinto: en considerar que como las comisiones se liquidaban y pagaban a Villegas mes por mes, en ellas estaban comprendidos los descansos dominicales y festivos.

Es preciso también aclarar, sobre la carga de la prueba, como la sostiene el opositor que cuando un trabajador dice haber prestado sus servicios durante determinado tiempo a un patrono y afirma que éste no le ha dado el descanso dominical y festivo remunerados a que tiene derecho, es ese patrono demandado el que para eximirse del pago debe probar que el asalariado faltó sin justa causa al trabajo perdiendo así el derecho al pago del descanso.

Los errores primero y segundo no fueron en consecuencia demostrados.

En cuanto al último, con los documentos auténticos reseñados aspira el acusador a demostrar que como la remuneración era mensual, en ella estaban comprendidos los descansos en domingos y días de fiesta y aunque no destaca como error el que algunos demuestran que la comisión que se pagaba a Villegas por cobros y no por ventas, sí alega sobre el particular.

En el mismo sentido opina que las confesiones de folios 25 y 85 demuestran que Villegas aceptó que su remuneración tenía carácter mensual.

Esta parte del ataque se dirige en su totalidad a demostrar que como el pago de la remuneración de Villegas estaba estipulado por períodos mayores de una semana se trataba de sueldo (Art. 133 del C. S. del T.) y en él estaban comprendidos los descansos remunerados por domingos y días de fiesta, (Art. 174 ibídem).

Ni en la sentencia del ad quem ni en la del a quo, se hace referencia expresa a los documentos señalados por el recurrente pero ellos sí fueron apreciados por el sentenciador como pasa a verse:

El fallo del Tribunal en estos extremos del litigio conservó "en su integridad" el del juzgado, por lo cual se transcribirá la parte correspondiente a la sentencia de primera instancia:

"Hay acuerdo entre las partes sobre la existencia del contrato de trabajo entre ellas, por los servicios prestados por el señor Alberto Villegas Botero, en el tiempo comprendido entre el 1º de agosto de 1959 y el 27 de octubre de 1970 primero al servicio de la sociedad Grace y Compañía (Colombia) S. A. y luego con Comestibles La Rosa S. A. por sustitución de las obligaciones con la primera. De los términos de la demanda y certificaciones de las Cámaras de Comercio que obran en el juicio, se observa que la excepción de ilegitimidad de la personería parcial sustantiva de la parte demandada no existe".

"La remuneración última recibida por el señor Villegas B., estaba constituida por una comision por cobros de las ventas efectuadas en la zona asignada, equivalente al tres punto uno por ciento. El salario pactado por comision, no incluye el pago de los dias de descanso obligatorio, segun lo tiene establecido la jurisprudencia nacional (sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, en casación de 30 de enero de 1964), de manera que en el presente caso, y dado que al actor sólo se le cubrían los pagos por cobros en las ventas según la comisión establecida, faltan por pagar los días domingos y festivos ocurridos durante el contrato, pero solo se estudiarán los de los tres anos tal como aparece en el dictamen pericial, por haberse propuesto la excepción de prescripción, y porque las partes, de comun acuerdo fijaron el peritazgo en el lapso que allí se indica; de manera que la excepción de prescripción se declarará parcialmente".

"De acuerdo con el dictamen pericial (fls. 166 a 203) por el tiempo entre el 27 de junio de 1967 y el 27 de octubre de 1970, el valor de los domingos y festivos ocurridos en ese lapso, es de $ 73.388.46".

"Auxilio de cesantía. Para la liquidación del auxilio de cesantía, se tiene en cuenta el valor del salario promedio mensual del último año de servicio fijado por la empresa de $ 8.958.62 (fl. 172) y se le añade el valor de los domingos y festivos del mismo lapso dividido por 12, que da un promedio mensual de $ 10.339,18. El total del valor del auxilio de cesantía es de $ 94.634.29 que menos el valor pagado de $ 82.998.53, dará un reajuste de $ 11.635.66, ello de conformidad con los artículos 24 (sic) y 253 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965".

El pasaje transcrito de la sentencia del juzgado, prohijado en su integridad por el ad quem, está indicando a las claras que la decisión judicial atacada, sí partió de la base de que el salario de Villegas Botero era una comisión del 3.1% sobre cobros de las ventas que efectuaba en la zona que tenía asignada. Esto lleva a la conclusión de que si fueron apreciados por el ad quem los documentos de folios 8, 36 e implícitamente el 34, ya que el citado en segundo lugar modifica el siguiente (contrato de trabajo) también fue estimado el del folio 70.

En cuanto a las confesiones del actor, que igualmente dice el recurrente no fueron apreciadas, ellas no tienen ese carácter. Villegas Botero dijo simplemente, que no devengaba sueldo sino comisión; que ésta era de 3.1% sobre cobro de ventas efectuadas en su zona y finalmente afirmó que "el sueldo" era a base de comisión. Sin embargo, la calificación del salario no puede tenerse como declaración de parte.

El cargo en esta parte es inestimable por cuanto parte de la base de la comisión de un error de hecho por falta de apreciación de pruebas que sí se estimaron y de señalar como confesiones declaraciones que no tienen ese carácter.

Debe también relievarse que sólo participan del concepto de sueldo o de jornal los salarios que se convienen por unidad de tiempo, pero no los que se pactan por unidad de obra, a destajo, por tarea, comisión etc. que la ley denomina "salarios variables". Para estos el pago por períodos diarios o semanales no los convierten en jornal ni el que se haga por lapsos mayores, a la de una semana en sueldo.

Finalmente no tiene razón el recurrente cuando dice que "no siendo el actor un trabajador a jornal sino a sueldo era indebido aplicarle la norma contenida en el artículo 176 ibídem que preveé (sic) el caso de la remuneración a jornal".

Villegas Botero no era trabajador a sueldo, ni el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo regula el pago de descansos dominicales y festivos para trabajadores cuyo salario sea fijo y se pague por jornal por mensualidades.

Dice la norma:

"Cuando no se trate de salario fijo (subraya la Sala) 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".

Los ostensibles errores de hecho imputados por el recurrente al sentenciador no fueron cometidos por éste y por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

El recurrente lo formula así:

"Acuso el fallo proferido por el honorable Tribunal de Medellín, Sala Laboral, con fecha 29 de agosto de 1972, de ser violatorio de la ley sustancial, por el concepto de aplicación indebida del literal D, numerales segundo y cuarto del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en relación con los numerales 9º y 10 del artículo 7º del mismo decreto y su Decreto reglamentario 1373 de 1968, artículo 2º y los artículos 47 y 61 literal H del Código Sustantivo del Trabajo, violación que se produjo a causa de errores evidentes de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos como consecuencia de la falta de apreciación de los documentos auténticos que obran a folios 4 y 5, 116 a 121 y 122 del expediente y apreciación errónea de los documentos que aparecen a folios 101 a 107; por falta de apreciación de la prueba testimonial contenida en los folios 71, 147, 148 y 157, así como el peritazgo que corre a folios 169 a 206 del expediente".

El impugnador señala dos errores de hecho que cometió el ad quem así:

1º Dar por probado, sin estarlo, que el contrato de trabajo del demandante, terminó sin justa causa, y

2º No dar por demostrado, estándolo, que los hechos cometidos por Alberto Villegas Botero al servicio de la sociedad demandada constituían justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

A continuación el recurrente se refiere a las pruebas mal apreciadas y a las no estimadas por el ad quem.

Manifiesta que el documento de folios 4 a 5 que no aparece apreciado contiene un requerimiento o llamada de atención a Villegas por el deficiente rendimiento en su trabajo comparado con el de otro vendedor de la misma zona y lleva fecha 21 de agosto de 1970; que a folios 116 a 121 aparecen una serie de informes mensuales de ventas en las que se pueden leer anotaciones que demuestran que el rendimiento del agente Villegas era deficiente, leyéndose frases como estas: "Regular, hay que incrementar en confitería, blandos, envasados, salchichas, néctares, tomate"; "mal, aunque registra un ligero aumento"; "muy mal, casi pésimo"; "pésimo", "muy mal".

Comenta el censor que estas pruebas totalmente ignoradas por el Tribunal refuerzan el anterior y demuestra "que la eficiencia en su trabajo dejaba mucho que desear y que venía siendo requerido al respecto".

Manifiesta en seguida que los documentos del folio 122, que completan el grupo indicado como pruebas no apreciadas es copia original del acta de audiencia celebrada entre las partes el 17 de noviembre de 1970 y que en ella confiesa el actor que el día 28 de septiembre del mismo año, "recibió comunicación de la empresa con nueva llamada de atención y ese mismo día este señor..." Agrega que esta segunda llamada de atención completa los requisitos del Decreto 1373 de 1966.

En cuanto a la carta de folios 101 a 107, manifiesta que es aquella por la cual la sociedad puso fin al contrato con Villegas y que el sentenciador se refiere a ella considerando que no son aceptables las razones aducidas "pero el arco toral de la argumentación estriba en la ausencia del preaviso legal (15) días consagrado en el derecho patrio del trabajo (artículo 7º, le-

tra 2) (sic) in fine, del Decreto 2351 de 1965. Por ello el despido devino injusto, indemnizable, dado está, conforme al mandato legal en cita, cuyo cuantium determinó con precisión el a quo, visto el tiempo de duración de los servicios personales y el promedio establecido en la peritación superior al confesado por la parte que fue empleadora" (folio 245). Agrega que la mencionada carta fue erróneamente apreciada y hace una síntesis respecto a su contenido para concluir que en él está perfectamente probado el número de llamadas de atención de la sociedad al actor y el cumplimiento estricto del Decreto 1373 de 1966.

En seguida analiza el recurrente los testimonios de Víctor Marín (fls. 71 vto.) Duván Ospina (fls. 147 y vto.), Antonio Gómez Montoya (fl. 148 vto.) y José Jairo Arango (fl. 175 vto.) que dice no fueron apreciados por el ad quem, y con los cuales pretende demostrar las faltas imputadas a Villegas Botero.

También manifiesta que el sentenciador dejó de apreciar la prueba consistente en el experticio especialmente en los hechos afirmados por el perito (fls. 169 y 206) consistentes en poner de presente que "revisado igualmente el archivo de correspondencia, en lo concerniente al señor Villegas Botero se encontraron varias comunicaciones enviadas, no sólo por la Gerencia, sino por otros empleados superiores, llamándole la atención, por la disminución en las ventas de las zonas a su cargo y comparando datos con ventas efectuadas por agentes anteriores en la misma zona". Agrega que en el segundo folio indicado dice el experto:

"Posteriormente y por cartas sucesivas enviadas al señor Villegas Botero por el Gerente Distrital con fechas de agosto 31, septiembre 21 y septiembre 28 de 1970, se le llamaba la atención sobre el poco rendimiento que estaba obteniendo en las nuevas zonas que se le habían confiado".

De este conjunto de pruebas, expresa el impugnador, surge con claridad meridiana que el demandante, voluntariamente a través de una sistemática inejecución de las órdenes recibidas, se dedicó á causar perjuicios a la empresa, disminuyendo intencionalmente las ventas, por procedimientos de sistemática inejecución y violación grave de sus obligaciones contractuales, y también, demuestra este "acervo probatorio que la empresa dio por cumplido el requisito previsto en la ley para aplicar la justa causa de terminación del contrato consistente en el deficiente rendimiento del trabajo con relación a su capacidad como trabajador y comparativamente con labores análogas o sea que la causa invocada está probada suficientemente".

En otra parte de la acusación manifiesta el impugnador que "es cierto como lo anota el Tribunal que el preaviso de 15 días a que hace referencia el artículo 7º letra a) del Decreto 2351 de 1965 no le fue dado", pero afirma que según jurisprudencia de la Sala, que transcribe, "la omisión de este requisito formal no convierte la justa causa en terminación unilateral e ilegal del contrato".

Para terminar el ataque el casacionista relieva, citando los preceptos, que ellos se violaron por aplicación indebida, que la justa causa para la terminación del contrato está probada y por tanto el Tribunal de Medellín aplicó el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 "a unos hechos diferentes a los regulados por la norma".

El opositor replica el cargo manifestando que no se atacaron los verdaderos fundamentos fácticos de la sentencia que son los expuestos por el juzgado en la providencia que puso fin a la primera instancia, pues a ellos se refirió el Tribunal y los prohijo. Recalca que el fallo acusado "no se basa en la falta de requerimientos que se dice le fueron hechos al trabajador, sino en que las faltas que se le atribuyen no son de tal entidad que justifiquen el despido" y que por el contrario el sentenciador encuentra que la conducta de Villegas es explicable y justificable, de donde resulta que ninguna incidencia tiene en la decisión la circunstancia de que no se hubieran apreciado pruebas tendientes a demostrar que se cumplieron los requerimientos de ley y que "son —repite— las causales alegadas por la empresa las que según el juzgador, 'no tienen la entidad suficiente para justificar el despido de un trabajador que ha prestado sus servicios por más de diez años', 'hasta que la empresa le recortó

primero la zona que le estaba asignada y luego le trasladó a una que para él era totalmente desconocida'."

Hace luego alusión, el representante de Villegas Botero a las declaraciones de testigos que dice el recurrente no fueron apreciadas, para indicar que implícitamente sí las tuvo en cuenta el sentenciador en razón de las razones que dio y la conclusión a que llegó calificando de injusto el despido de su poderdante.

Finalmente, respecto al argumento que agrega el Tribunal en la sentencia respecto a que no se dio el preaviso legal a Villegas, por lo cual su despido devino en ilegal e injusto, el opositor lo acepta, exponiendo varios argumentos, y solicitando que también por este aspecto "deberá confirmarse la sentencia acusada".

Se considera

Respecto a la cuestión debatida en este ataque, dijo el Tribunal:

"C. Se reclama la indemnización por despido injusto, consagrada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y la Ley 48 de 1968".

"Las razones ofrecidas por la parte empresarial que produjo la desvinculación no son aceptables, por las razones que analizó juiciosamente el fallador que impulsó la litis. Pero el arco toral de la argumentación estriba en la ausencia del preaviso legal (15 días) consagrado en el derecho patrio del trabajo (Art. 7º letra A, in fine, del Decreto 2351 de 1965). Por ello el despido devino injusto, indemnizable, claro está, conforme al mandato legal que cita, cuyo petitum determinó con precisión el a quo visto el tiempo de duración de los servicios personales y el salario promedio establecido en la peritación, superior al confesado por la parte que fue empleadora.

El juzgado del conocimiento en la sentencia de primer grado, para llegar a la conclusión de que el despido de que fue víctima Villegas fue injusto, dijo:

"Del análisis de la carta de despido se tiene que la terminación del contrato de trabajo fue por negarse a viajar y a cumplir órdenes e instrucciones impartidas y al deficiente rendimiento en el trabajo para lo cual se le incluyó un cuadro comparativo de ventas entre el vendedor anterior en la zona número 11 como también en otras zonas. Para el juzgado las causales alegadas por la empresa no tienen la entidad suficiente para justificar el despido de un trabajador que había prestado sus servicios por más de 10 años, y no había tenido dificultades, hasta que la empresa le recortó primero la zona que le estaba asignada y luego lo trasladó a una que para él era totalmente desconocida. La empresa no podía esperar en tan corto tiempo, como fue el de la zona número 11 un rendimiento como el exigido. Porque la disminución en el trabajo o deficiente rendimiento, puede dar lugar a la terminación del contrato cuando se llenan determinados requisitos por la empresa. Pero en el caso presente los cuadros comparativos presentados no pueden tenerse como demostrativos de un bajo rendimiento en el trabajador, si se considera, que se trata de un agente vendedor, cuyas ventas dependen de múltiples factores, como la abundancia de dinero en el mercado para que se adquieran los productos, el conocimiento de la zona donde se va a trabajar. Además, las ventas pueden disminuir en un momento dado, sin que pueda ello imputarse a culpa del vendedor, como que ello puede depender de otros factores ajenos a su voluntad. El bajo rendimiento de que habla la legislación laboral, es aquel que puede ser demostrado por métodos de ingeniería industrial, cuando la producción de una máquina, sometida a determinados principios de tiempo y movimiento, dé un rendimiento igual o básico cualquiera sea el operario que la dirija. Pero ello no es posible trasladarlo a un sistema de ventas en determinada plaza y menos en un corto tiempo. Se tendrá pues el despido como injustificado y la empresa está en la obligación de indemnizar al trabajador es de $ 121.367.26, por haber laborado por 11 años, dos meses y 27 días, con una última remuneración promedio de $ 10.339.18, teniendo en cuenta lo devengado en domingos y festivos en el último año de servicios".

De acuerdo con los pasajes de las sentencias de primera y segunda instancia, transcritos antes, claramente se ve que el fallo acusado reposa en dos soportes: las consideraciones fácticas que expuso el juzgado y prohijo el ad quem y el argumento

expuesto por el último de que el despido de Villegas fue injusto y por tanto indemnizable de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por cuanto la parte demandada no le dió el preaviso legal de quince días establecido en la parte final del artículo 7º, aparte A del mismo decreto.

Este segundo fundamento o soporte del fallo recurrido, no fue atacado por el recurrente, pues no señaló como violado el texto citado por el Tribunal y se contentó, luego de admitir que a Villegas Botero no se le había dado preaviso en decir a manera de alegato que "la omisión de este requisito formal no convierte la justa causa en terminación unilateral e ilegal del contrato", todo con fundamento en sentencia de la Sala, algunos de cuyos pasajes transcribió.

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.

La proposición jurídica del cargo se muestra así incompleta y por tanto éste debe rechazarse, por cuanto tal defecto de técnica es insubsanable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha y origen conocidos, dictada en el juicio de Alberto Villegas Botero contra Comestibles La Rosa y Grace y Cía (Colombia) S. A.

Sin costas porque el recurso permitió rectificar una interpretación equivocada del Tribunal tal como se dejó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Para los fines de la misión primordial de la Corte, como tribunal de casación, ha de expresarse, respecto de la cuestión de fondo del cargo —y del recurso en general— que la indemnización moratoria que se señala como violadora del artículo 64 de la Constitución Nacional no constituye, total ni parcialmente, una "asignación" del trabajador, incompatible como tal con la pensión de jubilación a que también fue condenado el Instituto en el negocio de autos, pues no es "cantidad señalada por sueldo" o por concepto retributivo de trabajo o relativo a él, sino resarcimiento de la demora patronal en satisfacer, sin razón atendible, la prestación debida o sanción para esa mora, en la concepción inicial del Decreto 2127 de 1945, modificado por el Decreto 797 de 1949, en su contemplación de las entidades de derecho público.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., cuatro de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el **Instituto de Crédito Territorial** contra la sentencia que dictó, el 10 de julio de 1973, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, en el ordinario que le promovió **Marco Fidel Castro Rodríguez**, litigante de las condiciones que, con las de sus apoderados, contiene el expediente que se registró en esta Sala bajo el número 4554.

En la litis el demandante impetró pensión restringida de jubilación e indemnización moratoria por no habérsela pagado oportunamente el Instituto, así como las costas del proceso, derechos que afirmó en los servicios prestados, en virtud de contrato de trabajo, desde el 18 de diciembre de 1952 hasta el 16 de octubre de 1968, con un sueldo durante el último año de $ 2.320.00 mensuales más alimentación de $ 110.00, también por mes, contrato que la entidad demandada terminó sin justa causa, pagándole, en reconocimiento de ello, la indemnización consagrada por el Decreto 2351 de 1965, en la forma determinada por convención colectiva. El libelo expresa, además, que el señor Castro nació el 24 de diciembre de 1920, por lo que cumplió 50 años de edad ese día de 1970, hecho que se le hizo conocer al agotar la vía administrativa, mediante copia de la partida de bautismo.

El demandado se opuso a las pretensiones anteriores manifestando, su apoderado en el juicio, no constarle los hechos que las fundamentan, por lo que debía probarlos el actor, y negando el derecho invocado.

Tramitada la controversia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató, en sentencia del 30 de mayo de 1973, por la que condenó al Instituto demandado a pagarle al demandante Castro Rodríguez una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 1.605.49, a partir del 24 de diciembre de 1970, y $ 87.06 diarios, desde el 15 de abril de 1971 hasta cuando se pague la pensión de la condena anterior, a título de indemnización moratoria, más las costas del proceso.

Apelada esta decisión por el apoderado del Instituto, el Tribunal mencionado de Bo-

gotá, en la suya de 10 de julio de 1973, la modificó en el sentido de que la indemnización moratoria corría a partir del 21 de julio de 1972, confirmándola en todo lo demás e imponiéndole las costas de la alzada a la entidad demandada.

Contra el fallo anterior interpuso el recurso de casación el apoderado del Instituto de Crédito Territorial, el cual le fue concedido por el ad quem y recibido por la Sala, que habiéndolo tramitado en legal forma lo va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto parcial de la sentencia indicada "según los planteamientos —dice el recurrente— que haré al concretar cada una de las impugnaciones" las cuales, como se verá, versan sobre la condena por indemnización moratoria, en cuatro cargos que se consideran, así:

Primer cargo

Acusa infracción directa del artículo 64 de la Constitución Nacional, que condujo a la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, al condenar, el Tribunal ad quem, al Instituto demandado, al pago de la indemnización moratoria "paralelamente con la condena por 'pensión-sanción' de jubilación, a favor del señor Marco Fidel Castro Rodríguez".

Para sustentar este ataque, de la causal primera de casación laboral, el recurrente manifiesta que en los autos están plenamente probados los hechos, que no fueron materia de controversia, de que, mediante contrato de trabajo, Castro sirvió para el Instituto desde el 18 de diciembre de 1952 hasta el 16 de octubre de 1968, con un sueldo promedio durante el último año de $ 2.704.47 mensuales; que la dicha entidad terminó unilateralmente ese contrato por Resolución Nº 383 de 10 de octubre de 1968, con efectos a partir del 17 del mismo mes; que le reconoció y pagó la indemnización que consagra el Decreto 2351 de 1965; que en virtud de ese pago el demandante lo declaró a paz y salvo por todo concepto relacionado con su vinculación; que Castro cumplió 50 años de edad el 24 de diciembre de 1970 y que confirió poder especial para demandar al Instituto "el reconocimiento y pago de la 'pensión-sanción' de jubilación" que pretendía desde el 8 de febrero de 1971. Y que los juzgadores condenaron a esos pedimentos jubilatorio y de mora, en la forma relatada, con lo cual, de mantenerse la sentencia, Castro Rodríguez percibiría, "durante un mismo espacio de tiempo, más de una asignación proveniente del tesoro público", con flagrante violación de aquel texto constitucional, que el acusador transcribe, reiterando que hubo también aplicación indebida del artículo citado del Decreto 797 de 1949. Por todo lo cual el recurrente solicita se infirme parcialmente la sentencia del ad quem para que, en sede de instancia, se revoque "la confirmación que en el fallo del Tribunal se hizo del literal b) del de primera instancia —con la modificación allí incluida— en cuanto condena al pago de una doble asignación a partir del 21 de julio de 1972".

Para el opositor, este cargo —lo mismo que los otros de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación— no contiene una proposición jurídica completa, pues no señala como infringida la norma sustancial que consagra el derecho a la indemnización moratoria a que condenó el fallador y que el recurrente estima indebida, sino que sólo menciona un precepto reglamentario de 1949 y otro de la Constitución, que por sí solos no permiten la quiebra de un fallo en casación. Sobre estos particulares invoca y transcribe jurisprudencia de la Sala, en solicitud de rechazo de todas y cada una de las impugnaciones, por los dichos defectos técnicos, agregando, acerca de la cuestión de fondo, que no existe incompatibilidad entre la condena por mora y la pensión igualmente ordenada, como lo expresan, en normas posteriores, el artículo 8º de la Ley 10 de 1972 y su Decreto reglamentario 1672 de 1973.

Se considera

Ante todo debe observarse que el alcance de la impugnación se ha formulado defectuosamente, pues solicita quebranto del fallo recurrido y revocatoria del mismo, esto último, con nueva impropiedad, en sede de instancia y sin indicar, en fin, cómo de-

be reemplazarse la decisión del a quo a cuya revocatoria se aspira.

En cuanto al cargo mismo ha de censurársele, con el opositor, que no incluyó en su proposición jurídica los textos de ley que consagran el derecho indemnizatorio por mora que impugna el recurso y que la jurisprudencia de la Sala exige, para examinar ataques como el propuesto, concretándolos en los artículos 1º y 11 de la Ley 6ª de 1945. Asimismo es cierto que de los que presenten, como violados, normas de la Constitución se ha señalado que deben relacionar el legal consagratorio del derecho que se impugna. Estos defectos imponen el rechazo de la acusación, conforme a jurisprudencia constante.

Con todo, y para los fines de la misión primordial de la Corte, como tribunal de casación, ha de expresarse, respecto de la cuestión de fondo del cargo —y del recurso en general— que la indemnización moratoria que se señala como violadora del artículo 64 de la Constitución Nacional no constituye, total ni parcialmente, una "asignación" del trabajador, incompatible como tal con la pensión de jubilación a que también fue condenado el Instituto de Crédito Territorial, en el negocio de autos, pues no es "cantidad señalada por sueldo" o por concepto retributivo de trabajo o relativo a él, sino resarcimiento de la demora patronal en satisfacer, sin razón atendible, la prestación debida o sanción para esa mora, en la concepción inicial del Decreto 2127 de 1945, modificado por el Decreto 797 de 1949, en su contemplación de las entidades de derecho público. La referencia de los preceptos sancionadores de esa mora, en los dichos decretos, al último salario diario, así como la que contiene el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo para el régimen del patrono particular, no atribuye a la dicha indemnización carácter diferente del que se le ha señalado, conforme a la elaboración jurisprudencial acerca de aquellos decretos, recogida en su sentido por el Código de Trabajo y expresada en éste con mayor propiedad. No puede dársele, entonces, carácter de sueldo, jornal o retribución de servicios ni estimársela como asignación incompatible con derecho del trabajador, que no solucionado en su oportunidad, ha de resarcirse o indemnizarse o sancionarse en su mora.

El cargo, inestimable por sus defectos técnicos es infundado.

Se le rechaza, por lo tanto.

Cargos segundo, tercero y cuarto

En razón de lo expuesto, estos ataques pueden sintetizarse y resolverse conjuntamente, así:

En aquél, el acusador sostiene lo mismo que en el cargo primero, reemplazando tan sólo el texto constitucional que figura en éste con el artículo 77 del Decreto 1848 de 1969. Mas con ello tampoco integra debidamente la proposición jurídica que debió someter a estudio de la Corte, pues el dicho texto reglamentario no es el de ley, de la condena que se impugna; ni la incompatibilidad que registra puede predicarse de una indemnización por mora que no constituye asignación, como se ha dicho, y que propiamente sanciona el no pago oportuno, sin razón atendible, de la prestación jubilatoria a que fue condenado el Instituto, sin que el recurso, por lo demás, la estime indebida o insoluta por buena fe patronal; ni, finalmente, y como lo anota también el opositor en censura especial a este ataque, el mencionado decreto puede invocarse respecto de situación anterior a su vigencia, conforme a fallo que el dicho apoderado del trabajador invoca, de fecha 9 de abril de 1973.

El cargo tercero relaciona, sin más, los artículos 2142, 2156 y 2157 del Código Civil y 6º del Código Procesal del Trabajo, afirmándolos violados por interpretación errónea. Pero tal proposición tampoco contiene el derecho que se impugna, ni sus textos civiles alcanzan los propósitos de la casación laboral, ni la pretendida infracción medio del último puede examinarse por la vía escogida, que impone, como se le alega, examen de las piezas a que se refiere.

Y en cuanto al último, por interpretación errónea del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por habérsele aplicado, por el fallador, a pesar de que la entidad demandada reconoció y pagó la indemnización que consagra el Decreto 2351 de 1965, inestimable, como se ha repetido, por no contener texto de ley sino uno simplemente reglamentario, alega que no hubo mala fe

patronal, pero no por la vía del error de hecho con su demostración, y no repara en que la sanción se impuso no por haber pagado la indemnización por despido injusto sino por no haber hecho otro tanto, y en su oportunidad, sin razón atendible, con la jubilación restringida a que tenía derecho el trabajador.

Todos los cargos, pues, inestimables por defectos técnicos que sólo podían expresarse en esta oportunidad y no en el auto calificador de la demanda de casación, que sólo atiende a las formalidades externas de ley, son infundados y deben rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen señalados.

Costas al Instituto recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXTRA Y ULTRA PETITA

El ad quem aplicó indebidamente el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo en cuanto sólo faculta al juez de primer grado para proferir fallo ultra o extra petita y, mediante la violación de esa norma, el 5º del Decreto 435 de 1971 relacionado con reajuste de pensiones, y las sustanciales que regulan las de jubilación e invalidez, ninguna de las cuales corresponde al caso deducido por el Tribunal de una "pensión voluntaria", vale decir, que "no se causó por el cumplimiento del tiempo y edad, a título de sanción o por causa de invalidez", según sus propias expresiones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril veinticinco de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Carlos García C., mediante apoderado, instauró demanda repartida al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, contra Industrial Hullera S. A. en solicitud de que fuese condenada a pagarle lo siguiente:

"A) A reajustar la pensión de invalidez a mi poderdante desde la fecha en que se le reconoció su estado de jubilado;

"B) A cubrir las diferencias que resultaren del monto de la pensión reconocida por la sociedad y la que se le reconozca mediante la sentencia que se dicte en el presente juicio, con base en disposiciones citadas y las que signaré más adelante;

"C) Que se condene a pagar la pensión de invalidez en la cuantía que lo dispone las normas vigentes;

"D) A los gastos y las costas que genere el presente juicio, a los extra y ultra petita que apareciere probados en el juicio".

Fundamentó la pretensión antedicha en cuatro hechos, que son:

"Primero. El mandatario estuvo al servicio de la sociedad denominada 'Industrial Hullera S. A.', desempeñando las funciones de peón en las minas que dicha sociedad tiene en el municipio de Amagá.

"Segundo. Durante el desenvolvimiento de la relación obrero-patronal, mi patrocinado obtuvo por parte de la pluricitada empresa el reconocimiento de una pensión de invalidez.

"Tercero. La empresa viene cubriendo un valor a mi poderdante a título de mesada jubilatoria muy inferior a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y a lo establecido en la Ley 7ª de 1967, en su Decreto reglamentario 1233 de 1969, y para la fecha actual aún no ha dado cumplimiento al Decreto 435 de 1971.

"Cuarto. En síntesis, la sociedad 'Industrial Hullera S. A.' no le viene cubriendo a mi patrocinado el monto o cuantía mensual a que tiene derecho conforme a disposiciones anteriormente citadas".

La empresa respondió la demanda negando todos los hechos, excepto el que el actor "trabajó por algún tiempo al servicio de la compañía, en la superficie de las minas" y en forma clara expresó: "...como ya dije, el interesado no tiene derecho ni está disfrutando de ninguna pensión de invalidez. Negados como quedan los hechos en que se funda la demanda, quedan sin aplicabilidad las disposiciones legales invocadas por el actor y me opongo a que se hagan las declaraciones que solicita" y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia de acción.

El juzgado del conocimiento resolvió el litigio con sentencia de 6 de mayo de 1973, mediante la cual absolvió "a la sociedad Industrial Hullera S. A. de todos los cargos de la demanda propuesta por el señor Carlos García C.", sentencia de la cual apeló el apoderado del actor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió el recurso en fallo de 13 de septiembre de 1973, de la siguiente manera:

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo revisado, de la fecha y procedencia ya conocida, y en su lugar condena a la sociedad Industrial Hullera S. A. a pagar al señor Carlos García la suma de doscientos treinta y un pesos con veinticuatro centavos ($ 231.24) mensuales, a partir del primero (1º) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971), como reajuste de la pensión voluntaria que la misma empresa le ha venido reconociendo, quedando así ésta en la cuantía de novecientos once pesos con veinticuatro centavos ($ 911.24).

"Costas a cargo de la parte demandada, en un cincuenta por ciento (50%) de las causadas en la primera instancia, en esta no se causaron.

"Decláranse no establecidas las excepciones propuestas".

La demandada recurrió en casación ante esta Sala, y admitido y tramitado el recurso, presentó la correspondiente demanda, sin réplica de la parte actora, en la que solicita "que se case la sentencia mencionada y que se confirme la de primera instancia que absuelve a la empresa demandada y, además, se condene al actor a pagar las costas judiciales".

Para alcanzar este objetivo formula los cargos que se estudian a continuación:

Dice el primero: "Violación directa del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral en relación con los artículos 5º del Decreto-ley 435 de 1971, 278 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º de la Ley 171 de 1961, y 279, 280, 281, 264, 269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo".

Para sustentarlo, luego de transcribir una sentencia de la Sala de Casación Civil sobre fallo extra petita, sostiene:

"El demandante incoó su demanda sobre este hecho básico: que Industrial Hullera S. A. le había otorgado una pensión de invalidez. Apoyado en él, el demandante concreto clara e inequívocamente sus pedimentos a que se le reajustara su pensión de invalidez; a que se le pagara la diferencia entre el monto de ésta y aquélla que se le reconociera en la sentencia, y a que se condenara a la empresa a pagarle la pensión de invalidez que señalan las normas vigentes.

"Pero en el proceso nunca se demostró (ni se intentó hacerlo) que el demandante estuviera inválido ni que la empresa le estuviera pagando una pensión de invalidez. Se demostró que la empresa le estaba dando un auxilio de manera voluntaria y por mera liberalidad que —al decir del Tribunal en la parte final del primer párrafo de folio 37— 'no se causó por el cumplimiento del tiempo y edad, a título de sanción o por causa de invalidez, sino por alguna razón o motivo especial que la empresa se ha empeñado en mantener en reserva'.

"El Tribunal procedió, entonces, a condenar a la sociedad demandada a pagar al demandante ciertas cantidades de dinero 'como reajuste de la pensión voluntaria que la misma empresa le ha venido reconociendo'.

"No es posible jurídicamente ordenar tal reajuste porque esa decisión del Tribunal implica alterar la pretensión planteada en la demanda, puesto que reconoce una relación jurídica no invocada en ella. Reconoce un derecho diferente al pedido. Lo reconoce por hechos distintos a los alegados. Es una decisión extra petita, lesiva del interés del litigante.

"Esto constituye una violación del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral porque la sentencia está en abierta pugna, con él, a pesar de que su texto es absolutamente claro; en procesos laborales, sólo el juez puede condenar extra petita; no el Tribunal. Al violar esta disposición, el Tribunal violó también el artículo 5º del Decreto-ley 435 de 1971, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, invocados por el demandante para sustentar su derecho, normas

que hacen relación a la manera como se crean, se ganan, se regulan y se acrecientan las pensiones de jubilación, no aplicables, por lo tanto a las pensiones de invalidez. Violó también el Tribunal el artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo que hace relación a la manera como se crea y se gana el derecho a las pensiones de invalidez. Ninguna de las disposiciones citadas es aplicable a los auxilios voluntarios y liberales como el que Industrial Hullera S. A. otorgó al demandante.

"Como consecuencia resultaron violados también los artículos 264, 269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo, invocados por el actor como soporte jurídico de su demanda y que se refieren igualmente al derecho jubilatorio, y los artículos 279, 280 y 281 ibídem que se refieren a las pensiones de invalidez, por referirse a este derecho las peticiones de la demanda.

"Si el Tribunal no hubiera incurrido en estas violaciones, no habría condenado a la sociedad demandada a reajustar el auxilio voluntario y gracioso que está dando al demandante sino que hubiera confirmado la decisión del juez, única forma de decidir congruentemente con los hechos y las peticiones de la demanda".

Para resolver, la Sala considera

Debe mirarse, ante todo, que el planteamiento del ataque por "violación directa" de las normas que se señalan como infringidas, no indica el concepto de dicha violación; pero como al final del penúltimo párrafo transcrito de la sustentación del cargo en que analiza el quebranto de las mismas, sostiene el recurrente que "ninguna de las disposiciones citadas es aplicable a los auxilios voluntarios y liberales como el que Industrial Hullera S. A. otorgó al demandante", debe concluirse que dicho concepto es el de aplicación indebida de los preceptos que cita, entendimiento sobre el cual estudia la Sala la censura.

Sentado lo anterior, es indudable que existe acuerdo entre el casacionista y el Tribunal en los siguientes hechos:

a) Que la demanda inicial del proceso solicita reajuste de una pensión de invalidez. Así resulta del hecho segundo de la misma y de la petición primera, que dicen:

"Segundo. Durante el desenvolvimiento de la relación obrero-patronal, mi patrocinado obtuvo por parte de la pluricitada empresa el reconocimiento de una pensión de invalidez" (subraya la Sala).

"Petitum. a) A reajustar la pensión de invalidez (subraya la Sala) a mi poderdante desde la fecha en que se le reconoció su estado de jubilado".

b) Que la sentencia acusada admite claramente ese hecho, diciendo, en la parte consideratoria: "Por lo tanto, aceptando que el trabajador carece de los requisitos de tiempo y edad para poder demandar la pensión plena de jubilación, ya que sólo alcanzó a laborar 5.866 días y apenas alcanzaba a la fecha de su desvinculación 45 años de edad; y no estando demostrada la incapacidad laboral que determinara el reconocimiento de la pensión de invalidez (subraya la Sala), cabe concluir que la que se viene cubriendo tiene el carácter de voluntaria, y como fecha para efectos del reajuste que haya de decretarse, esto es, el Decreto 435 de 1971, de acuerdo con criterio ya sentado por el Tribunal, por medio de la Sala Segunda de Decisión, al fallar el juicio de Julio César Alvarez contra la misma empresa Industrial Hullera S. A., también para el reajuste de una pensión voluntaria, vale decir, que no se causó por el cumplimiento del tiempo y edad, a título de sanción o por causa de invalidez, sino por alguna razón o motivo especial que la empresa se ha empeñado en mantener en reserva" (subraya la Sala).

Esto, lo reafirma en la parte resolutiva al ordenar el pago de $ 231.24 mensuales, "como reajuste de la pensión voluntaria (se subraya), que la misma empresa le ha venido reconociendo..."

Siendo, por lo tanto, de meridiana claridad que lo pedido fue el reajuste de una pensión de invalidez "y no estando demostrada la incapacidad laboral que determinara el reconocimiento de la pensión de invalidez", como lo afirma el sentenciador en forma indubitable, la conclusión lógica era la de absolver a la empresa por el reajuste solicitado, como lo hizo el a quo, a

causa de la misma falta de prueba, sosteniendo: "Como el demandante no demostró los fundamentos de sus pretensiones, la sentencia será absolutoria".

El Tribunal, sin embargo, ordenó reajustar una pensión distinta, que denominó voluntaria, y la que, según sus propias palabras, "no se causó por el cumplimiento del tiempo ni edad, a título de sanción o por causa de invalidez, sino por alguna razón o motivo especial que la empresa se ha empeñado en mantener en reserva". Es decir, falló extra petita, pues el reajuste demandado no se refería a esa citada "pensión voluntaria", sino a una de invalidez, respecto de cuyo reconocimiento a tal título no existe prueba en los autos, como lo expresa el mismo juzgador de segundo grado.

Sobre este particular dijo la Sala en sentencia de 3 de abril de 1962 (Gaceta Judicial Nos. 2253-2254), lo que se copia:

"Observa la Sala: en derecho procesal es principio generalmente admitido el de que la demanda limita los poderes del juez, en forma tal que no le está permitido decidir fuera de lo pedido o más allá de lo pedido. Una excepcion a ese principio es el establecido en el artículo 50 del Código Procesal Laboral, el cual autoriza la resolución extra o ultra petita, pero la previsión legal limita el ejercicio de la facultad al juez de primer grado, que en el caso de autos no fue utilizada por éste, pues su decisión fue adversa a las pretensiones de la demandante. Al disponer el Tribunal el reintegro de la cesantía, dedujo del mayor valor recibido por la actora lo correspondiente a la cesantía excedente. La decisión en tal sentido no sólo desconoció lo previsto en el citado artículo 50, sino lo ordenado por el 471 del Código Judicial, obligatorio para el juez de segundo grado. Esa norma, en su último inciso, dispone que la sentencia guarde consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

En consecuencia, el ad quem aplicó indebidamente el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo en cuanto sólo faculta al juez de primer grado para proferir fallo ultra o extra petita y, mediante la violación de esa norma, el 5º del Decreto 435 de 1971 relacionado con reajuste de pensiones, y las sustanciales que regulan las de jubilación e invalidez, ninguna de las cuales corresponde al caso deducido por el Tribunal de una "pensión voluntaria", vale decir, que "no se causó por el cumplimiento del tiempo y edad, a título de sanción o por causa de invalidez", según sus propias expresiones.

Es, pues, por esta razón por la cual la Sala casará la sentencia impugnada y confirmará la de primer grado.

La prosperidad de este cargo hace inútil estudiar los restantes, que persiguen el mismo objeto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa totalmente la sentencia impugnada y, en función de instancia, confirma la dictada en este proceso por el Juez Sexto Laboral del Circuito de Medellín.

Costas de primera y segunda instancia a cargo del demandante.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DICTAMEN MEDICO

El recurrente señala como prueba erróneamente apreciada el dictamen del Médico del Trabajo de la Sección de Medicina, Seguridad e Higiene del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este medio probatorio es una prueba pericial o peritación, no incluida en las relacionadas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que por su errónea apreciación o inapreciación dan origen al error de hecho. Sin embargo, de acuerdo con jurisprudencia de esta Sala de la Corte, es posible examinarla en el recurso de casación cuando por la falta de apreciación o errónea apreciación de las pruebas que contempla la norma en referencia, surge el error de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintiséis de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

María Luisa Salgado de Pulido, demandó por medio de apoderado judicial al departamento de Cundinamarca y al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, para que fuesen condenados a pagarle solidariamente lo siguiente: "1º Cesantía. La causada y no pagada por su tiempo de servicios. 2º Aumento de salario. El causado y no pagado durante su tiempo de servicios. 3º Vacaciones. Las causadas y no pagadas por su último año de servicios. 4º Prima. La causada y no pagada durante su último año de servicios. 5º Subsidio familiar. El causado y no pagado por sus hijos: Camilo, José Ignacio y Alfredo. 6º Pensión de invalidez. La causada y no pagada en razón de su invalidez por las perturbaciones funcionales y orgánicas, que padecía mi poderdante al momento de su despido. 7º Asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria. La causada y no pagada por razón de sus lesiones orgánicas o funcionales, adquiridas en el trabajo. 8º Lucro cesante. La indemnización por su despido intempestivo e injusto. 9º Indemnización por no pago. Por este concepto un salario diario en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se cancele a mi poderdante la totalidad de sus acreencias laborales. 10. Salarios. Los causados y no pagados del 1º al 11 de enero de 1966".

Según los hechos de la demanda María Luisa Salgado de Pulido prestó sus servicios al departamento de Cundinamarca en la Secretaría de Obras Públicas, mediante contrato de trabajo, como ranchera desde febrero de 1957 hasta el 10 de febreró de 1966, fecha en que fue despedida injustificadamente; su último salario fue de $ 22.00 diarios; no recibió el valor del aumento de salario a que tenía derecho en los términos de la Ley 1ª de 1953, ni la indemnización por su despido ilegal e injusto.

Notificada la demanda a los representantes del departamento de Cundinamarca y del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, fue contestada por el apoderado judicial del departamento, quien negó los hechos.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, desató la litis en sentencia de cinco de abril de mil novecientos setenta y dos, en cuya parte resolutiva dispuso: "Primero.

Condénase al departamento de Cundinamarca, legalmente representado por el señor Gobernador, a pagar a la señora María Luisa Salgado de Pulido las siguientes sumas de dinero: a) A la suma de cinco mil cuatrocientos setenta y dos pesos con 56/100 ($ 5.472.56) M/cte., por concepto de auxilio de cesantía; b) A la cantidad de trescientos tres pesos con 75/100 ($ 303.75) M/cte., por concepto de vacaciones; c) A la suma de cincuenta pesos con 62/100 ($ 50.62) M/cte., por concepto de prima de Navidad; d) A la cantidad de tres mil quinientos ochenta y cuatro pesos con 25/100 ($ 3.584.25) M/cte., por concepto de lucro cesante, y, e) A la suma de veinte pesos con 25/100 ($ 20.25) M/cte., diarios a partir del día 22 de mayo de 1966 y hasta la fecha en que se pague el valor de las condenas a que se refieren los literales anteriores. Segundo. Absuélvese al departamento de Cundinamarca de las restantes súplicas de la demanda formuladas por la señora María Luisa Salgado de Pulido. Tercero. Absuélvese al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, de todas y cada una de las súplicas formuladas por la señora María Luisa Salgado de Pulido. Cuarto. Sin costas".

Apeló el apoderado del demandante. El negocio subió al Tribunal Superior en virtud del recurso interpuesto y de la consulta ordenada en favor del departamento de Cundinamarca, entidad que no apeló. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió la alzada en sentencia de septiembre seis de mil novecientos setenta y tres, por medio de la cual revocó el literal c) del numeral primero del fallo de primer grado en cuanto a la condena por prima de Navidad y en su lugar absolvió de ella al departamento de Cundinamarca, y la confirmó en todo lo demás. No hizo condena por las costas de instancia.

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de casación, que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria presentada oportunamente por el recurrente. No se presentó escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El impugnante lo presenta así: "Que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 6 de septiembre de 1973, folios 103 a 109, parcialmente, en cuanto absolvió a la entidad demandada de la petición de pensión de invalidez, anule dicha absolución y como tribunal de instancia revoque la absolución que en igual sentido hizo el juzgador de la primera instancia y condene al departamento de Cundinamarca así: Pensión de invalidez. La causada y no pagada en razón de su invalidez por las perturbaciones funcionales y orgánicas que padecía mi poderdante al momento de su despido. Indemnización moratoria. Se extienda la indemnización por no pago en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se pague a mi poderdante su pensión de invalidez y a partir del 22 de mayo de 1966, a razón de $ 20.25 diarios M/cte., y hasta la fecha en que se cancele también las mesadas pensionales causadas y no pagadas".

Con fundamento en la causal primera de casación formula un cargo único que enuncia en los siguientes términos:

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta por error de hecho, e indebida aplicación de los artículos 1º, 17, letra c), 22 de la Ley 6ª de 1945, artículos 1º, y ss. del Decreto 2767 de 1945; artículo 1º, Ley 77 de 1959, artículos 1º, 3º, 7º de la Ley 171 de 1961; artículos 1º, 2º, 13, 14, 15, del Decreto 1611 de 1962; artículo 1º, numeral 3º, del Decreto 2216 de 1966; artículo 1º del Decreto-ley 3871 de 1949, inciso final y artículo 1º del Decreto 71 de 1950 y artículo 1º del Decreto 797 de 1949".

Las pruebas erróneamente apreciadas y no apreciadas las indica así:

"Consecuente con ello afirmo que la sentencia incurrió en dicho cargo por haber apreciado mal, parcial y defectuosamente las documentarias de los folios 43, 44 o sea el oficio Nº 074 SL, que contiene la historia clínica, y los documentos referentes a ella, de los folios 37, oficio Nº 34, 39, copia de la Resolución Nº 2663 de 1966, la del folio 71 a 72, Resolución Nº 3070 de diciembre de 1966, y el dictamen Nº 102 MT de

fecha 10 de mayo de 1971, de los folios 55 y 56, que afirman que mi poderdante padeció de lesiones de origen no profesional, y una incapacidad laboral valorada en un 55%; y dejó de apreciar las pruebas de los folios 70, 77, o sea el certificado de tiempo de servicios, que afirma el tiempo de servicios, los salarios devengados, y la insubsistencia de mi poderdante desde el 6 de febrero de 1957, en el cargo de cocinera en la zona occidental de carreteras, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas, hasta el 9 de febrero de 1966, habiendo sido declarada insubsistente por Resoluciones Nos. 3025 del 28 de diciembre de 1965 y 02663 de 1966, a partir del 10 de febrero de 1966, y que su último jornal desde el 1º de enero de 1966, fue de $ 20.25 diarios, en cuanto a estas pruebas dejaron de ser apreciadas respecto a la determinación del nacimiento de la pensión de invalidez, de su cuantía, todo por cuanto que al apreciar mal, parcial y defectuosamente el dictamen médico pericial, llevó al honorable Tribunal también a dejar de apreciar las últimas pruebas referidas".

Respecto a la determinación del error de hecho dice:

"Fue así como el honorable Tribunal concluyó erróneamente la no existencia del estado de incapacidad e invalidez de mi poderdante, de las mesadas subsidiarias pensionales, y en síntesis a la absolución que hizo respecto a la petición de pensión de invalidez. Y para ello dio por no demostrado estándolo: a) Que la pérdida del 55% de la capacidad laboral sufrida por mi poderdante no produce un estado de invalidez para el trabajo; b) Que mi poderdante no se encontraba en estado de invalidez al ser declarada insubsistente; c) Que las causas, lesiones o perturbaciones funcionales que produjeron en mi poderdante la pérdida del 55% de su capacidad laboral, no se presentaron durante el tiempo en que prestó sus servicios, y existían cuando se terminó su vínculo, o sea con fecha 9 de febrero de 1966".

Examina el recurrente el artículo 17, ordinal c), de la Ley 6ª de 1945 y las demás normas referentes a la pensión de invalidez de los trabajadores del sector oficial que señala en la enunciación del cargo, y dice que según esos ordenamientos legales los requisitos para que se cause una pensión de invalidez son: a) Que el empleado u obrero oficial por causa de una enfermedad común o no profesional, accidente de trabajo o enfermedad profesional, se incapacite para el trabajo y para obtener una remuneración; b) Que la enfermedad profesional, no profesional o accidente de trabajo, que haya causado la incapacidad para el trabajo, se haya presentado durante el tiempo de servicios y continúe hasta el punto de ocasionar el retiro definitivo del trabajo".

Critica la conclusión del Tribunal Superior cuando afirma que del dictamen médico no se desprende que la incapacidad que sufre la actora sea para toda ocupación u oficio, pues está equiparando el estado de invalidez con el de postración o completa impotencia y no lo relaciona con la incapacidad que produzca la afección orgánica o funcional en la profesión, oficio u ocupación habitual del trabajador. Considera que esta interpretación del fallador de segunda instancia conduce necesariamente a que el estado de invalidez se haga imposible, puesto que serán muy reducidos los casos de esa postración o completa impotencia, que sólo se presentarán en el estado de gran invalidez. Transcribe un pasaje de la sentencia de la Sala de Casación Laboral de veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y tres, Diomedes Escobar Herrera contra departamento de Cundinamarca, en la cual se dijo que "la pensión de invalidez cubre el riesgo de la pérdida sufrida por el trabajador en su capacidad para proveer a su subsistencia mediante el trabajo, siendo claro que para determinar la existencia de ese estado hay que relacionar la incapacidad con la ocupación u oficio del trabajador afectado" y concluye así su argumentación:

"Pero también la errónea interpretación del precepto legal, llevó asimismo al Tribunal, al error en la apreciación de la prueba del dictamen pericial, en cuanto restringió su apreciación, haciéndolo defectuosamente, cuando afirma: '...pues que además está limitada a un 55%, sin que se indique por otra parte, la equivalencia monetaria que pudiera corresponder a tal incapacidad. Y lo hizo con error, ya que, es evidente que si un trabajador ha perdido más

del 50% de su capacidad laboral, se encuentra en estado de incapacidad para el trabajo, o en estado de invalidez, ya que, no está en condiciones de que su capacidad de trabajo le produzca siquiera su remuneración mínima, con la cual pueda atender sus mínimas necesidades de subsistencia. Y si la actora, como lo encontró probado el honorable Tribunal, mediante el dictamen pericial de folio 56, tenía perdida su capacidad laboral en un 55% se encontraba así también, aunque ella no fuera del 66,66% el estado de invalidez, ya que, repito, con tal pérdida estaba afectada su capacidad laborativa, que le imposibilita su oficio u ocupación habitual de cocinera para obtener su remuneración mínima con la cual pueda atender sus necesidades mínimas de subsistencia. Tan ello es así, que el artículo 17 letra c) de la Ley 6ª de 1945, no establece el porcentaje cuantitativo de la capacidad laboral en la ocupación u oficio, para el estado de invalidez y para pensión de invalidez, si no que por efectos del estado patológico, perturbación funcional, orgánica o simple lesión, su ocupación u oficio, se afecte de tal manera que el trabajador oficial no pueda mediante el ejercicio de la misma obtener su remuneración. Mas existiendo un salario mínimo legal, a partir del año de 1949, Decreto 3871 y Decreto 71 de 1950, necesariamente tiene que relacionarse el estado de invalidez o pérdida de la capacidad de trabajo, con la posibilidad o imposibilidad en que se encuentre el trabajador oficial que sufre de un estado de perturbación funcional orgánica de lesión o patológico de obtener dicho salario mínimo, puesto que él está establecido precisamente para garantizar la satisfacción de esas mínimas necesidades de subsistencia. Y se encontrará en tal situación el trabajador oficial que haya perdido por lo menos el 50% de su capacidad laboral, por cuanto que en tales condiciones no puede tener ni ejercer su capacidad de trabajo, mediante el ejercicio de su profesión u oficio, cuando encontrándose ésta disminuida en un 50% no puede obtener ni siquiera un salario mínimo con el cual pueda atender sus mínimas necesidades de subsistencia. En síntesis cuando el honorable Tribunal en su sentencia objeto de este recurso, cae en el error de apreciar mal, y defectuosamente el dictamen pericial, necesariamente erraba cuando no apreció las pruebas que fijaban el tiempo de servicios, el salario último devengado, respecto a la fijación del punto de partida en que se causó el estado de invalidez, o las mesadas pensionales, la cuantía de las mismas, y por eso, no apreció las documentarias que dicen que mi poderdante prestó sus servicios hasta el 9 de febrero de 1966, con un salario de $ 20.25 diarios o sea el certificado de folio 77. Y el error de hecho condujo al honorable Tribunal también a la violación de las normas anotadas en el cargo, no sólo porque absolvió al departamento de Cundinamarca de la pensión de invalidez sino también porque no aplicó el régimen subsidiario correspondiente a dicho estado de invalidez, ni respecto a la fecha desde la cual se causó, ni a la cuantía de la pensión, y menos aún a la sanción indemnizatoria de dicha pensión".

Se considera

El recurrente señala como prueba erróneamente apreciada el dictamen número 102-MT del Médico del Trabajo de la Sección de Medicina, Seguridad e Higiene del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, expedido el 10 de mayo de 1971 y que aparece a folio 56 del expediente. Este medio probatorio es una prueba pericial o peritación, no incluida en las relacionadas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que por su errónea apreciación o inapreciación dan origen al error de hecho. Sin embargo, de acuerdo con jurisprudencia de esta Sala de la Corte, es posible examinarla en el recurso de casación cuando por la falta de apreciación o errónea apreciación de las pruebas que contempla la norma en referencia, surge el error de hecho. Por esta razón se examinará en primer término la prueba documental y si por la errónea apreciación o inapreciación de ella el fallador de segunda instancia incurrió en error de hecho, se estudiará el dictamen indicado por el casacionista como erróneamente apreciado.

De los documentos señalados en la enunciación del cargo como erróneamente apreciados no se deduce que la pérdida del 55% de la capacidad laboral de la demandante se presentó durante el tiempo que prestó

sus servicios y que subsistía el 9 de febrero de 1969 cuando se terminó el vínculo contractual. Así el certificado que aparece a folio 37 dice que a la demandante se le cumplía el 10 de febrero de 1966 "la incapacidad médica que disfrutaba por tratamiento de una lesión 'titoidiasá' (sic) de conformidad con el certificado médico expedido por el Jefe del Servicio Médico del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca"; en la Resolución Nº 02663 de 29 de noviembre de 1966, folio 39 se afirma que el 10 de febrero de 1966 a la señora María Luisa Salgado de Pulido "se le cumplía la incapacidad médica, que disfrutaba por tratamiento de una lesión 'Toroidiana' (sic), de conformidad con el certificado médico expedido por el doctor Alvaro Duque Forero, Jefe del Servicio Médico del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca": y en la Resolución número 3070 de diciembre de 1966 también se afirma en los considerandos que la incapacidad médica de la demandante que disfrutaba por un tratamiento de una lesión "Tiroidiana", cesaba el 10 de febrero de 1966. Es decir, que todos estos documentos afirman que la incapacidad médica cesó el 10 de febrero de 1966, fecha a partir de la cual se decretó la insubsistencia de la trabajadora, y sin que en ninguno de los medios probatorios se hable de que la enfermedad que la aquejó le hubiese causado una incapacidad para toda ocupación u oficio. En consecuencia estas pruebas no fueron apreciadas erróneamente y por lo cual el fallador de instancia no incurrió en los errores de hecho que se le atribuyen por su errónea apreciación.

Cuanto a las pruebas señaladas como no apreciadas no se refieren a la incapacidad laboral de la demandante sino al tiempo de servicios, terminación del contrato y salario devengado, hechos que en lo que se relaciona con la pensión de invalidez no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal Superior por considerar que el derecho a dicha prestación no existía, por lo cual no aparece que por su falta de apreciación hubiese incurrido en error de hecho.

Al no surgir error de hecho de la falta de apreciación o apreciación de los documentos examinados, medio probatorio contemplado en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, no le es dable a la Corte, examinar la prueba pericial, excluida de las que dicha norma relaciona como que pueden dar origen al error de hecho en casación. Por esta razón no se estudiará si el dictamen médico que obra a folio 56, expedido el 10 de mayo de 1971, o sea cinco años después de la desvinculación de la demandada del departamento de Cundinamarca, fue o no erróneamente apreciada.

No habiéndose demostrado el error de hecho que se le atribuye al fallador de segunda instancia el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida dictada el seis de septiembre de mil novecientos setenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL ELEMENTO SUBORDINACION EN EL CONTRATO DE TRABAJO

El censor juega con el verbo "subordinar", dándole el sentido de que por razón de las obligaciones recíprocas resultantes de un contrato, la voluntad del uno se subordina a la del otro. Pero no es ese el contenido de la subordinación jurídica que diferencia el contrato de trabajo de otros similares y que consiste en que el trabajador se coloca bajo la autoridad del patrono, quien tiene el derecho o facultad de darle órdenes en la ejecución de su trabajo, de vigilarlo y de imponerle sanciones por faltas disciplinarias.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril treinta de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Calixto Ochoa Campo, en demanda repartida al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, solicitó que Fábrica de Discos Fuentes S. A., fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, indemnización por falta de pago y gastos y costas del juicio.

Los hechos principales en que sustenta su pretensión son los siguientes:

"Primero. El señor Calixto Ochoa, estuvo vinculado a la sociedad demandada, desde el mes de abril de 1958 y hasta el 30 de septiembre de 1971, como cantante, compositor y acordeonista. fecha esta última en la cual en forma voluntaria se retiró.

"Segundo. Su vinculación lo fue en forma exclusiva, es decir, que durante el tiempo anotado en el hecho primero, no podía prestar sus servicios a ningún otro patrono.

"Tercero. Inicialmente se le cubría un sueldo de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) mensuales, más una cantidad determinada por cada interpretación musical, que interpretara como cantante y acordeonista. Asimismo las composiciones por mi mandante hechas en forma exclusiva para la demandada y con base en el contrato de trabajo a que se ha hecho mención, daban lugar a que a su favor se reconociera una regalía autoral de $ 00.04 por cada faz fonográfica.

"Cuarto. Al momento de terminar su vinculación laboral, su sueldo era de $ 2.700.00. La remuneración por cada selección musical grabada de $ 250.00 y las regalías de $ 00.05.

"Quinto. Durante los primeros años del contrato laboral se le reconocieron primas de servicio. Posteriormente no se cumplió pago alguno, no sólo por este concepto ni tampoco por vacaciones, menos aún al desvincularse se le ha querido pagar auxilio de cesantía.

"Sexto. No sólo la realidad de la prestación de sus servicios en forma subordinada y exclusiva a la demandada, configuran indiscutiblemente un contrato de trabajo, sino que además en la cláusula decimotercera, del acuerdo firmado entre la empresa y mi patrocinado, muy claramente se dijo que a su favor se originarían 'las prestaciones sociales a que tenga derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo'."

Al descorrer la empresa el traslado de la demanda negó los hechos anteriores sobre la base de que "el señor Ochoa no ha sido empleado de nuestra empresa, y, por tanto, no se han generado prestaciones laborales a su favor" y en que "el contrato de interpretación, que vinculó al demandante con nuestra compañía, en su calidad de 'can-

tante profesional', autor y ejecutante, no envuelve ningún contrato de trabajo..." Propuso las excepciones de "carencia de acción, prescripción de las obligaciones que pudieran deducirse a favor del demandante, incompetencia de jurisdicción y las demás que surjan del debate probatorio".

Tramitado el proceso de manera regular, lo decidió el a quo el 5 de mayo de 1973 con sentencia totalmente absolutoria de la demandada, la que confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en la suya de 2 de noviembre del mismo año, al resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte actora.

Recurrió ésta en casación e instauró la respectiva demanda, cuya réplica no se tendrá en cuenta por haber llegado extemporáneamente, en la que fija de esta manera el alcance de la impugnación:

"Pretendo el quebrantamiento total del fallo recurrido para que, convertida esa superioridad en tribunal de instancia, revoque el fallo del a quo, y en su lugar haga las condenaciones que se impetran en el libelo de demanda a saber: pago del auxilio de cesantía, de las primas de servicio, de las vacaciones, de la indemnización por mora y las costas respectivas".

Para obtener este fin formula un solo cargo, planteado así:

"El fallo recurrido viola indirectamente por aplicación indebida, los artículos 34, 22, 23, 24, 26, 65, 186, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con los artículos 3º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965; los artículos 8º y 7º del Decreto reglamentario Nº 1373 de 1966 y la Ley 48 de 1968, artículos 1º y 3º, en relación con los artículos 670, 671, 1517 y 2064 del Código Civil y artículos 1º, 2º, 6º, 35, 36, 39, 43 y 48 de la Ley 86 de 1946, como consecuencia de errores manifiestos de hecho por apreciación equivocada de las siguientes pruebas:

"1. Documentos relativos al contrato celebrado entre las partes y sus correspondientes prórrogas (fls. 123, 26, 27, 59 y ss., 121 y 122) (cláusula decimotercera).

"2. Carta del señor Ochoa a la sociedad demandada sobre preaviso de su desvinculación.

"3. Carta de la sociedad al señor Ochoa donde le dice que el preaviso es innecesario porque no tiene contrato de trabajo.

"4. Dictamen pericial (fls. 88 y ss.).

"5. Comunicación dirigida al secretario de la American federation of musicians of the United States and Canada.

"6. Respuesta al interrogatorio propuesto al demandante (fls. 65 y 66).

"7. Respuesta al interrogatorio propuesto al representante legal de la entidad demandada (fls. 67 a 69).

"8. Contratos de autor".

Imputa a la sentencia acusada los siguientes errores de hecho:

"a) Juzgar que del estudio de la prueba anterior, no se desprende la existencia del elemento 'subordinación' como elemento distintivo del contrato de trabajo;

"b) Considerar que la prueba documental ameritada en el proceso indica 'con previsión y claridad que el demandante era independiente o autónomo en sus relaciones con la persona jurídica demandada';

"c) No dar por demostrado, estándolo, que en el caso sub lite se dan la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del patrono y un salario como retribución del servicio, que son los elementos propios del contrato de trabajo;

"d) Concluir, como consecuencia de los errores anteriores y en oposición a las pruebas del proceso, que entre las partes no existió contrato de trabajo".

Para sustentarlo, luego de transcribir algunas cláusulas del contrato que ligó a las partes y de las prórrogas y modificaciones posteriores y de lo que sobre ellas expresó el ad quem, copia las siguientes consideraciones del fallo impugnado y expresa las razones por las cuales disiente de ellas, como se verá en seguida:

"La situación de autonomía y libertad de que gozaba el demandante Ochoa Campo para el cumplimiento y la ejecución del contrato que había celebrado con la 'Fábrica de Discos Fuentes S. A.', se pone de manifiesto en los siguientes hechos y circunstancias relevantes, acreditados dentro del proceso por medio de los elementos probatorios ya vistos y por otros que también habrán de citarse:

"1º El hecho de la residencia casi permanente, del actor Calixto Ochoa Campo en la ciudad de Sincelejo, donde podía dedicarse libremente a tocar y a cantar en casetas, griles, bailes y espectáculos públicos de diversión, con beneficio económico exclusivo para él y sin necesidad de pedirle autorización para ello a la empresa 'Fábrica de Discos Fuentes S. A.', la cual sólo le exigía la obligación de presentarse a grabar en Medellín (al principio fue en Cartagena) las composiciones e interpretaciones musicales que ella misma le señalase, en las épocas que también ella le determinaba durante el año, con un promedio no mayor de tres veces por año y sin que en total alcanzase a pasar de unos sesenta días, aproximadamente, y la obligación de entregarle también a la demandada un mínimo determinado de obras musicales de su propiedad durante el año, para ser grabadas por dicha empresa, entre las que ella escogiese de las que le presentaba el señor Ochoa Campo para este fin.

"2º El hecho de que, dentro de esa misma libertad que tenía el actor para residir en la ciudad de Sincelejo, lugar de su domicilio permanente, y para actuar allí como músico y cantante en la forma ya vista, también la tuviese para viajar al exterior, habiéndolo hecho principalmente a Estados Unidos, Venezuela y Panamá, con demoras a veces mayores de un mes en cada uno de dichos viajes y con presentaciones para el público, también como músico y cantante, en beneficio exclusivo para él y los integrantes de su conjunto musical, sin que la empresa se lo hubiese prohibido, sino más bien autorizado expresamente, ya que tales actuaciones y presentaciones en público del señor Ochoa Campo, tanto en el interior del país como fuera de éste, se traducían en mayor fama y en mayores ingresos económicos no sólo para él sino para la firma productora de discos a la cual estaba ligado por un 'contrato de exclusividad', al aumentar en tal forma la venta de discos, por los cuales el demandante tenía también derecho a recibir 'regalías' como autor o compositor.

"3º El hecho de que, con las limitaciones propias de la naturaleza del contrato de grabación y de exclusividad celebrado por el actor con la demandada, y que daban facultades a éste entre otras cosas para seleccionar las composiciones u obras musicales y en los preparativos o ensayos de la misma naturaleza, en orden a lograr un mejor ritmo, una mayor armonía y perfección en la tonalidad y en otras cuestiones necesarias para la buena calidad del disco grabado, el señor Ochoa Campo disponía de amplia libertad, cuando iba a efectuar las grabaciones, para 'armar' el conjunto y escoger el personal de éste aunque fuese pagado igualmente por la misma empresa, tal como lo declara el deponente César Castro Jerez y lo confirma el deponente Miguel Angel Eláguila Díaz, en lo que a él se refiere, cuando dice: 'Ese conjunto no tenía nombre alguno y yo estaba recién llegado a Sincelejo, cuando Calixto me llamó para que lo acompañara. Nosotros tocábamos para Discos Fuentes. Calixto me buscó a mí para que tocara, o mejor le acompañara los números que iba a grabar por cuenta de 'Toño' Fuentes, el dueño de la Fábrica de Discos Fuentes. Nosotros grabábamos en Cartagena. A mí me pagaba la fábrica. Los números grabados por Calixto Ochoa eran los que decía el dueño de la Fábrica. Ellos, Antonio Fuentes y sus empleados, escogían la música a su gusto y luego ordenaban que esa música se grabara. En ese conjunto Calixto Ochoa era cantante, acordeonista y compositor. Las composiciones hechas por Calixto eran aceptadas o rechazadas por empleados de Discos Fuentes'.

"Para ayudar a demostrar la falta de continuada subordinación o dependencia por parte del demandante Calixto Ochoa Campo respecto de la empresa 'Fábrica de Discos Fuentes S. A.' sirven también en cierto grado las respuestas cualificadas y explicatorias que el representante legal de la demanda, señor Pedro Fuentes Estrada, dio bajo juramento al interrogatorio que se le formuló por solicitud de la parte actora (fls. 67 a 69), particularmente las correspondientes a las preguntas cuarta, quinta, sexta, decimotercera, decimosexta, decimoséptima, decimooctava, decimonovena y vigésima.

"De otra parte, el dictamen pericial rendido por el doctor Efraim Vélez Maya (fl. 88 y ss.), como prueba pedida por la parte demandante, sirve en mucho asimis-

mo para demostrar que la mayoría de los pagos recibidos por el señor Calixto Ochoa Campo de la Fábrica de Discos Fuentes S. A., especialmente los de mayor significación económica o de más elevada cuantía, lo fueron a título de regalías, aspecto éste que excluye el elemento de la subordinación, en la forma como ésta debe entenderse dentro del contrato de trabajo propiamente dicho, según los conceptos expuestos sobre esta materia, tanto en diversos fallos de la honorable Corte Suprema de Justicia, como por varios notables tratadistas de derecho del trabajo, ya nacionales, como los doctores Guillermo González Charry y Guillermo Camacho Henríquez, ya extranjeros como los profesores Barassi, Cabanellas, de la Cueva, Ramírez Gronda, etc.

"Tal elemento de la subordinación es, pues, la falla protuberante en este negocio, ya que unida ella al concepto de dependencia, en la forma como se contempla en el artículo 23 de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, no puede hablarse en la misma por ningún aspecto digno de tenerse en cuenta, así sea personal, económico, social, técnico y, en general jurídico, que es el que resume o concreta los anteriores y constituye la nota predominante de toda relación contractual de trabajo. Pero lo que más impide aceptar que hubiera existido en el caso sub lite, con las características y modalidades específicas que debe llenar dentro del contrato de trabajo, es su falta de permanencia, la ausencia de su prolongación en cuanto al modo, tiempo y lugar relacionados con la ejecución y el cumplimiento de aquél.

"Significa esto que el poder de dirección y la facultad de dar órdenes, que la empresa demandada tenía sobre el señor Calixto Ochoa Campo no eran ejercidos por aquélla de una manera permanente y continuada por ninguno de los tres aspectos circunstanciales que acaban de mencionarse, sino en forma transitoria y apenas en lo estrictamente necesario para que el contrato de grabación y producción en discos fonográficos de la marca Fuentes o de otra de propiedad de la misma empresa, celebrado entre ésta y el actor, tuviese la debida ejecución y el fiel cumplimiento que se exigen en toda clase de contratos, civiles, comerciales, laborales, administrativos etc".

Razones del impugnador

"El juicio del Tribunal expresado en los pasajes anteriores de la sentencia, está en oposición con la prueba que invoca para sustentarlo, porque de ésta se desprende que en el caso sub lite concurren los elementos que legalmente son necesarios para la existencia del contrato de trabajo, tales como la prestación de un servicio personal, la continuada dependencia o subordinación del patrono y un salario.

"Calixto Ochoa se obligó, como lo indica el pacto cuyas cláusulas copia el mismo Tribunal en su fallo 'a grabar y producir en forma exclusiva para la empresa, las obras musicales de su especialidad, propias o ajenas que ésta le encomienda'. Es decir, que subordinó su voluntad a la voluntad del patrono en punto a la ejecución de ese servicio que constituye uno de los objetos u obligaciones contractuales. Puso a disposición de la sociedad la capacidad de trabajo y quedó por ello sometido jurídicamente bajo su dirección aun cuando ésta no se hubiese manifestado en aquellos aspectos de la actividad relacionada con la especialidad como 'cantante, compositor y acordeonista', ya que tratándose de profesional o empleado calificado, es obvio que se deje a su cuidado e iniciativa todo lo que cae dentro de la órbita de sus conocimientos técnicos o científicos. Pero Ochoa no podía sustraerse a la obligación de producir las obras musicales que se le encomendaran, en la época en que la empresa 'libremente determine y señale' ni a la obligación de trasladarse a Sincelejo, donde tenía su domicilio, a Cartagena o Medellín cada vez que el patrono le hiciera requerimiento con tal objeto y lo hacía con exclusividad de acuerdo con lo convenido o sea que no podría grabar 'ni conjunta ni separadamente' para otra fábrica de discos ni ejecutar en público ninguna de las obras que hubiese grabado para la empresa. Es de observar, además, que por estipulación del mismo contrato, las grabaciones quedaban de propiedad de la empresa con la facultad de explotarlas en el país y fuera de él.

"Ese servicio que Ochoa debía prestar por sí mismo, tenía un salario como contraprestación a cargo de la sociedad demandada, inicialmente de $ 100.00 mensuales por concepto de derechos de exclusividad y $ 150.00 por la interpretación musical de cada selección grabada, o sean $ 300.00 por un disco completo de dos caras, y luego, durante la última prórroga de dos años, $ 2.700.00 mensuales por la exclusividad. Se trata, pues, de un trabajador dependiente y no, como lo afirma equivocadamente el fallador, de un contratista independiente o autónomo. Este, cuya autonomía debe ser completa y real, ejecuta la obra en forma personal o por medio de otras personas, con sus propios medios y por un precio determinado, circunstancia que no se da en este caso donde el patrono, como ya se vio, tenía la atribución de dar órdenes y el trabajador la obligación correlativa de acatarlas.

"Cita el ad quem copiando los apartes pertinentes, las declaraciones de Miguel Angel Eláguila y César Castro, quienes hablan de la libertad que el demandante tenía para actuar en casetas, radio, televisión, clubes, cuando terminaba de grabar en beneficio de la empresa, lo que hacía en el país o fuera de él. No es posible legalmente formular una censura por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, pero en el supuesto de que los testigos dijeron la verdad y el Tribunal apreció debidamente sus declaraciones, ello en manera alguna se opone a la existencia del contrato de trabajo, ya que el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo le da al trabajador la facultad de celebrar contratos con dos o más patronos y si la conducta que los testigos le atribuyen a Ochoa se opone al pacto de exclusividad, ello significaría incumplimiento del pacto y no inexistencia del contrato".

Para resolver, la Sala considera

Todo contrato bilateral conlleva obligaciones que corresponde cumplir a cada una de las partes, y en el que aquí se discute, el demandante asumió la de "grabar y producir en forma exclusiva para la empresa, las obras musicales de su especialidad, propias o ajenas que ésta le encomiende" y ella tomó para sí la de cubrirle el valor de los honorarios y "regalías", pactadas como contraprestación.

De aquella obligación deduce el casacionista la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, diciendo: "Es decir, subordinó su voluntad a la voluntad del patrono en punto a la ejecución de ese servicio que constituye uno de los objetos y obligaciones contractuales", lo que no es exacto, pues de que el actor asumiera dicho deber no puede deducirse que "subordinó su voluntad a la voluntad del patrono"; si así fuera, todo contrato bilateral en que existe la prestación de un servicio, resultaría de trabajo, lo que es inaceptable a todas luces.

Lo que ocurre es que el censor juega con el verbo "subordinar", dándole el sentido de que por razón de las obligaciones recíprocas resultantes de un contrato, la voluntad del uno se subordina a la del otro. Pero no es ese el contenido de la subordinación jurídica que diferencia el contrato de trabajo de otros similares y que consiste en que el trabajador se coloca bajo la autoridad del patrono, quien tiene el derecho o facultad de darle órdenes en la ejecución de su trabajo, de vigilarlo y de imponerle sanciones por faltas disciplinarias.

Y en el negocio a estudio, no resultan probados estos elementos constitutivos de la subordinación, pues el deber del demandante se circunscribía a presentarse a grabar y producir las obras musicales, propias o ajenas, que le encomendase la empresa "en cantidad no menor de veinticuatro (24) discos por una cara, en el transcurso de dos años...", según reza la cláusula primera del contrato respectivo. La circunstancia de que no pudiera sustraerse a esa obligación, como lo alega el impugnante, no establece subordinación jurídica, sino que es la consecuencia natural de todo contrato en que las partes deben cumplir las obligaciones contraídas.

El hecho de que el actor hubiese pactado la exclusividad en la grabación de discos con la demandada, tampoco demuestra la subordinación jurídica, pues de aquélla no se infiere la facultad patronal de darle órdenes y la obligación correlativa del demandante de acatarlas.

El último argumento esgrimido por el casacionista es el de que "ese servicio que Ochoa debía prestar por sí mismo, tenía un salario como contraprestación a cargo dê la sociedad demandada" (cita aquí las diversas remuneraciones convenidas), para concluir: "Se trata, pues, de un trabajador dependiente y no, como lo afirma equivocadamente el fallador, de un contratista independiente y autónomo". Pero la Sala no halla cómo pueda deducirse lógicamente la subordinación jurídica del hecho de que la empresa pagara contraprestación en dinero por el servicio personal del demandante, pues se trata de factores distintos que concurren a integrar el contrato de trabajo y cuya existencia debe demostrarse independientemente y no el uno por el otro.

Conclúyese de lo expresado, que no aparece error con carácter de manifiesto en la estimación que llevó a cabo el Tribunal del contrato que ligó a las partes.

El censor señala, además, como medios de prueba apreciados con yerro evidente, "la carta del señor Ochoa a la sociedad demandada sobre preaviso de su desvinculación", "la carta de la sociedad al señor Ochoa donde le dice que el preaviso es innecesario porque no tiene contrato de trabajo", y el "dictamen pericial", la "comunicación dirigida al secretario de la American federation of musicians of the United States and Canada", la "respuesta al interrogatorio propuesto al demandante (fls. 65 y 66)", "la respuesta al interrogatorio propuesto al representante legal de la entidad demandada (fls. 67 a 69)"; pero no explica en qué consistió el error cometido por el ad quem en el estudio de cada una de esas probanzas, las que ni siquiera alude en la sustentación del cargo, transcrita en su integridad.

Por este aspecto, tampoco aparece demostrado el error atribuido al fallo sub judice.

En consecuencia, el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia impugnada.

Sin costas.

Cópiese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA

El inciso 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 expresa claramente que si el trabajador es quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al patrono una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. No dice la norma que cuando el trabajador renuncia simplemente o para dedicarse a otras actividades, no hay ruptura intempestiva del contrato de trabajo. Cierto es que la renuncia cuando es aceptada por el patrono llana y simplemente conduce a una terminación del contrato por mutuo consentimiento, pero el Tribunal Superior no se fundamenta en la existencia de esa situación, sino en la renuncia como acto unilateral del trabajador. En consecuencia interpreta erróneamente la norma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Ramón Murillo Rendón demandó a la sociedad "Iván y Jairo López & Cía Ltda.", propietaria de Almacenes Grulla y Wellco, domiciliada en Bogotá, para que se la condene a reconocerle las sumas que resultaren por concepto: "a) Indemnización por despido indirecto; b) Pago de descansos dominicales y festivos; c) Vacaciones cubiertas en dinero sin la autorización legal; d) Reajuste de primas de servicio y cesantías con base en el pago de dominicales y festivos que se reclama en el literal b); ya que éstos no fueron tomados en cuenta como factor integrante del salario; e) Indemnización por falta de pago (salarios caídos); f) Devolución de 30 días de salario indebidamente retenidos por valor de $ 8.143.60; g) Pensión-sanción de jubilación para cuando cumpla la edad reglamentaria, y h) Gastos y costas del juicio".

Según los hechos de la demanda Ramón Murillo Rendón estuvo vinculado a "Iván y Jairo López & Cía. Ltda." desde el 19 de enero de 1960 hasta el 14 de julio de 1971 como agente vendedor; durante ese tiempo la sociedad demandada sólo reconoció un período de vacaciones en tiempo, pues los demás le fueron cubiertos en dinero sin autorización del Ministerio de Trabajo; en julio de 1971 necesitó hacerse un tratamiento médico y solicitó se le concedieran dos períodos de vacaciones y sólo le fue otorgado uno, por lo cual se vio obligado a desvincularse ante la violación de las obligaciones patronales en el aspecto indicado y en el no reconocimiento de los descansos remunerados, dominicales y festivos; su salario era por unidad de obra, mediante el pago de una comisión del 3% sobre el valor de las ventas efectuadas, siendo el último promedio mensual de $ 8.143.60 sin tener en cuenta los viáticos de $ 60.00 diarios sistema de remuneración que le daba derecho a que con base en el promedio de cada semana anterior le cubrieran el valor de descansos dominicales y festivos; el demandante laboró 101 días de descanso obligatorio que no le han sido pagados en forma doblada; para la liquidación de prestaciones no se tuvieron en cuenta los viáticos; al desvincularse de la empresa, la sociedad demandada le retuvo la suma de $ 8.143.60 por el preaviso de 30 días.

La sociedad "Iván y Jairo López & Cía. Ltda." al contestar la demanda negó los hechos y en relación con la deducción de $ 8.143.60 expresó que se había hecho conforme a la ley por cuanto el demandante no dio ni cumplió preaviso alguno. Se opuso a la totalidad de las peticiones y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, pago, prescripción y compensación, esta última subsidiariamente y para el caso de que se hiciera un reajuste, que debe tomarse de la cantidad consignada por los 30 días de preaviso legal.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juez del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Medellín, desató la litis en sentencia de abril diez de mil novecientos setenta y tres, en cuya parte resolutiva dispuso: "1º Condénase a la sociedad 'Iván y Jairo López & Cía. Ltda.', propietaria de 'Almacenes Grulla y Wellco', representada por el señor Jairo López Solórzano, a pagar al señor Ramón Murillo Rendón la suma de ocho mil ciento cuarenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 8.143.60) M/cte., por concepto de devolución de salarios correspondientes a treinta (30) días laborales. 2º Absuélvese a la compañía 'Iván y Jairo López & Cía. Ltda.' de los demás cargos formulados por la parte actora en su libelo demandatorio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo. 3º Declárase parcialmente configurada la excepción de prescripción en los conceptos señalados también en la parte motiva de esta providencia. 4º Decláranse no probados los demás medios exceptivos propuestos. 5º sin costas".

Apelaron los apoderados de ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, decidió la alzada en sentencia de treinta de agosto de mil novecientos setenta y tres, en los siguientes términos: "A) Condénase a la sociedad 'Iván y Jairo López & Cía. Ltda.', representada por Jairo López Solórzano, a pagar al señor Ramón Murillo Rendón la suma de cuarenta y siete mil setecientos noventa y seis pesos con sesenta y un centavos ($ 47.796.61) M/cte., por concepto de salarios por el descanso en domingos y festivos; B) Se condena a la misma compañía a pagar al actor la suma de ocho mil ciento cuarenta y tres pesos con sesenta centavos ($ 8.143.60) M/cte. como devolución de los salarios correspondientes a treinta días de salario; C) Se absuelve a la referida sociedad de los restantes cargos que le formuló el demandante y D) Se declara parcialmente configurada la excepción de prescripción, y las demás tácitamente resueltas. Costas en primera instancia a cargo de la parte opositora en un 30% y sin costas en esta. En la forma anterior queda modificado y confirmado el fallo de fecha y procedencia, conocidos".

Recurrió en casación el apoderado de Iván y Jairo López & Cía. Ltda. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria. No se presentó alegato de oposición.

Alcance de la impugnación

"Este recurso aspira a que sean parcialmente casadas las sentencias del ad quem y del a quo, en los siguientes extremos: a) En cuanto ambas determinaron la devolución por la demandada al demandante de la suma de $ 8.143.60 que le habían sido hecho efectivos al último por concepto de preaviso, en razón de la ruptura unilateral e intempestiva del contrato en que incurrió el trabajador demandante, y b) La del ad quem en cuanto condenó a la demandada a pagarle al demandante los descansos dominicales y festivos por $ 47.796.61. Como resultado de la casación referente a los puntos anteriores, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, erigida en tribunal de instancia, absolverá a la sociedad demandada de las condenas anteriores, y proveerá al mantenimiento de la sentencia de segundo grado en lo demás que, en concordancia con la de primer grado, es totalmente favorable a la demandada, liberando a ésta de toda carga por concepto de costas".

Se observa que en el alcance de la impugnación se pide el quebrantamiento del fallo de primer grado, siendo así que la sentencia recurrida es la de segunda instancia. Pero como también se refirió a la del ad quem y el Tribunal Superior reprodujo la condena de primer grado en cuanto a la devolución de la suma de $ 8.143.60

al demandante, la Sala entiende que se pide el quebrantamiento de la de segunda instancia en cuanto confirmó la decisión del a quo en el aspecto anotado.

Con fundamento en la causal primera de casación presenta cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia impugnada es violatoria, por infracción directa, del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo". Al sustentar la acusación afirma el impugnador que "el sentenciador se rebela contra el mandato expreso de la referida disposición legal, el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, pues da por demostrado plenamente que el demandante no trabajó todos los seis días laborables de la semana, y sin embargo, deduce el salario promedio del descanso dominical sobre la base de que siempre fueron trabajados esos seis días laborables de la semana. No es este un error de hecho: es una violación frontal de la ley, como va a verse".

Transcribe el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo y dice que la violación del fallador contra la norma salta a la vista ante el hecho probado y admitido de que el demandante al regresar de correrías permanecía uno, dos o tres días inactivo, gozando de descanso, y sin embargo dispone que el promedio salarial del descanso se compute con base en seis días trabajados, en abierto desafío al mandato legal, ordenador de que tal promedio, cuando no se deducen todos los seis días laborables de cada lapso hebdomadario, se deduzca tomando en cuenta solamente los días trabajados. Se refiere al reconocimiento que hace el fallador de segunda instancia de que el demandante permanecía casi inactivo durante uno, dos o tres días y a pesar de lo cual consideró que "para ello se aplicó lo dispuesto en el artículo 176", cuando a su juicio, "debió decir en cambio: 'para ello no se aplica lo dispuesto en el artículo 176 etc.', pues fue precisamente lo que hizo; no aplicar lo dispuesto por dicha norma que ordena fijar la remuneración del descanso con base en una relación cuyos extremos son el promedio de lo devengado y solamente los días trabajados, pero no seis días como dice el fallador, pues él mismo da por demostrado, como antes se vio, que el demandante no siempre trabajaba los seis días a la semana".

Por último el recurrente anota que no importa el resultado cuantitativo favorable o desfavorable para cualquiera de las partes; sino "el burdo quebranto padecido por la norma sustantiva, en la forma que aquí se ha demostrado y que amerita la prosperidad del cargo".

Se considera

El fallador de segunda instancia condenó a la sociedad demandada a pagar a Ramón Murillo Rendón la suma de $ 47.796.61 por concepto de remuneración correspondiente a descansos en domingos y festivos. El recurrente en el alcance de la impugnación pide en segundo término que se case la sentencia recurrida en cuanto condenó al pago de dichos descansos.

Sin embargo, omitió señalar como violadas las normas sustanciales que consagran el derecho a la remuneración de los descansos en días domingos y de fiesta, pues como tal no puede tenerse el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, que apenas indica cómo debe computarse el salario para efectos de la remuneración del descanso dominical cuando no se trata de salario fijo, sino variable. En consecuencia la proposición jurídica es incompleta y el cargo no puede estimarse, por lo cual no prospera.

Segundo cargo

"Violación del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, por el concepto de aplicación indebida. La demostración de este cargo, alternativo del anterior, exige la remisión a los mismos argumentos esgrimidos en el primero. En consecuencia, me remito a las argumentaciones del primer cargo. Con todo, el concepto de la violación de la ley sustantiva del trabajo consiste en haber aplicado indebidamente el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ante el hecho probado (que aquí no se discute) de que el demandante no siempre trabajaba los seis días de la semana, sino que después de correría descansaba uno, dos y hasta tres días, el sentenciador debió deducir la remuneración

del descanso en la debida forma preceptuada por la ley, o sea como 'el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados' y no dividiendo por seis días. La indebida aplicación de la norma es evidente".

Se considera

Este segundo cargo adolece del mismo defecto del primero, pues el casacionista omite señalar las normas sustanciales que consagran el derecho a la remuneración de los descansos en domingos y días festivos, cuya condena a pagarlos se pretende quebrantar a través del recurso extraordinario. La proposición jurídica es incompleta, pues el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo se limita a señalar cómo debe hacerse el cómputo del valor del descanso cuando la remuneración es variable. No prospera el cargo.

Tercer cargo

"Violación del artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el artículo 133 ibídem, por interpretación errónea.

Demostración

La ley establece que el patrono está obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores, con una duración mínima de 24 horas (Art. 172 del C. S. del T.). Este descanso se hace extensivo a los demás días festivos reconocidos por la ley (Art. 177 ibídem). Por otra parte, el artículo 174, en su numeral 1º, como se fija el 'quantum' de la remuneración del descanso para el trabajador a jornal, y en su numeral 2º preceptúa que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que éste sea obligatorio. Es sabido, por otra parte, que la noción de salario es un género que comprende todas las formas específicas de remuneración, tales como las nociones de fijo, variable en dinero, en especie, por unidad de tiempo por obra, al destajo, por tarea (artículos 127 y 132 ibídem). Pues bien: cuando el salario se fija con relación a la unidad de tiempo, el artículo 133 hace la distinción entre jornal y sueldo, así: 'Se denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo el estipulado por períodos mayores'. En síntesis las diversas categorías específicas de salario pueden reducirse a dos clases: 1ª El salario referido a la unidad de tiempo, que puede ser jornal o sueldo, y 2ª El salario referido al rendimiento o productividad del trabajo, por obra, al destajo, por tarea, en fin, por resultado. Sin embargo, estas dos categorías suelen entremezclarse, debido a que el salario por unidad de tiempo (jornal o sueldo) es un punto de referencia temporal, que perfectamente puede hacerse coincidir con un salario por resultados, tanto en contratos verbales como escritos. En efecto, bien puede suceder que un trabajo cuya remuneración salarial se pacte por tarea o resultado (verbigracia: X pesos de salarios por elaborar Y número de unidades), se convenga en cuanto a su forma de pago que se remunera por resultados al día, por resultados a la semana, o por resultados al mes; y de acuerdo con la ley (artículo 133 ibídem) en el caso de que sea por días será jornal, y si es en un período mayor, por ejemplo a la semana será sueldo. Estas combinaciones son perfectamente posibles a la luz del artículo 132 ibídem. Está demostrado plenamente en el sub judice que las comisiones se liquidaban semanalmente, lo cual hace suponer que el salario se debió pagar por igual período hebdomadario u otro mayor, o sea que la remuneración, habida cuenta el período de pago, asumía el carácter de sueldo, puesto que se había convenido y se pagaba por períodos mayores al convenido y estipulado "por días". Y, en consecuencia, si era sueldo, como efectivamente lo era, debe interpretarse correctamente y darse aplicación al artículo 174, 2º del Código Sustantivo del Trabajo, que reza: "2º En todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado". El sentenciador, pues, se equivocó en la interpretación de la norma referida con relación a la que establece las nociones de jornal y sueldo (Arts. 174, 2º y 133 del C. S. del T.), pues si la hubiera interpretado correctamente, el resultado habría sido el de absolver a la demandada por el concepto de

salarios en días de descanso, pues como se ha visto, la correcta interpretación induce a entender que en todo sueldo va comprendido el pago del descanso en los días en que éste sea obligatorio; a entender correctamente asimismo, que toda remuneración por resultado puede reducirse a sueldo. Y que en el sub judice el salario o remuneración era sueldo, pues las comisiones se liquidaban por lo menos semanalmente, y no por días, y se pagaban bien semanalmente o quizás por un lapso temporal mayor; en resumen: está probado que las comisiones en este caso eran un sueldo variable, y como en el sueldo (fijo o variable) se entiende comprendido el pago de los dominicales o festivos, al pagar la comisión (que en este caso es un salario equivalente a sueldo) dichos descansos estaban satisfechos. Tales, son, en síntesis, las razones de derecho aducidas para que el cargo prospere".

Se considera

En relación con el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo dijo el Tribunal Superior: "El artículo 174 del Código Sustantivo habla de que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días que es legalmente obligatorio y remunerado; y el artículo 176 ibídem dice que: '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'." Luego hace algunas consideraciones sobre el hecho de que el demandante laboraba en todos los días de la semana en su actividad de vendedor fuera de Medellín y que al regresar a esa ciudad permanecía inactivo durante uno, dos o tres días, y continúa. "Al no convenir, como en el caso de autos, patrono y trabajador un porcentaje diferente y adicional al de retribución de servicios, por descanso en domingos y festivos, conforme a la libertad que al respecto confiere el artículo 132 del Código Sustantivo, que no menoscaba el salario mínimo legal, convencional, etc., no puede tenerse por cubierto ese derecho, es decir, aún se lo adeuda. El demandante tiene derecho al reconocimiento del salario por el descanso en domingos y festivos, que no estaba incluido en la remuneración cubierta. Para ello se aplica lo dispuesto en el artículo 176 del Código Sustantivo, o sea que se divide por seis, número de días hábiles laborados, lo que percibió en cada semana, según los datos contenidos en el informe del perito..."

No aparece de las transcripciones anteriores que el fallador de segunda instancia hubiese interpretado el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo. Se limitó a repetir su contenido y a compararlo con el artículo 176 ibídem y llegó a la conclusión, aun cuando a través de un razonamiento no lo suficientemente claro, que era esta última norma y no la primera, la aplicable al caso en estudio es decir, que estimó que el salario del demandante no era fijo, sino variable. Si como lo expresa el recurrente el Tribunal Superior llegó a la conclusión de que el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo no era aplicable, porque la remuneración de Murillo Rendón no era sueldo por ser variable, a pesar de que las comisiones se liquidaban mensualmente, dicha interpretación es correcta, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, como puede verse en el fallo de treinta de enero de mil novecientos sesenta y cuatro mantenida en numerosos posteriores como el de nueve de abril del mismo año, Gaceta Judicial, Tomo CVII, número 2272, página 609. Dijo así esta corporación:

"6º No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario (Art. 132 del C. S. del T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del artículo 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del artículo 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales. "7º Que las partes tengan facultad para estipular el sa-

lario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de '"sueldo"' o '"jornal"', deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda. "8º La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el artículo 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 43. Ahora bien: el artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el artículo 177 ibídem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona. "Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (Art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (Art. 134, inciso 1º). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (Art. 174, inciso 2º). "El segundo —salario variable— no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (Art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (Art. 177, inciso 2º). "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 pari o de analogía. "No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del artículo 174-2, lo haya sustraído por ese solo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución. "No es exacto, como lo asevera el acusador, que el artículo 176 del Código sólo se aplica a los '"salarios variables estipulados por días"'. Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el artículo 133, en relación con el 134, inciso 1º, del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago. "El nombrado artículo 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros

días festivos. "Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual) y porcentaje sobre ventas, por ejemplo. En vista de que el segundo hace parte del primero (Art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señala determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses). "Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador".

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

Violación del artículo 8º, ordinal 7º del Decreto 2351 de 1965, por interpretación errónea.

Demostración

La parte sustancial y pertinente de la disposición mal interpretada por el juzgado reza: '"Artículo 8º-7. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al patrono una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario"'. Los elementos o supuestos de la norma determinantes de la indemnización a cargo del trabajador son dos: a) La terminación intempestiva del contrato, y b) La ausencia de justa causa comprobada. Obsérvese (a fl. 108 del C. 1º) la confusión interpretativa en que incurre el sentenciador, de cuyo magro discurso acerca de este extremo se colige que la intempestividad en la ruptura del contrato por parte del demandante '"no ocurrió en el caso sub lite, pues tanto la parte demandada como los testigos aceptan que el actor renunció para dedicarse a otras actividades, etc."', lo cual conduce a la absurda inteligencia de la norma consistente en entender que la intempestividad desaparece cuando el trabajador, en un impromptu, rompe el contrato de trabajo para dedicarse a otras actividades. Intempestivo, según el Diccionario de la Real Academia (Edic. Decimonona, Pág. 753) es lo hecho "'fuera de tiempo y sazón"', y según el Diccionario Larousse (8ª tirada, Pág. 585), es lo '"que no se hace en momento oportuno"'. Luego la circunstancia de que el trabajador que rompe intempestivamente el contrato vaya a dedicarse o no a otra ocupación o actividad en nada modifica la intempestividad con que dio por terminado el contrato. La confusión interpretativa del fallador remata con esta perla, verdaderamente '"intempestiva"'. '"Y el mutuo consentimiento es una de las formas (...) para ponerle fin al contrato y puede ocurrir por escrito o verbalmente"'. Es tan ilógico el razonamiento del sentenciador que resulta casi imposible encontrarle algún sentido. Este, a mi parecer, consistiría en que el ad quem cree, malinterpretando la ley, que la renuncia presentada por el trabajador, sea verbal o escrita, necesariamente conduce al consentimiento de las partes, cuando precisamente en esa renuncia intempestiva radica la terminación del contrato, fuente de la indemnización a cargo del que la causa y a favor de la otra parte. Tampoco aparece comprobada por parte alguna la justa causa legal que asistiera al trabajador para dar por terminado intempestivamente el contrato. La malinterpretación del ad quem sobre este particular, apenas sí supera la malinterpretación del a quo respecto de la misma materia, quien había condenado a devolver la indemnización con base en la ausencia de una formalidad '"ad solemnitatem"' no prevista por la ley: la de que la demandada no aportó al juicio la copia o el original de la carta-renuncia presentada por el trabajador. Tiene esto algún asidero legal o siquiera racional?

Se considera

El fallador de segunda instancia estimó que la ruptura intempestiva del contrato

de trabajo por parte del trabajador "no ocurrió en el caso sub lite, pues tanto la parte demandada como los testigos referidos aceptan que el actor renunció para dedicarse a otras actividades, y él mismo afirma que así lo hizo, alegando la violación por parte de ella a los compromisos laborales, lo que no alcanzó a demostrar, como queda dicho. Y el mutuo consentimiento es una de las formas taxativamente enunciadas por el Código de la materia para ponerle fin al contrato de trabajo y puede ocurrir por escrito o verbalmente".

Ahora bien, el inciso 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 expresa claramente que "si el trabajador es quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada deberá pagar al patrono una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario". No dice la norma que cuando el trabajador renuncia simplemente o para dedicarse a otras actividades, no hay ruptura intempestiva del contrato de trabajo. Cierto es que la renuncia cuando es aceptada por el patrono llana y simplemente conduce a una terminación del contrato por mutuo consentimiento, pero el Tribunal Superior no se fundamenta en la existencia de esa situación, sino en la renuncia como acto unilateral del trabajador. En consecuencia interpreta erróneamente la norma, por lo cual el cargo prospera, y la sentencia recurrida se casará en cuanto condena a la sociedad demandada a pagar a Ramón Murillo Rendón la suma de ocho mil ciento cuarenta y tres pesos con 60/100 ($ 8.143.60) como devolución de los salarios correspondientes a treinta días de salarios.

Además de lo expuesto, para la decisión de instancia se tendrán en cuenta las siguientes

Consideraciones

En el hecho cuarto de la demanda Ramón Murillo Rendón afirmó que en vista de la actitud ilegal de la empresa, la negativa a darle dos vacaciones, se vio obligado a desvincularse ante la violación de las obligaciones contractuales; es decir, reconoce que se desvinculó de la empresa forzado por su incumplimiento, hecho que acepta la demandada en cuanto a la desvinculación, pero no al incumplimiento de sus obligaciones. En el hecho octavo de la demanda también dice que se desvinculó "por un retiro provocado". Los testigos Nolba Castaño Meneses (folio 22) y Guillermo Vélez Urreta (folio 31) se refieren a una carta de renuncia dirigida a la sociedad demandada por Murillo Rendón, por haberles informado éste que la había presentado, pero sin que la hubieran visto. Gutiérrez Vélez agrega que dicha carta la mencionó uno de los socios de la sociedad demandada. Ninguno de los testigos se refieren a la aceptación de dicha renuncia por parte del patrono. Cuanto al contenido o motivos de la misma, ambos deponentes declaran, por haberlo manifestado el demandante, que éste la presentó en vista de que estaba haciendo un negocio en el cual le iba mejor que como trabajador de la sociedad demandada. Ante la ausencia en el proceso de dicha carta, no existe prueba sobre los motivos o causal invocados por el trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, por lo cual no es posible determinar si en realidad ellos fueron los mismos que invoca en la demanda, que además no demostró. A contrario de lo que considera el fallador de primer grado, correspondía al trabajador acreditar que dio por terminado el contrato por justa causa, lo que no hizo en el sub lite. Si el contrato terminó por mutuo consentimiento, como lo dice el Tribunal Superior, sin que se hubiese discutido ese punto en el proceso, también le correspondía probarlo, porque fue él, como lo afirma en la demanda, quien tomó la iniciativa para desvincularse de la empresa.

Conclúyese de lo anterior que el trabajador dio por terminado el contrato de trabajo intempestivamente, sin que haya comprobado justa causa para ello. Y como tampoco está demostrado que terminó por mutuo consentimiento, pues la sola renuncia sin la aceptación respectiva no lo establece, quedó obligado a pagar al patrono una indemnización equivalente a treinta días de salario. Se revocará, en consecuencia, la condena a pagar la suma de ocho mil ciento cuarenta y tres pesos con 60/100, por devolución de 30 días de salario, proferida contra la sociedad demandada por el juez de primer grado, y en su lugar se autori-

zará a dicha sociedad para retirar la suma consignada.

Estima la Corte que las costas a cargo de la parte demandada, en proporción del 30%, se ajusta a la realidad del juicio.

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 treinta de agosto de mil novecientos setenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en cuanto en el ordinal B) se condena a Iván y Jairo López & Cía Ltda. a pagar a Ramón Murillo Rendón la suma de ocho mil ciento cuarenta y tres pesos con 60/100 ($ 8.143.60) M/cte. por concepto de devolución de los salarios correspondientes a treinta días, y en sede de instancia revoca la misma condena contenida en el ordinal 1º del fallo de primer grado, y en su lugar,

Resuelve:

Autorízase a Iván y Jairo López & Cía Ltda., para retirar la suma de ocho mil ciento cuarenta y tres pesos con 60/100 ($ 8.143.60) consignados en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín el 23 de julio de 1971, valor de treinta días de salario correspondiente a Ramón Murillo Rendón; y absuélvese a Iván y Jairo López & Cía Ltda. de la petición f) de la demanda con que se inició el juicio no se casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

No puede confundirse la terminación por vencimiento del plazo con el despido.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo quince de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Walter Kaemmerer, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con cédula de extranjería Nº 733 expedida en Sogamoso, demandó por medio de apoderado, a la sociedad Acerías Paz del Río S. A. para que se declarase que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 9 de mayo de 1954 hasta el 1º de mayo de 1966, y que fue terminado en forma ilegal, intempestiva e injustificada, por la entidad demandada; y para que se condenase a Acerías Paz del Río S. A. a pagar al actor $ 22.800.00 y US$ 6.240.00 como indemnización por despido injusto, $ 6.649.98 y US $ 1.819.00 como auxilio de enfermedad no profesional, $ 805.50 y US $ 234.00 mensuales como pensión vitalicia de jubilación, $ 63.33 y US $ 17.33 diarios desde el 1º de mayo de 1966 hasta que se cancelen los salarios y prestaciones solicitados, como indemnización por falta de pago, y las costas del juicio.

El representante judicial del actor presentó los siguientes

Hechos

"1. El señor Walter Kaemmerer prestó servicios a la sociedad Acerías Paz del Río S. A. a partir del día nueve (9) de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

"2. El señor Walter Kaemmerer trabajó al servicio de la sociedad Acerías Paz del Río S. A. hasta el primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966).

"3. El señor Walter Kaemmerer trabajó continuamente al servicio de la sociedad Acerías Paz del Río S. A. en el tiempo comprendido del nueve (9) de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) al primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966).

"4. Durante todo el tiempo que el señor Walter Kaemmerer trabajó al servicio de la sociedad Acerías Paz del Río S. A. observó buena conducta y cumplió con eficiencia las labores que le encomendaron.

"5. El último cargo desempeñado por el señor Kaemmerer al servicio de la sociedad Acerías Paz del Río S. A. fue el de "Jefe de Mantenimiento Eléctrico".

"6. El último salario devengado por el señor Walter Kaemmerer al servicio de la sociedad Acerías Paz del Río S. A. fue la cantidad de un mil novecientos pesos ($ 1.900.00) M/cte., y quinientos veinte dólares (US $ 520.00) mensuales.

"7. El contrato de trabajo que vinculó a las partes fue de forma escrita y de duración determinada.

"8. El contrato de trabajo que vinculó a las partes quedó prorrogado automáticamente por doce (12) meses contados a partir del primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966).

"9. La sociedad demandada terminó unilateralmente con fecha primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966) el contrato de trabajo que la vinculaba con el señor Walter Kaemmerer.

"10. Para la terminación del mencionado contrato de trabajo la empresa Acerías Paz del Río S. A. no dio aviso con la antelación señalada en la ley.

"11. En el momento del despido el demandante se encontraba incapacitado y en

tratamiento médico por cuenta del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"12. El demandante estuvo incapacitado para el trabajo a consecuencia de enfermedad que venía sufriendo antes del despido, por un lapso mayor de ciento ochenta (180) días.

"13. Como la empresa dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo a partir del primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966), el Instituto Colombiano de Seguros Sociales interrumpió el tratamiento médico que le ordenaron los facultativos encargados de la asistencia médica.

"14. El tratamiento médico que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales le estaba prestando al demandante fue interrumpido por orden de la sociedad demandada la cual dispuso la desafiliación del señor Walter Kaemmerer.

"15. La interrupción del tratamiento médico que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales venía adelantando al señor Walter Kaemmerer mientras estuvo afiliado a dicha entidad, ocasionó la agravación de las lesiones sufridas por el demandante.

"16. El señor Walter Kaemmerer se vio obligado a someterse a nuevos y costosos tratamientos médicos en Colombia y en Alemania, inmediatamente después de su despido de la sociedad demandada.

"17. La sociedad demandada se ha negado a cubrir el valor del tratamiento médico a que tuvo que someterse el señor Walter Kaemmerer, con posterioridad a su retiro del servicio de la misma y a pagarle el auxilio monetario durante el tiempo de la incapacidad por enfermedad.

"18. El demandante solicitó y obtuvo de la sociedad demandada en varias oportunidades durante la vigencia de la relación contractual laboral liquidaciones parciales o anticipos del auxilio de cesantía.

"19. El ocho (8) de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) la sociedad Acerías Paz del Río S. A. confirió al señor Walter Kaemmerer la insignia correspondiente a diez (10) años de servicios continuos cumplidos en dicha fecha.

"20. El señor Walter Kaemmerer ha reclamado a la sociedad demandada el pago de las prestaciones, auxilio e indemnizaciones que se solicitan en esta demanda.

"21. La sociedad demandada se ha negado injustificadamente a reconocer y pagar al señor Walter Kaemmerer las prestaciones sociales, indemnizaciones y auxilios de que trata el presente escrito".

El apoderado de la demandada dijo ser ciertos los hechos 1, 5, 6 y 18, admitió la fecha de ingreso y la existencia del contrato escrito a término fijo, negó los demás hechos, se opuso a lo pedido y propuso las excepciones de prescripción, pago, falta de título, carencia de causa y la genérica.

El Juez Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 15 de febrero de 1972, absolvió a Acerías Paz del Río S. A. de todas las peticiones formuladas por Walter Kaemmerer y condenó a éste al pago de las costas. Apeló de tal providencia el apoderado del trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 13 de julio de 1973, declaró no probada la excepción de prescripción, confirmó la sentencia apelada y condenó en las costas de la instancia a la parte demandante. Contra dicho proveído el apoderado de Kaemmerer interpuso oportunamente recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con fundamento en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y en las Leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, se formulan dos cargos que serán estudiados junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el recurrente:

"Con el recurso extraordinario se pretende que la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto por su ordinal segundo confirma la proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de febrero de 1972 que absolvió a la sociedad Acerías Paz del Río S. A. de la petición formulada por el señor Walter Kaemmerer en su libelo de demanda sobre pensión de jubilación y que, procediendo como tribunal de instancia: a) Revoque el artículo primero de la referida sentencia de primer gra-

do; b) Condene a la sociedad demandada a pagar al demandante, por concepto de pensión vitalicia de jubilación de acuerdo a la Ley 171 de 1961 (artículo 8º) la cantidad mensual de ochocientos cincuenta y cuatro pesos moneda corriente colombiana ($ 854.00), más la cantidad mensual de doscientos treinta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US $ 234.00), a partir de la fecha en que el demandante cumpla 60 años de edad, y c) Resuelva sobre costas lo que sea de rigor".

Primer cargo

Se acusa violación directa por aplicación indebida de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961, 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 6º y 7º literal a), del Decreto 2351 de 1965 y 3º de la Ley 48 de 1968.

El impugnador manifiesta que los supuestos de hecho en que se apoya la sentencia y que él comparte, son: la duración del contrato de trabajo entre las partes por 11 años, 11 meses y 21 días, desde el 9 de mayo de 1954 hasta el 30 de abril de 1966; el salario devengado por el trabajador en el último año de servicios, que fue de $ 1.900.00 y US $ 520.00 mensuales; y la terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado.

El censor concluye que sobre tales bases de hecho era necesario condenar al pago de pensión de jubilación especial de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, porque el fallador admitió que la terminación del contrato de trabajo se produjo por causa distinta a las contenidas en el literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que señala las justas causas para que el patrono efectúe el despido.

El acusador transcribe apartes de una sentencia de la Corte, dictada el 27 de marzo de 1969, según la cual el vocablo despido no expresa voluntad unilateral del patrono, sino retiro del trabajador, de lo cual deduce el mismo impugnador, que la sentencia acusada aplicó indebidamente las normas citadas en el cargo, ya que la correcta aplicación de ellas le habría llevado a la condenación por jubilación especial y no a la absolución que produjo.

El opositor replica que la terminación del contrato por vencimiento del plazo no constituye despido, para lo cual se apoya en sentencia de la Corte de 21 de abril de 1972, que en parte transcribe.

Se considera

No puede confundirse la terminación por vencimiento del plazo con el despido, pues en el primer caso se requiere el concurso de voluntades para la terminación del contrato; y en el segundo solamente se necesita la voluntad del patrono.

Es verdad que en el contrato de duración expresa, si con una anticipación no inferior a 30 días no avisa una de las partes por escrito su deseo de terminarlo, éste se prorroga por un año, lo que indica que esa prórroga se produce por la voluntad de ambas partes de que continúe, pues su silencio es el asentimiento tácito a la prolongación por un año.

En el despido la terminación del contrato se origina en la voluntad unilateral del patrono, que unas veces con justa causa y otras sin ella, pone fin a la relación laboral. El retiro del trabajador obedece también a su voluntad unilateral, que con justa causa o sin ella, puede poner fin a la relación de trabajo y romper el vínculo jurídico.

Si el legislador hubiera entendido que la terminación por vencimiento del plazo dependía de la voluntad unilateral de una de las partes, no habría consagrado como causa de terminación ese vencimiento, sino que se habría limitado a hablar de la terminación por decisión unilateral, y como así no lo hizo, ha de entenderse que no es decisión unilateral la que pone fin al contrato por vencimiento del plazo, sino el conjunto de voluntades que conciertan la duración fija.

Sobre lo que debe entenderse por despido, esta Sala ha de atenerse a lo que se dijo por la Sala Plena de Casación Laboral, en la sentencia de 21 de abril de 1972, dictada en el juicio de Carlos Enrique Narváez contra Central Automotor Limitada, que habiendo sido pronunciada por ambas secciones de la Sala conjuntamente, modifica

cualquier jurisprudencia anterior sobre tales materias.

En aquella oportunidad dijo la Corte:

"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 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 diferentes 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 de 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 aun 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 al 64 del Código Laboral".

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 consagra el derecho a pensión especial de jubilación para los trabajadores que han prestado servicios por más de 10 años y menos de 15, pero exige que el trabajador sea despedido sin justa causa.

Como en el presente caso el sentenciador y el mismo recurrente admiten que la terminación ocurrió por vencimiento del plazo, la correcta aplicación de la norma citada conducía a la absolución de la parte demandada como lo hicieron los falladores de las instancias.

Tampoco aparece la aplicación indebida de las demás normas citadas en el cargo, pues ellas dependían de la aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que como ya se vio, fue correctamente aplicado.

No prospera la primera acusación.

Segundo cargo

Se acusa violación por interpretación errónea del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

El impugnador expresa su acuerdo con los fundamentos de hecho de la sentencia acusada, en cuanto se refieren a duración del servicio, remuneración en el último año y terminación del contrato por vencimiento del plazo; transcribe el párrafo de la sentencia en que se exponen las razones para no condenar a la pensión reclamada; alega que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 tiene un amplio contenido que permite entender por despido la terminación por vencimiento del plazo, en cuanto la falta de prórroga dependa de la decisión unilateral del patrono; se apoya en la misma senten-

cia invocada en el cargo anterior; y concluye que es patente la interpretación errónea del sentenciador sobre la norma indicada.

El opositor advierte que el cargo tiene el mismo apoyo que el anterior, por lo cual las mismas razones alegadas contra él sirven para rechazar el segundo.

Se considera

Al estudiar el primer cargo, se determinó el significado del vocablo despido y se distinguió de la expresión vencimiento del plazo, se transcribió lo resuelto en Sala Plena de Casación Laboral sobre el entendimiento del despido, y se dejó señalada la extensión de su contenido en cuanto se refiere al artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

En la sentencia acusada se dijo:

"Está acreditado en el proceso que el demandante trabajó para la demandada por un período superior a los 10 años, o sea que para el caso correspondería la "pensión-sanción". Pero esta prestación sólo prospera cuando el demandante prueba que fue despedido injustamente por la empleadora, lo que no ocurrió en el presente evento, ya que atrás se dejó establecido, que la vinculación contractual-laboral terminó por vencimiento del plazo pactado en el contrato de trabajo escrito, y de acuerdo con lo dispuesto en la ley. En consecuencia, deberá despacharse desfavorablemente la pensión de jubilación reclamada confirmándose en este aspecto el fallo impugnado".

Como el entendimiento que de la norma acusada tuvo el ad quem en la sentencia recurrida, es el correcto según el análisis ya hecho, no se incurrió en la interpretación errónea de que se acusa el fallo de segunda instancia. Por tales razones no prospera el segundo cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de trece de julio de mil novecientos setenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Walter Kaemmerer 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 Benavides Patrón, Rafael Baquero Herrera, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MANDATO

No es el mandato en sí el que da derecho a remuneración, sino el cumplimiento del encargo conferido y en la medida en que haya sido ejecutado. Es la acción del comisionista que hace posible la negociación correspondiente, la que le permite cobrar el estipendio pactado o el usual. De otra manera, resultaría lucrándose por la realización de negocios en que no tuvo parte, sin razón jurídica que lo justifique.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo diez y seis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Pedro Vásquez Plata, mediante apoderado, instauró demanda en el Juzgado Municipal Laboral de Girardot contra Carlos Rey y Cía. Ltda., en busca de que se hicieran contra ella las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Que la Sociedad Comercial 'Carlos Rey y Cía Ltda.', representada por su Gerente, Carlos Rey Romero y por su Subgerente doctor Hernando Rey Matiz, celebraron con mi mandante, Pedro Vásquez Plata, un contrato de trabajo, de comisión, para la venta de lotes en la urbanización 'Yajaira' de Melgar, reconociéndole una comisión del cinco por ciento (5%) sobre el precio de venta de cada lote, con base en el precio básico fijado para cada vara cuadrada de cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 4.50) y el cincuenta por ciento (50%) sobre el sobreprecio de venta y siempre con base en el precio básico de cada vara.

"2º Que mi mandante, Pedro Vásquez Plata, como comisionista de dicha compañía, que tenía sus oficinas en el número 204 del edificio Río de esta ciudad, vendió, en cumplimiento del contrato celebrado, lotes por un valor total de $ 365.168.59, correspondiente al precio de cuarenta y dos lotes, como se demuestra con las copias de las respectivas escrituras. De la cantidad anterior, corresponde a mi mandante, por comisión, del cinco por ciento (5%) la cantidad de $ 10.953.96, y por sobreprecio (50%) la suma de $ 110.742.60, lo que da un total por comisión y sobreprecio de $ 121.696.56.

"3º Que como las comisiones y el sobreprecio; debieron serle cubiertos tan pronto se firmó la correspondiente escritura y no lo fueron, pido se condene a la compañía, a pagar a mi mandante, los intereses de dichas sumas desde cuando se hicieron exigibles (desde la firma de cada escritura), hasta cuando se verifique el pago, computados a la rata del dos por ciento (2%) mensual que es el interés corriente, que computados en la forma pedida y como se demuestra en el cuadro que se adjunta, ascienden a la cantidad de $ 54.037.27, hasta la fecha y los que se causen más adelante.

"4º Que de la suma global antes determinada, mi mandante, ha recibido la suma total que se determina en cuadro separado, que es la cantidad de $ 16.783.62, quedándole en la fecha un saldo de $ 158.950.21.

"5º Que se condene a la Sociedad Comercial, ya citada, a pagar a mi mandante, las prestaciones sociales a que tiene derecho y que su despacho determine, por su trabajo realizado, lo mismo que al pago de las costas y gastos del juicio y los gastos que ha tenido que hacer mi mandante para allegar los comprobantes que se adjuntan a este libelo".

Como hechos básicos de su pretensión sostuvo los siguientes:

"1º La Sociedad Comercial 'Carlos Rey & Cía. Ltda.' celebró con mi mandante, Pedro Vásquez Plata, el contrato de comisión, para la venta de lotes en la urbanización que ésta tenía y tiene en Melgar y se le denominó 'Yajaira' habiendo establecido sus oficinas en el número 204 del edificio Río de esta ciudad, contigua a las oficinas de mi mandante (Lonja Girardot) contrato que fue suscrito entre Carlos Rey Romero, como Gerente de la Sociedad Comercial, el doctor Hernando Rey Matiz, en su calidad de Subgerente de la misma, y mi mandante como comisionista, el cual fue celebrado y calendado con fecha 9 de septiembre de 1961 por carta (como se acostumbra) la cual reposa en poder de la entidad demandada.

"2º Mi mandante Pedro Vásquez Plata cumplió con su compromiso ejecutando el contrato y como consecuencia de ello vendió, cuarenta y dos lotes por el valor total que se especificó en el pedimento segundo de las condenaciones de este libelo.

"3º En el contrato celebrado entre la Sociedad, y en la forma especificada en el hecho primero, se fijó como precio básico, por vara cuadrada el de $ 4.50 y partiendo de dicho precio, se reconocería y pagaría a mi mandante una comisión del cinco por ciento (5%) sobre el precio de venta de cada lote, y, si lo vendía a mayor precio del fijado se le reconocería, el cincuenta por ciento (50%) sobre el sobreprecio que obtuviera.

"4º Mi mandante estuvo cumpliendo su contrato hasta el 15 de julio del año en curso (1967) fecha de la última escritura de venta al señor Luis A. Arévalo, y como puede verse en ellas todos los lotes fueron vendidos con sobreprecio.

"5º Del valor total por comisión y sobreprecio, mi mandante solamente ha recibido la cantidad de $ 16.783.62, en forma y tiempo que se detalla en cuadro separado, debiéndole la Sociedad el saldo, sin que se lo haya pagado hasta la fecha pues salió con cuentas alegres, pero por comisión, sin decir nada sobre el sobreprecio, como lo dice el Gerente, en los comprobantes que se adjuntan.

"6º El valor de las comisiones y el sobreprecio ha debido serle pagado a mi mandante, inmediatamente se firmaba la escritura de venta, cosa que no se hizo y de ahí él ha perdido el producto de esos dineros, lo que le ha ocasionado un perjuicio, pero en tratándose de dinero, dicho perjuicio se estima en los intereses, y esta la razón por la cual formulo la condenación tercera".

La demandada respondió el libelo anterior, diciendo:

"Niego los hechos en la forma que aparecen en la demanda, así:

"El primero, lo niego. La compañía demandada representada por su Gerente, no celebró el contrato a que se refiere este hecho, debe probarse.

"El segundo hecho, consecuencialmente, lo niego para que se pruebe.

"El tercero no es verdad en la forma en que se presenta, y del mismo modo, niego los hechos cuarto, quinto y sexto.

"Derecho: Como lógica consecuencia, niego el derecho alegado en la demanda".

Surtido el trámite respectivo y producidas las pruebas solicitadas por las partes, el juez del conocimiento dictó sentencia el 28 de febrero de 1969, mediante la cual condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $ 36.385.97 "por saldo de comisiones" y la absolvió de los demás cargos. Pero el entonces **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot**, al resolver el recurso de alzada, en fallo de 26 de julio del mismo año resolvió "declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia celebrada el día diez y siete de enero de mil novecientos sesenta y ocho", que fue la primera de trámite, por haberse prescindido en ella del intento de conciliación.

Reiniciado el proceso, el demandante corrigió la demanda en el sentido de dirigirla no sólo contra "C. Rey y Cía Ltda.", sino además contra Carlos Rey Romero, en su propio nombre; Bertha Pfizer vda. de Rey y los menores Virginia Rey Pfizer, Claudia Rey Pfizer, Mónica Rey Pfizer y Víctor Hernando Rey Pfizer, en su calidad de cónyuge sobreviviente y de hijos legítimos, respectivamente de Hernando Rey Matiz.

Modificó igualmente las peticiones de la demanda inicial, aclaró algunos hechos y agregó otros, sin variar la sustancia de lo pedido en aquélla.

Los demandados descorrieron el traslado respectivo negando todos los hechos y oponiéndose a las pretensiones del actor, el que, por memorial posterior, desistió de dirigir la demanda contra la viuda e hijos de Hernando Rey Matiz, desistimiento aceptado por el a quo.

El Juzgado Laboral del Circuito de Girardot dictó sentencia el 18 de agosto de 1973, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"1º Declarar que entre el actor Pedro Vásquez Plata y la parte demandada se celebró y existió un contrato de mandato o comisión, para la venta de inmuebles (predios) integrantes de la urbanización 'Yajaira', ubicada en el municipio de Melgar (Tolima).

"2º Condenar solidariamente a la Sociedad 'C. Rey & Cía. Ltda.' y al señor Carlos Rey Romero, quienes son los demandados en este proceso, a cancelar al demandante señor Pedro Vásquez Plata la suma de veinticuatro mil doscientos sesenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 24.264.80), por concepto de comisión por venta y sobreprecio que se le adeudan, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"3º Absolver a los demandados de los demás cargos que les fueran formulados en la demanda.

"4º Condenar a la parte demandada a cancelar el cincuenta por ciento (50%) en materia de costas, por haber prosperado parcialmente las peticiones de la demanda (Art. 392, numeral 5º del C. de P. C.) tásense".

Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que decidió el recurso con fallo de 28 de noviembre de 1973, de esta manera:

"1º Revocar en todas sus partes el fallo apelado y en su lugar dispone:

"a) Absuélvese a la Sociedad denominada 'C. Rey & Cía. Ltda.' representada por su Gerente y al señor Carlos Rey Romero en su condición de persona natural, de todas y cada una de las súplicas de la demanda;

"b) Condénase en costas de la primera instancia al demandante.

"2º Sin costas en esta instancia".

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación y, legalmente admitido, formuló la correspondiente demanda, oportunamente replicada por la parte actora, documentos sobre los cuales se procede a resolver el negocio.

El alcance de la impugnación lo presenta, así:

"Pretende el presente recurso extraordinario, la casación total de la sentencia recurrida, para que sea revocada en su integridad y para que obrando la Corte como tribunal de instancia, modifique la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar solidariamente a los demandados al pago de las comisiones en la forma pactada, o sea, un cinco por ciento (5%) de comisión sobre el 'total del precio', 'más un cincuenta por ciento (50%) de lo que exceda de cinco pesos con cincuenta centavos ($ 5.50) M/cte., por cada vara cuadrada' y al pago de las costas del juicio en su totalidad".

Plantea un solo cargo del tenor siguiente:

A. Cargo único

"Acuso la sentencia impugnada por violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 2142, 2143, 2146, 2149, 2150, 2151, 2152, 2156, 2189, 2190, 2191 del Código Civil, artículos 331, 332, 333, 334. 335, 336, 338, 337, 385 y 382 del anterior Código de Comercio, vigente al celebrarse el contrato al que el proceso se refiere: artículos 1º y 3º de la Ley 57 de 1887; artículos 1262, 1263, 1264, 1272, 1274, 1282, 1308 y concordantes del Código de Comercio vigente (Decreto 410 de 1971); Decreto extraordinario 456 de 1956 y Decreto extraordinario 931 de 1956, o por falta de aplicación de las mismas disposiciones, todas ellas de carácter sustantivo que definen y reglamentan el contrato de mandato y comisión para vender y sus elementos constitutivos, y que determinan la jurisdicción competente para conocer sobre reconocimiento y pago de las remuneraciones por servicios personales de carácter privado.

"En esta violación indirecta incurrió el Tribunal por error de hecho consistente en la falta de apreciación, en unos casos y equivocada apreciación en otros, de los documentos auténticos y de las confesiones judiciales que relacionaré a continuación

individualizándolas, y errores que aparecen de manifiesto en los autos".

Relaciona luego las siguientes pruebas: en el literal a), 43 escrituras: "que se presentaron con la demanda inicial", la primera de las cuales corresponde a la constitución de la Sociedad demandada y las otras a ventas de lotes efectuadas en la urbanización Yajaira de Melgar y en el literal b), éstas:

"b) Igualmente con la demanda inicial se presentaron los siguientes documentos:

"1. Carta suscrita por Carlos Rey Romero, en su condición de Gerente de la Sociedad 'C. Rey & Cía. Ltda.', con fecha marzo 20 de 1967, dirigida al actor, Pedro Vásquez Plata y en la que se dice: 'En mi condición de Gerente de 'C. Rey & Cía. Ltda.' y como copropietario de la urbanización 'Yajaira' de Melgar, con la presente confirmo a usted la determinación comunicada verbalmente a principios del mes de febrero pasado en el sentido de que doy por terminado el convenio de venta a comisión de lotes en la urbanización antes citada, convenio suscrito entre usted y yo, de una parte y el doctor Hernando Rey M. de la otra, con fecha 9 de septiembre de 1960 (folio 161, C. 4º).

"2. Extracto en dos hojas útiles de la cuenta del señor "Pedro Vásquez P. correspondiente al año de 1966 por ventas de la urbanización Yajaira y suscrito por el Gerente de la Sociedad Carlos Rey Romero (fls. 162 y 163, C. 4º).

"3. Extracto, en una hoja útil, de ventas lotes y comisiones sobre tales ventas a favor de Pedro Vásquez, suscrita por Carlos Rey Romero, como Gerente de la Sociedad demandada; (fl. 172, C. 4º).

"4."Extracto de cuenta del doctor Pedro Vásquez, correspondiente al año de 1965 por ventas de la urbanización 'Yajaira', suscrito por Carlos Rey Romero, Gerente de la Sociedad demandada (fl. 173, C. 4º).

"5. Certificado de la Cámara de Comercio de Girardot, sobre existencia de la Sociedad demandada y sobre la calidad de Gerente de ella, del señor Carlos Rey Romero (fls. 178 a 180, C. 4º)".

En seguida agrega:

"c) En la demanda modificada (fl. 202 del cuaderno principal) se solicitó "se tengan como pruebas... todas las escrituras y documentos acompañados a la demanda inicial"; y en auto dictado por el Juez Laboral de Girardot, en primera audiencia de trámite (continuación) celebrada el 16 de mayo de 1972 (fl. 262 del cuaderno principal) se ordenó: "Téngase como pruebas las presentadas con la demanda (fls. 1 a 182 del cuaderno 4º);

"d) Todos estos documentos relacionados son auténticos y adquieren validez y eficacia probatoria, aun aceptando las contradictorias tesis del Tribunal, porque éste, en el mismo fallo recurrido, como consideración de carácter general dijo: '...estima la Sala, que adquieren validez y aun eficacia probatoria en el nuevo proceso o en la actuación excenta (sic) de vicios que se ha reiniciado, los documentos que fueron aportados inicialmente pero con la advertencia de que en el nuevo decreto de pruebas hayan sido tenidos en cuenta por el juez y pueda así cumplirse válidamente el requisito de la contradicción de la prueba" (fl. 392);

"e) Pese a tal consideración el Tribunal no vio o no quiso ver las pruebas enunciadas y especificadas en los apartes anteriores y, en consecuencia, ni las aceptó, ni las rechazó sino que, simplemente, las omitió, esto es, dejó de apreciarlas".

Más adelante se refiere a aquéllas y a otras pruebas, en esta forma:

"g) Los documentos públicos y privados relacionados, junto con la carta que Hernando Rey Matiz dirigió a Carlos Rey Romero y a Pedro Vásquez Plata, que obra a folios 30 a 32 del cuaderno principal y que el Tribunal aceptó expresamente como prueba (fl. 392) prueban plenamente la existencia del contrato de venta a comisión, en cuya existencia se fundamenta la acción y prueban las ventas realizadas y el valor de las comisiones respectivas, así:

"1. La carta del Gerente Carlos Rey Romero (fl. 161, C. 4º) no estimada por el Tribunal, prueba la existencia del contrato de venta a comisión de lotes, entre Pedro Vásquez como comisionista para vender y la Sociedad demandada y Carlos Rey Romero como comitentes, porque así lo dice éste expresamente, 'convenio suscrito entre usted y yo, de una parte, y el doctor Hernando Rey M. de la otra, con fecha 9 de septiembre de 1960".

"2. En consecuencia la carta de Hernando Rey M. hace parte de la carta de Carlos Rey Romero que obra a folio 161, cuaderno 4º y prueba las condiciones del contrato de venta a comisión, luego el Tribunal incurrió en error de hecho por apreciación errónea de la carta de Hernando Rey Matiz, cuando afirma 'que nada dice en cuanto a presunta vinculación contractual del actor con la Sociedad demandada', e incurrió en este error de apreciación por no haber tenido en cuenta ni analizado la carta de Carlos Rey Romero que obra a folio 161, cuaderno 4º.

"3. Las dos cartas citadas, analizadas debidamente y armonizándolas como lo determinó el mismo Gerente de la Sociedad demandada, prueban que Pedro Vásquez fue comisionado para la venta de los lotes de la urbanización Yajaira, en Melgar; que la comisión pactada por cada venta era de 'un cinco por ciento (5%) del valor total del precio, más un cincuenta por ciento (50%) de lo que exceda de cinco pesos con cincuenta centavos ($ 5.50) M/cte. por cada vara cuadrada', y que esas condiciones, señaladas inicialmente para la relación contractual entre Hernando Rey Matiz, de una parte, y Carlos Rey Romero, y Pedro Vásquez P. de la otra, luego rigieron para las relaciones contractuales entre "C. Rey & Cía. Ltda." y Carlos Rey Romero, de una parte, como comitentes, y Pedro Vásquez P. de la otra, como comisionista.

"4. Las escrituras relacionadas (fls. 9 a 159 del C. 4º) hacen plena prueba contra la Sociedad demandada en cuanto a las ventas de lotes de la urbanización 'Yajaira', en Melgar, entre los años de 1960 a 1967, según lo dispone el artículo 1759 del Código Civil que dice: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes" (subrayo). Ahora bien, si la falta del registro hace que puedan considerarse esas escrituras como instrumentos públicos defectuosos, es siempre documento auténtico según artículo 266 del Código de Procedimiento Civil que dice: "El instrumento que no tenga carácter de público, por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, se tendrá como documento privado si estuviere suscrito por los interesados".

"5. Las escrituras citadas prueban además, el precio de cada lote y su extensión, luego permiten determinar, en cada caso, el monto de la comisión para Vásquez, en cada caso y el sobreprecio respectivo y así la omisión de su apreciación llevó al Tribunal a incurrir en el error de hecho de considerar que no estaba demostrado, estándolo, el monto de las comisiones a que tiene derecho el actor.

"6. Según los términos de la carta de Hernando Rey M. a Carlos Rey y Pedro Vásquez, éstos eran comisionados para vender "unos inmuebles en el municipio de Melgar" adquiridos al señor Lisandro Pedreros, según escritura 49 de 8 de febrero de 1954. Estos inmuebles constituyeron luego la urbanización Yajaira, propiedad de la Sociedad demandada, según consta en la escritura de constitución de la Sociedad, Nº 639 de junio 3 de 1961, que debidamente registrada obra a folios 295 a 302 del cuaderno principal, a la cual fueron entregados como aportes; y en las otras escrituras citadas donde se cita esta última escritura 639, como título de adquisición por la Sociedad demandada de los lotes de 'Yajaira'; y eran los únicos autorizados para vender puesto que, según la carta "han de actuar como comisionados del suscrito... en la enajenación de unos inmuebles ubicados en el municipio de Melgar" y autorizados expresamente para "celebrar contratos de promesas de compraventas con los presuntos adquirentes, en sus propios nombres separada o conjuntamente"; y se les aclaraba aún más: "...constituiré a ustedes en apoderados por escritura pública, para los efectos expresados, o celebraré tal convención con otra persona, de todo lo cual ustedes tendrán noticia oportuna". Esto es, que mientras no celebrare tal convención con otra persona, y lo comunicara a sus comisionistas éstos eran los únicos facultados para vender.

"7. Así lo entendieron los comisionistas y por esto en la carta que obra a folio 49 del cuaderno principal y que el Tribunal acepta como prueba legal, dicen devolver "debidamente firmada por los suscritos,

original y varias copias de la carta-autorización que usted tuvo a bien dejarnos para encomendarnos la venta de los lotes de su urbanización en Melgar". Es decir, entendían que se les había facultado exclusivamente para vender todos los lotes de la urbanización, como únicos comisionistas.

"8. Al pasar a regir la citada carta de Hernando Rey Matiz el contrato de venta a comisión entre Pedro Vásquez y la Sociedad demandada, quedaba, en consecuencia, Pedro Vásquez como único comisionista para vender y en consecuencia percibe comisión sobre todas las ventas realizadas durante la vigencia del contrato, de 1960 a 1967, sin que sea indispensable prueba especial para acreditar su intervención como comisionista, en cada una de las ventas, en particular.

"9. Se refuerza el argumento anterior con los extractos que obran a folios 162 y 163, 172 y 173 del cuaderno 4º donde se relacionan todas las ventas realizadas en los dos años a que se refieren tales extractos y sobre todas ellas se reconoce comisión a Pedro Vásquez y únicamente hubo desacuerdo sobre el monto de tales comisiones.

"h) Al no apreciar el Tribunal las escrituras, cartas y extractos citados y al apreciar erróneamente la carta de Hernando Rey Matiz, el Tribunal violó las disposiciones sustantivas citadas, por cuanto no las aplicó debidamente, cuando dichas disposiciones se invocaron expresamente en la carta de Rey Matiz, donde se dice: "como puede verse, es un mandato (el contrato) remunerado, que interesa a ustedes y al suscrito en su ejecución y, en consecuencia, ustedes conocen suficientemente las disposiciones del Código Civil al respecto" (fl. 31 cuaderno principal); y violó también disposiciones procedimentales esenciales, tales como el Decreto 456 de 1956 que señala la competencia de la justicia laboral en los procesos por cobros de servicios personales; el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que ordena a los jueces fundar sus decisiones "en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso", al artículo 183 ibídem, sobre oportunidades probatorias; el 187 ibídem, que indica cómo han de apreciarse las pruebas, etc."

Posteriormente sostiene:

"j) Con la apreciación de las pruebas ya relacionadas sería suficiente para obtener la casación del fallo acusado y una nueva sentencia que decrete lo pedido en la demanda, sin embargo señaló también como no apreciadas debidamente las posiciones absueltas por la parte demandada y las confesiones contenidas en el interrogatorio libre a que fue sometido el representante de la parte demandada y que obran a folios 23 a 28 y 99 a 102 y 108 del cuaderno principal por las siguientes razones:

"1º Las posiciones (fls. 23 a 28) fueron solicitadas en la demanda inicial (fl. 3) fueron decretadas para practicarlas en segunda audiencia de trámite (fl. 12) y se practicaron con el lleno de todas las ritualidades procesales.

"2º El interrogatorio libre fue decretado de oficio por el juez en auto de octubre 5 de 1968 (fl. 96) y practicado el 25 de octubre de 1968 y el 4 de noviembre del mismo año, con las ritualidades procesales.

"3º Después de decretada la nulidad de todo lo actuado, en la demanda modificada solicité: 'Se tengan igualmente como pruebas las posiciones absueltas por el Gerente de la Sociedad, señor Carlos Rey Romero, así como los interrogatorios libres a que fue sometido por el juez laboral y que obran en autos' (fl. 202, cuaderno principal). El juez laboral, dentro de la nueva actuación, por auto de 16 de mayo de 1972, decretó: 'Téngase como prueba las posiciones absueltas por don Carlos Rey (fls. 23 a 29 del expediente)' y contra esta providencia no se interpuso recurso alguno.

"4º Posteriormente, en audiencia de 25 de noviembre de 1972 el Juez Laboral de Girardot dispuso: 'Oficiosamente, y por considerarlo indispensable, decreta la siguiente prueba: Téngase como prueba los interrogatorios libres practicados a los señores Carlos Rey Romero y Pedro Vásquez folio 99 a 102 y 111 a 112 del cuaderno principal. Contra esta providencia tampoco se interpuso recurso alguno. Luego en esta forma se reincorporaron al plenario, como prueba y con la aceptación de las partes, las posiciones y los interrogatorios libres practicados".

Procede a continuación a expresar las razones por las cuales considera inadmisi-

ble la consideración del Tribunal que rechazó esas probanzas por provenir de un proceso declarado nulo por falta de intento de conciliación y cita jurisprudencia al respecto.

Termina indicando, para efecto de consideraciones de instancia al casarse la sentencia, los errores en que a su juicio incurrió el sentenciador de primer grado y efectúa la liquidación de lo que correspondería al actor por concepto de comisiones en las 42 escrituras de compraventa allegadas con la demanda inicial del proceso.

El opositor pide la desestimación de la demanda antedicha por errores de técnica, que puntualiza, así:

"Planteado y desarrollado el cargo único contra la sentencia recurrida, en la forma y términos que aparecen en los párrafos transcritos anteriormente, puede advertirse va, sin mayor esfuerzo mental, que el cargo formulado tiene que ser desechado por error de técnica e inadecuada presentación. Y digo que el cargo adolece de error de técnica e inadecuada presentación, porque de acuerdo con la bien conocida jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia sobre la 'técnica del recurso de casación', cuando se estime violada una norma legal de carácter sustantivo, tal norma debe señalarse con absoluta claridad y precisión, pero si la violación proviene de un complejo de normas, es decir, de varias normas, el cargo tiene que formularse no sólo exponiendo en forma separada cada una de las causales alegadas, sin involucrarlas, puesto que cada uno de estos conceptos tiene una motivación distinta y excluyente de los otros, sino 'mediante la presentación de una proposición jurídica completa', entendiéndose 'por tal la que denuncia tanto la violación de medio como la de fin', vale decir, 'que en la censura en ningún caso debe dejar de indicarse violados los preceptos que crean, modifican, o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contradicción a ellos (sentencia de mayo 18 de 1968, juicio de Pablo Emilio Ospina contra Cervecerías Andes S. A.). Entonces, y así las cosas, y como en el cargo se involucran indistintamente como violadas indirectamente, normas cuyo contenido jurídico es no sólo de carácter sustantivo propiamente dicho, sino de carácter objetivo, resulta, con la simple lectura del cargo, y el examen de cada uno de los artículos que el recurrente considera violados, que el cargo no consulta en manera alguna la técnica de casación, tanto más, cuanto que considera hasta violados los Decretos números 456 y 931 de 1956, en cumplimiento de los cuales, precisamente, el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Laboral, tuvo competencia para conocer del proceso que culminó con la sentencia que es materia del recurso de casación admitido por la honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral.

"Puede advertirse también, que no aparece demostrada en la demanda la incidencia de la supuesta violación de las numerosas normas citadas en la parte resolutiva de la sentencia acusada, mediante el análisis razonado del contenido de esas normas cuya naturaleza, para efectos del concepto de violación y su valoración, es ciertamente distinta; y por tal motivo, la ausencia de confrontación, entre las conclusiones del análisis razonado de cada norma y las deducidas en la sentencia, hacen que el cargo carezca de todo soporte técnico y jurídico para que hubiera podido prosperar.

"Por último, observo también, o mejor dicho, hago recalcar, que el cargo contiene afirmaciones CONTRADICTORIAS, pues por una parte dice el casacionista: 'Acuso la sentencia impugnada por VIOLACION INDIRECTA, por APLICACION INDEBIDA de los artículos 2142...' y por otra parte dice también, desde luego en el mismo cargo que acusa la sentencia impugnada por violación indirecta, 'o por falta de aplicación de las mismas disposiciones...' (el subrayado y las mayúsculas son mías).

"Por un lado, el recurrente dice que acusa la sentencia por violación indirecta y por aplicación indebida de los numerosos artículos que cita; y por otro lado, dice que acusa la sentencia por falta de aplicación de esos mismos artículos. La contradicción, pues, salta a la vista. Siendo contradictorio, sobra decir que el cargo resulta inválido".

La Sala considera

Han de estudiarse, ante todo, los errores de técnica sostenidos por el opositor:

El primero, o sea, la falta de proposición jurídica completa, no resulta demostrado; pues el oponente no dice cuáles fueron las normas integrantes de dicha proposición que el recurrente dejó de señalar y a juicio de la Sala las que indica como infringidas, son suficientes para integrarla, pues son las que regulan en su esencia el contrato de mandato y las obligaciones recíprocas, pues aun cuando no citó el 2184 del Código Civil que específicamente expresa que el mandante debe pagar al mandatario la remuneración pactada o la usual, sí señaló como violado el 2143, que establece cómo se determina la remuneración del mandato.

El segundo yerro, consistente en que es contradictorio el planteamiento del cargo en cuanto, el comienzo, dice que los preceptos infringidos lo fueron por aplicación indebida y luego sostiene que lo fueron "o por falta de aplicación de las mismas disposiciones", es cierto: pero se encuentra corregido más adelante, cuando al folio 20 de la extensa demanda, expresa: "1. El concepto de la violación es la aplicación indebida, porque, como lo tiene dicho ese alto tribunal, es el único que se configura sobre errores probatorios" y copia pasajes de dos sentencias de esta Sala sobre el particular.

En cuanto a que no aparece demostrada la incidencia de la supuesta violación, de las numerosas normas que cita, la cuestión es de fondo, y por lo que hace a la de forma, el numeral 22 de la demanda, folios 34 y 35, está destinado a sostener de qué manera se produjo.

No siendo, pues, desechable el cargo por los motivos de técnica afirmados por el opositor, se pasa a analizarlo.

Lo primero que debe averiguarse es si se encuentra configurado el contrato de mandato entre las partes contendientes, pues de la existencia del mismo depende el que deba pagarse la remuneración que se persigue.

Sobre este punto manifestó la sentencia acusada:

"De conformidad con las nociones precedentemente expuestas para el proceso sub lite, luego de examinados los elementos instructorios que cumplen las exigencias anteriormente anotadas, se tiene lo siguiente: que según el documento privado de folios 30 a 32, contentivo de la carta que Hernando Rey Matiz dirigió a Carlos Rey Romero y a Pedro Vásquez Plata, existió cuando menos un acuerdo según el cual el primero señaló a los segundos las condiciones de que gozarían en cuanto a comisiones por la venta de un globo de terreno; es así como en el aludido instrumento se dice: 'Ustedes actuarán como comisionistas, teniendo como remuneración un cinco por ciento (5%) del valor total del precio más un cincuenta por ciento (50%) de lo que exceda de cinco pesos con cincuenta centavos ($ 5.50) M/cte., por cada vara cuadrada. Esta remuneración la percibirán ustedes a medida que se vayan recibiendo los pagos bien sea de contado o por instalamentos o cuotas'. También les señaló pautas acerca de las condiciones de pago, plazos, intereses, gastos de publicidad y propaganda etc. El documento en mención es de fecha 9 de septiembre de 1960 y con él se establece la relación que existió entre el demandante Pedro Vásquez Plata con un tercero, ajeno a este debate judicial, el señor Hernando Rey Matiz, pero que nada dice en cuanto a presunta vinculación contractual del actor con la Sociedad demandada, antes bien, se observa que quien figura como representante legal de la Sociedad demandada es Carlos Rey Romero quien según este escrito debería actuar como consocio del señor Pedro Vásquez Plata, el demandante en este juicio".

El mencionado documento está fechado así: "Girardot 9 de septiembre de 1960", y se halla dirigido a "señores Carlos Rey y Pedro Vásquez P., L. C." y se encuentra suscrito por "Hernando Rey Matiz C. de C. Nº 2550737 de Bogotá". A continuación aparece: "Aceptado: Carlos Rey C. de C. Nº 70422 de Bogotá. Pedro Vásquez Plata C. de C. Nº 266909 de Girardot". Ni en la antefirma, ni en ninguna parte del documento consta que el señor Rey Matiz obre en representación de ninguna sociedad y, por el contrario, en el punto 1º del mismo se afirma que "se trata de vender, por fracciones o partes, un globo de terreno adquirido por el suscrito y por otras personas (se

subraya) por compra que se le hizo al señor Lisandro Pedreros..."

Por otra parte, la Sociedad demandada se constituyó por escritura pública número 639 de 3 de junio de 1961 (cuya copia con la nota de registro respectiva puede verse a folios 295 y ss. del cuaderno número 1) señalada como prueba dejada de apreciar, y en la cláusula tercera se determina que el término de duración de la misma será de 20 años "contados a partir de la fecha en que se registre el extracto notarial de esta escritura en la Cámara de Comercio de Girardot", registro efectuado el 13 de junio de 1961, de acuerdo con la certificación que obra a folios 178 a 180 del cuaderno número 4.

De estos dos hechos indiscutibles resulta que el mandato que contenga el tantas veces citado documento fue conferido por una persona natural, nueve meses antes de que se constituyera la Sociedad demandada, lo que saca avante, o sea, sin error de hecho, la consideración del fallo acusado cuando sostiene que "con él (el documento dicho) se establece la relación que existió entre el demandante Pedro Vásquez Plata con un tercero, ajeno a este debate judicial, el señor Hernando Rey Matiz, pero que nada dice en cuanto a presunta vinculación contractual del actor con la Sociedad demandada..."

Sostiene el recurrente en pasaje transcrito arriba de su demanda que fue que el sentenciador dejó de apreciar la escritura de constitución de la Sociedad en la que aparece que el comitente, Rey Matiz, y el otro comisionista del pluricitado documento, Carlos Rey Romero, aportaron a ella el inmueble a que se refiere la carta del primero, por partes iguales, y la nota en que éste, Gerente de la misma, glosada al folio 161 del cuaderno número 4, que está fechada en Girardot el 20 de marzo de 1967, dice al demandante: "En mi condición de Gerente de C. Rey Romero & Cía. Ltda. y como copropietario de la urbanización 'Yajaira' de Melgar, con la presente confirmo a usted la determinación comunicada verbalmente, a principios del mes de febrero pasado, en el sentido de que doy por terminado el convenio de venta a comisión de lotes en la urbanización antes citada, convenio suscrito entre usted y yo, de una parte, y el doctor Hernando Rey M. de la otra, con fecha 9 de septiembre de 1960". Deduce de aquí que el mandato inicial conferido por Rey Matiz al actor y a su posterior socio, continuó hasta que éste, como representante de la Sociedad, lo dio por terminado respecto de su inicial compañero de comisión.

Resulta, sin embargo, que aun admitiendo en principio la continuidad de este mandato, como el presente proceso está sólo dirigido contra C. Rey & Cía. Ltda., pues el apoderado del actor desistió de su petición de que fuesen tenidos también como parte la viuda y los hijos de Hernando Rey Matiz, es imposible imponerle a la Sociedad demandada condena por las ventas que hubiesen podido efectuar los comisionistas hasta el 13 de junio de 1961, pues tal Sociedad carecía de existencia legal antes de esta fecha.

Y por lo que hace a la continuidad del mandato con la Sociedad, de qué manera resulta probado? No por el aporte de la finca "Yajaira" a ésta, pues precisamente al hacerlo, el comitente dejó de ser dueño de la misma, que la transfirió a título de dominio a una persona distinta, terminándose el mandato por desaparición de su objeto.

En efecto, la carta que lo confiere, según se vio, es de una persona natural, Hernando Rey Matiz, a Carlos Rey y Pedro Vásquez Plata y tiene por objeto "vender, por fracciones o partes, un globo de terreno adquirido por el suscrito y por otras personas..." y si este globo de terreno fue transferido por aquél a la Sociedad C. Rey & Cía Ltda., desapareció el objeto del mandato, respecto del cual no podían continuar ejerciendo su encargo los comisionistas, a menos que hubiese sido renovado por el nuevo dueño del inmueble. Y el recurrente no indica que se hubiese producido renovación expresa del mismo por parte de la Sociedad, la que, al contestar la demanda, negó enfáticamente los hechos y la "razón, causa y derecho para suplicar como se hace".

El único asidero, pues, es el de la "aquiescencia tácita" de que habla el artículo 2149 del Código Civil que el censor señala como infringido y sobre el cual hace hincapié, aquiescencia que deduce de la carta del

Gerente de la Sociedad al demandante en que le manifiesta que "da por terminado el convenio suscrito entre usted y yo de una parte, y el doctor Hernando Rey M. de la otra, con fecha 9 de septiembre de 1960".

Aceptado, empero, que de dicha manifestación y de pagos que se hicieron al actor por comisión en venta de lotes, resulta bien probado que continuó en sus gestiones de mandatario y comisionista, ya con la Sociedad, que tácitamente le renovó el mandato, ocurre que la base sobre la cual se pretende liquidar el monto de los porcentajes cobrados a la demandada carece de fuerza probatoria, según pasa a explicarse:

Dicha base la hace constituir tanto la demanda inicial del proceso y su corrección, como la de este recurso extraordinario, en 42 escrituras públicas por las cuales consta que la demandada vendió a un número igual de compradores lotes de terreno en la urbanización "Yajaira" de Melgar. Sobre este punto expresa la demanda de casación al folio 18: "5º Las escrituras citadas prueban, además, el precio de cada lote y su extensión, luego permiten determinar, en cada caso, el monto de la comisión para Vásquez y el sobreprecio respectivo, y **así la omisión de su apreciación llevó al Tribunal a incurrir en el error de hecho de considerar que no estaba demostrado, estándolo, el monto de las comisiones a que tiene derecho del actor**" (subraya la Sala).

Pero las mencionadas escrituras lo que prueban es que la Sociedad demandada vendió a 42 compradores sendos lotes de terreno en la urbanización Yajaira, ya que todas ellas están celebradas entre el Gerente de aquélla y cada uno de los adquirentes, sin que conste en ninguna de las mismas que el actor intervino para acercar a las partes o procurar la compraventa respectiva. Por lo tanto, para que esas 42 escrituras puedan ser base de liquidación de porcentajes en favor del demandante, es necesario establecer que ellas se llevaron a cabo por su intervención como comisionista.

Y el recurrente no señala la prueba o pruebas con las cuales se demuestre esa intervención, antes bien, sostiene lo siguiente: "Al pasar a regir la citada carta de Hernándo Rey Matiz, el contrato de venta a comisión entre Pedro Vásquez y la Sociedad demandada, quedaba, en consecuencia, Pedro Vásquez como único comisionista para vender y **en consecuencia percibe comisión sobre todas las ventas realizadas durante la vigencia del contrato, 1960 a 1967, sin que sea indispensable prueba especial para acreditar su intervención como comisionista, en cada una de las ventas, en particular**" (subraya la Sala).

Esta teoría es inaceptable a todas luces, pues **no es el mandato en sí el que da derecho a remuneración, sino el cumplimiento del encargo conferido y en la medida en que haya sido ejecutado. Es la acción del comisionista que hace posible la negociación correspondiente, la que le permite cobrar el estipendio pactado o el usual. De otra manera, resultaría lucrándose por la realización de negocios en que no tuvo parte, sin razón jurídica que lo justifique.**

Si en la celebración de las 42 ventas citadas intervino el demandante, le correspondería la comisión convenida. Pero no pudiéndose comprobar ese hecho por las propias escrituras, según se explicó, es obvio que debió traer al proceso por otros medios probatorios la demostración de que fue el factor de esos negocios, pues bien pudieron haberse llevado a efecto directamente por el Gerente de la compañía o por otros comisionistas o por interesados, que sin intermediario, propusieron la compra de lotes ofrecidos al público en una urbanización.

Tampoco resulta establecido, pues, este error de hecho atribuido a la sentencia acusada, cuya prueba era esencial, pues se trata del que funda el derecho del actor a recibir las comisiones que reclama.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INTERES PARA RECURRIR

No habiendo sido apelado el fallo de primer grado el demandante lo consintió, limitando su interés al valor de las pretensiones que le fueron reconocidas.— Si al resolver la consulta el Tribunal Superior disminuyó las condenas, la cuantía del interés para recurrir en casación es equivalente a la diferencia entre el valor de lo reconocido en la sentencia de primer grado y el valor de la condena de segunda instancia. — No es posible tener en cuenta la cuantía total de las pretensiones contenida en la demanda inicial, porque, se repite, al no apelar el demandante, el ad quem no podía aumentar el valor de las condenas, sino apenas confirmarlas o disminuirlas en favor de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, pues de lo contrario incurriría en la reformatio in pejus.— La Corte, si fuere quebrantada la sentencia de segundo grado, tendría en sede de instancia, igual limitación. — Por esta razón no se tendrá en cuenta, como lo pretende el recurrente, un salario más alto o un número mayor de días de los que tomó el fallador de primera instancia para liquidar las indemnizaciones por despido injusto ni mayor salario ni otra fecha inicial para determinar la cuantía de la indemnización por mora.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diez y siete de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Contra la sentencia dictada el veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el juicio seguido por Joaquín Ocampo Alvarez contra el municipio de Itagüí, la parte demandante interpuso el 27 de febrero de 1974 el recurso de casación el cual le fue denegado en providencia de diez y ocho de marzo del mismo año por no alcanzar la cuantía señalada por la ley para que se conceda el recurso extraordinario. Pidió reposición el apoderado de Joaquín Ocampo Alvarez y en subsidio que se le expidiera copias de algunas piezas del proceso para recurrir de hecho. Como el Tribunal Superior no accedió a revocar su proveído, ordenó la expedición de las copias, que fueron entregadas al peticionario el 24 de abril del año en curso, que oportunamente, el 26 de abril, fueron presentadas a esta corporación, así como el escrito sustentatorio del recurso de hecho. Surtido el traslado la contraparte no presentó alegato.

El recurrente sustenta así el recurso.

"Insisto, ante la honorable Corte, en el sentido de que las pretensiones de la demanda valen más de $ 50.000.00, si se tiene en cuenta la demanda y la sentencia recurrida. En efecto, es de tener en cuenta que, el salario base para liquidar, es el de $ 1.885.00 mensuales de que habla el hecho tercero de la demanda. Inclusive, se debería adicionar, con el auxilio de transporte, que según el artículo 33 de la convención colectiva tenía derecho el actor. Dicho auxilio siendo de $ 55.00 mensuales, aumentan la base salarial para los cálculos subsiguientes. Pero en gracia de discusión, haciendo el indicado ($ 1.885.00), se tiene que la indemnización por el despido

vale $ 44.554.00, ya que dicha indemnización sería de 895 días según la convención colectiva de trabajo. La sentencia recurrida en casación se refiere a la mora a partir de los 90 días, pero de acuerdo con el artículo 16, parte final, se dice que el término para pagar se reduce a 30 días. Ahora bien, la indemnización por mora en este proceso tiene un doble origen, a saber: Mora en el pago de zapatos y vestidos, que son prestación social, según el artículo 19 de la convención colectiva de trabajo vigente en el municipio demandado. Y dicha mora, es la que está corriendo a partir de los 30 días desvinculado el actor. Además de que también hay mora en el pago de la indemnización por despido, si se tiene en cuenta que éste es manifiestamente injusto, y por lo tanto la entidad patronal debió saber de antemano que tendría que pagar la indemnización respectiva y, como no hizo dicho pago, está sancionado por la mora. Si se toma en cuenta la indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales (zapatos y vestidos), se tiene que ésta empezaría a correr en febrero 23 de 1973 que contabilizadas hasta febrero 23 de 1974 (fecha del fallo de segunda instancia) y a razón de $ 1.885.00 mensuales, valdría $ 22.620.00, de lo cual habría que deducir, $ 8.294.00 que fue la condena del Tribunal por este concepto. Quedando así un saldo de $ 14.326.00, en lo cual no se falló favorablemente. Recapitulando se tiene lo siguiente:

"Indemnización por despido $	44.554.00
"Indemnización por mora ..	14.326.00
"Total .. ..$	58.880.00

"Con estas bases aritméticas, que son reales, y más bien calculadas por lo bajo, puesto que como ya se vio no se tuvo en cuenta el auxilio de transporte, se puede concluir que, el interés para recurrir sobrepasa la exigencia de la ley sobre cuantía. Por lo expuesto, le solicito a la honorable Corte Suprema de Justicia, a la cual acudo en virtud del recurso de hecho, para que se conceda el recurso extraordinario de casación en este proceso, y oficiar al honorable Tribunal Superior de Medellín en tal sentido".

Se considera

El fallador de primera instancia condenó al municipio de Itagüí a pagar las siguientes cantidades: "a) La suma de treinta y ocho mil cincuenta y un pesos con veintidós centavos ($ 38.051.22), moneda legal, por concepto de indemnización por despido sin justa causa; b) Cinco pares de zapatos y cinco vestidos, adecuados para el trabajo; c) La cantidad de cincuenta y ocho pesos diarios, a partir del veintitrés (23) de abril de 1973 hasta cuando se cubran los valores impuestos en este fallo".

La sentencia anterior no fue apelada por las partes, pero se surtió la consulta en favor de la entidad de derecho público, por haber sido condenada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, decidió la consulta en los siguientes términos: "Condénase al municipio de Itagüí a pagar al señor Joaquín Antonio Ocampo Alvarez, de las condiciones civiles de autos, diez (10) días después de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de ocho mil doscientos noventa y cuatro pesos ($ 8.294.00) por concepto de indemnización moratoria. Igualmente, en el mismo término entregará al citado Ocampo cinco (5) pares de zapatos y cinco (5) vestidos adecuados para el trabajo. Se absuelve al municipio de Itagüí de los demás cargos formulados en la demanda. No se declaran probadas las excepciones propuestas. En los anteriores términos queda parcialmente confirmada, y revocada, la sentencia de fecha y procedencia indicadas, que se ha revisado por consulta".

No habiendo sido apelado el fallo de primer grado el demandante lo consintió, limitando su interés al valor de las pretensiones que le fueron reconocidas. Si al resolver la consulta el Tribunal Superior disminuyó las condenas, la cuantía del interés para recurrir en casación es equivalente a la diferencia entre el valor de lo reconocido en la sentencia de primer grado y el valor de la condena de segunda instancia. No es posible tener en cuenta la cuantía total de las pretensiones contenida en la demanda inicial, porque, se repite, al no apelar el demandante, el ad quem no podía aumentar el valor de las condenas, sino apenas confirmarlas o disminuirlas en

favor de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, pues de lo contrario incurriría en la reformatio in pejus. La Corte, si fuere quebrantada la sentencia de segundo grado, tendría en sede de instancia, igual limitación. Por esta razón no se tendrá en cuenta, como lo pretende el recurrente, un salario más alto o un número mayor de días de los que tomó el fallador de primera instancia para liquidar las indemnizaciones por despido injusto ni mayor salario ni otra fecha inicial para determinar la cuantía de la indemnización por mora.

La cuantía de la condena del fallo de primer grado por indemnización por despido injusto es de $ 38.051.22. La indemnización moratoria, a razón de $ 58.00 diarios desde el 23 de abril de 1973, hasta el 23 de febrero de 1974, fecha de la sentencia de segundo grado, asciende a $ 17.800.00. Total de las condenas: $ 55.857.22. Deduciendo de esta cantidad el valor de la condena que hizo el ad quem por indemnización moratoria, o sea la suma de $ 8.294.00, se obtiene un resultado de $ 47.563.22, que es la cuantía del interés para recurrir. Como es inferior a $ 50.000.00, límite señalado por la Ley 16 de 1968, artículo 15, no es procedente el recurso de casación.

Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Joaquín Ocampo Alvarez contra la sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y cuatro en el juicio ordinario seguido contra el municipio de Itagüí. Envíese la actuación al inferior para que forme parte del expediente.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONFESION

No contestación de la demanda. — Manifestaciones que hacen las partes en conciliación ante juez o inspector. — Sistema de valoración de la prueba en derecho laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Luis A. Tamayo & Cía. contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 1973, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el ordinario de trabajo promovido por Adolfo Coronado Rivera contra la Sociedad impugnadora, litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, contiene el expediente registrado en la Sala bajo el número 4584.

En el escrito inicial el demandante solicitó que mediante la declaración de que entre él y la dicha Sociedad existió un contrato de trabajo, del 1º de noviembre de 1954 al 31 de diciembre de 1970, que tuvo un salario promedio último, y desde el 1º de enero de 1963, de $ 3.982.39, se la condenara a pagarle cesantía y vacaciones correspondientes a todo el tiempo servido, la prima del segundo semestre de 1970, los salarios de los meses de septiembre, octubre, noviembre y los primeros quince días de diciembre de este año, las comisiones que complementaban el salario de la segunda quincena del mismo diciembre y la indemnización moratoria. El libelo relata, además, que el 13 de abril de 1971 se llevó a cabo una diligencia de conciliación, ante la Inspección Nacional del Trabajo de Neiva, cuya acta tiene el número 0118, en la que el doctor Alvaro Tamayo, como representante de la demandada, aceptó haber ofrecido el pago de las vacaciones debidas, pero mientras continuara la relación laboral. Reitera, el dicho escrito, que a Coronado se le adeudan los derechos que reclama y pide, en fin, las costas del proceso.

La demandada no contestó la demanda y cumplidos los trámites de la instancia, en la que se tuvieron como pruebas el acta de la mencionada audiencia de conciliación, el interrogatorio absuelto por el señor Alvaro Tamayo Tamayo, como representante de la Sociedad, que le fue formulado por el juez, y un dictamen que rindió perito, el Juzgado Laboral del Circuito de Neiva, que estimó probada la existencia del contrato de trabajo, pero sólo con duración entre el 1º de noviembre de 1954 y el 31 de diciembre de 1962, en fallo de 15 de junio de 1973, resolvió:

"1º Declarar que entre el señor Adolfo Coronado Rivera, mayor de edad y vecino de Neiva, como trabajador y la Sociedad denominada Luis A. Tamavo & Cía. Ltda., domiciliada en esta ciudad y representada por su Gerente doctor Alvaro Tamayo, también mayor y de esta vecindad, como entidad empleadora, existió un contrato de trabajo entre el primero (1º) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962).

"2º Condenar a la Sociedad Luis A. Tamayo & Cía. Ltda., domiciliada en esta ciudad y representada por su Gerente doctor Alvaro Tamayo, mayor y vecino de Neiva, a pagar tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia a favor de Adolfo Coronado Rivera, mayor y vecino de Neiva, la suma de ocho mil setecientos dieciséis pesos con cuarenta y siete centavos

($ 8.716.47) moneda legal, por concepto de cesantía.

"3º Absolver a la Sociedad Luis A. Tamayo & Cía. Ltda., domiciliada en Neiva, representada por su Gerente doctor Alvaro Tamayo, de todos los demás cargos formulados en la demanda instaurada por medio de apoderado por el señor Adolfo Coronado Rivera.

"Costas en un 50% a cargo de la Sociedad demandada".

Apelada esta decisión por los apoderados de las partes, el Tribunal mencionado de Neiva, en la suya de la fecha igualmente expresada, y con apreciación del vínculo laboral durante todo el tiempo afirmado por el promotor de la litis, definió:

"Primero. Declárase que entre el señor Adolfo Coronado Rivera, mayor de edad y vecino de Neiva, como trabajador, y la Sociedad denominada 'Luis A. Tamayo & Compañía Limitada', domiciliada en esta misma ciudad y representada por su Gerente doctor Alvaro Tamayo, también mayor y de esta vecindad, como entidad empleadora, existió un contrato de trabajo entre el primero (1º) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos setenta (1970).

"Segundo. Condénase a la Sociedad denominada 'Luis A. Tamayo y Compañía Limitada', domiciliada en esta ciudad y representada por su Gerente doctor Alvaro Tamayo, mayor y vecino de Neiva, a pagar tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia, a favor de Adolfo Coronado Rivera, mayor y vecino de Neiva, las siguientes cantidades:

"A) Por salarios pendientes: doce mil doscientos cincuenta pesos ($ 12.250.00) M/cte.; B) Por cesantía: treinta y seis mil setecientos diez y seis pesos con cuarenta y siete centavos ($ 36.716.47) M/cte.; C) Por vacaciones: veintiocho mil pesos M/cte. ($ 28.000.00); D) Por prima de servicios: un mil setecientos cincuenta pesos M/cte. ($ 1.750.00).

"Tercero. Condénase además a la parte demandada a pagar al actor Adolfo Coronado Rivera, como indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones en forma oportuna a pagarle la cantidad de ciento diez y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 116.67) M/cte., diarios desde el primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971) hasta el día en que se verifique el pago total de las condenas fulminadas en la presente sentencia.

"Cuarto. Costas de la primera instancia de cargo de la parte demandada. En la segunda no se causaron".

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto total de la sentencia del ad quem para que, en función de instancia, la Corte revoque la del a quo y, en su lugar, absuelva de todo cargo a la Sociedad demandada en el juicio.

Para ese efecto, con invocación de la causal primera de casación laboral, el recurrente acusa violados, en infracción medio y por aplicación indebida, los artículos 19, 20, 24, 30 y 61 del Código Procesal del Trabajo y 95, 198, 200 y 249 del Código de Procedimiento Civil lo que indujo al fallador a apreciar equivocadamente el acta de conciliación de folios 6 y 7, el interrogatorio judicial (Fls. 27 y vuelto, 30 vuelto y 31) y el dictamen pericial (Fls. 33 y 34), incurriendo, por ello, en evidentes errores de hecho que lo llevaron a aplicar, también indebidamente, y violándolos por vía indirecta, los artículos 57-4, 65, 186, 189, 193, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968.

Los errores de hecho, dice el acusador, fueron:

"Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor trabajó de manera continua e ininterrumpida y subordinada al servicio de la demandada Sociedad desde el 1º de noviembre de 1954 hasta el 31 de diciembre de 1970; que el contrato terminó en esta última fecha; que el último sueldo mensual fue de $ 3.500.00; que la Sociedad no le pagó los sueldos de septiembre, octubre, noviembre y una quincena de diciembre de 1970; que nunca se le concedieron ni pagaron vacaciones en los dieciséis años; que se le adeuda una prima de servicios y que la Sociedad reconoció deberle tales salarios y prestaciones a pesar de lo cual se ha abstenido de pagarle, o de aducir alguna explicación razonable del no pago.

Y no dar por probado, estándolo al menos tanto como las supuestas deudas, que fue el actor quien sale a deber sumas mayores a la Sociedad; que durante muchos meses de 1970 abandonó el cargo, demandó ejecutivamente a la Sociedad, le embargó sus bienes y fue nombrado secuestre de los mismos, y que por esos motivos la Sociedad no ha logrado aclarar sus cuentas recíprocas hasta ahora".

Para sustentar su ataque el recurrente manifiesta que el sentenciador colegiado, con criterio típicamente civilista, aduce como prueba de los hechos afirmados por el demandante la falta de contestación oportuna de la demanda inicial (artículos 94 y 249 del Código de Procedimiento Civil, mal entendidos y peor aplicados) cuando en lo laboral "la contumacia" no tiene esa consecuencia absurda (artículo 30 C.P.T.); invoca —el dicho fallador— como confesión de la Sociedad las expresiones de su representante en un acta de conciliación prejudicial, ante un funcionario administrativo y sin juramento, y finalmente aprecia las respuestas del mismo representante, ya bajo juramento, ante el juez de la causa, como una confesión divisible, aceptando de ella todo lo desfavorable y nada de lo favorable.

Agrega el impugnador, al desarrollar los puntos anteriores, que esta Sala ha sostenido, con toda razón, que siendo la conciliación laboral un regateo, un negocio económico en el que cada parte procura sacar las mayores ventajas a la otra, no se pueden tomar en cuenta, con valor de confesión extrajudicial o siquiera de indicio grave, los hechos, argumentos y afirmaciones que entonces se hagan recíprocamente; pero en el caso de autos, el doctor Alvaro Tamayo, a nombre de la Sociedad, dijo que no podía aceptar las pretensiones del señor Coronado en la forma como éste las presentaba porque consideraba que contienen errores de estimación en las cuentas y por consiguiente las cifras no eran correctas, que se le adeudaban unos meses de salarios del año pasado (1970) y para no equivocarse manifestaba no recordar con exactitud si todo el tiempo que Coronado decía era así o no, que habría que revisar los libros para comprobar lo reclamado por él; mas como hubiera aceptado el sueldo último de $ 3.500.00 y expresado que le pagaba las vacaciones o que le iba a dar uno dos o tres meses de vacaciones para que descansara, pero mientras estuviera trabajando, pero que una vez retirado se acogía a reconocerle lo previsto en la ley (o sea, entendiendo como "previsto en la ley" menos de los tres meses ofrecidos) el sentenciador dio por probado el sueldo de $ 3.500.00 y la deuda de diez y seis vacaciones anuales u ocho meses. Que algo más grave aun ocurre con la apreciación de la supuesta confesión judicial, pues por ella se sabe que el absolvente, de interrogatorio oficioso, sólo llegó a la empresa en octubre de 1967 y sobre los diez y seis años de servicios continuos de Coronado, por los que se le preguntaba, ahora si bajo juramento manifestó no estar en capacidad de contestar, por no recordar las fechas ni constarle la continuidad; que preguntado por los salarios pidió consultar los libros pues ni siquiera vivía en el Huila en esa época y habiéndosele concedido el permiso, al reanudarse la diligencia dio las cifras que por cesantías aparecen en aquellos libros en 1957 y en 1962, es decir, años antes de su llegada al cargo pero agregando que el señor Coronado, a su vez, debía a la compañía otras sumas por esa época; que bajo juramento negó el salario afirmado en la demanda y las deudas reclamadas y dijo que en los libros aparecen sumas adelantadas a Coronado y recibidas por él, en cantidad alrededor de $ 30.000.00 y que el demandante abandonó el puesto al aceptar ser secuestre de la compañía y si valiéndose de esta calidad y de la de administrador se autorizó nóminas como empleado debe devolver "tales salarios"; y que, naturalmente, cuando se le preguntó si ante la Inspección del Trabajo había aceptado el tiempo de servicios afirmado por Coronado, el doctor Tamayo contestó rectamente: "Sí es cierto, comparecí ante la Inspección del Trabajo y firmé un acta", de lo cual el sentenciador dedujo que el Gerente de la Sociedad ratificó lo dicho en la diligencia frustrada de conciliación prejudicial.

Por todo lo cual el recurrente concluye:

"Con esa única prueba (que conforme a la ley procesal, a la jurisprudencia y a la doctrina universal, es indivisible), el Tribunal dio por probadas todas las afir-

maciones de la demanda y el cálculo del perito (Fls. 33 y 34) que se apoya en el acta de conciliación...

"Los errores de hecho eran así fatales, ineludibles.

"Ellos, a su turno, llevaron al sentenciador a las violaciones de los preceptos sustanciales que regulan el pago de los salarios convenidos (Art. 57-4 del C. S. del T.), las vacaciones, (Arts. 186, 189 y D. 2351, Art. 14), la cesantía (Arts. 193, 249, 253 y D. 2351, Art. 17), y, muy especialmente, el que impone la tremenda sanción por mora de lo que se confiese deber al trabajador (Art. 65 del C. S. del T.), por aplicación indebida de esas normas a un caso no regido por ellas pues no se precisaron ni la duración exacta del contrato, ni el salario, ni las deudas recíprocas, ni tampoco se dejó de dar una explicación razonable a la falta de pago sobre la base de tales deudas recíprocas sin aclarar ni liquidar, y abandono del puesto".

No hubo escrito de oposición.

Se considera

El Tribunal dio por establecidos los extremos de duración y salario último del contrato de trabajo que existió entre los litigantes —y que le sirvieron de bases para liquidar las condenas que impugna el acusador— con el indicio consistente en la falta de contestación de la demanda, la expresa aceptación que hizo el doctor Tamayo de las fechas de aquella duración ante la Inspección del Trabajo el 13 de abril de 1971 y la ratificación de ese hecho al absolver el interrogatorio a que fue sometido por el juez, el 6 de febrero de 1973, y con la confesión del representante de la Sociedad acerca de que el 31 de diciembre de 1962 Coronado devengaba un promedio de $ 1.387.15 y su afirmación libre y expresa ante el Inspector en la diligencia citada, de que el sueldo último fue de $ 3.500.00 mensuales más un porcentaje sobre ventas, incremento que no logró demostrarse.

El artículo 30 del Código Procesal del Trabajo —para considerar los ataques en el orden reseñado— no atribuye a la falta de contestación de la demanda valor de confesión de los hechos afirmados por el demandante o de aceptación de los mismos, como lo advierte el acusador al manifestar que esa "contumacia" no tiene tal consecuencia absurda; pero también es cierto que el artículo 61 del mismo estatuto sobre el sistema de valoración de la prueba en laboral, que instituyó conforme a los principios científicos sobre crítica, ordenó atender a la conducta procesal observada por las partes, que naturalmente se inicia, respecto del demandado, con la contestación o no del dicho escrito inicial, pauta tan significativa que el nuevo Código de Procedimiento Civil ha recogido la dicha segunda posición como indicio en contra del demandado. Sin que defina, pues, por sí sola, la controversia, la no contestación mencionada es circunstancia valorable en el proceso del trabajo, aun antes de que la ley la registrara para el proceso civil y su apreciación no vulnera los textos destacados por el acusador en infracción medio, al menos mientras no se la lleve, como no se hizo en el sub lite, a resolver con solo ella la cuestión litigiosa o a contrariar convicción que surja de las probanzas apreciadas conforme a los principios científicos.

Las manifestaciones que hacen las partes en conciliación ante juez o inspector, en procura de una pronta solución para sus divergencias, en verdad no pueden apreciarse como confesiones aprovechando, para ello, como reconocimiento, los hechos y derechos que se conceden para lograr los fines propios de este instituto, que se desnaturalizaría y hasta se destruiría si de tal manera se las considerara, como lo ha explicado la jurisprudencia; pero tampoco puede desconocérsele, de modo absoluto y tan categóricamente como lo hace el impugnador, todo valor a las manifestaciones que precisan hechos y que no se encaminan a negociar una contraprestación sino a fijar los términos del derecho que se controvierte, según lo ha expresado también el criterio de la Sala que se invoca. Y esto es lo que ocurre con la diligencia extra judicial de autos, que si bien contiene las expresiones que destaca el acusador, ellas no destruyen, en sí mismas ni en su conjunto, las relativas a que "con respecto a las fechas de ingreso y de retiro" (precisadas por el demandante en la dicha diligencia en el 1º de noviembre de 1954 y en

el 31 de diciembre de 1970, respectivamente, como las apreció el ad quem) sí son correctas, y a que "también es cierto que el sueldo último de él son $ 3.500.00 mensuales básicos más un porcentaje sobre ventas de acuerdo con el contrato de trabajo", como lo apreció asimismo el Tribunal, en su cantidad fija, pues acerca del porcentaje no encontró prueba. Esas manifestaciones no constituyeron un regateo, en un negocio económico, como se las pretende, ni se las aventuraron para sacar ventaja de la contraparte; aunque expresadas sin la gravedad del juramento constituían aceptación —sin vicio que se haya aducido— de hechos afirmados por el trabajador de los que la ley predica determinadas consecuencias, para las cuales se opusieron "condiciones económicas" que no le permitían satisfacerlas al patrono, (condiciones que ni desconocen los hechos admitidos ni constituyen razón atendible) y cuentas y cifras distintas en los libros, que, en probándose, modificarían cuantías o determinarían soluciones totales o parciales, pero que tampoco rechazan aquellos hechos admitidos.

En cuanto a que el doctor Tamayo, en interrogatorio que absolvió bajo juramento, no hubiese aceptado la duración del contrato y el salario último afirmados por el demandante, así como las deudas que se le reclamaron, la Sala advierte, respecto de lo primero, que dijo no estar en capacidad de contestar la pregunta respectiva y la continuidad del desempeño de Coronado, sin que al reanudarse la diligencia, suspendida a solicitud suya para verificar hechos y libros, hubiese precisado su respuesta; y de lo otro, que fue desconocido en razón de un abandono del puesto, de una condición de secuestre y administrador y de unos adelantos por valor de $ 30.000.00, que el doctor Tamayo no demostró de ninguna manera. Sobre este particular ha de expresarse que si bien la confesión es indivisible, respecto del interrogatorio de autos no fue que el fallador aceptara todo lo desfavorable para el doctor Tamayo y nada de lo favorable, sino que se trataba de hechos distintos, los unos generadores de las obligaciones reconocidas y los otros exculpativos parcialmente de sus satisfacciones o determinantes de cuantías inferiores, por lo que constituían verdaderas excepciones que le correspondía probar al confesante y no lo hizo así.

Todo lo cual denota que el fallador no apreció mal las probanzas estudiadas y, en consecuencia, no incurrió en los errores de que se le acusa al establecer los extremos de duración y salario del contrato de autos, que determinaron las condenas que se impugnan. Debiéndose agregar, respecto del relativo a la conducta patronal y para no cancelar los derechos laborales causados, que ni en las pruebas reseñadas ni en ninguna otra se encuentra razón atendible al efecto. Por el contrario, desde la diligencia ante Inspector de Trabajo, de 13 de abril de 1971, antes de que se instaurara el pleito, lo que el doctor Tamayo adujo para no cancelar "al señor Coronado" lo que "se le adeuda", aunque con advertencia de no tener exactitud de su monto, fueron "condiciones económicas" que no se lo permitían; y en el interrogatorio ante juez, que Coronado últimamente había sido secuestre y administrador y le debía a la Sociedad, sin que aportase prueba alguna acerca de estos hechos, ni se fijara procesalmente la posición defensiva en razón de ellos, y hasta pretendiendo una compensación no autorizada por la ley. Por todo lo cual no puede acogerse la acusación por error de hecho, que, ni en el mejor de los supuestos para la parte recurrente, tendría el carácter ostensible que se requiere para la prosperidad de un cargo de la naturaleza del formulado.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen señalados.

Sin costas por no aparecer causadas.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RENUNCIA Y POSTERIOR RETIRO DE ELLA

(Capacidad recepticia)

La capacidad recepticia se refiere al "pacto disolutorio (del contrato), cuando, sin revocación previa de quien la hace es aceptada por la persona a quien va dirigida'.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio seis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Luis Ignacio Melo, por procurador judicial. instauró demanda, repartida al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, contra Electrificadora del Atlántico S. A., con el fin de que fuese condenada a lo siguiente:

"Primero. A pagar al ingeniero Luis Ignacio Melo la cantidad de trescientos cincuenta y dos mil trescientos noventa y cinco pesos ($ 352.395.00) moneda corriente, por concepto de indemnización, por ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo, de conformidad con la ley y la convención colectiva de trabajo que rige las relaciones laborales entre la Electrificadora del Atlántico S. A. y sus trabajadores.

"Segundo. Los salarios caídos que se hayan causado.

"Tercero. A pagar todas aquellas prestaciones que no hayan sido satisfechas e, inclusive, las sumas que resulten de la revisión de la liquidación definitiva de la cesantía.

"Cuarto. A pagar las costas del proceso, si se obstinare en dejar de cumplir sus obligaciones para con el demandante".

Los hechos sustentantes de esta pretensión son los que se copian:

"1º El ingeniero Luis Ignacio Melo, mi representado, empezó a prestar sus servicios a la Compañía Colombiana de Electricidad el día siete (7) de septiembre de 1958. En virtud de la Ley 13 de 1962, el Gobierno colombiano nacionalizó los activos de aquella Compañía y la Compañía Electrificadora del Atlántico S. A., constituida por escritura pública número 2267 de 21 de septiembre de 1957 de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, pasó a administrarlos.

"2º A partir del día 1º de enero del año de 1963, la Electrificadora del Atlántico S. A. sustituyó a la Compañía Colombiana de Electricidad, con todas las consecuencias legales.

"3º El ingeniero Luis Ignacio Melo sin solución de continuidad, teniendo en cuenta el fenómeno de la sustitución patronal, de que se habla en los hechos anteriores, prestó sus servicios a la demandada desde el día 7 de septiembre del año de 1958 hasta el 21 de febrero de 1972. Según liquidación hecha por la Electrificadora del Atlántico S. A., el último salario promedio mensual del ingeniero Luis Ignacio Melo fue de $ 15.321.52 moneda corriente.

"4º El ingeniero Luis Ignacio Melo fue designado por la Junta Directiva de la Electrificadora del Atlántico S. A. Director Técnico de la empresa.

"5º El día 18 de enero de 1972 el ingeniero Luis Ignacio Melo, forzado moralmente coaccionado por actos realizados por el Gerente de la demandada, ingeniero Lux, actos lesivos de la dignidad personal de mi representado, se vio obligado a presentar renuncia irrevocable del cargo de Director Técnico de la Electrificadora del Atlántico S. A.

"6º En memorando de fecha 19 de enero de 1972 el Gerente de la demandada dio explicaciones al ingeniero Melo sobre los motivos de la paralización de las órdenes de compra de emergencia que partieron del oficio número 350-71 originario de la Gerencia de la Electrificadora del Atlántico S. A.

"7º El ingeniero Luis Ignacio Melo, en consideración a que habían desaparecido las causas o motivos de su renuncia, como aparece en el hecho anterior y con la satisfacción moral recibida con el memorando citado en el hecho anterior, siguió prestando sus servicios a la empresa conforme sus funciones y atribuciones, en forma regular y con la aquiescencia del Gerente.

"8º Dadas las circunstancias anotadas, el ingeniero Luis Ignacio Melo, el día 18 de febrero de 1972, a las ocho y cincuenta (08:50) horas de la mañana, comunicó al Gerente el retiro de su renuncia, cuando había transcurrido más de treinta días laborables desde la presentación de aquélla.

"9º Con posterioridad al retiro de su renuncia, en el normal ejercicio de sus funciones, el día 21 de febrero de 1972, el ingeniero Luis Ignacio Melo recibió, en forma sorpresiva, la carta del Gerente de la empresa por medio de la cual dio por terminado el contrato de trabajo impidiéndole, de hecho, el acceso a su sitio de trabajo.

"10. El ingeniero Luis Ignacio Melo, sin solución de continuidad, prestó sus servicios a la demandada hasta el día 21 de febrero de 1972, fecha en que fue despedido injustamente, sin causa legal, cuando desempeñaba las funciones de Director Técnico de la empresa por nombramiento que le hiciera la Junta Directiva de la misma. La carta de despido fue recibida por el ingeniero Melo el día 21 de febrero de 1972, a las diez de la mañana (10:00). Afirma el ingeniero Melo que no es cierto que el Gerente de la demandada le hubiera comunicado antes del día del despido la aceptación de la renuncia en referencia".

La sociedad, por su apoderado, al responder la demanda, negó los hechos fundamentales y manifestó: "Me opongo a las pretensiones del demandante y solicito la absolución de la empresa demandada".

Tramitado regularmente el proceso, lo desató el a quo con sentencia de 1º de septiembre de 1973, mediante la cual condenó a la demandada a cubrir al actor $ 35.187.81 por "reajuste de auxilio de cesantía" y $ 15.321.52 por "salarios caídos". La absolvió de los demás cargos y no impuso costas.

Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla decidió el recurso con fallo de 25 de octubre de 1973, en cuya virtud revocó el de primer grado y absolvió a la demandada "de todos los cargos formulados en la demanda instaurada por el ingeniero doctor Luis Ignacio Melo". No condenó en costas en ninguna de las instancias.

Contra esta sentencia recurrió en casación el apoderado del demandante y, legalmente admitido el recurso, lo fundamentó con la demanda correspondiente, replicada, dentro del término respectivo, por el procurador de la empresa. Con base en tales escritos se procede a resolver el recurso.

El alcance de la impugnación lo fija, diciendo:

"El recurso interpuesto por la parte demandante persigue la finalidad de que esa honorable corporación case totalmente la sentencia recurrida, que como tribunal de instancia, una vez producida la casación, se confirme la sentencia de primer grado en cuanto condenó a la empresa demandada al pago del reajuste del auxilio de cesantía, que se modifique en el sentido de que la condena por indemnización moratoria se extienda hasta el día en que se pague el reajuste del auxilio de cesantía y el valor de la indemnización de perjuicios por la terminación ilegal y sin justa causa del contrato de trabajo y se revoque en cuanto absolvió a la empresa del pago de la indemnización de perjuicios por despido injusto y en su lugar se condene a la Electrificadora del Atlántico S. A. a pagar al trabajador dicha indemnización en la cuantía que resulte probada".

Para conseguir este objeto formula los cargos que se estudian en seguida:

El primero está concebido de esta manera:

"Acuso la sentencia recurrida de infracción directa por falta de aplicación de los artículos 3º, 4º, 492 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 8º, 13, y 17 de la Ley 6ª de 1945, del artículo 2º de la Ley

64 de 1946, de los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, del artículo 1º del Decreto 2567 de 1946, de los artículos 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, del artículo 1º del Decreto 200 de 1947, de los artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947 y consecuencialmente por aplicación indebida de los artículos 67, 68, 69, 70 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, infracciones y violaciones que condujeron al honorable Tribunal Superior de Barranquilla a absolver a la parte demandada de la petición de condena al pago del reajuste del auxilio de cesantía del trabajador público demandante ingeniero Luis Ignacio Melo, calidad reconocida en el sub lite.

Demostración

"El honorable Tribunal de Barranquilla en la sentencia acusada, después de precisar la operancia y consecuencias del fenómeno jurídico de la sustitución patronal, tratada en los artículos 67 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo, hace la exégesis del artículo 70 de la misma obra para recordar que en el fenómeno de la sustitución patronal el antiguo y el nuevo patrono pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, sin que estos acuerdos puedan afectar los derechos consagrados en favor de los trabajadores, señala la facultad consagrada en el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo para recalcar que el antiguo y nuevo patrono pueden acordar con todos o cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de un retiro voluntario definitivo, sin que se entienda por esto terminado el contrato de trabajo y concluir, que el período así pagado por razón de la sustitución patronal, debe ser escindido en la liquidación final y definitiva del auxilio de cesantía.

"Lo expuesto por el ad quem en relación con el fenómeno de la sustitución patronal, en cuanto afecta la liquidación definitiva del auxilio de cesantía por razón del descuento del tiempo anterior a la sustitución, es el contenido de los artículos 67, 68, 69, 70 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo para la realización de la liquidación de la cesantía definitiva de los trabajadores en sus relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular.

"El artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 señala la que la sola sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo y que el sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores.

"Los artículos 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, desarrollaron el artículo 8º de la misma, estructurando ampliamente el contenido del fenómeno de la sustitución y sus incidencias frente a los trabajadores públicos, sin autorizar al antiguo patrono para acordar con sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de un retiro definitivo.

Por su parte, el parágrafo 3º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, prohibe a los patronos, practicar liquidaciones parciales de cesantía a los trabajadores públicos, mientras se encuentren al servicio, a menos que la suma correspondiente haya de destinarse a los fines que la misma ley determina que en ninguno de los casos se refiere a la sustitución patronal, como acto que autorice la liquidación parcial con carácter definitivo del auxilio de cesantía.

"La sustitución patronal en los términos del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 2º de la Ley 64 de 1946, sólo es determinante de la solidaridad entre el antiguo y nuevo patrono en relación con los derechos del trabajador oficial y nada más.

Los artículos 65 del Decreto 2567 de 1946, con fuerza de ley, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946 y los artículos 1º y 2º del Decreto reglamentario 1160 de 1947, que reglamentan los artículos 1º y 2º de la ley anterior, establecieron para los trabajadores oficiales el derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios como auxilio de cesantía al terminar definitivamente la relación de trabajo. Son estas las disposiciones que regulan la materia relativa al auxilio de cesantía en las relaciones individuales de trabajo entre los trabajadores públicos y la admi-

nistración, cuya vigencia mantuvo el artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo al no serles aplicables sus disposiciones por expreso mandato de los artículos 3º y 4º de la misma obra, que como el anterior fueron infringidos directamente por falta de aplicación, lo mismo que los artículos 8º, 13 y 17 de la Ley 6ª de 1945, 2º de la Ley 64 de 1946, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 1º del Decreto 2567 de 1946, 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 200 de 1947 y 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947 y consecuencialmente aplicados en forma indebida los artículos 67, 68, 69, 70 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a los efectos de la sustitución patronal en la liquidación de la cesantía de los trabajadores públicos".

El opositor replica:

"El primero de los tres cargos formulados por el acusador se refiere a la liquidación de cesantía hecha por mi mandante al ingeniero Melo que el juzgado del conocimiento estimó errada y el honorable Tribunal de Barranquilla considera efectuada conforme a la ley.

"Pero la impugnación, por vía directa ('falta de aplicación de los Arts. 3º, 4º y 492 del C. S. del T. y de una serie de leyes y decretos de 1945 y 1946) parte del supuesto de que el ingeniero Melo fue un trabajador oficial y no particular. Indudablemente, la argumentación del honorable Tribunal se apoya en las normas reguladoras de la cesantía para los trabajadores particulares. Si la empresa demandada es oficial o sus trabajadores no corresponden al sector privado, ello no emerge de ninguna de las disposiciones citadas en el cargo. Pues la naturaleza, privada u oficial, de un contrato de trabajo, o mejor dicho su calificación en juicio depende de las pruebas que obren en el proceso".

La Sala considera

Es cierto que la sentencia impugnada sostiene que "ha sido un hecho demostrado en el expediente que el actor era un trabajador oficial vinculado a una empresa de economía mixta"; pero no debe perderse de vista que el punto que aquí se resuelve se refiere a una etapa anterior a la constitución de dicha empresa, es decir, al tránsito de una sociedad privada, la Compañía Colombiana de Electricidad, a una oficial, Electrificadora del Atlántico S. A. y que cuando se efectuó la liquidación del auxilio de cesantía y otras prestaciones del demandante, éste tenía la calidad de trabajador de la primera y no de la segunda, que estaba por establecerse.

Por esta razón, el Tribunal no aplicó indebidamente las normas del Código Sustantivo del Trabajo referentes a la sustitución patronal.

Confirma esta tesis el hecho de que la Ley 13 de 1962, autorizó al Gobierno Nacional para cumplir el contrato de promesa de compraventa de los bienes e instalaciones de aquella Compañía, con inserción del texto de la misma, cuya cláusula 10ª previó: "Con anterioridad a la fecha de la entrega, la Compañía pagará a todos sus empleados y obreros las prestaciones exigibles a que haya lugar en la fecha de la venta, de acuerdo con las leyes colombianas y los contratos de trabajo, individuales y colectivos, vigentes en esta última fecha..." y que el artículo 4º de la citada ley lo facultó para que obtuviera una modificación de dicho contrato de promesa en el sentido de que la liquidación y pago de tales prestaciones se efectuara no sólo hasta la fecha de venta de los bienes e instalaciones de la Compañía aludida, sino hasta la de entrega de éstos al Gobierno Nacional.

Resulta así que los preceptos aplicables al caso eran los del Código Sustantivo del Trabajo y no los referentes a servidores oficiales, calidad que aún no había adquirido el demandante cuando le fue liquidado y pagado su auxilio de cesantía por la Compañía Colombiana de Electricidad en cumplimiento de la promesa de contrato y ley dichas.

En consecuencia, no prospera el cargo.

El segundo, es del tenor siguiente:

"Acuso la sentencia recurrida de infracción directa por falta de aplicación de los artículos 3º, 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, del artículo 2º de la Ley 64 de 1946, del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945 y consecuencialmente por aplicación indebida de los artículos 5º, 6º, 7º y

8º del Decreto 2351 de 1965 adoptado como norma permanente por la Ley 48 de 1968, infracciones o violaciones que condujeron al honorable Tribunal Superior de Barranquilla a la consideración de que el trabajador en forma unilateral terminó el contrato de trabajo, que tal terminación no se operó por decisión unilateral de la empresa, con la consiguiente absolución para ésta del pago de los perjuicios por despido injusto y de la correspondiente indemnización moratoria en los términos establecidos para los trabajadores públicos.

Demostración

"El honorable Tribunal Superior de Barranquilla al estudiar las cuestiones relativas a la terminación de los contratos a término indefinido, lo hizo a través de los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, y en la aplicación de ellos, especialmente del artículo 5º del decreto citado, expresó que en los contratos de trabajo a término indefinido, los trabajadores tenían la facultad de terminarlos unilateralmente mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta días, para concluir que mediante tal aviso terminaba la relación laboral, por decisión unilateral del trabajador.

"Los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, el 2º de la Ley 64 de 1946, establecen las formas de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores públicos, cuándo éstos son a término indefinido, cuándo a término fijo, el plazo presuntivo y demás modalidades, como también la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato de trabajo, aspecto éste ampliamente concretado y relacionado con la indemnización moratoria tratada por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945. Son estas las normas sustantivas que tratan y regulan la materia relativa a la terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores públicos, las indemnizaciones por razón de las violaciones del contrato y las indemnizaciones moratorias, cuya vigencia mantuvo el artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo al no serles aplicables sus disposiciones por expreso mandato de los artículos 3º y 4º de la misma obra, que como el anterior fueron infringidos directamente por falta de aplicación, lo mismo que los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, del artículo 2º de la Ley 64 de 1946, del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, y consecuencialmente aplicados en forma indebida los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como norma permanente por la Ley 48 de 1968, en cuanto a la consideración de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador público se opera mediante el aviso con antelación no inferior a los treinta días, cuando el contrato es a término indefinido".

Arguye el opositor: "El segundo cargo, sobre indemnización por despido injusto del ingeniero Melo y por mora en el pago de sus prestaciones, también por vía directa, adolece del mismo defecto inallanable".

La situación de hecho hallada por el sentenciador y no discutida por el casacionista es la misma precisada en el cargo anterior, o sea, que el demandante "era un trabajador oficial vinculado a una empresa de economía mixta". Es evidente, por lo tanto, la aplicación indebida de los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, que reformó al Código Sustantivo del Trabajo y aplicable sólo a los trabajadores particulares, mas no a los oficiales.

Pero el quebranto de dichos preceptos sólo influyó parcialmente en la decisión, ya que, aun cuando el sentenciador hubiere aplicado las respectivas disposiciones de las leyes referentes a los servidores oficiales y que el recurrente señala, habría tenido que basarse en la misma cuestión de hecho en que fundó la absolución de la demandada, es a saber: la renuncia irrevocable del actor de su cargo, la aceptación de esa renuncia, por parte de la empresa y la carta de aquél en que retiraba la dicha renuncia, punto sobre el cual manifestó: "Es válida la carta del demandante en donde retira la renuncia? A juicio de esta Sala, y de acuerdo con los argumentos que se dejan escritos, el retiro de la renuncia del contrato no tiene validez jurídica que le pretende incubar el demandante, ya que ha debido verificarse ante la persona con

suficiente capacidad receptiva, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia".

Es protuberante, pues que el punto a estudio no radica únicamente en las normas aplicadas o aplicables, sino en saber si el escrito de retractación de la renuncia fue presentado ante quien tenía facultad para resolver sobre el retiro del trabajador y esta es cuestión fáctica, no susceptible de examen mediante un ataque por vía directa, que excluye el análisis de cuestiones de hecho, punto que el casacionista plantea en el cargo siguiente, que dice así:

"Violación indirecta, por aplicación indebida, a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, de los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, del artículo 3º de la Ley 64 de 1946 y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1949, reglamentario de la Ley 6ª de 1945".

Imputa a la sentencia los siguientes errores de hecho:

"Primero. En dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo entre las partes, terminó por decisión unilateral del trabajador.

"Segundo. En dar por demostrado, sin estarlo, que la aceptación de la renuncia por parte de la empresa, determinó el mutuo consentimiento para la terminación del contrato de trabajo.

"Tercero. En no haber dado por demostrado, estándolo, que cuando el trabajador revocó su decisión de terminar el vínculo, éste estaba vigente en las mismas condiciones en que venía desarrollándose.

"Cuarto. En no haber dado por demostrada, estándolo, la validez de la revocatoria que hizo el trabajador a su propuesta de terminar el contrato de trabajo.

"Quinto. No haber dado por demostrado, estándolo, que la aceptación de la renuncia por parte de la empresa, se produjo cuando el trabajador la había revocado válidamente por escrito.

"Sexto. No haber dado por demostrado, estándolo, que la comunicación al trabajador aceptándole la renuncia cuando ésta había sido retirada o revocada, tiene el carácter de decisión unilateral de la empresa de terminar el contrato de trabajo.

"Séptimo. No haber dado por demostrado, estándolo, que la decisión unilateral de la empresa de terminar el vínculo, no expresa justa causa.

"Octavo. No haber dado por demostrado, estándolo, que la empresa no pagó al trabajador la indemnización de perjuicios por el despido injusto, ni el reajuste de cesantía, ni la indemnización moratoria".

Señala como pruebas erróneamente apreciadas, estas:

"a) Documentos del mismo contenido que obran a folios 9 y 37 del cuaderno número 1;

"b) Documentos del mismo contenido que obran a folios 10 y 38 del cuaderno número 1;

"c) Documentos del mismo contenido que obran a folios 11 y 39 del cuaderno número 1;

"d) Documento que obra a folio 18 del cuaderno número 1".

"La prueba no apreciada, agrega, fue el testimonio del señor Aristides Altamar Sánchez, Jefe del Departamento de Archivo y Servicios de la empresa, testimonio o prueba que corrè a folios 121 a 123 del cuaderno número 1...."

Transcribe y comenta algunos pasajes de la sentencia impugnada, a lo que se ha visto precisado, dice: "por no ofrecer claridad en cuanto a la apreciación de los documentos 'carta de renuncia' y 'carta de aceptación de la misma' ", y en seguida sostiene:

"La renuncia como tal no está contemplada entre las formas legales de terminación del contrato de trabajo, por ser éste un acto jurídico bilateral, entendiéndose consecuencialmente lo que se denomina 'por renuncia' la manifestación de voluntad del trabajador, la propuesta de éste a la empresa para no continuar unido a ella por el vínculo contractual. Desde el claro punto de vista expuesto, los documentos que obran a folios 9 y 37 del cuaderno número 1 del expediente, tiene el carácter de propuesta del trabajador a la empresa para terminar por mutuo consentimiento, el contrato de trabajo y así lo entendió la empresa cuando pretendió, con la carta que obra a folios 11 y 39 del cuaderno número 1, aceptar la propuesta del trabajador, 'la

renuncia', pero cuando ésta no existía por haber sido revocada por el trabajador.

"Si realmente la 'carta de renuncia' del trabajador hubiera sido considerada por la empresa, como la terminación unilateral del contrato de trabajo, por parte de éste, y no como una propuesta de terminación por mutuo consentimiento, carecía de objeto la aceptación de la 'renuncia' que corre a folios 11 y 39 del cuaderno número 1 del expediente.

"Visto lo anterior, claro es concluir que la 'carta' de renuncia' del trabajador, es una propuesta de terminación del contrato y no una ruptura unilateral del vínculo. Por tanto, el ad quem apreció erróneamente los documentos de folios 9 y 37 del cuaderno número 1 error de hecho que lo llevó a considerar que el trabajador había terminado unilateralmente el contrato de trabajo, dando aviso de 30 días, todo lo cual lo condujo a violar por la vía indirecta el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965. De no haber incurrido el ad quem en tan protuberante error en la apreciación del documento referido, no hubiera considerado la terminación del contrato como un acto unilateral de voluntad del trabajador.

"Los documentos que corren a folios 10 y 38 del expediente, contienen la manifestación del trabajador al Gerente de la revocatoria de la propuesta 'carta de renuncia' y la declara sin ningún valor.

"Tal comunicación fue presentada ante el Jefe del Departamento de Archivo y Servicio de la empresa el 18 de febrero de 1972 a las 08:50 a.m.

"El ad quem apreció estos documentos como si hubieran sido dirigidos a personas distintas del Gerente de la empresa, cuando éstos se pusieron en conocimiento del Gerente por el conducto regular y por lo tanto debidamente notificado.

"El retiro de la renuncia se verificó por escrito mediante el documento señalado, en la fecha y horas dichas, ante el Jefe del Departamento de Archivo y Servicio de la empresa señor Aristides Altamar Sánchez, quien en constancia de haberlo recibido, lo suscribió con su firma y le estampó el correspondiente sello de la oficina. En la declaración del señor Altamar que corre a folios 121 a 123 del expediente, expresa que toda la correspondencia de la empresa debe pasar por su despacho para ser distribuida entre las diferentes dependencias de la empresa, manifiesta además en su declaración, que el 18 de febrero de 1972, subió a la oficina de la señora Marina de Melo para informarle que ya le había sido entregada al Gerente la carta mediante la cual el trabajador retiró su renuncia. Por tanto, la empresa fue notificada de la revocatoria de la renuncia. De haberse apreciado correctamente por el ad quem el documento en mención junto con la aclaración del señor Altamar no hubiera incurrido en la errónea apreciación de la prueba documental, con la afirmación de la ausencia de capacidad receptiva. Pero lo primordial en señalar el protuberante error en la apreciación de la documental contentiva del retiro de la renuncia, es la relación que tiene ese documento con los que obran a folios 11 y 39, los cuales apreció el ad quem, como la concreción de la terminación del contrato de trabajo por el mutuo consentimiento de las partes. Sin considerar que ya la propuesta para tal terminación había sido revocada por el trabajador en la forma que se ha expresado anteriormente, desde luego que los trabajadores tienen facultades como los patronos para revocar las decisiones unilaterales o propuestas de terminación del vínculo contractual, mientras éste se encuentra vigente.

"Por tanto, apreció erróneamente el ad quem los documentos de folios 11 y 39, porque no se puede aceptar la renuncia que no está propuesta y en las condiciones en que se aceptó la renuncia, el documento empresarial de folios 11 y 39 contiene el despido unilateral e injusto del trabajador".

Rearguye el opositor, diciendo:

"Para el sentenciador, la carta de folios 9 y 37, en la que el ingeniero Melo presentó su 'renuncia irrevocable', no fue una simple propuesta de terminación ulterior condicionada a su aceptación por la empresa, sino la notificación de una decisión unilateral firme 'para prevenir por anticipado la tácita reanudación del contrato, o sea el preaviso legal de la ruptura decidida que precavería al renunciante contra la indemnización de perjuicios.

"Tiene recibido la jurisprudencia de esa honorable Corte que la renuncia del em-

pleado no pone término al contrato, por sí misma. Si es una simple renuncia, equivale a una propuesta de terminación por mutuo acuerdo o un preaviso de ruptura posterior por decisión unilateral, según sus términos. Si es motivada, y de efecto inmediato, debe contener la invocación de la justa causa que induzca a presentarla. La renuncia 'irrevocable', como la de autos, fue apreciada por el sentenciador como preaviso legal para terminar el contrato cuando le fuera aceptada. El vocablo 'irrevocable' permite el entendimiento que le dio el sentenciador, y eso basta para que el 'error de hecho', si lo hubiera habido en verdad, no pudiera calificarse de 'evidente'.

"Pero hay más: el sentenciador refuerza su tesis con otras circunstancias que no son objeto de reparo por el acusador: 'El retiro de la denuncia del contrato no tiene la validez jurídica que le pretende incubar el demandante, ya que ha debido verificarse ante la persona con suficiente capacidad receptiva...' 'por otra parte, la entidad demandada, consciente del plazo de 30 días que establece la ley para trabajador denunciante, el mismo día del vencimiento de dicho plazo procuró por los medios que estimó pertinentes hacerle saber al ingeniero Melo la aceptación de su decisión de retirarse de la empresa. Si las circunstancias adjetivas que obran en el proceso, de no encontrarse el actor en su sitio habitual de trabajo, obligó a buscar procedimientos especialísimos, ello no tiene la virtud de restarle la validez jurídica que es necesario otorgar al documento requerido para la terminación legal de la relación de trabajo'. Y antes, al aludir al ocultamiento malicioso del ingeniero el día en que se cumplía el plazo del preaviso dado por él mismo y la entrega subrepticia a un subalterno de la nota con que pretendió invalidar la renuncia, había dicho el Tribunal: 'Es curioso, por decir lo menos que el actor se haya valido de subterfugios ante funcionarios de menor categoría para que le fuera recibida la manifestación escrita en donde retiraba la denuncia del contrato'. Los documentos y las declaraciones juradas en que se detallan los maliciosos movimientos del ingeniero Melo en esos días, tanto para fingir que el retiro de su renuncia 'irrevocable' había sido recibido por la empresa dentro de los treinta días del preaviso legal, como para impedir ser localizado para la entrega personal de la ratificación escrita de la aceptación verbal de aquella renuncia, comunicada por el Gerente desde 'el viernes 11 de este mes' (febrero de 1972) no son tampoco invocados en el cargo.

"En resumen: de los ocho supuestos 'errores de hecho', el primero (entender una 'renuncia irrevocable', como decisión unilateral del renunciante) ni es error, ni si lo fuere sería 'evidente'. El segundo envuelve una contradicción con el primero, y en ninguna parte, además, el sentenciador sostiene el mutuo consentimiento para la terminación del contrato de autos. El tercero, relacionado con los 'subterfugios' que el Tribunal critica y el ocultamiento del ingeniero a que también alude, se queda sin apoyo en las probanzas invocadas por el casacionista. El cuarto no se contrae a un hecho sino a un concepto jurídico. El quinto, el sexto y el séptimo no tienen conexidad con las únicas pruebas cuya apreciación por el sentenciador es objeto de crítica. El octavo sería la consecuencia de haber perdido el pleito, y no un hecho".

Para terminar, afirma:

"Pero aun si se tuvieran como evidentes los ocho pretendidos errores, no habrían inducido a la aplicación indebida de las normas sustanciales que el cargo cita, porque (con excepción del Decreto 2351 de 1965, que es aplicable exclusivamente en el sector privado pero no lo sería a un trabajador oficial como sostiene el recurrente que fue el ingeniero Melo) son peculiares del sector público, sin que se hayan invocado las normas ni las probanzas que caractericen como empresa oficial a la sociedad anónima demandada en el juicio".

La Sala considera

Los tres documentos que, con relación al despido, señala el impugnante como apreciados con equivocación rezan de esta manera:

"Electrificadora del Atlántico. Barranquilla. Enero 18 de 1971. Señor doctor Federico Lux, Gerente. Oficina. Estimado doctor: Por medio de la presente me permito presentar a usted renuncia irrevocable del cargo que como Director Técnico he venido

desempeñando en la empresa desde hace casi catorce años. Sea esta la oportunidad para agradecer las gentilezas y atenciones que se sirvieron brindarme durante todo el tiempo que laboré en la Electrificadora. Del doctor Lux muy atentamente, (fdo.) Luis Ignacio Melo. Director Técnico.

"DT-057-72- Barranquilla, febrero 18 de 1972. Señor doctor Federico Lux. Gerente Electrificadora del Atlántico. Ciudad. Estimado doctor: Con fecha 18 de enero de 1972, es decir hace más de treinta (30) días presenté renuncia del cargo que como Director Técnico de la empresa vengo desempeñando y no habiendo recibido comunicación alguna al respecto sobre su aceptación, me permito notificar a usted que retiro dicha renuncia quedando, de consiguiente, sin ninguna validez. En consecuencia continuaré como lo he venido cumpliendo y ejerciendo hasta la fecha, con las funciones y atribuciones del cargo de Director Técnico de esta empresa. Del doctor Lux muy atentamente, (fdo.) Luis Ignacio Melo M. Director Técnico. Electrificadora del Atlántico S. A. (fdo.) Aristides Altamar Sánchez, Jefe Depto. Archivo y Servicio. Recibido por (firma y sello) el día 18 de febrero de 1972 a las 8:50 a.m.

"Electrificadora del Atlántico. Barranquilla. Febrero 18 de 1972. Señor doctor Luis Ignacio Melo. Director Técnico Electranta. E. S. D. Nos vemos precisados a recordarle que el día viernes 11 de este mes comunicamos a usted verbalmente que su carta irrevocable de renuncia de fecha 18 de enero de este año, había sido aceptada por la Gerencia, pero que tal renuncia sólo se podría hacer efectiva dentro de un plazo razonable. Por la presente le ratificamos dicha aceptación y por lo tanto usted queda separado de su cargo con efecto inmediato. Atentamente, (fdo.). Electrificadora del Atlántico, S. A. Federico Lux D. Gerente. Entregada la presente personalmente al doctor Luis Ignacio Melo en la fecha, febrero 21 de 1972, a las 10:00 a.m. Electrificadora del Atlántico S. A. (fdo.) Aristides Altamar Sánchez, Jefe Depto. Archivo y Servicio C. C. Nº 804.889 de Bogotá".

Del 1º y del 3er. documentos resulta que el actor presentó renuncia irrevocable del cargo de Director Técnico de la demandada el 18 de enero de 1971 y que ésta, por su Gerente, le aceptó dicha renuncia el 18 de febrero siguiente. El segundo documento establece que con la misma fecha en que le fue aceptada la renuncia, el demandante manifestó su voluntad de retirarla.

La Sala considera, con el Tribunal, que tratándose de una renuncia irrevocable en que no se alega justa causal de rompimiento del contrato de trabajo por parte del trabajador (causal que correspondería probar a éste), su aceptación configura la terminación del contrato por mutuo consentimiento de las partes. Estas son las palabras del Tribunal al respecto:

"De tal manera que si la renuncia del trabajador se produjo con carácter de decisión unilateral por alguna causal determinada a su favor por el artículo 7º del decreto citado, para que tenga la fuerza capaz de producir la indemnización de perjuicios, es indispensable la demostración de la causal o motivo alegado, porque si la renuncia es con carácter simple, como antes se hizo referencia, al ser aceptada por el patrono, tiene virtud de terminar el contrato por el mutuo consentimiento aludido".

Sobre estas bases claras, el punto por decidir es el de si el retiro de la renuncia hecha por el trabajador, tuvo valor suficiente para dejar sin efecto la aceptación de esa renuncia, es decir, la terminación del contrato por mutuo consentimiento de las partes.

El Tribunal niega ese valor a la retractación dicha, de esta manera: "Es curioso, por decir lo menos, que el actor se haya valido de subterfugios ante funcionarios de menor categoría para que le fuera recibida la manifestación escrita en donde retiraba la denuncia del contrato. Y el Tribunal insiste en considerarla así, por tratarse de un contrato a término indefinido en que el trabajador puede darlo por terminado, mediante el aviso antelado referido (30 días de preaviso). Se pregunta: Es válida la carta del demandante en donde retira la denuncia? A juicio de esta Sala, y de acuerdo con los argumentos que se dejan escritos, el retiro de la denuncia del contrato no tiene validez jurídica que le pretende incubar al demandante, ya que ha debido verificarse ante la persona con suficiente capacidad receptiva (se subraya), como lo afirma la Corte Suprema de Justicia".

Vese, por lo tantó, que en el fondo lo que el sentenciador sostiene es que la carta de retiro de la renuncia no fue presentada ante quien poseía el poder para decidir sobre ella y que el actor "se valió de subterfugios ante funcionarios de menor categoría para que le fuera recibida la manifestación escrita en donde retiraba la denuncia del contrato".

Arguye el impugnante, según aparece de la transcripción respectiva de la demanda, que los documentos de retiro de la renuncia "se pusieron en conocimiento del Gerente por el conducto regular, y, por lo tanto, debidamente notificado" y que ese retiro "se verificó por escrito mediante el documento señalado, en la fecha y hora dichas, ante el Jefe del Departamento de Archivo y Servicios de la empresa, señor Aristides Altamar Sánchez, quien en constancia de haberlo recibido, lo suscribió con su firma y le estampó el correspondiente sello de la oficina".

Para dirimir este punto debe considerarse que la carta-retiro de la renuncia ostenta, con su sola lectura, dos aspectos diferentes: el primero es el referente a la persona a quien estaba destinada o dirigida: "Señor doctor Federico Lux, Gerente Electrificadora del Atlántico, Ciudad", y el segundo, es el que dice relación con el empleado al cual se entregó, Aristides Altamar Sánchez, quien firmó al pie de la misma con el sello correspondiente de "Jefe Departamento Archivo y Servicio", indicando que fue recibida por él, "el día 18 de febrero de 1972 a las 8:50 a. m."

El Tribunal tuvo en cuenta sólo el segundo aspecto y de allí dedujo que "es curioso, por decir lo menos, que el actor se haya valido de subterfugios ante funcionarios de menor categoría para que le fuera recibida la manifestación escrita en donde retiraba la denuncia del contrato", la que "no tiene la validez jurídica que le pretende incubar el demandante, ya que ha debido verificarse ante persona con suficiente capacidad receptiva, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia".

Pero del hecho de que el actor se hubiese valido del Jefe del Departamento de Archivo y Servicio para que le pusiese la nota de recibo de la carta, con señalamiento del día y hora en que la entregó, no puede deducirse que la persona a quien hacía saber su voluntad de dejar sin efectos su renuncia, careciese "de suficiente capacidad receptiva", porque la expresión de esta Sala: "capacidad recepticia", que aparece en sentencia de 6 de junio de 1965 (G. J. Nº 2281, Págs. 446 y ss.) se refiere al "pacto disolutorio (del contrato), cuando, sin revocación previa de quien la hace, es aceptada por la persona a quien va dirigida", (se subraya). Es preciso concatenar, pues, esa "capacidad receptiva" con la de aceptación de la renuncia o denuncia del contrato "por la persona a quien va dirigida", o sea, que ésta es la que debe tener el poder legal o estatutario para decidir sobre punto, a fin de que se produzcan los efectos jurídicos correspondientes. Y el mismo Tribunal lo entendió así cuando en otro aparte de la sentencia, dijo "...una y otra manifestación (la renuncia y un posterior retiro de ella) debe ser efectuada ante la persona que tenga capacidad suficiente para aceptarla o rechazarla" y cuando más adelante, asentó: "naturalmente que esta denuncia, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia en el fallo arriba transcrito, debe ser manifestada (subrava la Sala) ante quien tenga plena capacidad receptiva, y de la misma forma, la cancelación o retiro de dicha denuncia debe ser efectuada ante quien ostente esa misma capacidad", no obstante lo cual desestimó luego el hecho de que la retractación de la renuncia la expresaba el actor al Gerente de la empresa, a quien estaba dirigida la carta respectiva, para fijarse sólo en que fue entregada a un empleado subalterno, a fin de que dejase constancia de su recibo y del día y la hora en que se presentaba.

Es ostensible, pues, el error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar el mencionado documento, restándole validez jurídica por razón de la persona a quien se entregó físicamente y no en consideración a aquella a quien estaba destinado y que era la que requería "capacidad recepticia" para decidir sobre su contenido.

La segunda parte del cargo está encaminada a acusar la sentencia por no haber condenado al reajuste del auxilio de cesantía y a la indemnización moratoria; pero, fuera de lo expresado al analizar el primero sobre el citado reajuste, resulta que el casa-

cionista no muestra de qué manera incurrió el fallo sub judice en error de hecho respecto de la estimación del documento de folio 18, liquidación de las prestaciones sociales del demandante, pues se limita a afirmarlo sin dar demostración alguna de su aserto. Sobre el particular lo que dice es lo siguiente:

"También apreció el ad quem erróneamente el documento que obra a folio 18 del cuaderno Nº 1 por cuanto en él, contentivo de la liquidación de prestaciones sociales, no se establece que la empresa le hubiera pagado la totalidad de la cesantía por todo el tiempo servido. De no haber apreciado erróneamente tal documento, el ad quem hubiera condenado a la empresa al pago de esa prestación social y al de la indemnización moratoria, que al no hacerlo violó indirectamente por aplicación indebida el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945".

Vese, pues, que el censor se contenta con sostener la equivocada apreciación de ese documento, sin demostrarla, ya que no dice cómo en él dejó de cubrirse al actor "la totalidad de la cesantía por todo el tiempo servido", siendo así que la demandada expresa habérselo satisfecho en su integridad, lo que el sentenciador comparte, diciendo: "...y como al demandante le fueron canceladas sus prestaciones (se subraya) dentro del plazo requerido (90) días, no se hace acreedora la entidad demandada a la sanción moratoria correspondiente". Debió, por tanto, el recurrente establecer de qué manera no fue total el pago de esas prestaciones dentro de dicho lapso, a fin de que tuviera éxito su ataque.

Conclúyese de lo expresado, que prospera el segundo cargo en cuanto a la aplicación indebida del Código Sustantivo del Trabajo respecto de la terminación del contrato del actor, porque era, al producirse ella, trabajador oficial de una empresa de economía mixta, y por lo que hace al tercero, en lo relativo a la estimación de la carta por la cual el demandante hacía saber al Gerente de la empresa su voluntad de retirar la renuncia que le había presentado. Por estos dos aspectos se casará, en consecuencia, el fallo acusado, y, para los efectos de la sentencia de instancia, hace la Sala las siguientes

Consideraciones

Primera. El demandante ingresó al servicio de la Compañía Colombiana de Electricidad, Compañía privada, el 7 de septiembre de 1958, y al adquirir el Gobierno Nacional los bienes e instalaciones de ella, constituyó la Electrificadora del Atlántico S. A., empresa de economía mixta, según consta del certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla, visible a folio 47 y ss. del primer cuaderno, que substituyó a la primera, y en la cual continuó laborando el actor, sin solución de continuidad, hasta su retiro el 18 de febrero de 1972, como lo afirma el hecho 3º de la demanda y lo admite la empresa al contestarlo, diciendo: "El ingeniero Luis Ignacio Melo trabajó sin solución de continuidad, primero, para la Compañía Colombiana de Electricidad del 6 de septiembre de 1958 hasta el 31 de julio de 1962, y luego, para el Gobierno Nacional, representado por Electrificadora del Atlántico S. A., del 1º de agosto de 1962 hasta el 18 de febrero de 1972".

El período de servicios del actor comprende, pues, del 7 de septiembre de 1958 al 18 de febrero de 1972, ya que por virtud del fenómeno de la sustitución patronal, no se extinguen los contratos de trabajo, al tenor del artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 64 de 1946.

Segunda. El salario lo fija el actor en el mismo hecho en la suma de $ 15.321.52; la empresa, al responderlo, dice que "el sueldo básico del demandante al tiempo de su retiro era de $ 10.310.00"; pero en el documento que obra a folio 44 del primer cuaderno y que sirvió de base para la liquidación del auxilio de cesantía, aparece: "Total promedio mensual... $ 15.321.52". Como este documento y los otros en que consta dicha liquidación fueron acompañados por la Electrificadora del Atlántico a la contestación de la demanda, según puede verse en el literal h) de la parte respectiva de ésta, resulta probado que el sueldo promedio mensual del ingeniero Melo fue de $ 15.321.52.

Tercera. Sentados estos dos supuestos, se procede a estudiar si el actor tiene dere-

cho a indemnización por despido injusto y cuál es el monto de la misma.

Es indudable que presentó renuncia irrevocable del cargo de Director Técnico de la empresa el 18 de enero de 1972 y que ésta le manifestó por escrito, el 18 de febrero siguiente: "Nos vemos precisados a recordarle que el día viernes 11 de este mes comunicamos a usted verbalmente que su carta irrevocable de renuncia, de fecha 18 de enero de este año había sido aceptada por la Gerencia... Por la presente ratificamos dicha aceptación y por lo tanto queda usted separado de su cargo con efecto inmediato". Ocurre, sin embargo, que este mismo día aquél dirigió al Gerente de la demandada nueva nota en que le expresa: "...me permito manifestarle a usted que retiro dicha renuncia, quedando, de consiguiente, sin ninguna validez". Al pie de esta nota aparece una constancia de haber sido recibida "el día 18 de febrero de 1972 a las 8:50 a. m." por Aristides Altamar Sánchez, Jefe del Departamento de Archivo y Servicio de Electrificadora del Atlántico S. A., según firma y sello puestos allí mismo.

Este empleado rinde declaración a folios 121 a 123 del cuaderno número uno y sobre el punto a estudio, dice:

"Preguntado por la segunda pregunta, contestó: Como yo soy Jefe del Departamento de Archivo, la doctora Marina S. Melo, se presentó alrededor de las nueve de la mañana a mi oficina, cosa que me sorprendió puesto que ella nunca bajaba a la oficina mía para nada, puesto que cuando ella necesitaba algo, me llamaba a mí a su oficina, me presentó en ese momento dos (2) cartas para que yo como Jefe del Departamento le pusiera como constancia de recibo a la empresa de la citada carta. En ese momento yo no sabía de qué se trataba puesto que ellos, nunca utilizaban el archivo para estas diligencias, puesto que lo hacía directamente con la Gerencia, yo le puse el sello y lo firmé, por tratarse de la doctora Melo que era una alta empleada muy apreciada en la empresa. (En este estado el juzgado le pone de presente al declarante la carta que obra a folio 10 del expediente para que se sirva reconocer su firma) contestó: La carta que se pone de presente es la misma que yo le puse el sello y mi firma, señalando la hora y el día de recibo. Leída la aprobó. Preguntado por la tercera pregunta, contestó: Al recibir yo las cartas que me llevó la doctora de Melo, y como es mi trabajo de rutina puse las cartas en la casilla que conducen a la Gerencia las que retira el mensajero interno para su destino, aproximadamente a las diez y media de la mañana, después que el mensajero hizo su recorrido de repartir la correspondencia, subí a la oficina de la doctora para informarle que ya había enviado la carta a la Gerencia y no la encontré habiendo dicho la secretaria que había salido, al doctor Melo sí no lo vi en todo el día y tuve necesidad de subir para nada a la oficina".

De la citada constancia y de esta declaración resulta sin equívocos que lo que llevó a cabo el demandante fue establecer la prueba de que a las 8:50 de la mañana del 18 de febrero entregaba la carta dirigida al Gerente de la empresa por la que retiraba su renuncia del cargo de Director Técnico de la misma, carta que el deponente, Jefe del Departamento de Archivo y Servicio, introdujo, "como su trabajo de rutina", "en la casilla que conduce a la Gerencia", la que "retiró el mensajero interno para su destino". Se trata, pues, del procedimiento corriente de recibir y entregar correspondencia, lo que no cambia por el hecho de que el ingeniero Melo hubiese prescindido de tal procedimiento con su correspondencia como Director Técnico, "por miedo al empleado que yo tenía de secretario" y que lo era también del Sindicato, "puesto que no quería que se infiltrara nada a éste", según lo explica el mismo testigo al responder una pregunta del apoderado de la Electrificadora.

Resulta así, fehacientemente establecido, que el ingeniero Melo revocó su decisión de separarse del cargo el 18 de febrero y que la misiva correspondiente la entregó, para que fuera enviada a su destinatario, el Gerente de la Electrificadora, a las 8:50 de ese día.

En cambio, no aparece demostrado por la empresa, ni su afirmación de que desde "el día viernes 11 de este mes comunicamos a usted verbalmente que su carta irrevocable de renuncia, de fecha 18 de enero de este año, había sido aceptada por la

Gerencia...", ni el hecho de que esta nota fue efectivamente escrita ese mismo día, antes de que el Gerente se enterara de la de retiro de la renuncia. Y estos hechos correspondía establecerlos a la demandada como sustentantes de su defensa, a fin de desvirtuar la situación creada por el demandante con la presentación de su nota de retractación al Jefe del Departamento de Archivo y Servicio, que se analizó inmediatamente antes.

Corrobora lo anterior, el que la demandada, en la respuesta al hecho 8º de la demanda, y con relación a la citada presentación de la carta-retiro de la renuncia, manifiesta: "Mas, a la sazón, el señor Gerente ya había suscrito una carta para hacer efectiva la renuncia del doctor Luis Ignacio Melo", sin que hubiese hecho esfuerzo por establecer la realidad de esa aseveración, o sea, que al recibo de aquella carta, el Gerente "ya había suscrito" la que hacía efectiva la renuncia. Se limitó a sostener que esa misiva de aceptación no pudo entregarse inmediatamente por haberse ausentado el actor del sitio del trabajo. Pero el punto por demostrar no era el de cuándo recibió éste dicha misiva, sino el de que ya había sido aceptada la renuncia cuando llegó a manos del representante legal de la empresa la tantas veces indicada nota de retiro.

El dilema que surge de estos hechos es claro: cuando el ingeniero Melo introdujo su carta de retractación ya le había sido aceptada la renuncia o no. Si lo primero, el contrato terminó por mutuo consentimiento de las partes: la renuncia y su aceptación. Pero, si lo segundo, el Gerente no podía aceptar una renuncia retirada. Y no habiendo demostrado la demandada el primer término del dilema, es forzoso concluir que rompió unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo del actor, por lo que debe cubrir la indemnización fijada en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945.

Para graduarla ha de tenerse en cuenta que el actor era un trabajador oficial y que su contrato de trabajo se prorrogó, de seis en seis meses, entre el 6 de septiembre de 1958 y el 18 de febrero de 1972, según se explicó en el punto primero de estas consideraciones. De aquí resulta, que el último período anterior al retiro vencía el 6 de marzo de 1972, y como el despido se efectuó el 18 de febrero, faltaban 17 días para completarlo. El valor de tales días, de acuerdo con el último sueldo promedio de $ 15.321.52, determinado en el punto segundo de estas mismas consideraciones, es, por lo tanto, de $ 8.679.24, monto de la indemnización a que habrá de condenarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **casa parcialmente** la sentencia acusada en cuanto absolvió a Electrificadora del Atlántico S. A. del pago de indemnización por despido injusto, y, en sede de instancia, **revoca** por ese mismo concepto la dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla en este proceso, y, en su lugar, **condena** a dicha sociedad a pagar al ingeniero Luis Ignacio Melo la suma de ocho mil seiscientos setenta y nueve pesos con veinticuatro centavos ($ 8.679.24), como indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa comprobada de su contrato de trabajo. **No se casa en lo demás** la sentencia impugnada.

Sin costas en las instancias y en el recurso extraordinario.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio veintisiete de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

El apoderado de Luis Ignacio Melo dentro del proceso seguido por éste contra Electrificadora del Atlántico S. A., con base en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, solicita de esta Sala, "que mediante sentencia de adición o complementaria de la pronunciada, resuelva en la forma impetrada en la demanda, las peticiones referentes a la condena de indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo y de la indemnización moratoria..."

Para resolver, la Sala considera

El citado precepto es claro al determinar que el fallo adicional cabe "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 la temeridad o mala fe de las partes o de sus apoderados..." y ninguno de estos casos se presenta respecto del fallo con que la Sala decidió el proceso indicado.

En efecto, la petición sobre indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo fue resuelta y se impuso la condenación respectiva, de esta manera: "... condena a dicha sociedad a pagar al ingeniero Luis Ignacio Melo la suma de ocho mil seiscientos setenta y nueve pesos con veinticuatro centavos ($ 8.679.24), como indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa comprobada de su contrato de trabajo". En consecuencia, por este aspecto la sentencia no omitió "la resolución de cualquiera de los extremos de la litis".

Y por lo que hace a indemnización moratoria, no prosperaron los cargos con relación a este punto, como claramente lo dice la parte motiva de la sentencia, en virtud de lo cual la parte resolutiva del fallo cuya adición se pretende, establece: "no se casa en lo demás la sentencia impugnada" y entre los aspectos no casados se encuentra la absolución de la demandada por indemnización moratoria. Tampoco dejó de decidirse, pues, este extremo de la litis.

Con relación al artículo 311 del Código de Procedimiento Civil en que el peticionario se apoya, ha dicho la Sala de Casación Civil en sentencia de 31 de octubre de 1972, lo que se copia:

"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.

"2. 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 aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley' (Art. 305), el fallo es incongruente, ya sea porque en él se decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o porque más de lo pedido (ultra petita) o sobre menos de lo suplicado (mínima petita).

"Este yerro in procedendo puede repararse, generalmente, al través de los recursos de apelación y casación, desde luego que en nuestro sistema procesal impera también 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, el fallo incongruente por el aspecto dicho puede hoy ser adicionado por el mismo juez que lo profirió".

Y como la sentencia dictada en este negocio resolvió los dos extremos de la litis a que el memorialista se refiere, según se mostró arriba, no se cumple la hipótesis señalada en la norma aludida para que sea dable adicionarla.

Es cierto que lo que pretende el escrito en estudio es que la condena impuesta por concepto del despido injusto no está en consonancia con el alcance de la impugnación, que pidió que se graduara "en la cuantía que resultare probada", cuantía que es la establecida en la convención colectiva de trabajo glosada a folios 91 y ss. de los autos. Se observa, empero, que en ninguna parte de la demanda inicial del proceso se invocó dicha convención como aplicable al Director Técnico de la empresa, ingeniero Luis Ignacio Melo, ni se arrimó la prueba de que pertenecía al Sindicato pactante, o la de que éste agrupa a más de la tercera parte de la totalidad de los trabajadores de la empresa, o la de que, comprendiendo menos, el trabajador adhirió a la misma o ingresó posteriormente al Sindicato, que son las situaciones que dan lugar a la aplicación de una convención colectiva de los trabajadores de una empresa, los que, además, en el caso de autos, requerían la continuidad del servicio al Gobierno Nacional, según lo prevé el parágrafo 2º del artículo 3º de la convención invocada, único requisito que aparece demostrado respecto de demandante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No es el caso de adicionar la sentencia dictada en este proceso.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese y notifíquese.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CORRETAJE

Según el artículo 1341 del Código de Comercio el corredor tiene derecho a su remuneración cuando se celebra el negocio en que interviene.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

En escrito presentado ante el Juzgado Civil del Circuito de La Dorada, el 30 de enero de 1973, Lázaro Restrepo, con cédula de ciudadanía número 1.198.790 expedida en Manizales, demandó, por medio de apoderado, a Luis Felipe Ortiz Arango, mayor de edad y de aquel domicilio, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, se hicieran las siguientes o semejantes declaraciones y condenas:

"Primera. Que se declare que los señores Lázaro Restrepo y Luis F. Ortiz Arango se encuentran vinculados por un contrato de corretaje en virtud del cual el primero se comprometió a conseguir comprador para el predio rural llamado 'La América', ubicado en el municipio de Victoria, departamento de Caldas, lo mismo que para los ganados y demás pertenencias del mismo, todo de propiedad del segundo, predio que se encuentra alinderado y especificado en el hecho 1º de esta demanda, y sobre la base de una remuneración equivalente al tres por ciento (3%) del valor del precio de la venta que se acordare.

"Segunda. Que se declare que el demandante Lázaro Restrepo cumplió la gestión confiada al comprometer al señor Luis Eduardo González, en representación de la sociedad 'González Drews Limitada', domiciliada en Pereira, en la adquisición de dicho predio 'La América', sus ganados y demás pertenencias del mismo, en las condiciones exigidas por el demandado Luis F. Ortiz Arango, tal como quedó consignado en el contrato de promesa de compraventa celebrado entre los indicados Luis Eduardo González y Luis F. Ortiz Arango, que consta en documento privado suscrito en La Dorada, el veintitrés (23) de diciembre del año de mil novecientos setenta y dos (1972), cuya fotocopia autenticada por el señor Notario de este Circuito se anexa a la demanda.

"Tercera. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al demandado Luis F. Ortiz Arango a pagar al demandante Lázaro Restrepo la remuneración estipulada del tres por ciento (3%) sobre el precio acordado de la venta, que fue de un valor de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00), o sea, la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00), pago que deberá realizar dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo ordene.

"Cuarta. Que se condene al demandado al pago de las costas del proceso".

Como fundamentos de hecho el libelo expresó:

"1. El señor Luis F. Ortiz Arango, en esta ciudad de La Dorada, el pasado 31 de octubre de 1972, celebró un contrato de corretaje con el señor Lázaro Restrepo, en virtud del cual éste como intermediario se comprometió con aquél a buscar comprador para la finca rural denominada 'La América', ubicada en el municipio de Victoria, departamento de Caldas, en la vereda de Pontoná, y demás pertenencias y ganados efectos a la misma, todo de propiedad del primero, de las siguientes especificaciones: a) El inmueble de unas mil doscientas (1.200) hectáreas y con los linde-

ros generales siguientes: 'Por el oriente, con la quebrada del Neme y propiedad de los herederos de Jesús Arias hasta subir al alto de Juan Vainas y luego se sigue lindando con los mismos herederos de Jesús Arias hasta encontrar la colindancia con propiedad de los herederos de don Pepe Villa; luego se sigue con propiedad de dichos herederos, caño del Neme arriba lindando con los mismos Villa hasta encontrar el lindero de Cantamono, propiedad de Efraim Bravo, luego se sigue lindando con la misma propiedad Cantamono hasta llegar al rio Pontoná; luego se sigue río Pontoná arriba hasta encontrar la propiedad de Fernando Velasquez; luego se sigue lindando con esta última propiedad hasta encontrar otra vez el río Pontoná; luego se sigue Pontoná arriba hasta el puente de la carretera que conduce del kilómetro treinta a Victoria, de dicho puente se sigue lindando con propiedad de Daniel Molina hasta el lindero con la hacienda Los Caños; de aquí se sigue lindando con dicha finca Los Caños hasta encontrar la propiedad de Arturo Lizarazo; y luego se sigue lindando con dicha propiedad de Arturo Lizarazo, por una cañada abajo hasta el río Pontoná; luego se cruza el río Pontoná y se sigue lindando con el mismo Arturo Lizarazo hasta salir a la carretera que conduce al río Pontoná y luego se sigue por dicha carretera en dirección al kilómetro treinta hasta llegar al puente del Neme, punto de partida'; "b) Las siguientes cabezas de ganado vacuno: todas las vacas paridas, todas las crías de las mismas, todas las vacas horras, todas las hembras de levante y vientre, siete toros, y el resto hasta completar ochocientas cabezas, machos de levante de uno a dos y medio años; c) Veinte mulares y caballares, todos los muebles, enseres, maquinaria y equipo que actualmente prestan servicio en la hacienda.

"2. El señor Luis F. Ortiz Arango se obligó, a su vez, a pagarle al señor Lázaro Restrepo por la labor descrita en el hecho anterior una remuneración equivalente al tres por ciento (3%) del valor del precio de la venta que se acordara.

"3. El demandante Lázaro Restrepo, en desarrollo del convenio celebrado con el demandado Luis F. Ortiz Arango, inició conversaciones con don Luis Eduardo González, Gerente de la sociedad González Drews Limitada, domiciliada en Pereira, en cuya representación intervenía, y como consecuencia de ellas le mostró, entre el 10 y el 17 de diciembre del ano pasado la mencionada hacienda 'La America', pertenencias y ganados de la misma, para los fines de su gestion, acompanados del mayordomo de la hacienda, senor Carlos Echeverri.

"4. Despues de haber sido examinados el inmueble 'La America', sus ganados y pertenencias en la forma referida en el hecho anterior, en el apartamento del demandante en esta ciudad, situado en la carrera 4ª, entre calles 12 y 13, se reunieron con éste don Luis F. Ortiz Arango y don Luis Eduardo Gonzalez, el dia 20 de diciembre de 1972, con el fin de continuar conversaciones relacionadas con la venta del predio 'La America', sus ganados y pertenencias, durante un buen espacio de tiempo, y a proposito se cruzaron ofertas, contraofertas, propuestas, contrapropuestas, etc., tal como son usuales para esta clase de negocios. Don Luis F. Ortiz Arango luego se retiró a despedir unos parientes y a traer al lugar unos documentos referentes al inmueble objeto de venta.

"5. Más tarde, en el curso del día indicado en el hecho anterior y en el mismo apartamento del demandante, volvieron a reunirse los antes citados Lazaro Restrepo, Luis F. Ortiz Arango y Luis Eduardo González, ya en compania de don Tomás Valencia, a quien le pidieron algunos conceptos sobre incidencias tributarias. Hubo durante largo tiempo, tanto allí como en el café de la esquina de la calle 13 con carrera 4ª, nuevas ofertas, contraofertas, etc. relacionadas con la venta de la indicada finca 'La América', sus ganados y pertenencias, pues el objeto de esa reunión era el de continuar las conversaciones sobre la compraventa en mención.

"6. En desarrollo de su compromiso, el día viernes 22 de diciembre de 1972, el demandante Lázaro Restrepo, en compañía del demandado Luis F. Ortiz Arango, se trasladó a la hacienda Vega Grande, ubicada en las cercanías de la ciudad de La Dorada, perteneciente al señor Luis Eduardo González, en donde éste se encontraba, con el fin de continuar las conversaciones relacionadas con la venta de la finca 'La

América', sus ganados y pertenencias, habiéndose presentado al efecto ocurrencias similares a las narradas, ya que allí nuevamente fue tratado el tema de la compraventa anotada. Las conversaciones se desarrollaron en el curso del día referido entre los citados y ya por la tarde se convinieron las bases de la promesa de compraventa, las cuales fueron escritas y firmadas en papel común por don Luis F. Ortiz Arango y don Luis Eduardo González, en presencia y con la intervención del demandante.

"7. En la mañana del día sábado 23 de diciembre de 1972, se reunieron los señores Luis F. Ortiz Arango y Luis Eduardo González con don Lázaro Restrepo en la oficina de don Tomás Valencia de esta ciudad, situada en la carrera 2ª número 15-30, a quien confiaron la elaboración del documento de promesa de compraventa relacionado con la enajenación de la finca rural llamada La América, sus ganados y pertenencias, siguiendo en todo las bases del convenio suscrito en la finca Vega Grande, documento cuya copia autenticada por el señor Notario de este Circuito se anexa a esta demanda.

"8. El demandado Luis F. Ortiz Arango no cumplió con la obligación de otorgar la correspondiente escritura pública de venta de la finca La América, sus ganados y pertenencias, conforme lo había pactado con don Luis Eduardo González en la promesa de compraventa que suscribieron, referida en el hecho anterior, ya que no compareció para esos fines ante el Notario de este Circuito, en la oportunidad prevista en el contrato, ni en fecha posterior.

"9. Al no otorgar la escritura de venta de la finca 'La América', sus ganados y pertenencias, incumpliendo sus obligaciones, el demandado tuvo que pagar la sanción pecuniaria prevista en la promesa de compraventa en su cláusula séptima, esto es, la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00), pago que hizo al señor Luis Eduardo González, en representación de la compañía 'González Drews Limitada', de Pereira, en esta ciudad.

"10. El demandante Lázaro Restrepo llevó a cabo personalmente y por entero la gestión que le encargó el demandado Luis F. Ortiz Arango al comprometer al señor Luis Eduardo González, en representación de la sociedad 'González Drews Limitada', con domicilio en Pereira, en la adquisición del predio rural denominado 'La América', ubicado en el municipio de Victoria, departamento de Caldas, con sus ganados y demás pertenencias, en las condiciones exigidas por el demandado, tal como quedó consignado en el contrato de promesa de compraventa indicado en el hecho precedente.

"11. El demandante Lázaro Restrepo cumplió, pues, con las obligaciones derivadas del convenio que celebró con el demandado Luis F. Ortiz Arango, el que se describe en los hechos 1 y 2 de esta demanda.

"12. El demandado Luis F. Ortiz Arango se ha negado a pagarle a mi representado Lázaro Restrepo el valor de la remuneración ganada por su gestión, esto es, la suma de $ 150.000.00".

En derecho se invocaron los Decretos 456 y 931 de 1956; los artículos 74, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento del Trabajo; 11, 20 ordinales 1º y 8º, 1340 y concordantes del Código de Comercio; 8º de la Ley 153 de 1887 y las demás normas concordantes.

El demandado contestó la demanda, por medio de apoderado, así:

"Al primero: No es cierto como está redactado. Mi mandante autorizó al señor Restrepo, por escrito, para que mostrara su hacienda denominada 'La América', pero no para la muestra y posible venta de los semovientes.

"Al segundo: No es cierto. Mi mandante ofreció pagar al señor Restrepo una comisión, en caso de que se hiciera la venta del inmueble denominado 'La América', evento que no ha sucedido ya que el demandado sigue siendo propietario de tal bien.

"Al tercero: No es cierto como está redactado. El señor Restrepo sólo fue una sola vez al inmueble denominado 'La América', y mal podía mostrar semovientes ya que no estaba facultado para mostrarlos. Si lo hizo abusó de las facultades conferidas.

"Al cuarto: No es cierto como está redactado, ya que mi mandante tuvo varias conversaciones con González.

"Al quinto: No es cierto. Que se pruebe lo mismo que los anteriores hechos.

"Al sexto: Es cierto que mi mandante viajó a la hacienda Vega Grande, y el señor Restrepo lo hizo en calidad de acompañante de mi mandante, ya que se ofreció a acompañarlo, sufragando mi mandante los gastos de transporte.

"Al hecho séptimo: No es cierto como está redactado. La fotocopia se expidió sobre un ejemplar, por parte del señor Notario de La Dorada, sin que tal ejemplar fuera auténtico, las partes firmantes no habían hecho autenticar sus firmas. En el resto es cierto.

"Al hecho octavo: Es cierto, mi mandante convino con el promitente comprador, señor Luis Eduardo González, en no celebrar el contrato de compraventa, sometiéndose a satisfacer los términos de la transacción. El hecho, además, no es cierto como está redactado, pues la transacción con el señor González la hizo mi mandante días antes de vencerse la fecha pactada para celebrar el contrato de compraventa mediante el otorgamiento de la respectiva escritura. Si González compareció el doce de enero del presente año a la Notaría de La Dorada, lo hizo dolosamente, pues ya tenía en su poder los cien mil pesos que el señor Ortiz le había pagado antes para llegar a un acuerdo para no celebrar el contrato de compraventa.

"Al hecho noveno: No es cierto. Las partes contratantes señores Ortiz Arango y González, llegaron a un acuerdo de que el primero pagaba al segundo una cantidad de dinero, como lo hizo antes del doce de enero último, para efectos de no perfeccionar o ejecutar el contrato de promesa de compraventa, que entre otras cosas es un contrato que no genera traslación del dominio, sino simples derechos personales.

"Al hecho décimo: No es cierto. El señor Restrepo no hizo la gestión necesaria, pues si bien es cierto que González se obligó a comprar el inmueble denominado 'La América', no lo hizo en la fecha pactada, ni lo ha hecho. Pende, pues, la ejecución del contrato de compraventa que Ortiz Arango le encomendó a Restrepo. El solo compromiso de las partes no constituye la ejecución del mandato dado por Ortiz, pues no se ha vendido el inmueble.

"Al hecho once: No es cierto como está redactado. Aún sigue vigente el encargo que Ortiz le dio a Restrepo, pues el inmueble sigue en cabeza de Ortiz. Restrepo está autorizado para conseguir comprador para el inmueble, y tiene derecho, en caso de venta mediante su intervención, a recibir de mi mandante la comisión pactada. Hasta cuando este evento se produzca no puede exigir pago alguno.

"Al hecho doce: No es cierto. Restrepo no ha exigido pago alguno a mi mandante, y mucho menos lo ha requerido para que satisfaga una obligación que no existe. Por tanto no es cierto que se haya negado pues no ha habido cobro alguno".

Formuló, además, las excepciones de petición antes de tiempo e inexistencia de la obligación.

Tramitada la controversia, el juzgado del conocimiento, en sentencia de 30 de mayo de 1973, apreció que entre los litigantes había existido un contrato de mandato, conforme al artículo 2142 del Código Civil, para la venta del fundo 'La América', del demandado, la cual no se efectuó, pues las gestiones de Restrepo sólo lograron un contrato de promesa de compraventa, al que sus celebrantes acordaron no dar cumplimiento, con pago por el demandado de lo que había convenido en cláusula penal, y por todo ello no existía la obligacion de Ortiz de pagarle al demandante la remuneración señalada en un 3% del precio de venta, y para el caso de que ésta se efectuara por las gestiones del mandatario. En consecuencia, el a quo declaró probada esta excepción perentoria y absolvió al demandado de todas las peticiones del escrito inicial, y le impuso las costas al demandante Restrepo.

Apelada esta providencia por el apoderado del promotor de la litis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en la suya de 17 de octubre de 1973, la revocó declarando, en su lugar, no probada la excepción de petición antes de tiempo e inconducente la de inexistencia de la obligación y condenó al demandado Luis Felipe Ortiz a pagarle al demandante Lázaro Restrepo, la suma de $ 150.000.00 por concepto de remuneración por los servicios personales que éste le prestó a aquél. Impuso, además, las costas de ambas instancias a la parte demandada. La apreciación de fondo fue la de que, entre las partes,

existió un contrato de corretaje, conforme a los artículos 11, 20-8, 22 y 100 del Código de Comercio, y el señor Restrepo cumplió con todos los deberes de un corredor teniendo derecho, por sus servicios, a la retribución que le fue prometida, pues si la venta no se efectuó no fue por culpa suya sino del demandado.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de Ortiz, y habiéndoselo concedido el fallador ad quem y admitido la Sala, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso extraordinario

En un primer cargo, de la causal primera de casación laboral, persigue el quebranto de la providencia mencionada del Tribunal Superior de Manizales, para que, en su lugar, se absuelva a la parte demandada de las pretensiones del libelo inicial. Y en uno segundo, la casación para que se reduzca la condena del fallador ad quem.

Primer cargo

Acusa aplicación indebida, a consecuencia de errores manifiestos de hecho, de los artículos 1341 y 1342 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1622 del Código Civil; a través del artículo 822 del Código de Comercio, violación de los artículos 1530, 1536, 1541 y 1542 del Código Civil, que dejaron de aplicarse; y de los artículos 1592, 1594, 1595, 1600 y 1625, inciso primero, del mismo estatuto civil, todos los cuales el fallador dejó de aplicar "por la vía indirecta insinuada".

Los errores provinieron de la mala apreciación de la carta de 31 de octubre de 1972, dirigida por el demandado Ortiz al demandante Restrepo (Fl. 2, cuaderno 1º) por la que lo autorizaba para mostrar la hacienda 'La América' de su propiedad, "a la persona que esté interesada en comprarla" y le manifestaba que le reconocería, en caso de que se hiciera algún negocio, el 3% sobre el valor de la venta, documento que fue entendido por el fallador en el sentido de que el demandante Restrepo tenía derecho a ese porcentaje respecto de cualquier negocio que se llegara a celebrar con el inmueble, cuando él se refería concreta y precisamente a un negocio de compraventa del inmueble 'La América', por el cual se reconocería, en retribución de las gestiones de Restrepo, aquel porcentaje del 3% sobre el precio de venta. Agrega el acusador que esto se halla corroborado por el petitum de la demanda inicial, un planteamiento acogido por el demandado; por los testimonios de Luis Carlos Echeverri, Tomás Valencia Restrepo y Luis Eduardo González González y por las diligencias de interrogatorios de partes surtidas con demandante y demandado, pruebas de las que el Tribunal no supo captar lo que objetivamente indicaban.

Esos errores de entender que la autorización dada por Ortiz a Restrepo no fue específica para la celebración de un contrato de venta, sino para "algún negocio" relativo al inmueble señalado, y que la remuneración referida al precio de venta se causaba por la sola celebración de la promesa de compraventa determinó la condena del ad quem con violación de la ley, en incidencia que el recurrente expresa así:

"La repercusión que en el campo del derecho sustancial produjo el error de hecho que se deja demostrado, recae en primer término sobre el artículo 1341 del Código de Comercio, que vino a ser indebidamente aplicado. En efecto, dicho artículo consagra el derecho del corredor a la remuneración estipulada (inciso primero); pero en su inciso tercero, como condición de derecho para la existencia, y desde luego para la exigibilidad de tal derecho, establece que 'El corredor tendrá derecho a su remuneración en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga'. Inciso tercero que, interpretado a contrario sensu, significa claramente que cuando no se celebra el negocio objeto de la gestión encomendada al corredor, éste no tiene derecho a remuneración, lo cual se ve corroborado por el artículo 1342 del mismo estatuto en cuanto dispone que cuando no es celebrado el negocio encomendado, el corredor, salvo que se estipule otra cosa, sólo tiene derecho a que se le reembolsen las expensas que haya hecho por razón de la gestión que se le haya encomendado.

"Es decir, que si, como el Tribunal lo entendió, la gestión encomendada por Or-

tiz a Restrepo hubiera consistido en lograr la celebración de un contrato de promesa de venta con cualquier persona interesada en adquirir el inmueble 'La América', ningún reparo u objeción habría que hacerle por haber condenado al demandado a pagar la remuneración estipulada; pero como la verdad es que la gestión no consistió en eso, sino en la celebración de un contrato de venta, salta a la vista que no habiéndose llegado a formalizar esta operación, era equivocado darle aplicación al artículo 1341 del Código de Comercio, incisos primero y tercero, y condenar en consecuencia al demandado a pagar aquella remuneración".

Agrega el acusador que coincidiendo con la regulación legal del artículo 1341 del Código de Comercio, y según resulta de aquella carta de 31 de octubre de 1972, Ortiz condicionó su promesa de remunerar a Restrepo, por la gestión que le encomendaba, a la circunstancia de que la compraventa se llevara a efecto, pero como esto no ocurrió, según se sabe a ciencia cierta, se violaron también los textos reseñados en segundo término en la proposición jurídica que corre al comienzo de este cargo; que según jurisprudencia de la Corte, en Sala de Casación Civil, sobre la naturaleza jurídica del contrato de corretaje, quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede, en cualquier etapa anterior a la celebración del contrato objeto de la gestión, modificar sus pretensiones o resolver no adelantar el negocio o prescindir de los servicios del intermediario, y el corredor tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye y por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. (G. J. Nos. 2147 y 2153, Págs. 859 y siguientes y 13 y siguientes, en su orden); que, en otro pasaje del fallo recurrido, al apreciarse que la compraventa no se efectuó por culpa de Ortiz, quien incumplió culpablemente el contrato de promesa, el Tribunal pasó por alto el documento de folio 42 del cuaderno primero, que contiene la comunicación del Banco Industrial Colombiano de La Dorada, y el testimonio de Luis Eduardo González, pruebas que establecen que, con anterioridad al vencimiento del plazo para el otorgamiento de la escritura pública de celebración del contrato de compraventa prometido, o sea el 3 de enero de 1973, el prometiente vendedor Ortiz pagó a la sociedad prometiente compradora la suma de $ 100.000.00, pago que aquél hizo con el beneplácito de ésta para que el contrato prometido no se celebrara, por lo que no hubo incumplimiento del contrato de promesa, ni aplicación de cláusula penal, así se tratare de una cantidad igual a la fijada en ella, sino un "destrate" convenido por las dichas partes prometientes, incurriendo así el ad quem en este otro error de hecho manifiesto que condujo a la violación de las normas legales reseñadas finalmente en la proposición jurídica sometida a estudio de la Corte.

Por último, el acusador llama la atención de la Sala acerca de otro error jurídico, que contiene la sentencia y que consiste en que, mediante una interpretación equivocada del artículo 100 del Código de Comercio, que involucra además al artículo 22 del mismo estatuto, se llega a la conclusión de que todo acto que celebre una sociedad de responsabilidad limitada es mercantil y, por lo mismo, mercantil el contrato de promesa de venta de autos. De este error estima el recurrente que, aunque sin incidencia en casación, lo advierte para que sea objeto de rectificación doctrinaria, teniendo en cuenta la filosofía y el espíritu del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, inciso penúltimo.

El opositor, antes de replicar el cargo sintetizado, expresa algunas consideraciones relativas a que el error de hecho, en la casación laboral, sólo puede provenir de las pruebas que menciona el artículo 7º de la Ley 16 de 1969; que, además, él debe aparecer de modo evidente, pues el fallador de instancia tiene soberanía para la apreciación probatoria, formando su convicción conforme a los principios científicos; que cuando la sentencia se apoya en varios medios de prueba es necesario que el recurrente demuestre el error evidente respecto de todos ellos, con la incidencia en la parte resolutiva del fallo; que la demanda de casación debe declarar en cada uno de los cargos el alcance de la impugnación; que cuando se censura por error de hecho, la violación de la ley es indirecta y así debe indicarlo el recurrente; que la demanda que inició el proceso invocó como fuen-

te de sus pretensiones la existencia de un contrato de corretaje entre demandante y demandado y la objetividad de los hechos indica que se trata de un corretaje civil y si así fue se aplicaron por analogía las normas del Código de Comercio y la violación de éstas sería a través de los artículos 8º y 48 de la Ley 153 de 1887; y el recurrente no señaló como violados estos preceptos; que el Tribunal consideró que se trataba de un corretaje comercial y esto no fue materia de censura en casación; que según enseñanza de un tratadista nacional es de la esencia del contrato de corretaje una remuneración; que debe pagarse si existían razonables posibilidades de conclusión del contrato pero éste no se perfeccionó por capricho o culpa del comitente, y otro autor, —refiriéndose a la mediación del derecho italiano— corrobora que la simple estipulación del contrato preliminar equivale a conclusión del negocio; y que el poder que obra al folio 2 del cuaderno 3º se halla dirigido a los honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal, observación ésta que formula de modo marginal.

En cuanto al cargo primero de la demanda de casación el opositor manifiesta que él centra el ataque en un pretendido error de hecho, no precisado, en la interpretación de la carta de folio 2 del cuaderno primero, error que sólo trata de demostrar mediante razonamientos alejados de la objetividad procesal, en cuanto a la interpretación y no a la apreciación de ese medio de prueba; que para el Tribunal el contrato de corretaje se estableció con la confesión del demandado, en interrogatorio absuelto ante el juez, y en los testimonios sobre los servicios prestados por el demandante Restrepo, soportes probatorios que no fueron objetos de censura, a más de que el primero constituye plena prueba y el otro no puede ser objeto de ella en la casación laboral; que el Tribunal no cambió la situación objetiva materia de las pretensiones procesales, no le atribuyó un sentido distinto a los medios de prueba, ni emitió un juicio jurídico sin respaldo, sino que consideró que al haberse suscrito el contrato preparatorio habían culminado las gestiones del corredor y, por consiguiente, tenía derecho a su remuneración, por lo que no existe ningún error de hecho en la estimativa probatoria; que si el recurrente considera que ese derecho a la remuneración pactada sólo se tiene una vez que se solemniza el contrato preliminar, la cuestión es de puro derecho, y el cargo ha debido formularse por violación directa de los artículos 1340 y 1341 Código de Comercio, a través de los artículos 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, por interpretación errónea o por aplicación indebida, en forma independiente de la cuestión probatoria; que esto no se hizo así y el cargo está desviado. Mas arguyendo en esta dirección el opositor estima que el juicio del Tribunal no podía ser otro, tratándose de corretaje civil, pues la gestión culmina cuando se suscribe el contrato preparatorio, el artículo 1341 dice que el corredor tiene derecho a su remuneración en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga, él no puede concluir una compraventa de bienes inmuebles porque él no es mandatario sino simple intermediario, y su tarea es poner en relación a las personas para que celebren, no concluyan, un negocio comercial. En forma igualmente extensa alega acerca de que la autorización de autos no fue conferida con la condición suspensiva que afirma el recurrente, y que el demandado incumplió intencionalmente la promesa y decidió pagar la sanción pecuniaria.

Por todo lo cual solicita se rechace la acusación.

Se considera

1. La observación marginal del opositor acerca de que el poder conferido al abogado que sustentó el recurso de casación para estudiar en orden lógico los reparos técnicos de aquél fue dirigido a la Sala de Casación Penal de la Corte, significando, posiblemente con ello, que existe irregularidad procedimental, carece de toda incidencia pues habiéndosele dirigido a la Corte Suprema de Justicia, para negocio debidamente especificado de la competencia de esta Sala Laboral, en donde el dicho memorial fue presentado, se le entendió en su sentido obvio y produjo el efecto de personería a que estaba destinado, recibiéndosele así con eficacia legal, no protestada por la contraparte en ninguna oportunidad y no descalificable conforme a las regulaciones procesales pertinentes.

2. Al finalizar su primer cargo el recurrente le fijó su alcance, en la forma que ya fue reseñada. La Sala no exige, para el cumplimiento de ese requisito legal, ni un capítulo singular ni el empleo de palabras sacramentales, sino la expresión de que se case la sentencia objeto del recurso, total o parcialmente según la magnitud del ataque, y la de lo que deba hacerse en su lugar, requisitos que fueron cumplidos por el recurrente de autos al pedir el quebranto de fallo debidamente singularizado indicando, además, que para que, en su lugar, se absuelva a la parte demandada en el juicio de lo pedido contra ella, como también se relató, lo cual respecto de sentencia condenatoria por la cantidad que impetraba el demandante, y dentro de las razones del ataque, únicamente puede referirse a la casación total de la dicha providencia para que, en su lugar, se profiera la absolución igualmente solicitada, lo que, en el sub lite, tampoco es otra cosa que la confirmación de lo resuelto por el a quo. El requisito legal, pues, sobre el alcance de la impugnación fue cumplido, mediante las expresiones que le correspondían, como lo reconoció la Sala al dictar el auto calificador de la demanda de casación, y lo sigue estimando con ocasión del reparo formulado.

3. Aunque el cargo censurado sí expresa su condición indirecta, conviene precisar que el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo no registra ese vocablo, que es señalamiento de doctrina para distinguir las dos vías por las que puede acontecer la violación de la ley: la directa, por los tres conceptos que consagra el dicho texto y la indirecta, que se predica cuando aquélla proviene del material probatorio, en las formas que asimismo establece el precepto en cuestión.

4. El error de hecho en la casación laboral tiene la restricción que apunta el opositor, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Mas el ataque del recurrente versa en primer término, (se centra dice su contraparte) sobre la carta de folio 2 del cuaderno primero, que es documento auténtico e idóneo, por lo tanto, para los efectos de la acusación sustentada. Cierto que ésta menciona, además, prueba testimonial, que el dicho precepto no contiene; pero la jurisprudencia de la Sala que ha atendido a la necesidad de que se impugnen todos los soportes probatorios del fallo acusado —como lo reclama también el opositor en otros apartes de su censura— ha señalado que las pruebas "no calificadas" según aquel texto, deben ser objeto de acusación y serán estudiadas cuando se demuestre, en primer término, el error acerca de una prueba "calificada", esto es, el documento auténtico, la confesión judicial y la inspección ocular. Sobre este particular debe consultarse la sentencia de la Sala, de 6 de octubre de 1972, por la que el reparo actual no es atendible, habiéndose afirmado, en primer término, el ataque sobre documento auténtico. A más de que, como se verá, el asunto no es de error en la apreciación de la prueba testimonial.

5. Que el error de hecho ha de ser evidente es exigencia de ley y expresión constante de la doctrina y de la jurisprudencia. Mas esa calificación resultará del examen probatorio correspondiente. Y con ella lo que proceda para la prosperidad o no de la acusación.

6. Se la estudia, en consecuencia, por cuanto son infundados aquellos cuatro primeros reparos del opositor y verdadero tan solo el último, mas no para una descalificación ab initio sino en cuanto, por el estudio del cargo, se le encuentre no demostrado o sin evidencia.

7. La decisión de condena que impugna el recurrente obedeció a que, demostrados los servicios que prestó el demandante Restrepo al demandado Ortiz, conforme a un contrato que estimó de corretaje comercial, el Tribunal reconoció el derecho a la remuneración impetrada, de acuerdo con el documento de folio 2 del cuaderno primero del expediente, que autorizó a aquél para mostrar la hacienda de propiedad del otro, a quien estuviera interesado en comprarla, y ofreció reconocerle, "en caso de que se haga algún negocio", el 3% sobre el "valor de la venta".

La acusación no desconoce la realidad de los servicios prestados, en la forma como los reseña el fallador con base en el material probatorio, del cual destaca las declaraciones de Luis Carlos Echeverri, Tomás Valencia y Luis Eduardo González y la confesión del demandado al absolver el interrogatorio de parte que se le formuló. Y preci-

samente porque el ataque no desconoce esa realidad de los servicios, que se concretaron en mostrar la hacienda y acercar a los interesados hasta la celebración del contrato de promesa de compraventa de autos, ningún error tiene que formular al efecto acerca de esas probanzas, por lo que no es atendible el reparo del opositor acerca de que no se atacaron todos los soportes del fallo, ya que este de los servicios prestados se tiene por verdadero, y lo que se impugna es la consecuencia condenatoria, aun reconociéndolo tal, y por motivo que se considerará adelante.

De otra parte, la condena se afirma en contrato de corretaje mercantil, conforme a textos y consideraciones de este orden legal; luego la proposición jurídica sometida a estudio de la Corte, no necesitaba contener los artículos 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, como lo reclama el opositor en entendimiento de que se trata de un corretaje civil, pues no fue este el juicio del fallador, sino el señalado mercantil, en cuyo campo se sitúa el acusador para sostener que la decisión aplicó indebidamente los textos 1341 y 1342 del Código de Comercio, no por motivo directo, sino a consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación del documento auténtico de folio 2. Se rechazan así los reparos técnicos formulados por el opositor sobre estos puntos concretos del cargo primero.

Definidas así esas cuestiones, de unos servicios prestados por Restrepo, que admite el acusador, en contrato de corretaje mercantil, en cuyo campo se sitúa, la acusación se centra, como dice el opositor, y como en verdad hay que considerarla, en la apreciación del documento mencionado. (Apreciación que, por lo demás y para concluir con los reparos de carácter técnico, es la expresión pertinente de ley, sin que haya que distinguir, para el caso, entre ella y la interpretación, como lo reclama el opositor, pues de lo que se trata es de fijar el contenido de un documento, que se tiene legalmente como medio de prueba).

La pieza singularizada reza así:

"Por medio de la presente lo autorizo a usted para mostrar la hacienda 'La América', de mi propiedad, a la persona que esté interesada en comprarla.

"En caso de que se haga algún negocio, yo le reconozco el tres por ciento (3%) sobre el valor de la venta".

Claramente, la autorización que confiere esta carta, en su letra y en su sentido, es para mostrar la hacienda, de propiedad del demandado Ortiz, "a la persona que esté interesada en comprarla", esto es, en efectuar este negocio concreto, y la remuneración que se ofreció, por las gestiones que hiciera el demandante Restrepo a ese efecto, fue referida, de modo igualmente concreto, "al valor de la venta".

Sin embargo, el Tribunal entendió que por la expresión "algún negocio", que contiene ese documento, y por las diligencias cumplidas por Restrepo en razón de la autorización que recibió —y que llegaron hasta la celebración de una promesa de contrato entre su comitente y persona interesada en la compra de la hacienda— el demandado tenía derecho a la remuneración ofrecida por Ortiz, en cantidad, a que condenó, de $ 150.000.00, 3% del precio que convinieron los prometientes vendedor y comprador en el aludido contrato de promesa de compraventa.

Al apreciarlo así, el fallador incurrió, de modo manifiesto, en los dos errores que señala la acusación: el de entender que la remuneración se ofrecía respecto de cualquier gestión o resultado que no fuese concretamente el de la venta y, en el caso de autos, para el de la celebración del contrato de promesa; y el de que su cuantía estaba determinada por un 3% del precio que se fijó en el dicho contrato de promesa celebrado por su comitente y no, de modo específico, por el de la venta que efectivamente se efectuara. Hay, por lo tanto, apreciación ostensiblemente equivocada del documento en cuestión, porque se le entendió fuera de sus términos y más allá de su alcance, en forma que condujo a un reconocimiento, con aplicación del artículo 1341 del Código de Comercio a un caso que no lo reclamaba, pues en el de la litis no hubo venta ni precio de ella al cual aplicar el porcentaje ofrecido como remuneración.

8. Habrá de casarse, pues, el fallo impugnado para resolver, en sede de instancia, sobre las bases de los hechos indiscutidos y del derecho en que se les situó, más con apreciación ahora de la carta en cuestión

en la forma explicada, que no habiéndose efectuado el negocio de venta para cuya gestión como intermediario se autorizó al demandante Restrepo, no se ha causado la remuneración ofrecida, la cual, de otra parte, se refirió concretamente al "valor de una venta", esto es, al precio de la que se celebrara.

9. Se arguye, sin embargo, que la compraventa no se efectuó por culpa o decisión de Ortiz, quien prefirió pagar el valor de la cláusula penal convenida en la promesa de compraventa, y, en todo caso, sin culpa de Restrepo quien cumplió con las gestiones que le correspondían como intermediario, e inclusive sin que pudiese llegar a más que al acercamiento de los interesados en la compraventa para la celebración de la promesa tantas veces mencionada. Sobre estos particulares versan los demás apartes del cargo del acusador, y la Sala, en la función en que ya se encuentra por la prosperidad del recurso, los compendia y resuelve con las consideraciones de que, bajo el imperio del artículo 1341 del Código de Comercio, en que se define la controversia, el corredor tiene derecho a su remuneración cuando se celebra el negocio en que interviene, y no habiéndose efectuado aquí la venta para cuyas gestiones se autorizó a Restrepo no se causó la hipótesis legal. Conclusión que la jurisprudencia invocada por el recurrente comprende, en el caso de autos, la determinación de Ortiz de no celebrar la venta prometida —mediante "destrato" con su prometiente comprador o por pago de la sanción pecuniaria convenida— pues el criterio remunerador se ha fijado en la conclusión del contrato determinante, pudiendo, el comitente, antes de ella, resolver no adelantar el negocio o prescindir de los servicios del intermediario. Entiende la Sala, con apoyo en el artículo 1342 ibídem, que en estos casos, y a menos de estipulación en contrario, el corredor tiene derecho a que se le abonen las expensas que haya hecho: pero sin que, en el sub lite, proceda decisión alguna en esta dirección, pues ni para ello fue la acción instaurada, ni el proceso recoge prueba alguna sobre expensas.

10. El pronunciamiento de instancia, pues, confirmará la sentencia del a quo, que, aunque con apreciaciones distintas sobre la naturaleza del contrato que vinculó a los litigantes (la Sala ha tenido que situarse en la del corretaje mercantil, por ser la no impugnada en el recurso) y con afirmación, además, de que Ortiz no incumplió la promesa sino que existió convenio para no darle cumplimiento, con pago del valor de la sanción pecuniaria (asuntos que para la Sala no tienen incidencia, según el criterio jurisprudencial sobre el artículo 1341 C. de Co.) declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación y absolvió al demandado, como juzga la Corte, en este negocio, que ha de absolvérsele.

11. La prosperidad de este cargo primero releva del estudio del segundo que contiene la demanda de casación, encaminado a una reducción de la condena.

12. No procedía considerar el asunto final que sugiere el acusador en su cargo primero, planteado como sin incidencia en la casación, porque el inciso penúltimo del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil a cuyo espíritu y filosofía acude el recurrente, impone la correspondiente rectificación doctrinaria, en caso de motivación errónea, cuando la sentencia no se casa; y aquí la recurrida se ha quebrantado, por error manifiesto de hecho en la apreciación probatoria, pero con fundamento en la norma legal del Código de Comercio que aplicó el ad quem, en que se situó el recurrente.

13. En materia de costas se confirmará igualmente la decisión del juzgado que las impuso al demandante, a quien se impondrán las de la alzada, por haberla perdido.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen que se han señalado, y, en sede de instancia, confirma la de primera instancia, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de La Dorada, el 30 de mayo de 1973, en el juicio promovido por el señor Lázaro Restrepo contra el señor Luis Felipe Ortiz Arango, litigantes de las condiciones que registra este expediente.

Costas del segundo grado al demandante Restrepo. Sin costas en el recurso extraordinario.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL

Respecto de la prueba consistente en la resolución del Ministerio del Trabajo, que declaró ilegal el cese de actividades en el Sena, no es forzoso admitir, que por haberle servido al sentenciador para fundar en la falta de notificación de la misma la condena al lucro cesante, debió servirle también para condenar a cubrir indemnización moratoria, pues se trata de situaciones distintas: la primera, es la validez de tal resolución para despedir al trabajador y, la segunda, el que el instituto creyera que, declarado ilegal dicho paro, estaba facultado para prescindir de los servicios del trabajador. Lo cierto es que el demandado produjo el rompimiento del contrato, apoyado en una resolución de autoridad competente que declaraba ilegal la huelga. Si ante este hecho, el Tribunal dedujo buena fe en el patrono, no aparece que incurriera en error con carácter de manifiesto o evidente, como es el que se requiere para casar una sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Héctor Jamaica, mediante apoderado, instauró demanda ordinaria laboral contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), a fin de que se hicieran contra éste las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero. Reconocimiento y pago de las primas de servicios y la prima convencional correspondiente al término durante el cual prestó sus servicios en el año de 1967.

"Segundo. Bonificación correspondiente al 9.4% del sueldo, o sea la diferencia existente entre el aumento del sueldo que se le concedió a partir del 1º de enero de 1967 y el 15% del salario que devengó en el año de 1966.

"Tercero. Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, daño emergente y lucro cesante.

"Cuarto. Un día de salario por cada día de mora en el pago de los anteriores salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones.

"Quinto. Reconocimiento y pago de salario, trabajo nocturno y suplementario.

"Sexto. Continuación de liquidación de intereses al 4% mensual del préstamo hipotecario concedido, por haber sido despedido sin justa causa.

"Séptimo. Costas del juicio".

Como hechos fundamentales de esa pretensión sostuvo que el actor prestó servicios al instituto demandado, como instructor de contabilidad, desde el 1º de enero de 1963 hasta el 17 de mayo de 1967, en que fue despedido sin justa causa, a cuyo fin presenta las razones por las cuales juzga ilegal la Resolución número 773 de 15 de mayo de 1967, mediante la cual "el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declaró ilegal la suspensión colectiva de actividades realizadas por los instructores de los centros de la Seccional de Cundinamarca" (hechos 5º y 11) del citado instituto. Afirmó, además, que "el sueldo devengado por

mi poderdante fue de $ 2.900.00 mensuales fijos y con el promedio variable le dio un sueldo mensual de $ 3.455.14 en el último año de servicios".

El Sena respondió la demanda, diciendo: "a los hechos. No me constan y, en consecuencia, deberán ser demostrados. A las peticiones. Me opongo a que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, ya que carecen de todo fundamento jurídico". En la primera audiencia de trámite propuso las excepciones de "pago, compensación, inepta demanda, prescripción e ilegitimidad de la personería".

El juez del conocimiento, que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió la litis con sentencia de 31 de marzo de 1971, mediante la cual produjo las siguientes condenaciones:

"Primero. Condénase al instituto denominado 'Servicio Nacional de Aprendizaje Sena a pagar a Héctor Jamaica, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las siguientes cantidades:

"a) La suma de doce mil setecientos cincuenta pesos con cuarenta y dos centavos ($ 12.750.42), por concepto de indemnización por despido;

"b) La suma de un mil trescientos catorce pesos con ochenta y siete centavos ($ 1.314.87), por concepto de prima de Navidad.

"Segundo. Ordénase que el instituto demandado prosiga las liquidaciones de los abonos mensuales por cuenta del crédito otorgado al demandante, en la forma como lo venía haciendo antes del despido.

"Tercero. Absuélvese a la demandada de los restantes cargos formulados en la demanda.

"Cuarto. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

"Quinto. Costas en un cincuenta por ciento (50%) a cargo del instituto demandado".

Por apelación de ambas partes llegó el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que desató el recurso con fallo de 13 de diciembre de 1973, de la siguiente manera:

"Modifícase el numeral primero, en su literal a) de la sentencia materia de revisión, y, en su lugar se condena a la entidad demandada a pagar al actor la suma de $ 12.726.28 por concepto de indemnización por despido.

"2º Revócase el numeral tercero de la sentencia recurrida y en su lugar se condena a la entidad demandada 'Servicio Nacional de Aprendizaje Sena' a pagar al actor Héctor Jamaica la suma de $ 1.314.87 por concepto de prima convencional, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

"3º Confírmase en todo lo demás la sentencia apelada.

"4º Sin costas en esta segunda instancia".

El demandante interpuso el recurso de casación contra el fallo antedicho y, legalmente admitido, presentó por su procurador la correspondiente demanda, replicada en su oportunidad por el Sena, en la que solicita que la Corte "case parcialmente la sentencia recurrida y que como tribunal de instancia modifique la sentencia de primera instancia, despachando favorablemente la cuarta petición de la demanda, en el sentido de condenar a la entidad demandada a pagar a favor de mi poderdante un dia de salario por cada día de mora en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta que tal pago se haga, como indemnización moratoria".

Para conseguir este fin formula los cargos que se estudiarán en su orden:

El primero acusa la sentencia por "violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto ha debido aplicar el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 4º del Decreto 2127 de 1945 y 11 y 36 de la Ley 6ª de 1945".

Hace, para sustentarlo, algunas consideraciones sobre la aplicación del citado artículo 1º del Decreto 797 de 1949, especialmente en cuanto éste se refiere a "salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones", lo que no ocurre con el 65 del Código Sustantivo del Trabajo y sobre el hecho de que el demandante prestó sus servicios a un establecimiento público, por lo cual no podía aplicársele el último precepto.

Más adelante, agrega:

"Pero como últimamente la honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho que a pesar de que exista la norma clara para su aplicación es necesario establecer si como lo dice la sentencia materia de recurso si la entidad demandada 'con argumentos aducibles discutió dentro del juicio las causas para dar por terminada unilateralmente la relación laboral y si debe entenderse que no hubo mala fe para el pago de las primas de servicio y convencional de 1967...'.

"Al efecto, no es necesario demostrar la existencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba, ni errores de derecho, pero sí se deben analizar los medios probatorios para tal actitud de la entidad demandada".

En seguida, presenta en cinco numerales el análisis de la conducta del demandado, sobre todo respecto de la contestación de la demanda y de la inspección ocular, para sostener la ausencia de buena fe en aquél y la necesidad de imponerle la condena a indemnización moratoria.

El opositor responde diciendo, de una parte, que la proposición jurídica es incompleta, "porque no se acusa la totalidad de las normas que habían sido violadas, si fuera cierto que el Tribunal incurrió en ella" y luego pasa a referirse a los argumentos del recurrente sobre la conducta del instituto demandado en orden a sostener que procedió de buena fe.

La Sala considera

En primer lugar, no es de recibo la tesis del opositor respecto de falta de proposición jurídica completa, pues como lo único que busca el casacionista es la condena por indemnización moratoria, ésta resulta de los artículos que señala como infringidos, tanto por aplicación indebida del 65 del Código Sustantivo del Trabajo como por falta de aplicación de los artículos 11 y 36 de la Ley 6ª de 1945 en relación con el 1º del 797 de 1949 y el 4º del 2127 de 1945.

Mas, lo que ocurre es que el impugnante no señala en qué pasaje de la sentencia acusada se dio aplicación indebida al artículo 65 indicado y se dejó de aplicar el 1º del 797, pues lo que dicha sentencia sostiene es lo siguiente:

"**Indemnización moratoria.** (Petición 3ª de la demanda). "Por cuanto la entidad demandada con argumentos aducibles (sic) discutió dentro del juicio las causas para dar por terminada unilateralmente la relacion laboral, debe entenderse que no hubo mala fe para el pago de las primas de servicio y convencional de 1967. Se confirma la decisión absolutoria de primera instancia y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

Surge con claridad de lo transcrito que el juzgador no invocó norma alguna para proceder a absolver por el concepto reclamado y que la absolución la fundo en circunstancias de hecho atinentes a la buena fe del Sena, circunstancias que no pueden estudiarse en este cargo, formulado por la vía directa, ajena a cuestiones fácticas, no obstante que el recurrente las plantea también, contra la técnica de este recurso extraordinario, que no permite que en un mismo ataque y con relación a las mismas disposiciones, se acumulen la violación directa con la indirecta.

En consecuencia, no prospera.

El segundo, está planteado de la siguiente manera:

"**Acuso la sentencia** materia de recurso de violación indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación de la prueba, violando así el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 en relación con el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo, 4º del Decreto 2127 de 1945, 11 y 52 de la Ley 6ª de 1945, por errores de hecho en la apreciación de la prueba que llevaron al juzgador a aceptar que existieron "argumentos aducibles para discutir dentro del juicio las causas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, o la relación laboral, y que debe entenderse que no existió mala fe para el pago de las primas de servicio y convencional de 1967.

"**Disposiciones violadas y efecto de su violación.** Indirectamente fueron violados los artículos 4º del Código Sustantivo del Trabajo que indica que las relaciones de trabajo de los servidores del Estado y sus institutos descentralizados o empresas no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo sino por la legislación especial para cada caso. El artículo 4º del Decreto 2127

de 1945, que indica que los que prestan servicios a establecimientos públicos que desarrollan funciones que lo pueden hacer los particulares, están ligados por un contrato de trabajo con la administración. El artículo 11 y 52 de la Ley 6ª de 1945, este último sustituido por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por cuanto se establece que el que termina una relación de trabajo, y específicamente un contrato de trabajo, debe indemnizar a el otro contratante, y el último por cuanto establece que una vez terminado el contrato de trabajo se (sic) no se paga o se consigna ante autoridad competente el monto de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones adeudadas se debe pagar un día de salario por cada día de mora en el pago de tales salarios y prestaciones sociales, desde la terminación del contrato hasta que tal pago se haga. Los herrores (sic) de hecho en la apreciación de la prueba conllevaron al fallador de primera y de segunda instancia a absolber (sic) a la entidad demandada de la indemnización moratoria solicitada".

Para sostenerlo afirma que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación de "la Resolución número 0773 de 15 de mayo de 1967, por medio de la cual el Ministerio del Trabajo declaró ilegal la huelga de suspensión de actividades en el Sena por los instructores de Bogotá", porque "al analizar tal prueba acepta que no se notificó de la determinación del Ministerio a mi poderdante y tampoco se demostró que hubiera persistido en el cese de actividades. Entonces, agrega, si para la condena por lucro cesante no valió tal prueba, no puede decirse que existieron motivos para discutir la terminación del contrato en cuanto a su justa causa".

Procede luego a indicar como pruebas dejadas de apreciar: a) La contestación de la demanda sobre lo que dice, "ha debido apreciarse para concluir que no fueron presentados argumentos de defensa y que por lo tanto no se obró de buena fe, al no pagar el valor de las primas y la indemnización por lucro cesante"; b) "Excepciones", con relación a lo cual sostiene que "en la primera audiencia de trámite se presentaron, por presentar, excepciones, pero no se mencionas (sic) los hechos que las configuraron, no se relacionaron pruebas para su demostración, y por lo tanto, tampoco existieron argumentos para la actitud ilegal de terminación del contrato, ni para decir que de buena fe no se pagaron las primas, ni la indemnización moratoria"; "c) Carta de despido, respecto de la que dice que invocó artículos del Decreto 2351 de 1965 y del Código Sustantivo del Trabajo no aplicables al demandante".

Por último, bajo el numeral d), afirma que dejó de apreciar el juzgador la inspección ocular y "las posiciones absueltas por el demandado, el cual fue declarado confeso por no concurrir a las audiencias, en dos ocasiones, a pesar de haber sido primero citado personalmente y por segunda vez... por medio de emplazamiento". Y asevera: "En la inspección ocular se demuestra el no pago de las primas y en la confesión la no existencia de causa para la terminación unilateral del contrato de trabajo...".

El opositor replica, en primer término, con el mismo argumento sobre el ataque anterior, en el sentido de que "las disposiciones violadas... tampoco son la totalidad de las que regulan la materia...", aun cuando no indica cuáles debieron señalarse y no se precisaron, y, en segundo, hace diversas consideraciones para sostener la legalidad del fallo acusado.

La Sala considera

Respecto de la prueba consistente en la resolución del Ministerio del Trabajo, que declaró ilegal el cese de actividades en el Sena, no es forzoso admitir, que por haberle servido al sentenciador para fundar en la falta de notificación de la misma la condena al lucro cesante, debió servirle también para condenar a cubrir indemnización moratoria, pues se trata de situaciones distintas: la primera, es la validez de tal resolución para despedir al trabajador y, la segunda, el que el instituto creyera que, declarado ilegal dicho paro, estaba facultado para prescindir de los servicios del trabajador. Lo cierto es que el demandado produjo el rompimiento del contrato, apoyado en una resolución de autoridad competente que declaraba ilegal la huelga. Si ante este hecho, el Tribunal dedujo buena fe en el

patrono, no aparece que incurriera en error con carácter de manifiesto o evidente, como es el que se requiere para casar una sentencia.

En lo concerniente a las pruebas que se indican como dejadas de apreciar en los literales a), b) y c), y que incluyen en dicha calidad las "excepciones" propuestas, el impugnante deduce de ellas inferencias o indicios que a su juicio muestran mala fe del instituto demandado al negar los hechos de la demanda, al proponer excepciones y al citar en la carta de despido disposiciones legales no aplicables al trabajador. Pero, fuera de que por la naturaleza de esta prueba, el sentenciador no incurre en error manifiesto o evidente por dejar de deducir estos o aquellos indicios, el examen de este medio probatorio está excluido de la casación laboral por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

En cuanto a las dos últimas probanzas que indica también como no estimadas, sostiene: "En la inspección ocular se demuestra el no pago de las primas, y en la confesión la no existencia de causa para la terminación unilateral del contrato de trabajo, y por tanto, la no apreciación de estas pruebas llevaron al fallador a estas dos conclusiones: a no condenar al lucro cesante, violando la ley sustantiva mencionada antes artículo 1º Decreto 797 de 1949 (Art. 4º C. S. del T.). Artículo 4º Decreto 2127 de 1945, artículo 11 Ley 6ª de 1945 y a concluir para no hacer esta condena que existieron argumentos atendibles para discutir la causa de la terminación del contrato y por tanto buena fe para no pagar las primas".

Obsérvese cómo el recurrente, de una parte, se refiere al pago del lucro cesante, identificándolo con la indemnización moratoria, pues de otra manera no se entiende su planteamiento, ya que la sentencia acusada sí impuso condena por cuantía de $ 12.726.28 "por concepto de indemnización por despido", que es lo que legalmente se considera lucro cesante.

De otro lado, el casacionista se limita a enunciar que "en la inspección ocular se demuestra el no pago de las primas y en la confesión la no existencia de causa para la terminación unilateral del contrato de trabajo"; pero sin precisar en qué parte de dichos medios probatorios y de qué manera resultan demostrados sus asertos, siendo así que al impugnante en este recurso no le basta con afirmar determinados hechos como establecidos en esta o aquella prueba, sino que debe demostrar en qué forma aparecen ellos configurados en cada una de las mismas y que el sentenciador incurrió en yerro ostensible o manifiesto al no tenerlos por establecidos o al darlos por probados.

La casación no es una tercera instancia que permite a la Sala, de oficio, revisar las pruebas del proceso para saber si el censor está en lo cierto cuando se limita simplemente a expresar lo que él cree que se deduce de una probanza, sin intentar, al menos, la demostración de sus aseveraciones.

Tampoco resulta así el error evidente o manifiesto imputado en este punto a la sentencia acusada.

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 impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERRITORIALIDAD DE LA LEY

Sujetar al extranjero en Colombia, en todo caso, a la ley local y en cambio exigir que el colombiano en el extranjero no se rija por la ley local es perfectamente ilógico. Este sistema atenta contra un derecho esencial de las naciones, como es el de la igualdad jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintitrés de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El señor Pedro Ricardo Pérez P., por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra la empresa denominada "Viaçao Aérea Riograndense —Varig—" con la finalidad de obtener el pago de: cesantía, en dos períodos determinados, vacaciones, causadas y no disfrutadas, prima de servicios, indemnización por despido unilateral e injusto e indemnización moratoria.

Como hechos fundamentales de sus peticiones expuso el apoderado del actor los que se sintetizan a continuación:

Que prestó sus servicios como Gerente de la empresa "Real Sociedad Anónima a Transportes Aéreos", sociedad extranjera con sucursal domiciliada en Colombia, desde el 15 de febrero de 1960. Que por sustitución patronal continuó trabajando en el mismo cargo con "Viaçao Aérea Riograndense, Varig", en donde permaneció como Gerente en el aeropuerto en Bogotá, hasta cuando en 30 de marzo de 1965 por disposición de las directivas fue trasladado a Panamá, también allí como Gerente en ese aeropuerto.

Que durante su servicio en Colombia devengó un salario de tres mil ochocientos pesos ($ 3.800.00) mensuales y en Panamá quinientos cincuenta dólares americanos (US$ 550.00) mensuales, más una bonificación de un sueldo al año, lo que ascendió a quinientos noventa y cinco dólares con ochenta y tres centavos (US$ 595.83).

Que con fecha 15 de marzo de 1966 estando en Panamá en ejercicio de su aludido cargo, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo alegando un programa de reducción de personal y economía.

La parte demandada, luego de la tramitación de un incidente y declaratoria de nulidad de lo actuado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del demandante, aceptó los hechos primero y octavo. Negó otros y se remitió a la prueba en algunos, y presentó las excepciones de: inexistencia de la obligación y declinatoria de jurisdicción.

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento dio término a la primera instancia con fallo de veinte de mayo de mil novecientos setenta por el que resolvió de la siguiente manera:

"1º Condénase a la empresa Viaçao Aérea Riograndense 'Varig', debidamente representada en Colombia, a pagar a su extrabajador Pedro Ricardo Pérez Pérez, las siguientes sumas y por los conceptos que en cada caso se indican, una vez ejecutoriada esta sentencia:

"a) Por cesantía, la suma de $ 17.843.33;

"b) Por vacaciones, la suma de $ 5.250.00;

"c) Por prima de servicios la suma de $ 1.045.00;

"d) Por indemnización moratoria la suma de $ 46.866.66.

"2º Absuélvese a la empresa de Viaçao Aérea Riograndense del pago de la indemnización por despido.

"3º Declárase probada parcialmente la excepción de pago hasta por la suma de $ 26.624.43, la cual se deducirá del valor de las condenas anteriores.

"4º Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

"5º Costas a cargo de la parte demandada en un setenta por ciento (70%)".

Apelaron las dos partes litigantes de ese proferimiento del a quo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia de dieciocho de octubre de mil novecientos setenta y tres resolvió:

"1º Modificar el literal d) del punto primero del fallo apelado, y en su lugar dispone: Condénase a la empresa de Viaçao Aérea Riograndense 'Varig', debidamente representada en Colombia, a pagar a su extrabajador Pedro Ricardo Pérez Pérez, la cantidad de tres mil seiscientos setenta y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 3.673.34) por concepto de indemnización moratoria.

"2º Revocar el numeral 2º de la sentencia recurrida, y en su lugar dispone: condénase a la empresa demandada a pagar al demandante la cantidad de trece mil quinientos cincuenta y dos pesos con sesenta y dos centavos ($ 13.552.62), por concepto de indemnización por despido.

"3º Confirmar en todo lo demás el fallo apelado.

"4º Sin costas en la alzada".

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación la parte actora del juicio, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro del trámite indicado para ello presentó el recurrente su demanda y oportunamente también su réplica el opositor, por lo que con el examen de una y otra se procede a decidir.

La demanda

El casacionista señala el alcance de la impugnación así:

"Persigue la demanda la infirmación del fallo del Tribunal en cuanto ata las condenas por cesantía, vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria al salario devengado por el actor antes de su traslado a Panamá, en cuanto desconoce el tiempo de servicios cumplido por el señor Pérez en la ciudad de Panamá en virtud del traslado que ordenó la empresa y en cuanto desconoce también como base de la liquidación el último salario devengado por el actor con posterioridad a su traslado a Panamá, con miras a que, actuando la Corte como tribunal de instancia, se condene a la sociedad empresa de Viaçao Aérea Riograndense S. A. 'Varig' al pago de todas las prestaciones sociales, y a las indemnizaciones por despido unilateral y sin justa causa y por mora originada en el no pago oportuno de prestaciones, computando el tiempo servido y con base en el último salario mensual devengado por el demandante Pedro Ricardo Pérez en la última etapa de su contrato de trabajo, cumplida en la ciudad de Panamá".

La parte opositora glosa la presentación de este alcance e indica que debe rechazarse la demanda, por cuanto el impugnante no dice qué debe hacer la Corte con la decisión del a quo en caso de quiebra de la sentencia recurrida, para lo cual cita jurisprudencia de esta misma Sala.

Empero, se observa que, en este caso concreto, aun cuando es evidente que el censor no dice específicamente qué debe hacer la Sala con el fallo de primera instancia como consecuencia de la casación que impetra, sí expresa que la "Corte como tribunal de instancia" condene a la demandada, "al pago de todas las prestaciones sociales, y a las indemnizaciones por despido unilateral y sin justa causa y por mora..." De donde debe entenderse que solicita como resultado de la quiebra de la sentencia acusada, las reformas o revocaciones resultantes de tales pedimentos. Por ello se entra a examinar el cargo presentado.

Cargo único

"Acuso la sentencia por aplicación indebida del artículo 51, ordinal 4º, del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 53 del mismo Código, y por infracción directa, proveniente de falta de aplicación, de los artículos 1º, 18, 19 y 72 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 8º, 14 y 17

del Decreto 2351 de 1965 y de los artículos 65, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En efecto, por ostensible y manifiesto error de hecho, en que incurrió el Tribunal entiende que la orden de traslado a Panamá dada por la empresa a su empleado Pérez, para que continuara trabajando para ella en el aeropuerto de Panamá, comporta una licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador, que conforme al ordinal 4º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo suspendió el contrato de trabajo entre la empresa demandada y mi representado Pérez, y que al tenor del artículo 53 del mismo Código, debe descontarse del tiempo de servicios prestados por el trabajador.

"Sin dificultad se advierte en este razonamiento un verdadero malabarismo jurídico para bordear el análisis de fondo del fenómeno y llegar con el mínimo esfuerzo a una solución a la medida.

"El error de hecho resulta evidente si observamos que el mismo documento —la carta en que la empresa demandada le comunicó a su empleado su decisión de trasladarlo a Panamá— fue apreciada por el Tribunal de manera diametralmente opuesta.

"Para refutar la tesis de la sentencia del a quo de que el traslado ordenado por la empresa a la ciudad de Panamá envolvió un acuerdo bilateral de terminación del contrato, dijo el Tribunal:

Transcribe el censor un paso de la providencia acusada y continúa:

"...Cuál es por fin, en sentir del Tribunal sentenciador el alcance probatorio del documento que obra al folio 22 del primer cuaderno, según el cual la empresa trasladó al señor Pérez a Panamá?

"Una orden como lo sostiene para negar que hubo acuerdo de las partes para dar por terminado el contrato o una licencia temporal como inmediatamente después lo invoca para sentar la extravagante premisa de que hubo suspensión del contrato?

"Sin duda el Tribunal juzgó con acierto cuando lo calificó de orden, en la que el trabajador no tenía siquiera la posibilidad de aceptar o no 'el traslado' ni discutir el contenido de dicha orden pues los términos son perentorios.

"Significa lo anterior, que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al considerar el mismo documento como una licencia o permiso temporal, a la que fuera aplicable los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre causales de suspensión de la relación de trabajo.

"El error de hecho, que en este caso, aparece claro y evidente, llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 51, ordinal 4º y 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Consecuencia natural y lógica de la aplicación indebida de los mencionados ordenamientos legales, fue la violación directa en que incurrió el Tribunal, por falta de aplicación, de los artículos 19 y 72 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero de los cuales consagra el principio de la aplicación analógica de las normas que regulan casos o materias semejantes y el segundo, la aplicación de la ley colombiana, en materia de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a aquellos trabajadores enganchados colectivamente para que se trasladen a prestar servicios fuera del país.

"Resultaría aberrante que mientras un grupo de trabajadores contratados en Colombia para trabajar en el extranjero tengan derecho a todas las garantías laborales consagradas en la ley colombiana, el contrato celebrado y ejecutado en territorio colombiano con un solo trabajador no aparejara las mismas consecuencias, pues donde existe la misma razón, existe el mismo derecho. La tesis de la territorialidad de la ley, se refiere, como se deduce sin dificultad del texto del artículo 72 del Código Sustantivo del Trabajo, tanto a los contratos que se ejecuten en Colombia, como a los que se celebren dentro del territorio, cuanto más si el contrato celebrado dentro de nuestros límites territoriales se ejecuta en su mayor parte dentro de la jurisdicción colombiana. Obviamente, nuestro estatuto laboral nada tiene que ver con contratos celebrados fuera del territorio que a la vez hayan de tener ejecución en el exterior.

"Si así no fuera, si la tesis de la 'suspensión temporal' de que habla el Tribunal sentenciador cuando hace mención de la licencia o permiso temporal para separarse del servicio, tuviere un ápice de seriedad, o fundamentación tendríamos que lle-

gar al extremo aberrante, que repugna a todo sentido de lógica y buen juicio, de que cuando un empleado sale al exterior en cumplimiento de sus funciones de empleado se produce una suspensión de su contrato de trabajo, por cuanto los servicios se prestan en ese lapso fuera de nuestras fronteras patrias.

"Quebrantó pues el Tribunal el artículo 19 del Código Sustantivo al no aplicar al caso controvertido, el principio consagrado en el artículo 72 del mismo Código que regula los derechos de los trabajadores contratados en Colombia para prestar servicios fuera del país, que es materia semejante a la controvertida en el juicio.

"Por la misma causa, también violó el Tribunal, los artículos 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, que consagran los derechos a la indemnización por despido injusto y a la cesantía y vacaciones de los trabajadores, señalando el salario básico que debe regir en la liquidación de ellas. Y quebrantó asimismo los artículos 65, 246 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, al dejar de aplicarlos al caso controvertido, ya que conforme a ellas el señor Pérez, tenía derecho a la indemnización moratoria, liquidada con base en el último salario devengado que fue el último salario percibido en Panamá lo mismo que a la cesantía, vacaciones y prima liquidados con base en el mismo salario".

Conclusiones

"Establecido que el fallo vulnera claramente normas sustantivas, tanto por aplicación indebida como por una infracción directa, con todo respeto solicito a esa honorable corporación que lo declare infirmado y que al decidir en instancia, se profiera condena contra la sociedad demandada en los términos impetrados en el libelo de demanda..."

La parte opositora advierte que el cargo en examen adolece de defectos técnicos fundamentales, toda vez que se hace derivar la infracción directa de las normas sustanciales que invoca el recurrente, de errores de facto y además que, los preceptos que indica como no aplicados sí lo fueron expresamente por el ad quem de donde ha debido referirse en el ataque a aplicación indebida y no a infracción directa.

Se estudia

Como quiera que el casacionista presenta el ataque, en primer término porque considera que el ad quem aplicó indebidamente los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, y en segundo lugar porque según él, "como consecuencia natural y lógica de la aplicación indebida de los mencionados ordenamientos legales" ocurrió la infracción directa de los preceptos que específicamente relaciona, cabe examinar en el mismo orden la sentencia materia del recurso.

Al respecto dijo el fallador de segunda instancia:

"...Estima el Tribunal en el caso sub lite, que previamente a la decisión sobre el régimen legal aplicable a la controversia, es necesario establecer, previo examen de la situación fáctica, si a la luz del derecho laboral existieron dos relaciones jurídicas contractuales diferentes, una en Colombia y otra en Panamá, y determinar si evidentemente se operó un simple traslado del trabajador de Colombia a Panamá o si por el contrario, no hubo tal traslación sino que terminó un contrato de trabajo en Colombia para dar nacimiento a una nueva relación de trabajo en Panamá.

"Consta en autos, por aceptación de la parte demandada al hecho primero del libelo demandatorio, que el actor fue contratado por una empresa extranjera con sucursal domiciliada en Colombia (fl. 72). Asimismo, obra en el proceso una carta original suscrita por el señor Benito López Uribe, quien afirma actuar como "Representante General" de 'Varig', en la cual le comunica al señor Pedro Ricardo Pérez lo siguiente: 'Con gran satisfacción me permito comunicarle que la empresa ha tenido a bien nombrarle a usted Gerente de aeropuerto con sede en la ciudad de Panamá. En consecuencia de lo anterior usted deberá trasladarse a Panamá en nuestro vuelo 810 de abril 8 y presentarse en la oficina del señor Guillermo Goff, el día viernes 9, a fin de coordinar lo necesario para que esté al frente de su cargo a partir del día 10, fecha en la cual deberán estar en

su poder todos sus implementos de trabajo, a fin de que sus labores se desarrollen sin tropiezo alguno. Al Departamento de Contabilidad, por copia de la presente, se le autoriza para que entregue a usted viáticos por siete días a razón de US$ 12.00 por día. El sueldo que usted devengará será el de US$ 550.00 a partir de la fecha en que empiece a laborar en la ciudad de Panamá. No está por demás manifestarle que el traslado de todos sus enseres será por cuenta de esta empresa' (fl. 22). Esta comunicación a juicio de la Sala, demuestra con meridiana claridad que la entidad empleadora en ningún momento quiso decir, ni expresa ni tácitamente, al trabajador demandante que lo invitaba a poner de común acuerdo término al contrato de trabajo existente en ese momento, es decir en la fecha de la misiva —marzo 30 de 1965— pues ni siquiera le insinúa la posibilidad de aceptar o no la orden de traslado ni discutir el contenido de dicha orden, pues los términos son perentorios ya que se le impone la obligación de 'trasladarse a Panamá... etc.' y de 'presentarse' a la oficina del señor Guillermo Goff el día viernes 9 a fin de coordinar lo necesario para que esté al frente de su cargo a partir del día 10, fecha en la cual deberán estar en su poder todos sus implementos de trabajo, a fin de que sus labores se desarrollen sin tropiezo alguno'. No cabe duda, pues, de que se trata de órdenes dadas claras y específicas de la empresa al trabajador, que desechan la posibilidad jurídica de asimilación al fenómeno de la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento; aquí el patrono es quien está imponiendo su voluntad e intención de que la subordinación jurídica se cumpla a través de las órdenes impartidas, por manera que como lo estimó el juez a quo, se trata de un simple traslado del trabajador a otro país ordenado por la empresa empleadora. La mutación de condiciones salariales y de cargo o de funciones como las anuncia la comunicación de folio 22 en comento, en manera alguna tipifican una nueva relación de trabajo entre las partes.

"Ahora bien, otra pieza fundamental dentro del proceso para examinar la situación fáctica de las partes en este asunto, es la carta de folio 28 dirigida por el señor Benito López Uribe, quien se suscribe "Representante General para Colombia, Panamá y Ecuador" de la empresa Varig, al actor Pedro Ricardo Pérez comunicándole la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo, en los siguientes términos: 'En confirmación a nuestras conversaciones, me permito comunicarle por medio de la presente, la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo que rige en Panamá, efectivo a partir de la fecha'. Y en cuanto a la causa invocada, dice la misiva: 'Como es de su conocimiento, esta determinación se lleva a cabo en cumplimiento del programa de reducción de personal y economía que ha dictado la empresa'. Luego, a propósito de la liquidación de las acreencias laborales, se le informa al destinatario de la comunicación de la empresa, lo siguiente: 'Con copia de la presente al Departamento de Contabilidad local, se hace expresa la correspondiente autorización para que sean liquidadas las prestaciones sociales que le corresponden de acuerdo con las leyes laborales de Panamá y hacer su entrega de conformidad con las mismas. En cuanto a la liquidación de las prestaciones sociales causadas durante el tiempo de labores cumplidas en la República de Colombia, me permito comunicarle que he dado las instrucciones del caso a efecto de que éstas le sean entregadas en Colombia, también de acuerdo a las leyes laborales de dicho país'. Y concluye la empresa demandada la comunicación al trabajador demandante afirmando aún más la característica de traslado que había tenido el acto de la empresa concretado en la carta de 30 de marzo de 1965 (fl. 22) con los términos finales de la carta de terminación de contrato laboral de folio 28 que se viene examinando: 'Es entendido además, que la empresa proporcionará a usted, a su familia inmediata, así como para sus efectos personales, su correspondiente traslado a Colombia'.

"Cuanto a las posiciones absueltas por el señor Benito López Uribe en su condición de Representante legal de la demandada, se destaca que el absolvente dijo ser en el momento de la diligencia, Representante General de la empresa de Viaçao Aérea Riograndense, Varig, para Colombia y

Ecuador mas no para Panamá. Asimismo se establece con esta prueba, que el absolvente afirmó ser cierto que en 30 de marzo de 1965 tenía la calidad de Representante de la empresa de Viaçao Aérea Riograndense, Varig, para Colombia, Panamá y Ecuador, pues así se infiere de la respuesta que dio a la segunda pregunta en los siguientes términos: 'Sí es cierto y aclaro: Que yo soy el Representante de la casa matriz de mi compañía en Río de Janeiro tanto en Panamá, Colombia como en Ecuador pero cada una de estas oficinas en los distintos países mencionados funcionan independientemente la una de la otra'. Mediante este mismo elemento probatorio se estableció la sustitución patronal que existió con el paso de los empleados de la empresa Real Sociedad A. Transportes Aéreos a prestar servicios a la empresa de Viaçao Riograndense, Varig, cuando a la pregunta respectiva dijo: 'Sí es cierto' (fl. 104). También en lo que hace relación a la continuidad o no en la prestación de servicios, fue claro en afirmar el absolvente a la octava pregunta del siguiente tenor: 'Cómo es cierto, sí o no, que el señor Pedro Ricardo Pérez continuó prestando sus servicios a la empresa Varig hasta la fecha de su despido ocurrido el día 15 de marzo de 1966?, lo siguiente: 'Sí es cierto y aclaro: Que el señor Ricardo Pérez trabajó en Colombia mediante contrato celebrado entre las partes elaborado en Colombia de acuerdo con las leyes colombianas y totalmente independiente de su contrato para las prestaciones de sus servicios en la República de Panamá'.

"Con la inspección ocular (fls. 129 a 132) se estableció lo atinente a la situación de 'Real S. A. Transportes Aéreos' a empresa de 'Viaçao Aérea Riograndense S. A. Varig Real S. A. Transportes Aéreos'.

"De conformidad con los elementos instructorios precedentemente examinados y con fundamento en las nocios doctrinales y jurisprudenciales expuestas al comienzo de la motivación de esta resolución judicial, el Tribunal concluye prima facie que en el presente caso se efectuó un típico traslado del trabajador colombiano a la ciudad de Panamá pero sin que la traslación, a juicio de la Sala, comporte la prolongación del status jurídico laboral del trabajador como la continuación del contrato de trabajo en el extranjero, ya que por virtud y efecto del principio de la territorialidad aplicable de preferencia en nuestra legislación de trabajo por mandato legal (Art. 2º del C. S. del T.), el simple cambio de domicilio laboral de un país a otro produce que ipso iure el operario quede bajo el imperio de la legislación laboral foránea. Ahora bien, en cuanto al contrato laboral que venía rigiendo las condiciones de trabajo anteriores al traslado al exterior, en el entendimiento de la corporación, no sufre otro efecto que el de una suspensión por cuanto cesan durante este tiempo todas sus cláusulas y efectos, se interrumpen la prestación de servicios y el pago de salario al empleador del país de origen para dar paso a la ejecución de labores y percepción de remuneración del patrono extranjero. Y en lo atinente a la ubicación del evento en las causales que la ley de trabajo colombiana trae, es decir, el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, encaja perfectamente en la del ordinal 4º enunciada así: 'Por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador...', pues atendiendo a la intención de la empresa al disponer el traslado del trabajador a otra empresa o a otro establecimiento comercial, filial o sucursal o agencia en el exterior, no puede inferirse de tal conducta la terminación unilateral del contrato de trabajo, ni tampoco por la aceptación del traslado de parte del trabajador puede con lógica, inferirse un acuerdo para terminar el contrato laboral o sea la terminación por mutuo consentimiento a que se refirió el juez a quo. Evidentemente, aunque este caso del traslado del trabajador a otro país a prestar servicios no tenga la apariencia de una orden patronal, realmente se trata de una autorización del empleador al trabajador para la prestación de unos servicios temporalmente sin que ello signifique la extinción del contrato laboral con la empresa que concede la licencia o autorización para trabajar en otra parte eximiéndose a su vez de las obligaciones laborales ajenas al contrato durante la permanencia del operario en el extranjero y en los términos del artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo sobre los efectos de la suspensión" (Se subraya).

Observa esta Sala de la Corte que, de las pruebas que el Tribunal examina, es decir; contrato de trabajo "...por aceptación de la demandada de donde resulta que el actor fue contratado por una empresa extranjera con sucursal en Colombia" carta de comunicación de que el señor Pérez fue nombrado como Gerente de aeropuerto en Panamá, carta de despido, posiciones absueltas por el señor Benito López Uribe, Representante legal de la demandada e inspección ocular, deduce el ad quem que se efectuó un traslado del señor Pérez, de Colombia a Panamá, pero sin prolongación del status jurídico del trabajador. Y de tales probaciones, principalmente de la carta de comunicación del nombramiento para Panamá, concluye que hubo autorización o licencia del empleador al empleado para prestación de sus servicios en el exterior, y por tanto estimó aplicable el ordinal 4º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los efectos determinados en el artículo 53 ibídem.

Conviene anotar aquí que, el fallador de segunda instancia expresa conceptos contradictorios en la presentación de sus apreciaciones probatorias, toda vez que, al comienzo del análisis dice que la parte demandada, con aquella carta de nombramiento, impartió una orden de traslado al trabajador de carácter perentorio cuando expone: "... aquí el patrono es quien está imponiendo su voluntad e intención de que la subordinación jurídica se cumple a través de las órdenes impartidas...", mientras que más adelante puntualiza:

"... Evidentemente aunque en este caso del traslado del trabajador a otro país a prestar servicios no tenga la apariencia de una orden patronal, realmente se trata de una autorización del empleador al trabajador para la prestación de unos servicios temporalmente sin que ello signifique la extinción del contrato laboral con la empresa que concede licencia o autorización para trabajar en otra parte..." (hasta aquí el Tribunal).

Empero, en conformidad con la carta transcrita en uno de los pasos de la sentencia acusada, carta de fecha 30 de marzo de 1965 (fl. 22) se desprende que, la empresa "Varig" decidió nombrar al señor Ricardo Pérez como Gerente del aeropuerto en Panamá, por lo que el Representante General le manifestó su satisfacción por ese nombramiento, le indicó el número del vuelo y la fecha para su viaje a Panamá, le dice que debía presentarse el día viernes 9 (se refiere a abril de 1965) a la oficina del señor Guillermo Goff, para que el 10 estuviera frente a su cargo. Le comunica además que se le señalaron doce dólares diarios de viáticos durante siete días y que su sueldo en Panamá sería de quinientos cincuenta dólares (US$ 550.00). Le advierte que el traslado de sus enseres sería por cuenta de la empresa y le desea éxitos en su nuevo cargo.

Esa misiva claramente contiene la noticia de ese nombramiento y las aludidas advertencias, pero en ninguna parte se hace alusión ni sugerencia siquiera, a licencia o autorización del empleador al empleado para que se traslade a trabajar al vecino país.

Ahora bien, de la contestación de la demanda y de la respuesta dada por el señor Benito López Uribe en posiciones, la cual fue copiada igualmente en la sentencia en estudio, se desprende que: para la empresa el señor Pérez trabajó: "... mediante contrato celebrado entre las partes elaborado en Colombia de acuerdo con las leyes colombianas y totalmente independiente de su contrato para la prestación de sus servicios en la República de Panamá".

Y de la carta de 15 de marzo de 1966 (fl. 28) fechada en Panamá, transcrita asimismo en la sentencia, se le comunica por la empresa "Varig" al señor Pérez que aquélla da por terminado el contrato que regía en Panamá, y dispone al Departamento de Contabilidad de ese lugar la liquidación de las prestaciones que le correspondían al señor Pérez de acuerdo con las leyes de ese país, indica que, en cuanto a las prestaciones causadas durante el tiempo servido en Colombia dio las instrucciones para su liquidación de acuerdo con las leyes de esta República.

Entendió pues la empresa, que se trató de dos contratos diferentes, uno celebrado en Colombia bajo el régimen legal colombiano y otro distinto en Panamá bajo la legislación de ese país, sin continuidad por lo tanto del status jurídico inicial, que de

otra parte tampoco aparece acordado entre las partes.

Si pues el señor Pedro Ricardo Pérez a sugerencia del mismo comunicada a la empresa por medio de carta de febrero 20 de 1965 (fl. 45) fue designado por la empresa "Viaçao Aérea Riograndense" "Varig" para desempeñar el cargo de Gerente en el aeropuerto de Panamá, con una remuneración de quinientos cincuenta dólares (US$ 550.00) mensuales a partir del 10 de abril de 1965, y en conformidad con las pruebas aportadas al proceso, el nombrado aceptó el cargo puesto que se trasladó a Panamá y desempeñó allí sus funciones hasta el 15 de marzo de 1966, ese nombramiento seguido de la aceptación y de su subsiguiente desempeño, significan que hubo entre las partes una voluntaria ruptura del vínculo laboral que las ligaba mediante contrato de trabajo celebrado en Colombia, para dar paso a una nueva relación de trabajo entre las mismas partes pero en el vecino país de Panamá, con remuneración en dólares americanos y bajo la legislación de ese Estado.

No aparece como lo pretende el Tribunal ninguna autorización o licencia de la parte patronal al trabajador, para que pudiera tener lugar la suspensión del contrato celebrado en Colombia. Tal conclusión la hace derivar el ad quem del contenido de esa carta-nombramiento que no lleva ni puede llevar implícita tal licencia o autorización cuando la determinación del nuevo nombramiento, cambió de lugar de un país a otro y cambió también de remuneración, son explícitos, y aceptados por las partes según el entendimiento de las otras probaciones.

Es pues evidente el error del Tribunal al deducir de tales pruebas que hubo suspensión del primer contrato por "licencia o autorización" concedida por el patrono, e indebida aplicación consecuencial de los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

Analizada esta primera parte del planteamiento del cargo, cabe examinar seguidamente la segunda que el censor presenta como consecuencia de la primera.

Arguye el casacionista que como secuela de la aplicación indebida de los ordenamientos legales que se acaban de mencionar, violó el Tribunal directamente por falta de aplicación, los artículos 19 y 72 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero de los cuales consagra la aplicación de reglas analógicas para casos semejantes cuando no exista norma exactamente aplicable al caso controvertido, y el segundo que determina los requisitos para la viabilidad de los contratos cuando los servicios deban prestarse fuera del país, como la aprobación por parte del Ministerio del Trabajo, la obligación del patrón de sufragar los gastos de transporte del trabajador y su familia y los que originen el cumplimiento de las disposiciones sobre migración; el deber que tiene el patrono de prestar caución bancaria o prendaria, a satisfacción del Ministerio del ramo, para garantizar la repatriación del trabajador y su familia, hasta el lugar de origen, y las condiciones para la devolución de esa garantía o caución.

Empero estos requisitos consagrados en la aludida norma están concretamente determinados para los casos de "enganches colectivos" (Art. 71 del C. S. del T.).

En el caso sub judice aun cuando se trata de que el señor Pérez fue contratado por la empresa "Varig" para trabajar en Panamá, el contrato fue individual, de conformidad con los pormenores señalados en la carta-nombramiento, y no hay, como lo pretende la censura, manera de equiparar ese contrato individual con el colectivo a que se refieren los preceptos que considera violados por falta de aplicación. Así que, por ese aspecto el ataque resulta inoperante. Y mucho más cuando la finalidad del ordenamiento consagrado en el artículo 72, es la de garantizar el retorno del trabajador y su familia al lugar de origen, y en el caso concreto de autos se expresó por la empresa que el transporte tanto de ida como de regreso del trabajador, señor Pérez, corría por cuenta de la misma. No habiendo pues similitud entre una y otra forma de contrato, no tenía por qué aplicar el ad quem tales disposiciones.

El resto de preceptos sustanciales que el censor señala como violados por el ad quem igualmente por falta de aplicación, son aquellas que consagran los derechos que reclama, atinentes a las prestaciones e indemnizaciones que le fueron reconocidas al trabajador demandante en la sentencia, pero que fueron liquidadas con el salario que últimamente devengó el trabajador al servicio de la empresa en Colombia, antes de su contratacion para Panamá, por lo que el recurrente impetra que esas liquidaciones deben efectuarse con fundamento en el salario que el señor Pérez recibió en ese país. Vale decir que, lo que solicita es el reajuste de esas liquidaciones que fueron llevadas a cabo con base en el último salario en pesos, para que sean tenidas en cuenta con el salario en dólares, y además computando a ellas el tiempo servido en Panamá.

Anota esta Sala de la Corte que, el Tribunal, no obstante haber tomado el derrotero de la suspensión del contrato original celebrado en Colombia, sin prolongación del status jurídico del trabajador, expresa los siguientes conceptos:

"... Estudiadas las alegaciones de las partes, el Tribunal estima en este evento que antes de hacer pronunciamientos sobre cada uno de los pedimentos de los recurrentes, por ser la materia principal del litigio, es necesario ante todo el examen de la aplicación de la ley en el espacio toda vez que se ha presentado como punto central de la controversia determinar cuál es el ámbito de aplicación de la ley colombiana en el caso sub judice, para así determinar consecuencialmente los efectos de dicha aplicación en relación con el vínculo jurídico-laboral que ligó a las partes..."

Cita el ad quem unos pasajes de los tratadistas Mario de la Cueva y Krotoschín y continúa:

"La jurisprudencia nacional en cuanto a lo que autores modernos como Mario Deveali llaman el 'tratamiento iusprivatista internacional de la relación laboral' en una exégesis del artículo 20 del Código Civil en punto a los efectos de los contratos, por conducto del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo, en tesis que aún no ha sido rectificada, dijo:

" 'Mas no lo entiende así el Tribunal Supremo, porque si bien el precepto invocado y los correspondientes de la legislación nacional imponen el principio de la territorialidad de la ley colombiana y su aplicación tanto a nacionales como a extranjeros, es claro que sus mandatos no pueden extenderse a los servicios prestados en el exterior por el demandante, en virtud de un contrato o contratos celebrados asimismo en el extranjero entre extranjeros y sometido a legislaciones foráneas. Porque lo que contempla el texto primeramente indicado son los efectos del contrato, celebrado en país extraño, pero cumplidos en Colombia y a lo que aspira el recurrente es a los efectos por tiempo servido en el exterior, no cumplidos en el país. La situación, pues, nada tiene que ver con la regla invocada ni con los principios mencionados, ni con la protección de nacionales por servicios en el exterior; se trata simplemente de contrato o contratos celebrados y ejecutados en el exterior, por extranjeros, con arreglo a legislaciones foráneas y sin efectos a cumplir en el país, que no pueden regularse por la ley nacional, la cual, en ningún momento, contempló su celebración, ni su ejecución, ni sus efectos. Situación distinta a la del contrato celebrado en el extranjero y ejecutado en el país, como lo fue el último que vinculó a las partes litigantes, porque los efectos de éste se cumplieron en Colombia y le es aplicable la legislación nacional, mas sólo en la materia propia del mismo como lo decidió el fallo recurrido. Ni se diga que por haber terminado el contrato en el país, procede el auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicios, conforme a la legislación colombiana, porque ésta se refiere a los efectos del contrato cumplidos en Colombia y no pueden estimarse tales servicios prestados en el exterior en virtud de un contrato celebrado igualmente en el extranjero'." (G. del T., T. IX Nº 76, Pág. 547).

"Estima el Tribunal en el caso sub lite, que previamente a la decisión sobre el régimen legal aplicable a la controversia, es necesario establecer, previo examen de la situación fáctica, si a la luz del derecho laboral existieron dos relaciones jurídicas contractuales diferentes, una en Colombia

y otra en Panamá, y determina si evidentemente se opero un simple traslado del trabajador de Colombia a Panamá o si por el contrario, no hubo tal traslación sino que termino un contrato de trabajo en Colombia para dar nacimiento a una nueva relación de trabajo en Panamá".

Y luego de otras argumentaciones dice el fallador de segunda instancia:

"... el Tribunal concluye prima facie que en el presente caso se efectuó un típico traslado del trabajador colombiano a la ciudad de Panamá pero sin que la traslación, a juicio de la Sala comporte la prolongación del status jurídico laboral del trabajador como la continuación del contrato de trabajo en el extranjero, ya que por virtud y efecto del principio de la territorialidad aplicable de preferencia en nuestra legislación de trabajo por mandato legal (Art. 2º del C. S. del T.), el simple cambio de domicilio laboral de un país a otro produce que ipso iure el operario quede bajo el imperio de la legislación foránea..."

En paso anterior de esta providencia de la Corte, esta visto como el ad quem llegó a la conclusión de que el contrato original celebrado en Colombia quedó suspendido en virtud de una "licencia o autorización", que supuestamente el patrón otorgó al trabajador para trasladarse a prestar sus servicios a la misma empresa en Panamá.

Empero, ya se examinó cómo esa pretendida "autorización o licencia" no aparece en parte alguna, ni puede deducirse de la carta contentiva del precitado nombramiento, ni puede proceder de ella ni como sugerencia ni como implícitamente contenida en la misma, porque sus expresiones no admiten esa interpretación ni esa posibilidad dado lo claro de su texto.

Es objetivo en cambio, y además destacado por las demás pruebas del proceso que la empresa "Varig" ciertamente hizo al señor Pérez el nombramiento para que desempeñara el cargo de Gerente de aeropuerto en Panamá, cargo éste que el designado aceptó y desempeñó en el vecino país hasta la fecha de la ruptura del contrato por parte de la empresa en Panamá.

Hubo realmente dos relaciones contractuales laborales entre el señor Pérez y la empresa Varig, una originada en Colombia, bajo la legislación de este país, como lo sostuvo desde la contestación de la demanda la parte demandada y otra entre las mismas partes pero en Panamá. Y, en estas condiciones es indudable que, cuando el senor Perez se retiro de la empresa en Colombia (el 8 de abril de 1965) para hacerse cargo desde el 10 del mismo mes de la Gerencia del aeropuerto en Panamá, con remuneracion en dolares y bajo la legislacion de ese Estado vecino, se presentó indudablemente el fenómeno de la terminación del contrato en Colombia por voluntad de las partes.

Terminada pues la primera relación contractual laboral originada en Colombia, como ya se dijo, para dar paso a la otra subsiguiente nacida mediante el nombramiento aludido, pero desarrollado en Panamá bajo el amparo de la legislación de ese país, es indudable que, en virtud del principio de la territorialidad de la ley, el contrato celebrado en Colombia se rige por las leyes propias de este Estado y el celebrado en Panamá por las de ese país. No puede haber prolongación de ninguno de los dos regímenes jurídicos de una nación en la otra.

Esa tesis de la territorialidad de la ley, basada en el principio del "locus regit actum", es la que informa nuestro derecho laboral (Art. 2º del C. S. del T.) la expuesta en la doctrina que el fallador invoca del Tribunal Supremo del Trabajo, y la sostenida por algunos tratadistas como el doctor Restrepo Hernández, quien se ha expresado diciendo que "... sujetar al extranjero en Colombia, en todo caso, a la ley local y en cambio exigir que el colombiano en el extranjero no se rija por la ley local es perfectamente ilógico. Este sistema atenta contra un derecho esencial de las naciones, como es el de la igualdad jurídica.

Sobre esta misma tesis de la territorialidad de la ley la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado así:

"... Haciendo abstracción, por no venir al caso, de las múltiples corrientes de opinión doctrinaria en torno al tratamiento que deba dársele al fenómeno del conflicto de leyes, dos tendencias principales se han disputado la primacía en el derecho internacional privado para la solución jurídica de casos como el de autos; la una sustenta la territorialidad de la ley y la otra aboga

por la aplicación de los estatutos. Propugna aquélla por la validez exclusiva de las leyes del Estado sobre el ámbito regional del mismo, sin atender a la condición de nacional o extranjero de la persona, y proclama la segunda que las leyes, descompuestas en estatutos de carácter personal y estatutos de carácter real (aquéllos relativos al régimen de las personas y éstos al de las cosas) tienen alcance diverso en el evento de la colisión de normas: los primeros tienen fuerza territorial, se aplican aun a los nacionales que se encuentren en el extranjero; los segundos son estrictamente territoriales.

"Sin entrar a calificar el valor científico de tales puntos de vista, aunque advirtiendo que los estudiosos de esta ardua rama del derecho formulan críticas severas a una y otra posición, y avanzan en la búsqueda de nuevas soluciones, es menester reconocer que la legislación colombiana es de un marcado carácter territorialista" (Sent. 9 de abril 1959, T. XC Nº 2210).

En el caso concreto de autos, ante la innegable realidad de dos relaciones contractuales laborales, surgidas entre las mismas partes una en Colombia y otra en Panamá, no era posible para el fallador de segunda instancia aplicar las disposiciones sustanciales que el casacionista invoca como violadas, sino el contrato celebrado en Colombia, y la liquidación de los derechos que le fueron reconocidos al demandante, conforme al último salario que el actor del juicio percibió en este país.

No podía tampoco el Tribunal tener en cuenta el tiempo servido por el señor Pérez en Panamá, ni la remuneración percibida en dólares americanos por éste durante la vigencia de su contrato celebrado en la vecina República, porque cada contrato tenía que estar sometido al régimen jurídico del respectivo Estado en donde tal vinculación contractual tuvo su origen y desempeño.

El ad quem no podía trasladar la aplicación de las leyes consagratorias de los derechos del actor de la demanda, nacidos bajo el régimen jurídico de aquel país, así como tampoco los preceptos que consagran los derechos que le fueron reconocidos en Colombia, derivados del contrato que tuvo su desarrollo en este Estado, pueden tener aplicación fuera de los linderos patrios, ya que cada país tiene su propia legislación, respetable íntegramente dentro de la igualdad jurídica de las naciones.

No aparece pues la violación de los preceptos sustanciales que la censura especifica y en consecuencia el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de dieciocho de octubre de mil novecientos setenta y tres, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Con costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de agosto 2 de 1974, declara nulo y, por tanto inexequible, el laudo arbitral pronunciado el 4 de abril del año en curso por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los municipios del departamento de Antioquia y el municipio de San Carlos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., dos de agosto de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

Decide la Sala el recurso de homologación interpuesto por el señor Personero Municipal del municipio de San Carlos (Antioquia), contra el laudo arbitral proferido el cuatro de abril del año en curso, con el cual el tribunal de arbitramento dirimió el conflicto colectivo suscitado entre el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los municipios de Antioquia y ese mencionado municipio.

Antecedentes

El precitado Sindicato de Trabajadores Oficiales de los municipios de Antioquia presentó un pliego de peticiones al municipio de San Carlos, el cual fue aprobado por la Asamblea General del Sindicato el dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y tres.

No habiendo llegado a acuerdo alguno en la etapa de arreglo directo, se entró a la etapa de conciliación en la que actuaron como conciliadores: Antonio Aristizábal López por parte del municipio y Carlos Rivera Echevarría por el Sindicato, quienes dieron por concluida su labor sin éxito el 26 de junio de ese mismo año.

En tal virtud, el Ministerio del Trabajo convocó a un tribunal de arbitramento obligatorio por medio de Resolución número 03918 de 30 de octubre de 1973, para que con sede en Medellín estudiara y decidiera el diferendo laboral colectivo que surgió entre los antecitados Sindicato y municipio. Dispuso asimismo en esa resolución que las partes deberían nombrar cada una el árbitro correspondiente, y los principales el tercero dentro de las 48 horas siguientes a la posesión.

Designados los árbitros, el Ministerio por Resolución número 04504 de 26 de diciembre de 1973 integró el tribunal de arbitramento con los doctores: Fernando Echeverri Colorado (sic) por el municipio y Senén Chica Valencia por el Sindicato.

Al ser notificado el árbitro nombrado por el municipio manifestó que su apellido era Coronado y no Colorado.

Los principales nombraron de común acuerdo como tercero al doctor Jairo Ortega Ramírez, cuya designación fue aprobada por Resolución número 00286 de 6 de febrero del año en curso, proferida por el Ministerio del Trabajo, en la cual se incurrió nuevamente en el error de llamar al doctor Hernán Echeverri Coronado como Hernando Echeverri Colorado.

Posesionados los árbitros principales y el tercero, acordaron como secretario al doctor Raúl Tamayo Betancur.

Se instaló el tribunal de arbitramento el 25 del mes de marzo último, acto en el cual fue designado como presidente el doctor Jairo Ortega Ramírez y como secretario el doctor Raúl Tamayo Betancur a quienes se recibió el juramento pertinente para el desempeño del cargo.

Las deliberaciones del tribunal se prolongaron, según dan cuenta las actas correspondientes, hasta el 4 de abril postrero, cuando dentro del término indicado para ello fue proferido el laudo arbitral contra el que interpuso el recurso de homologación el Personero Municipal del municipio de San Carlos.

El recurso

Para sustentar el recurso el señor Personero Municipal otorgó poder especial al doctor Lino Acevedo Gómez, mediante memorial que presentó ante el tribunal de arbitramento, y cuya personería se le reconoce, en conformidad con el mismo.

Dice el procurador judicial del municipio, que debe ser anulado totalmente el laudo recurrido, por cuanto los empleados del municipio de San Carlos tienen el carácter de empleados públicos y están ligados a la entidad por una relación legal y reglamentaria. Que excepcionalmente están ligados a la administración por contrato de trabajo en condición de trabajadores oficiales los asignados a la construcción y sostenimiento de obras públicas y que el municipio de San Carlos no ha hecho la clasificación de aquellas personas cuyas actividades pueden vincularlas mediante contrato de trabajo.

Luego entre otras argumentaciones agrega:

"b) En la copia del acta correspondiente a la supuesta Asamblea General que se realizó para la adopción del pliego de peticiones sólo consta que ella se reunió en el municipio de Andes, en las oficinas del Sindicato, el día 16 de marzo de 1973, a la hora de las 6 de la tarde, habiendo asistido 171 de los 236 afiliados a la organización sindical, de los cuales 16 eran trabajadores del municipio de San Carlos.

"En el acta se dice que se llamó únicamente a lista, pero, no se consignaron los nombres de los asistentes a la Asamblea, ni aparece autoridad alguna del trabajo o de la Alcaldía de Andes que dé autenticidad de ese hecho.

"Resulta al menos sospechoso que en un día de semana, viernes, como lo fue el 16 de marzo de 1973 se hubiesen desplazado de distintas regiones del departamento al municipio de Andes 171 trabajadores de municipios de Antioquia. Debe tenerse presente que el municipio de Andes se encuentra en el suroeste del departamento en una de las regiones más apartadas de los restantes municipios. Tampoco parece lógico que de veinticinco trabajadores que sirven al municipio de San Carlos se trasladaran 16 al municipio de Andes, que queda en el extremo del departamento, dejando paralizada la administración. Al menos informaron las autoridades de ese municipio al suscrito apoderado que en esa fecha no tuvieron conocimiento de tal hecho.

"El artículo 11 de la Resolución número 4 expedida el 13 de noviembre de 1952 por el jefe del departamento nacional de supervigilancia sindical, dispone: 'Será nula la reunión de asamblea general en la cual no se haya corrido lista del personal asistente'. El llamamiento a lista implica no un acto simbólico sino que se constate qué personas asisten a la reunión, afiliados que deben identificarse y sus nombres deben constar en el acta de la Asamblea para la verificación del quórum o constataciones posteriores de la legalidad de las decisiones tomadas.

"La omisión en el acta de los nombres de los asistentes deja sin piso, a mi juicio, las decisiones que se hubieren tomado y consecuencialmente el petitorio no fue legalmente adoptado, vicio que no se subsana por el hecho de que se hubiese tramitado en las etapas correspondientes y aun se llevara a un tribunal de arbitramento, convocado sin un análisis exhaustivo de las formalidades previas a tal citación..."

Continúa el recurrente con otras observaciones tendientes a una anulación parcial en caso subsidiario.

La Sala considera

Como es menester examinar en primer término cómo quedó integrado el tribunal de arbitramento, cabe observar aquí que, mediante documentaciones solicitadas por este despacho para precisar si el árbitro designado por el municipio de San Carlos era el doctor Hernando Echeverri Colorado, tal como aparece en el reconocimiento hecho por el Ministerio tanto al integrar el tribunal como en la aprobación del tercero, o Hernán Echeverri Coronado como consta

en la actuación y en la firma del laudo, toda vez que en la posesión se incurrió en el error de cambiar el nombre mas no el apellido pues allí dice: **Hernando Echeverri Coronado**, fueron remitidas a esta Sala de la Corte las que se encuentran agregadas del folio 105 a 119 del expediente.

En la comunicación de 25 de julio en curso dice el Jefe de la División de Relaciones Colectivas del Ministerio del Trabajo:

"... De lo anterior se deduce claramente que el verdadero nombre del árbitro designado por el municipio de San Carlos en el departamento de Antioquia para el tribunal de arbitramento obligatorio con el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los municipios del departamento de Antioquia, es 'Hernando Echeverri Coronado', y no Hernando ni Hernán Echeverri Colorado".

A su turno el Alcalde Municipal de San Carlos, hace constar (Fl. 110) que el árbitro designado por el municipio fue el doctor **Hernán Echeverri Coronado.**

Empero, no es este solo tropiezo el que aparece en el trámite de estas diligencias sino que, el procedimiento para que el **municipio de San Carlos** autorizara al Personero del lugar para hacer la designación del árbitro que correspondía a ese municipio está comprendido en la siguiente pieza:

"**Resolución número 60**

(Noviembre 13 de 1973)

"**Por medio de la cual se da una autorización.**

"El honorable **Concejo Municipal de San Carlos**, Antioquia, en uso de sus facultades legales y

"**Considerando:**

"a) Que el municipio tiene pendiente un problema laboral con el Sindicato de Trabajadores de este municipio.

"b) Que según resolución emanada del Ministerio del Trabajo, éste ha ordenado a las partes en litigio que nombren cada uno su árbitro, para integrar un tribunal de arbitramento.

"**Resuelve:**

"**Artículo primero.** Autorízase al señor Personero Municipal, para designar como árbitro al doctor Hernando Echeverri Coronado.

"**Artículo segundo.** Solicítese a la Cooperativa de Municipalidades, su colaboración para cubrir los honorarios que cobre el citado árbitro.

"**Artículo tercero.** La presente rige desde la fecha.

"**Dada en San Carlos**, a los trece días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

"El presidente del Concejo (fdo.) Jesús María Urrea D.

"La Secretaria (fdo.) Teresa Ramírez G.

"Es copia.

"Nota. Por error involuntario figura en la presente resolución doctor Hernando Echeverri Coronado, cuando su verdadero nombre es **Hernán Echeverri Coronado.**

"San Carlos, junio 10 de 1974.

"(Fdo.) Teresa Ramírez G.

"Secretaria Concejo".

Observa esta Sala de la Corte que, en el caso **sub judice**, para efectos de la designación del árbitro que correspondía nombrar al municipio de San Carlos, se procedió a dictar una resolución por el Presidente del Concejo Municipal de esa localidad con la firma de la Secretaría del mismo, y acerca de la manera como ese nombramiento procede por parte de los municipios, esta misma Sala en caso similar al presente, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"... Los anteriores documentos prueban de manera fehaciente que el árbitro que actuó a nombre del municipio fue designado por la Mesa Directiva del Concejo y no por éste, lo que permite deducir sin vacilación alguna que dicho municipio no estuvo legalmente representado y que la persona que actuó a su nombre carecía de competencia para comprometerlo.

"En efecto, el artículo 145 del Código de Régimen Político y Municipal establece que 'la administración de los intereses del municipio está a cargo del Concejo y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede confiar a cualquier persona la representación del municipio en cualquier asunto determinado'. Lo que muestra que la nominación de árbitro para integrar un tribunal de arbitramento sólo puede efectuarla el

Concejo y no la Mesa Directiva del mismo, a la que la ley no le concede facultades al respecto.

"En consecuencia, carece de validez lo determinado en el laudo arbitral que se estudia por falta de competencia del árbitro que intervino a nombre del municipio, pues su investidura no provino de la única entidad que tenía poder legal para otorgárselo: El Concejo Municipal.

"Siendo evidente la nulidad indicada, no es necesario considerar los otros aspectos planteados para sustentar el recurso por el apoderado del municipio de Santa Fe de Antioquia". (Sent. de 23 de noviembre de 1972).

En el caso concreto de autos acontece lo propio, puesto que la designación del árbitro correspondiente al municipio de San Carlos fue efectuada mediante la precitada resolución expedida por el Presidente del Concejo y su Secretaria, y no por el Concejo Municipal a quien correspondía ese nombramiento, exclusivamente.

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, **declara nulo** y, por tanto **inexequible**, el laudo arbitral pronunciado el cuatro (4) de abril del año en curso por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los municipios del departamento de Antioquia y el municipio de San Carlos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo para su depósito y demás efectos legales.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS VARIABLES

Una cosa es, el período que las partes convengan para la liquidación y pago de los salarios variables (semanas, quincenas, meses) y otra la obligación del actor de demostrar lo devengado en cada semana inmediatamente anterior al dominical cuya solución reclama.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto seis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

José Antonio Escobar Stevenson, mediante apoderado, instauró demanda contra The National Cash Register Co. of Colombia S. A., con el fin de que fuese condenada a pagarle las siguientes cantidades de dinero: $ 45.949.88 "por concepto de descanso remunerado correspondiente a los días domingos y festivos comprendidos en el año de 1967"; $ 83.339.98 por el mismo concepto en el año de 1968 y la de $ 46.744.74 por los correspondientes hasta el 31 de agosto de 1969, así como el reajuste del auxilio de cesantía y de la compensación de vacaciones, en cuantía de $ 64.292.98 y $ 2.648.46, respectivamente. Impetró, por último, se le impusiera el pago de indemnización moratoria "desde el día 31 de agosto de 1969 en adelante, hasta la fecha en que se efectúe el pago total de los salarios y prestaciones demandados".

Fundamentó los pedimentos anteriores expresando que el actor sirvió a la empresa durante más de veinte años y fue retirado por ella para jubilarlo, el día 31 de agosto de 1969, la que le cubrió, además, el valor del auxilio de cesantía y de la compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas. Pero que "durante todo el tiempo expresado no se le pagó al demandante las remuneraciones correspondientes a los descansos de los días domingos y demás festivos señalados por la ley, pues la empresa demandada se limitó a pagarle, a título de salario, el valor de las expresadas comisiones sobre ventas, conforme a las liquidaciones que efectuaba mensualmente..." "Por las razones anotadas, agrega, se solicita en la presente demanda que se condene a la empresa demandada a pagarle al demandante las sumas de dinero correspondientes a los descansos dominicales y festivos que no están prescriptos...", y al reajuste del auxilio de cesantía y de las vacaciones pagadas, teniendo en cuenta el monto de los descansos antedichos, como factor integrante del salario.

La empresa contestó la demanda diciendo que los hechos "no son ciertos en la forma como están redactados y los niego en todos aquellos aspectos que tratan de configurar obligaciones laborales a cargo de mi poderdante". Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación o carencia de acción y prescripción.

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, resolvió el pleito con sentencia de 30 de junio de 1972 por la cual absolvió a la sociedad "de todas y cada una de las peticiones que le fueron formuladas en el libelo de demanda" e impuso costas a cargo de la parte actora.

Por apelación de ésta subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual lo decidió con fallo de 9 de marzo del año en curso, confirmatorio de lo resuelto por el a quo y condenó en costas al apelante.

Este, recurrió en casación y plantó la respectiva demanda, oportunamente replicada por la empresa, en la que pide que la Corte "case totalmente la sentencia recurrida, para que convertida la honorable Sala en tribunal de instancia revoque el fallo proferido por el juzgador de primer grado y, en su lugar, imponga las condenaciones que se impetraron en el petitum del libelo de demanda con que se inició el juicio...".

Para conseguir este fin presenta tres cargos que se estudiarán en el orden de su presentación, junto con la réplica del opositor.

El primero sostiene que "la sentencia acusada violó por aplicación indebida, por vía indirecta, como consecuencia de errores de hecho, el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 127, 172, 173, inciso 1º, 177, 249, 186 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto extraordinario 1406 de 1952 y artículos 17 y 14 del Decreto-ley 2351 de 1965".

El error de hecho imputado a la sentencia lo hace consistir en que el quebranto de las normas citadas lo efectuó el Tribunal "apoyado en la consideración de que el demandante no demostró en juicio el salario variable que percibió semana por semana, durante el tiempo a que se refieren las acciones ejercitadas por concepto de dominicales y festivos, sino que demostró dichos salarios liquidados y pagados mes por mes, conforme al contrato individual de trabajo celebrado por escrito entre las partes".

Este error lo presenta "como consecuencia de haber apreciado erróneamente una prueba y dejado de apreciar otras", las que singulariza, así:

"La prueba erróneamente apreciada es el acta correspondiente a la inspección ocular practicada en el juicio, visible a los folios 123 a 125, en la cual constató el juzgador de la primera instancia con vista en los extractos originales de la cuenta correspondiente al demandante José Antonio Escobar Stevenson, del mes de abril de 1967 al mes de agosto de 1969 'que los documentos de folio 43 a folio 95 coinciden en su totalidad con los originales' y que 'asimismo coinciden con los anexos de folios 29, 30 y 31 anexados por el señor apoderado del demandante', como se lee textualmente en la mencionada acta.

"Las pruebas dejadas de apreciar son las siguientes:

"a) El contrato de trabajo celebrado por escrito, visible a los folios 1 a 4 del expediente;

"b) La carta original que obra al folio 5 del expediente;

"c) La liquidación de prestaciones sociales que obra al folio 6;

"d) La copia de la carta que obra al folio 7;

"e) La carta original que está al folio 8 del expediente:

"f) El anexo visible al folio 9 y los documentos que sirvieron de base para la elaboración del citado anexo, que está distinguido con el número 1, documentos que obran a los folios 10 a 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 146, 147, 150, 152, 153, 154 y 155;

"g) Los anexos visibles a los folios 32, 33 y 34, en los cuales se deducen los valores correspondientes a los dominicales y festivos, causados mes por mes en favor del demandante, en los años de 1967, 1968 y 1969, en su orden;

"h) El anexo que obra al folio 35 en el cual se detalla, mes por mes, el valor de los dominicales y festivos correspondientes al último año de servicios;

"i) El anexo que obra al folio 41, en el cual se dedujo el valor que por concepto de auxilio de cesantía le adeuda la empresa demandada al demandante, conforme a los anexos que obran a los folios 35, 36, 37, 38, 39, 40 y a la liquidación definitiva de prestaciones sociales contenida en el documento del folio 6 del expediente;

"j) El anexo que obra al folio 42, en el cual se dedujo el valor que la empresa demandada le adeuda al demandante por compensación de vacaciones remuneradas;

"k) Las confesiones hechas por el representante de la sociedad demandada, señor Abelardo A. Tous González, al absolver las preguntas cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena del interrogatorio que le formuló en el juicio la parte demandada, cuya acta respectiva obra a folios 115 a 118 del expediente".

Para demostrar el mencionado error de hecho transcribe los pasajes que cree perti-

nentes de las sentencias de primero y segundo grado y afirma:

"Del modo que se deja reseñado en los párrafos anteriores, incurrió el fallador de segundo grado en ostensible error de hecho en la apreciación de la prueba relativa a los salarios variables que por concepto de comisiones percibió el demandante mes por mes, durante el tiempo a que se contrae el reclamo por concepto de dominicales y festivos, pues lo evidente es que con base en dicha prueba puede efectuarse fácilmente la liquidación correspondiente a los dominicales y festivos reclamados, obteniendo el promedio del salario diario respectivo mediante simples operaciones aritméticas, como se hizo en los anexos que al efecto se acompañaron a la demanda para facilitar la labor del juzgador.

"Para la liquidación de los dominicales y festivos correspondientes a los salarios variables no importa el período que regule el pago de esos salarios, que bien puede ser por semanas, quincenas o meses, ya que el resultado numérico será siempre el mismo, sea que los dominicales y festivos se liquiden por semanas, por quincenas o por meses, en razón de que las matemáticas, catalogadas entre las ciencias exactas, no cambian".

Trae en seguida un ejemplo para probar de qué manera, por simples operaciones aritméticas, de la liquidación mensual de salarios variables puede deducirse el correspondiente a cada semana de trabajo y concluye: "Con lo cual queda claramente demostrado que lo mismo es liquidar los dominicales respectivos por semanas, quincenas o meses, según el período de los salarios variables, pues el resultado aritmético será siempre el mismo, con relación a los promedios correspondientes, como se evidencia en el ejemplo presentado antes".

Invoca, por último, en apoyo de su tesis, la sentencia de esta Sala de fecha 18 de marzo de 1970, publicada en los números 2322 a 2324 de la Gaceta Judicial, página 366, que transcribe en parte.

Replica el opositor, en primer lugar, que la proposición jurídica es incompleta, pues no citó el casacionista como infringida la Ley 48 de 1968, que dio carácter permanente al Decreto legislativo 2351 de 1965, algunas de cuyas normas indica como violadas.

Sostiene, en segundo lugar, que la inspección ocular no fue estimada erróneamente por el sentenciador, pues ella "no especifica las sumas devengadas semanalmente, sino en forma global", y copia al respecto varias doctrinas de esta Sala para concluir: "Como se infiere de esta transcripción doctrinal, se requiere establecer el promedio semanal, como presupuesto del derecho, y no un promedio mensual". (Los subrayados son del opositor).

Para finalizar, sostiene: "En cuanto a las pruebas que se dice no fueron apreciadas, ninguna consideración hace el cargo sobre el particular, como lo requiere la técnica de casación para demostrar palmariamente el supuesto error que condujo a la violación indirecta de normas sustanciales".

La Sala considera

Por lo que hace a la no acusación de quebrantamiento de la Ley 48 de 1968, ha dicho en varias oportunidades esta Sala que ella no es necesaria para integrar la proposición jurídica, cuando no se controvierte la fecha de vigencia de la norma, del mismo modo como se cita el Código Sustantivo del Trabajo, sin que sea preciso referirse a la ley que dio vigor permanente al decreto legislativo que lo expidió.

En lo relacionado con las pruebas que se indican como dejadas de apreciar, es cierta la observación del opositor, pues el casacionista se limitó a enumerarlas en la forma en que se transcribió arriba, sin expresar cómo la decisión hubiera sido diferente si las hubiese estimado el juzgador. No basta al impugnante singularizar los medios probatorios respecto de los cuales considera se incurrió en error de hecho o de derecho; es preciso, además, que presente las razones en cuya virtud el yerro se produjo, ya por haber sido valorados con equivocación, ora por no haberlos tenido en cuenta, pues como la casación no es una tercera instancia en que la Corte pueda de oficio revisar todo el haz probatorio del proceso, corresponde al censor demostrar la verdad de los ataques que formula a la

sentencia. Habiéndose contentado, pues, con enumerar "las pruebas dejadas de apreciar", sin llevar a cabo ninguna consideración tendiente a mostrar el error de la sentencia originado en ese hecho, la Sala se concretará a estudiar lo relativo a la errada valuación de la inspección ocular.

En el acta de la mencionada inspección no aparece que se hubiera realizado liquidación de los salarios variables del demandante, semana por semana, ya que, según lo manifestó al iniciarla el propio apoderado del actor, "esta diligencia de inspección judicial tiene por objeto, como se dice en la cuarta prueba de los medios de prueba, aducidos en la demanda con que se inició este juicio, constatar y tomar nota, con vista en los libros y comprobantes respectivos, del valor de las comisiones que mensualmente y anualmente (subraya la Sala) le pagó la empresa demandada al demandante, a título de salario, durante todo el tiempo de servicios indicado en el hecho primero de la citada demanda".

Ahora bien, lo que el Tribunal sostuvo sobre esta prueba es lo siguiente: "En la diligencia de inspección ocular la parte actora se preocupó únicamente por demostrar el valor de lo que había devengado desde el año de 1967 al 31 de agosto de 1969, por concepto de comisiones percibidas como Gerente y vendedor; pero en sumas globales, vale decir, mes por mes, pero no semana por semana, como perentoriamente lo ordena el artículo 176 del Código Laboral".

El sentenciador, por lo tanto, no halló en la prueba cosa distinta de lo que ella manifiesta, o sea, que la liquidación de los salarios variables del demandante se efectuó mes por mes y no semana por semana, lo que descarta el error de hecho al apreciarla, pues es sabido que éste consiste, tratándose de estimación errónea, en hacerle decir a la probanza respectiva lo que ella ostensiblemente no contiene o en no encontrar en la misma lo que manifiestamente resulta de sus voces objetivas.

Resulta de lo expuesto que tanto el casacionista como el Tribunal están acordes en que la demostración de los salarios variables del actor se llevó a efecto mes por mes y no semana por semana, por lo cual no constituye error de hecho el que éste hubiese dejado de efectuar operaciones aritméticas para encontrar cuál fue la remuneración semanal del trabajador. Cuando aquél sostiene que "lo evidente es que con base en dicha prueba (la inspección ocular) puede efectuarse fácilmente la liquidación correspondiente a los dominicales y festivos reclamados, obteniendo el promedio del salario diario respectivo mediante simples operaciones aritméticas...", lo que hace es indicar un sistema o método por el cual hubiera podido el sentenciador averiguar el salario semanal; pero la circunstancia de que hubiese prescindido de efectuar esos cálculos, no constituye error de hecho, pues se trata de una cuestión de criterio y no de algo que ostenta la prueba y que sin embargo dejó de verlo el juzgador.

Del mismo modo, si éste hubiera realizado dichas operaciones matemáticas para encontrar el salario semanal del demandante, podría no haber incurrido en error de hecho manifiesto o evidente, que fue lo sucedido en el asunto fallado por la sentencia de 18 de marzo de 1970, varias veces invocada por el impugnante como rectificadora de jurisprudencias anteriores de la Sala, lo que no es exacto. En ella se asienta sin equívocos: "... y es innegable que el sistema que consagra el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo para la retribución del descanso dominical, en los casos de salario variable, es el de buscar el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta sólo los días trabajados". Pero como en el caso concreto de la aludida sentencia, el ad quem fijó el salario semanal mediante los mencionados cálculos, expresó la Sala que no había incurrido con ello en error manifiesto de hecho, diciendo: "Mas de aquella circunstancia de orden probatorio (prueba del salario por quincenas) y de esta previsión legislativa (artículo 176 ib.) no se infiere necesariamente que el Tribunal, contrariando esta última (se subraya), hubiese llevado la condenación por descansos dominicales y festivos a un resultado desprovisto de apoyo en la realidad procesal (id.)". Y para probar este aserto, hace luego la Sala consideraciones tendientes a mostrar la igualdad de las operaciones aritméticas, similares a las que presen-

ta el casacionista en la sustentación del cargo. No ha habido, pues, rectificación doctrinaria en dicha sentencia, referida exclusivamente a la situación fáctica contemplada en ella y que es contraria a la del asunto en estudio, pues allá el sentenciador dedujo, por operaciones aritméticas, el salario semanal respectivo y aquí se abstuvo de llevarlas a efecto, sin que de ninguno de los dos eventos resulte error evidente o manifiesto de hecho.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El segundo sostiene que "la sentencia acusada violó por aplicación indebida, por vía directa, el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 127, 172, 173, inciso 1º, 177, 249, 186 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto extraordinario 1406 de 1952 y artículos 17 y 14 del Decreto-ley 2351 de 1965".

Para sustentarlo dice que "el juzgador admite... que el demandante demostró en este proceso, mediante inspección ocular, los salarios variables que a título de comisiones devengó mes por mes, durante el tiempo a que se contraen las acciones ejercitadas..." "Mas sucedió, agrega, que a la expresada situación de hecho le aplicó el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo haciéndole producir efectos que la mencionada norma legal no contempla".

Con el fin de probar este aserto, asienta:

"No reparó el fallador de segundo grado en que para liquidar las remuneraciones correspondientes a los descansos en los días domingos y festivos, cuando no se trate de salario fijo, que es lo previsto por el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, no importa el período que regule el pago de los expresados salarios, que bien puede ser por semanas, por quincenas o por meses, puesto que el resultado numérico será siempre igual si dicha liquidación se efectúa por semanas, quincenas o meses, ya que en la liquidación de la quincena o mes, tomando como base la totalidad del salario variable percibido en la quincena o mes y los días laborados en la quincena o mes, quedará comprendida necesariamente la semana a que se refiere el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo".

El opositor arguye, de un lado, con la observación ya desechada de que debió invocarse como violada la Ley 48 de 1968 y, de otro, englobando en uno solo este cargo y el tercero, sostiene que "se trata de establecer en estos dos cargos un sofisma de distracción para tratar de conciliar la prueba erróneamente apreciada con la reiterada jurisprudencia de la Corte sobre interpretación del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo".

La Sala considera

La situación fáctica planteada por el recurrente es cierta: en el proceso se demostró, mes por mes y no semana por semana, el salario variable percibido por el demandante. Pero como el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo determina que el salario, cuando no es fijo, "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 sólo los días trabajados", concluyó el fallador que no se cumplía el supuesto de hecho regulado en dicha norma. Es decir, dedujo disconformidad entre los medios instructorios demostrativos de remuneración mensual y lo exigido por ella: remuneración semanal. En otras palabras, no encontró identidad entre el hecho probado (salario mensual) y el contemplado en el precepto (salario semanal). En estas condiciones, que son las que resultan de autos, no pudo haber dado aplicación indebida al artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo que ocurre es que el recurrente insiste en este cargo en su punto de vista relacionado con la posibilidad de deducir el salario semanal del quincenal o mensual probado; pero ya se explicó que esa apreciación comporta una vía o camino para sacar esa inferencia y el no haberla efectuado el juzgador no conlleva aplicación indebida de la norma, pues ésta no establece el medio o sistema para realizar la mencionada deducción.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El tercer cargo, que se transcribe en su integridad para mayor claridad de su decisión, reza así:

Causal primera de casación

(Art. 60 del Decreto-ley 528 de 1964).

"Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó por interpretación errónea, por vía directa, el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 127, 172, 173 inciso 1º, 177, 249, 186 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto extraordinario 1406 de 1965.

La demostración del cargo

"El juzgador ad quem admite en su sentencia recurrida que el demandante demostró en este proceso, mediante inspección ocular, los salarios variables que percibió a título de comisiones mes por mes, conforme a lo estipulado al efecto en el contrato de trabajo que las partes celebraron por escrito, durante el tiempo a que se contraen las acciones ejercitadas en este juicio por concepto de las remuneraciones correspondientes a los descansos de los días domingos y festivos.

"Mas ocurrió que a dicha situación de hecho, plenamente demostrada en los autos, le aplicó el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula la materia, interpretándolo erróneamente, apoyado en la transcripción fragmentaria de una sentencia que la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia profirió con fecha 8 de abril de 1964.

"En el supuesto de que la honorable Sala de Casación Laboral hubiera interpretado en la referida sentencia la citada norma legal en el sentido que le atribuyó el juzgador ad quem en el caso de autos, a saber que la norma del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, solamente es aplicable a los casos en que el salario variable se pacta y liquida por períodos semanales o por cada semana del calendario, resultaría que dicha interpretación fue rectificada por la misma Sala de Casación Laboral en su sentencia fechada el 18 de marzo de 1970, cuando dijo al respecto lo siguiente: 'Es cierto que la inspección ocular, en el lapso a que se refiere el cargo, revela las sumas que el demandante devengó, no semanalmente como aparece en relación con el otro tiempo de labores, sino por quincenas, y es innegable que el sistema que consagra el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo para la retribución del descanso dominical, en los casos de salario variable, es el de buscar el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados. Mas de aquella circunstancia de orden probatorio y de esta previsión legislativa, no se infiere necesariamente que el Tribunal, contrariando esta última, hubiese llevado la condenación por descansos dominicales y festivos a un resultado desprovisto de apoyo en la realidad procesal. El dato del salario variable percibido por quincenas, no impide que la remuneración dominical se determine mediante el sistema que prevé el artículo 176. Basta, para el efecto, dividir ese valor por 14 y el cuociente representará la retribución del descanso correspondiente a un día. El resultado aritmético es exactamente igual que cuando la operación se hace sobre la base del promedio obtenido en la semana inmediatamente anterior. (G.J. Tomo CXXXIII número 2322 a 2324, página 366).

"La interpretación que la honorable Sala de Casación Laboral le dio a la norma del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo en su sentencia de 18 de marzo de 1970, cuyos apartes pertinentes se dejaron transcritos, es la que corresponde a su verdadero espíritu, en razón de que esa norma no quiso limitar el pago del descanso dominical a las remuneraciones variables pagaderas por semanas únicamente. También porque dicha interpretación armoniza cabalmente con la libertad de estipulación del salario establecida en el artículo 132 del Código citado. Y finalmente, porque el resultado numérico será siempre igual si dicha liquidación se efectúa por semanas, por quincenas o por meses y aun por años.

"Tómese como base de liquidación el monto de los salarios variables percibidos en cualesquiera de dichos períodos, divídase por el número de días laborables com-

prendidos en cada uno de esos períodos y se obtendrá el salario diario, que es el que corresponde a cada uno de los días domingos comprendidos en cada uno de los períodos mencionados.

"El ejemplo que propusimos al respecto en el primer cargo de esta demanda, es muy claro, preciso y no deja lugar a dudas sobre la afirmación anterior. Y estas mismas reglas de aritmética son aplicables para deducir la remuneración correspondiente a los descansos de los días señalados en el artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 1º del Decreto extraordinario 1406 de 1952.

"La aludida interpretación errónea del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo incidió de manera definitiva en la absolución decretada por los juzgadores de instancia con respecto a las condenas impetradas en la demanda con que se inició el juicio por concepto de las remuneraciones correspondientes a los descansos de los días domingos y festivos demandados. Y tal absolución trajo como consecuencia obligada y necesaria la correspondiente a los reajustes del auxilio de cesantía y vacaciones, que le fueron cancelados al demandante al terminar su contrato de trabajo. Como también incidió la supradicha absolución necesariamente, en la condena suplicada por concepto de indemnización moratoria".

La Sala considera

Lo primero que ha de observarse es que la sentencia de 18 de marzo de 1970, como se mostró al decidir el primer cargo, no constituye rectificación de la jurisprudencia anterior de la Sala sobre el sentido del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo.

En segundo lugar, no es exacto que tal jurisprudencia implique "que la norma del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo solamente es aplicable a los casos en que el salario variable se pacta y liquida por períodos semanales o por cada semana" o que "esa norma no quiso limitar el pago del descanso dominical a las remuneraciones variables pagaderas por semanas únicamente". (Subraya la Sala). Lo que la Sala expresó en sentencia de 8 de abril de 1964, con toda claridad, es lo siguiente: "Presupuesto del derecho en referencia es el que se acredite por el actor el salario de cada semana (se subraya) durante el tiempo de servicios" y no que solo sea aplicable, el aludido artículo 176 "a los casos en que el salario variable se pacta y liquida por períodos semanales" o que su sentido "limita el pago del descanso dominical a las remuneraciones variables pagaderas por semanas". Una cosa es, pues, el período que las partes convengan para la liquidación y pago de los salarios variables (semanas, quincenas, meses) y otra, la obligación del actor de demostrar lo devengado en cada semana inmediatamente anterior al dominical cuya solución reclama.

El cargo parte, en consecuencia, de una base errada, cual es la de hacerle decir a la doctrina de la Sala lo que no ha expresado, entendimiento que del mismo modo atribuye a la sentencia recurrida, cuando lo que ésta manifiesta es lo siguiente:

"Con fundamento en lo anterior se sigue a examinar las peticiones de la demanda.

"1º Se solicita el pago del descanso remunerado correspondiente a los días domingos y festivos comprendidos entre el año de 1967 y el 31 de agosto de 1969.

"De conformidad con la cláusula tercera del contrato escrito de trabajo celebrado por las partes, visible de folios 1 a 4, la modalidad del salario pactado fue variable.

" 'Cuando el salario es variable, dice la Corte en desarrollo del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio se debe tener en cuenta el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior. Presupuesto del derecho en referencia, es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante todo el tiempo de servicios' (Sentencia 8 de abril de 1964).

"En los autos, como juiciosamente lo observa el juez a quo, no se acreditó el presupuesto del salario devengado por el actor en todas las semanas que duró la prestación de los servicios, razón por la cual no puede prosperar la pretensión que se examina. Habrá, por tanto, de confirmarse lo resuelto al respecto por el juez de primera instancia".

Resulta claro de lo anterior que el sentenciador no efectuó ninguna interpretación del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo sino que se limitó a transcribir la doctrina de la Corte arriba indicada, para concluir que como "no se acreditó el presupuesto del salario devengado por el actor en todas las semanas que duró la prestación de los servicios... no puede prosperar la pretensión que se examina". Es decir, echó de menos la prueba del salario semanal. ("No acreditó", dice) y por ese motivo absolvió a la empresa.

Que la falta de esa prueba hubiera podido suplirse con los cálculos aritméticos sobre los que vuelve a insistir el casacionista, no atañe a la interpretación de la norma, sino al empleo de un método o sistema para averiguar el salario semanal, que no estaba obligado a realizar el sentenciador.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMISION ESPECIAL PACTADA CON UN VENDEDOR, FUERA DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO, PARA UN NEGOCIO DETERMINADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Tracey & Cía. S. A. contra la sentencia que dictó, el 10 de octubre de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el ordinario de trabajo que le promovió, a la recurrente, el señor Guillermo Potes Hurtado.

En la litis, el demandante impetró salario insoluto, en cuantía de $ 101.619.90, proveniente de la diferencia entre lo que la sociedad demandada le pagó y lo que debía pagarle, por comisión en una venta efectuada a Pavimentaciones Asfálticas y/o Mario Carvajal; el reajuste que resultara en sus prestaciones de cesantía, prima de servicios y vacaciones, canceladas sin imputación de aquella diferencia en el salario promedio que sirvió de base para las liquidaciones correspondientes, indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas del proceso.

Como fundamentos de hecho, el apoderado del actor expresó en el escrito inicial:

"Primero. El señor Guillermo Potes Hurtado se vinculó mediante contrato escrito de trabajo a la empresa Tracey & Cía. S. A. sucursal de Cali el día 1º de abril de 1969 con el cargo de vendedor de maquinaria.

"Segundo. El contrato de trabajo señaló como salario básico la suma de ochocientos setenta pesos ($ 870.00) mensuales y una comisión por ventas del 5% sobre el valor de la venta de maquinaria extranjera y un 3% sobre el valor de la venta de maquinaria nacional.

"Tercero. La remuneración por el sistema de comisión fue ratificada por la empresa mediante circular dirigida a sus vendedores en febrero 24 de 1970 y suscrita por el Gerente de la sucursal señor Rodrigo Rojas R.

"Cuarto. En cumplimiento de sus obligaciones, mi mandante laboró hasta el 30 de abril de 1971, fecha en la cual se retiró.

"Quinto. La empresa liquidó a su extrabajador las prestaciones sociales con base en un sueldo promedio, resultante de sumar las comisiones y sueldo básico y dividirlo por el tiempo trabajado, para un total de $ 9.501.24.

"Sexto. Este sueldo promedio no fue el mismo para la liquidación de las vacaciones como se desprende del comprobante que se acompaña.

"Séptimo. En cumplimiento de su deber, mi mandante ofreció maquinaria importada a la firma Pavimentaciones Asfálticas y/o Mario Carvajal, fruto del cual resultó la venta de un equipo a dicha firma por valor total de tres millones treinta y dos mil trescientos noventa y ocho pesos m/l. ($ 3'032.398.00), venta que se realizó mediante nota de pedido número 3349 de 2 de diciembre de 1970, suscrita por el vendedor y el comprador y cuya factura lleva el número 1155 y la anotación de ser el vendedor el señor Guillermo Potes Hurtado.

"Octavo. A pesar de haberse cubierto las cuotas iniciales y de haberse suscrito las letras respectivas, la empresa negó a su empleado-vendedor el pago del cinco por ciento del valor de la venta, sin razón alguna y a pesar de la maquinaria ser totalmente producida en el extranjero, condi-

ción para tener lugar la comisión pactada contractualmente.

"Noveno. Violando expresas normas del Código Sustantivo del Trabajo la empresa Tracey & Cía. S. A., desmejoró la situación contractual del trabajador y lo obligó, por razones económicas y mediante un claro abuso del derecho, a recibir la suma de cincuenta mil pesos como comisión por el negocio realizado con Pavimentaciones Asfálticas, cuando en la realidad le correspondían ciento cincuenta y un mil seiscientos diez y nueve pesos con noventa centavos ($ 151.619.90), equivalente al 5% del valor de la venta por él realizada.

"Décimo. A mi mandante se le adeuda por concepto de esta comisión, que constituye salario, la suma de ciento un mil seiscientos diez y nueve pesos con noventa centavos ($ 101.619.90) deducidos los cincuenta mil pesos recibidos.

"Decimoprimero. El no pago de la totalidad de la comisión pactada contractualmente constituye no sólo violación del contrato de trabajo, sino clara y manifiesta mala fe, desde luego que una empresa no puede desconocer los derechos pactados con sus trabajadores y por ello se deberá condenar a salarios caídos.

"Decimosegundo. La liquidación de prestaciones sociales por concepto de cesantía, prima y vacaciones no es real, desde luego que para obtener el promedio mensual devengado no se incluyó la suma que se le adeuda por concepto de salarios, razón por la cual deberán ser reajustadas en su justo valor.

"Decimotercero. Tengo poder para actuar".

La demandada contestó, también por medio de apoderado, los hechos anteriores así:

"Al primero. Es cierto. Al segundo. Es cierto. Al tercero. No me consta. Deberá ser demostrado si en algo influye. Al cuarto. Es cierto. Su retiro fue voluntario mediante renuncia presentada por escrito. Al quinto. Es cierto. La cifra indicada es la del salario promedio mensual, que sirvió de base para la liquidación. Al sexto. No me consta. Al séptimo. Es cierto parcialmente, pues la factura tiene fecha 2 de noviembre de 1970. Al octavo. No me consta en la forma planteada por el actor. Deberá demostrar la totalidad de su afirmación. Al noveno. No me consta. Deberá ser demostrado por el actor. Al décimo. No me consta. Deberá ser demostrado por el actor. Al undécimo. No es un hecho propiamente, sino una conclusión o apreciación de fondo a que llega el actor, pero que de todos modos no comparto aunque es respetable. Al decimosegundo. Es apreciación del actor que deberá ser demostrada juntamente con lo básico de los hechos anteriores. Al decimotercero. No es un hecho propiamente sino un presupuesto de la acción".

Y como razones de su defensa expuso:

"Primera. El señor Guillermo Potes Hurtado fue trabajador como vendedor de Tracey & Cía. S. A. (Ferretería Metro) de esta ciudad.

"Segunda. Contractualmente, y por consiguiente en forma bilateral, se estipuló un tipo de comisión para la liquidación de su salario, en la forma en que consta en el contrato de trabajo que fue firmado por ambas partes.

"Tercera. En desarrollo del contrato de trabajo, suscrito entre las partes, se presentó la posibilidad de un negocio de una cuantía de buena consideración para vender mercancías a Pavimentaciones Asfálticas Ltda. y/o Mario Carvajal C., de esta ciudad de Cali. El planteamiento de la negociación tuvo varias entrevistas no sólo del vendedor Guillermo Potes Hurtado sino de otros representantes de la empresa vendedora Tracey & Cía. S. A., tales como el señor Gerente Rodrigo Rojas. La negociación total tuvo un valor de $ 3'032.398.00, y para poderse efectuar hubo que hacer unos descuentos considerables a los compradores en relación con las propuestas o cotizaciones iniciales.

"En razón de lo expresado en la última parte en el párrafo anterior el Gerente de la empresa, señor Rodrigo Rojas, antes de aprobar definitivamente o cerrar la negociación con Pavimentaciones Asfálticas Ltda. y/o Mario Carvajal C., planteó en forma verbal, al vendedor Guillermo Potes Hurtado la necesidad que habría de efectuar ese negocio con una comisión menor a la convenida para otros, en vista de los

descuentos o rebajas a que se habían visto obligados para poder efectuar la venta, es decir, Tracey & Cía. S. A. estaba reduciendo en esa venta un alto porcentaje de su utilidad. De lo contrario no podría aprobarse la negociación.

"Fue así como conjuntamente, es decir de manera bilateral, y por lo protuberante y el peso de las razones expuestas, se convino entre ambas partes, patrono y trabajador, que en ese negocio habría una comisión especial distinta de la establecida como norma general para otros negocios. Es decir esta negociación se consideró como una excepción.

"Concordante con lo anterior, con fecha 9 de noviembre de 1970 Tracey & Cía. S. A., representada por su Gerente el señor Rodrigo Rojas, pasó una comunicación al señor Guillermo Potes Hurtado en la cual se le indicaba que conforme a las conversaciones de la semana anterior, es decir antes de cerrarse el negocio o procederse a la facturación, la comisión que el trabajador vendedor devengaría en ese caso sería de $ 50.000.00 y no estaría entonces regida por los porcentajes establecidos como norma general ya que este caso se había considerado, como se dejó indicado, como una excepción.

"Esta comunicación fue aprobada o aceptada por el trabajador Potes Hurtado y para corroborarlo estampó su firma en la copia correspondiente que se adjunta".

Formuló, finalmente, las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y la de todo hecho que resultara demostrado en el proceso.

Tramitada la controversia el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, que fue el del conocimiento, en fallo de 23 de febrero de 1973, resolvió:

"1º Condenar a la empresa demandada Tracey & Cía. S. A. representada por su Gerente en esta ciudad doctor Rodrigo Rojas, a pagar al demandante señor Guillermo Potes Hurtado, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de ciento trece mil doscientos noventa y cinco pesos con 02/100 ($ 113.295.02) M/cte. por concepto de excedente de comisión adeudada, reajuste del auxilio de cesantía, reajuste de prima proporcional de servicios correspondientes al primer semestre de 1971 y reajuste de vacaciones correspondiente al lapso comprendido entre el 1º de abril de 1970 y el 31 de marzo de 1971.

"2º Absolver a la empresa demandada de los demás cargos contenidos en la demanda.

"3º Costas a cargo de la demandada".

Apelada esta decisión por la demandada, el Tribunal ya mencionado de Cali, en la suya de la fecha igualmente indicada, redujo el valor total de las condenas a la cantidad de $ 83.034.87, en razón de que la comisión insoluta sólo valía $ 71.359.25, y no los $ 101.619.90 que liquidó el juzgado con imputación del porcentaje del 5% al monto global de la factura, que comprendía impuesto de venta y financiación, que no causaban comisión. Los reajustes de prestaciones dieron al ad quem, valores mayores que los liquidados por el a quo, pero el Tribunal mantuvo éstos para no incurrir en reformatio in pejus, de todo lo cual resultó la suma primeramente expresada.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación la sociedad demandada en el juicio, y habiéndoselo concedido el fallador colegiado y admitido la Corte, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a resolver mediante el estudio de la demanda presentada para sustentarlo. No hubo escrito de oposición.

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto parcial de la providencia del ad quem, en cuanto reformó el ordenamiento primero de la del a quo y condenó a la sociedad demandada a pagarle al promotor de la litis la suma de $ 83.034.87 y en cuanto confirmó la condena en costas de la primera instancia, para que, en la sede subsiguiente, la Corte revoque los numerales 1º y 3º del fallo del juzgado y, en su lugar, absuelva a la demandada de todas las súplicas del libelo inicial, con imposición de costas a la parte actora. Para estos efectos la sociedad recurrente, por medio de apoderado, formula dos cargos, que se sintetizan y resuelven así:

Primer cargo

Con fundamento en la causal primera de casación laboral acusa aplicación indebida, por la vía indirecta, de los artículos 57-4, 28, 132, 142, 306, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado éste por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, y 186 y 189 de aquel estatuto, subrogado el último por el texto 14 del dicho decreto, en concordancia con los artículos 13, 14, 22, 23, 43, 55 y 127 del Código de Trabajo.

Las violaciones anteriores ocurrieron a consecuencia de errores evidentes de hecho, los cuales consistieron en:

"1º No dar por demostrado, estándolo, que en forma bilateral y de común acuerdo, el señor Guillermo Potes Hurtado y la firma Tracey & Cía. S. A. convinieron que la comisión para el negocio de Pavimentaciones Asfálticas y relacionado en las facturas 1154/56 de noviembre de 1970, sería sólo de $ 50.000.00 M/cte., de acuerdo a la carta del 9 de noviembre de 1970.

"2º No dar por demostrado, estándolo, que la carta del 9 de noviembre de 1970 visible al folio 25 fue firmada por el demandante en señal de aceptación de las condiciones en ella estipuladas.

"3º Dar por demostrado, sin estarlo, que la misma carta fue firmada por el señor Potes Hurtado únicamente en señal de recibo.

"4º Dar por demostrado, sin estarlo, que el hecho de haber convenido las partes una comisión especial de $ 50.000.00 en vista de las condiciones peculiares del negocio celebrado con la firma Pavimentaciones Asfálticas Ltda., constituye una renuncia de los derechos del señor Potes Hurtado.

"5º No dar por demostrado, estándolo, que para ese negocio específico se pactó válidamente una comisión especial de $ 50.000.00 M/cte., diferente de la comisión normal u ordinaria estipulada en el contrato de trabajo de un 5% y 3% para la venta de maquinaria extranjera y nacional, respectivamente en los negocios en los cuales interviniera el actor.

"6º No dar por demostrado, estándolo, que la comisión especial de $ 50.000.00 M/cte., por el negocio de Pavimentaciones Asfálticas Ltda., se convino en razón de existir modalidades peculiares y específicas para este negocio".

Estos errores fueron ocasionados por la falta de apreciación de unas pruebas y por haber dejado, el fallador, de apreciar otras, que el recurrente singulariza así:

Pruebas erróneamente apreciadas

"a) Carta dirigida al demandante por la sociedad demandada el día 9 de noviembre de 1970 y firmada por aquél en señal de aceptación (fl. 25); b) Contrato de trabajo suscrito entre las partes (fl. 25); c) Circular de la Gerencia de la demandada de fecha 24 de febrero del 70 (fls. 13 y 14); d) Orden de compra Nº 2250 y facturas Nos. 1154/11/56 relacionadas con el negocio de Pavimentaciones Asfálticas Ltda. (fls. 6, 7, 8, 78 a 82); e) Pedidos números 3347 y 3349 relacionados con el mismo negocio (fls. 15, 83 y 84); f) Interrogatorio de parte absuelto por el demandante a solicitud del señor apoderado de la demandada (fls. 48 a 50); g) Documentales de folios 62 a 74; h) Declaración del doctor Mario Carvajal (fls. 35 vto. y 36); j) Confesión contenida en la contestación de la demanda (fls. 17 a 29).

Pruebas no apreciadas

"a) Liquidación final de prestaciones sociales del demandante (fls. 22 y 23); b) Carta de renuncia del demandante (fl. 24). Este documento fue reconocido por el actor en diligencia visible al folio 35.

"En relación con el testimonio señalado como mal apreciado, el cargo lo incluye por estar la sentencia fundada también en esta prueba, para cuyo efecto se demostrará, en primer término, la censura contra las pruebas susceptibles de ser atacadas por la vía del error de hecho, y luego contra la declaración del doctor Mario Carvajal, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de la honorable Sala en sentencia del 6 de octubre de 1972 (ordinario laboral de Alberto Ramírez vs. Sonolux Ltda.)".

Para sustentar el cargo el recurrente manifiesta que toda la controversia ha girado sobre la validez de la comisión especialmente pactada por el demandante y la firma demandada, para el negocio de venta de maquinaria a Pavimentaciones Asfálti-

cas Ltda. de Cali, en el mes de noviembre de 1970; y que el Tribunal estimó que Tracey & Cía. S. A. estaba obligada a pagarle a Potes Hurtado el 5% sobre el valor neto de la mercancía vendida, de $ 2.427.185.00 o sea un total de $ 121.359.25 mas como le habían abonado $ 50.000.00 le quedaron a deber $ 71.359.25.

Para esta conclusión el sentenciador consideró que la carta de folio 25 no tiene eficacia para modificar el contrato de trabajo (que había estipulado un 5% de comisión por ventas de mercancía extranjera) porque el demandante la firmó en señal de recibo de dicha carta y no de aceptación de su contenido, y porque, de otra parte, aceptar la validez de lo que dice esa carta implicaría hacer participar al trabajador en las pérdidas, lo que está prohibido por el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo y supondría, igualmente, una renuncia o cesión del salario, actos que prohiben los artículos 132 y 142 ibídem. Agrega el acusador que el Tribunal no admite que se hubiera producido una modificación ocasional y parcial del contrato de trabajo, para la venta que motivó la litis, porque no se trata de un procedimiento regular y constante durante la ejecución contractual, que llegue a configurar una cierta conformidad o aceptación tácita del trabajador, "aunque éste sí debió hacer una salvedad al firmar la copia de folio 25 —continúa diciendo el fallador— por un principio de lealtad y con el objeto de confirmar lo indiscutible de su derecho".

Pero esas apreciaciones son equivocadas, pues la carta —que el recurrente analiza— claramente contiene un convenio bilateral modificatorio del contrato inicial, para el caso específico del negocio de autos, y la firma del demandante en la copia fue puesta en señal de aceptación y no de recibo de ella, como tardíamente lo dice el demandante, en la diligencia de interrogatorio, un año después de terminado el contrato y cuando ya tenía interés litigioso. Además, al aceptar este dicho del trabajador se apreció incorrectamente su confesión en esa diligencia. El acusador también aduce el comportamiento posterior del trabajador, hasta la terminación del contrato y analiza su carta de retiro y la liquidación de prestaciones, piezas ignoradas por el fallador, que corroboran el convenio para el negocio por el que se reclama en la litis, nunca antes desconocido.

En cuanto a las otras razones del fallador también las rechaza como equivocadas, pues la modificación salarial cuestionada no constituyó participación en las pérdidas, ni renuncia de derechos.

Por todo lo cual concluye el cargo: "es patente el desacierto del sentenciador al colegir de las anteriores probanzas, que el actor tenía derecho a la comisión del 5% pactada en el contrato, cuando precisamente se demostró que éste fue un negocio especial, diferente a los demás, respecto del cual no operó la estipulación contractual habitual y normal, por haberse acordado una específica de $ 50.000.00 M/cte., que se convino primero en forma verbal y luego por escrito y que la demandada pagó oportunamente, habiéndola recibido el señor Potes sin protesta alguna, ni en ese momento ni con posterioridad, hasta la presentación de la demanda inicial, no obstante haber transcurrido en el lapso intermedio la desvinculación del señor Potes y el consiguiente recibo de sus prestaciones sociales, a satisfacción, según constancia que reposa en la respectiva liquidación.

"Se impone por tanto el quebranto del fallo acusado y la revocatoria de la decisión del primer grado, para en su lugar absolver a la demandada de todas las peticiones de la demanda, ya que la comisión convenida de $ 50.000.00 fue pagada oportunamente, como se acepta en el hecho noveno de la demanda, por lo cual no hay lugar al pago de reajuste de comisiones al actor, ni tampoco de reajuste de prestaciones sociales".

Se considera

Como lo expresa el acusador, la controversia fundamental obedece a que, para el negocio de venta de maquinaria a la firma Pavimentaciones Asfálticas Ltda. de Cali, en noviembre de 1970, la empresa sólo le pagó al demandante Potes Hurtado, por comisión $ 50.000.00 en el entendimiento, que apoya en las pruebas que destaca el recurso, de que esa era la remuneración especialmente convenida con su trabajador, para ese negocio determinado. Y los falla-

dores —aunque en cuantía distinta por las razones sintetizadas— acogiendo la pretensión del comisionista, apreciaron que el contrato de trabajo estipulaba un porcentaje que debía aplicarse a la negociación antedicha, porque el documento aducido por la empresa para demostrar el concierto especial para ella fue firmado por Potes en señal de recibo y no de aceptación, y porque, en el supuesto de que hubiese contenido esta última manifestación de voluntad, ella sería inválida pues implicaría renuncia o cesión del salario o participación del trabajador en pérdidas del patrono, actos que están prohibidos por la legislación laboral.

Debe precisarse entonces la situación fáctica, conforme a las probanzas, para definir su regulación en derecho.

Prescindiendo de los documentos que se refieren a la contratación inicial del trabajador y a la negociación que ocasionó la litis, pues no se controvierten ni el vínculo laboral ni el porcentaje estipulado para la retribución general de Potes ni su intervención en la venta por la que reclama, el asunto de si hubo o no un convenio especial, para el negocio de autos que ha de precisarse en primer término, para luego calificar su validez está contenido en la carta de folio 25, en el interrogatorio absuelto por el demandante, en la liquidación final de prestaciones y en la renuncia de Potes, pruebas singularizadas por el recurrente, en los conceptos debidos.

Aquella primera pieza, dirigida por la sociedad demandada al demandante, con fecha 9 de noviembre de 1970, claramente se refiere a un acuerdo anteriormente celebrado, para que la comisión de Potes, en el "caso específico" del negocio con Pavimentaciones Asfálticas, fuera de $ 50.000.00, y concluye solicitando la firma del trabajador, en la copia de la carta, en señal de aceptación. Este documento, que obra a folio 25, contiene la firma pedida al demandante, conforme lo reconoció éste en posiciones; y aunque en tal diligencia agregó que lo había hecho en señal de recibo y no de aceptación, lo que se ostenta del contenido del documento y lo que ha de apreciarse en él, en este punto, es que tal firma constituyó "señal de aceptación". Y no puede admitirse explicación última del actor, porque no está contenida en el documento, aparece determinada por su interés en el pleito y porque no tiene manifestación indivisible con lo que pretende, sino, todo lo contrario, es afirmación del hecho y de la voluntad opuestos.

La liquidación de prestaciones, efectuada y pagada seis meses después, tampoco recoge inconformidad alguna, y, también al revés de lo que se sostiene en la litis, expresa cancelación, sin reclamo, de todos los salarios y conceptos, y la carta de renuncia del trabajador, de fecha 19 de abril de 1971 y folio 24, contiene agradecimientos sinceros por "la confianza y atenciones" disfrutadas y por el "buen trato en todos los aspectos", manifestaciones que no pueden entenderse en el sentido de las diferencias e inconformidades que posteriormente se aducen en la litis, sino, respecto de su asunto principal, en el de que verdaderamente existió el convenio, que afirma la empresa, acerca de que para la negociación de autos se fijó la suma determinada de $ 50.000.00 que le fue pagada a Potes, y no la estipulada con criterio general en el contrato que regulaba las relaciones de trabajo.

Cada una de estas pruebas, en sí mismas, y todas en valoración conjunta, evidencian la realidad del convenio y erró el fallador, de modo manifiesto, en su apreciación de que la firma de Potes en la carta primeramente examinada sólo constituyó "señal de recibo" y no de aceptación del dicho acuerdo para el negocio específico de autos, y con mayor propiedad, de confirmación y de prueba del acuerdo que ya existía entre las partes, acerca de este asunto, en razón de "nuestras conversaciones de la semana pasada", como se expresa en el mismo documento.

Mas agrega el ad quem —en consideración que puede examinarse ya porque lo anteriormente resuelto le abre campo— que, "aun suscrita por el señor Potes la carta de folio 25" —supuestó que contraría toda su primera apreciación fáctica, y que obligó al recurrente a formular su cargo segundo— el convenio para el negocio específico no tiene validez, porque implica renuncia o cesión de salario y participación en las pérdidas del patrono. Pero la ocurrencia de autos no consistió en que Potes

renunciara a una parte de la retribución que le correspondió por su trabajo o que la cediera a su patrono, o que la perdiera por participar en pérdidas de éste, que es lo que prohiben los textos laborales en que se fincan esas ideas; ni que, por haber convenido, para el negocio cuestionado, en una comisión inferior a la estipulada porcentualmente en su contrato inicial, tal convenio implicara las dichas renuncia, cesión o participación en pérdidas. Aquí de lo que se trata es de un negocio singular, para cuya retribución se acordó expresamente una comisión, por motivos, asimismo establecidos, que determinaron, a las partes interesadas en que se realizara, a reducir sus beneficios, de ganancia en el empresario vendedor y de retribución en el comisionista. Y nada de esto es renuncia, ni cesión de salario que no se había causado y eventualmente podía no causarse si el negocio no se efectuaba, ni participación en pérdidas que no se produjeron, precisamente porque la venta pudo hacerse, en las nuevas condiciones de precio y plazos para el comprador y de retribución especialmente acordada con el comisionista. Ninguna razón existió, pues, para apreciar el asunto conforme a textos que no lo contemplaban, y que resultaron igualmente violados, por este otro aspecto.

Todavía puede agregarse que para el Tribunal la estipulación examinada habría sido válida si hubiese constituido "un procedimiento regular y constante" que llegara a configurar "una cierta conformidad o aceptación tácita del trabajador", criterio que posiblemente informó en jurisprudencia sobre la licitud de modificar las condiciones salariales del trabajador y en doctrina sobre el jus variandi. Pero no se encuentra lógica en esa consideración, que admite la reducción convencional del salario con carácter general, aun por aceptación tácita, y la niega para negocio singular, debidamente explicado, y convenida en forma expresa. Todo lo anterior exhibe las violaciones acusadas de ley y el fallo debe casarse.

Para la decisión subsiguiente de instancia bastará agregar, a las razones anteriores, que habiéndose demostrado que para el negocio de autos se pactó válidamente una comisión especial de $ 50.000.00 y que ella fue oportuna y completamente pagada por la empresa, la acción, por una pretendida diferencia, carece de fundamento y, con ella, la de reajuste consecuencial de prestaciones. Se revocarán, por lo tanto, los ordenamientos condenatorios del a quo por estos extremos, para absolver, en su lugar, a la demandada de todas las pretensiones de la litis, con las costas correspondientes al actor.

No es necesario estudiar el cargo segundo de la demanda de casación, porque, con la misma finalidad del que prosperó, sólo obedece a la necesidad técnica de la vía directa, para el supuesto del Tribunal de que sí existió el convenio de autos, pero sin validez legal, aspecto igualmente resuelto.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia objeto del presente recurso, dictada el 10 de octubre de 1973, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el ordinario de trabajo promovido por Guillermo Potes Hurtado contra Tracey & Cía. S. A., litigantes de las condiciones que contiene el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4613, en cuanto condenó a la sociedad demandada en el dicho juicio a pagarle al demandante la suma de $ 83.034.87 por los conceptos de su parte motiva y confirmó la condenación en costas del primer grado, a la dicha demandada, y, en sede de instancia, revoca los ordenamientos condenatorios del a quo, en sus ordinales 1º y 3º del fallo de 23 de febrero de 1973, absolviendo, en su lugar, de los extremos correspondientes, por excedente de comisión y reajustes de cesantía, primas de servicio y vacaciones impetradas en la litis, con costas de la primera instancia al demandante Guillermo Potes Hurtado.

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

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

UNIDAD DE EMPRESA

No es lo mismo encontrar que entre dos sociedades hay mayoría de socios comunes y suponer que los demás tienen entre sí algún nexo, que establecer la dependencia económica de dos unidades de explotación respecto a una misma persona natural o jurídica.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Napoleón Coronel de la Hoz, vecino de Cartagena, identificado con cédula de ciudadanía Nº 3.797.707 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado a Droguería Blanco & Roca de Cartagena Limitada, para que fuera condenada a pagarle pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 16 de mayo de 1972, y las costas del juicio.

El apoderado narró los siguientes

Hechos

"a) Mi poderdante señor Napoleón Coronel de la Hoz, en virtud de contrato con la empresa 'Droguería Blanco & Roca de Barranquilla', hoy Blanco & Roca & Cía. S. A., ingresó a trabajar el día 8 de diciembre de 1937 en la oficina principal de Barranquilla, habiendo desempeñado los cargos, primero, de cajero auxiliar de la empresa y después agente vendedor local, hasta diciembre de 1948 en que la Gerencia General lo ascendió a Gerente de la 'Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda.', desempeñando dicho cargo hasta el 1º de julio de 1968 día en que se retiró voluntariamente de la empresa;

"b) La Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., está obligada a pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación que se demanda, por cuanto su capital conjuntamente con el de la principal de Barranquilla, pasa de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) M/cte., y constituyen dos unidades dependientes de una misma persona, que corresponden a actividades económicas similares, es decir, la unidad de empresa que define el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo. Entre las sociedades Blanco & Roca & Cía. S. A., y Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., existe una identidad jurídica que genera la existencia de una misma empresa, ya que el giro de cada una de las casas de Barranquilla y Cartagena es el mismo, sus socios las mismas personas naturales y sus actividades económicas las mismas, y así lo declaró el honorable Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia del 8 de mayo de 1961 dentro del juicio laboral ordinario instaurado por el señor José I. Marzán Pérez contra Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., esta afirmación también se ve corroborada plenamente con la lectura de los extractos relativos a la constitución de las sociedades Blanco & Roca & Cía. S. A., Blanco & Roca de Cartagena Ltda., que lo único es haber cambiado la razón social la casa principal, pues antes era Blanco & Roca Ltda. de Barranquilla, la última no cambió de nombre y en cuanto al aporte del capital que figuraba a nombre de Blanco & Roca Ltda. de Barranquilla (2/3) pasó a figurar en cabeza de los distintos socios de esta firma. En relación a la unidad de empresa quiero hacer hincapié en la dirección telegráfica de ambas empresas, que es la misma, o sea la palabra 'Doblan'.

"Como prueba concluyente sobre la unidad de empresa, obsérvese los extractos de Blanco & Roca & Cía. S. A., y Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., aparece como Gerente de Blanco & Roca & Cía. S. A., el señor Germán Bula O., e igualmente aparece como Director Delegado de Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda. el mismo señor Germán Bula O., o sea la persona que le toca autorizar los negocios de mayor cuantía. Los socios son exactamente los mismos en una y otra empresa como se puede apreciar en los extractos de las Cámaras de Comercio de Barranquilla y Cartagena. La diferencia en algunos nombres (no en los apellidos) corresponden a herederos que ya entran a figurar en una u otra firma, con motivo de la muerte de los socios fundadores, señores Federico Brokate Roca y José A. Blanco de la Roca".

El apoderado de la demandada contestó los hechos así:

"a) No es cierto, como está redactado. En primer lugar no me consta sobre el tiempo de servicio en empresas distintas a la demandada, cuya vocería llevo en este juicio. En segundo término manifiesto que según la liquidación final de prestaciones del actor, cuya fotocopia anexo, éste laboró con Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., desde el 1º de enero de 1947 hasta el 30 de junio de 1958, pues el 1º de julio de dicho año 'se retiró voluntariamente de la empresa', conforme lo confiesa en la demanda. El último cargo desempeñado fue el de administrador, pero no me constan las posiciones anteriores, ateniéndome al resultado de las pruebas;

"b) No es cierto que mi representada esté obligada a pagar pensión mensual ordinaria de jubilación al actor. Primero, porque éste completó apenas un tiempo de servicio de 11 años y cinco meses. Y segundo, porque el patrimonio gravable de 'Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda.', es, con mucho inferior a $ 800.000.00. Rechazo la pretensión del libelista en el sentido de que el patrimonio gravable de la demanda se tome en conjunto o sumado al de sociedades y compañías distintas, jurídicamente independientes, con socios diversos y organización autónoma. Concretamente, no puede tenerse en cuenta el patrimonio de 'Blanco & Roca y Compañía S. A.', empresa ésta con la cual nunca trabajó el señor Coronel de la Hoz, como habrá de demostrarse en el curso del juicio. También rechazo el intento de hacer parecer esta petición igual a la que en oportunidad anterior formuló el señor José I. Marzán Pérez por 'jubilación especial' y contra 'Droguería Blanco & Roca de Cartagena, Ltda.' y 'Blanco & Roca Limitada', ya que los casos y las demandadas son distintos. La declaratoria judicial de 'unidad de empresa' sólo tuvo consecuencias para la demanda concreta del señor Marzán y se refirió además a una situación económica temporal entre las sociedades 'Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda.' y 'Blanco & Roca Ltda.'"

En sentencia de 27 de octubre de 1973, del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, fue absuelta la entidad demandada de todos los cargos del libelo. Apeló el apoderado del trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en fallo de 26 de noviembre de 1973, revocó la sentencia de primer grado, declaró unidad de empresa entre Blanco & Roca & Cía. S. A. y Droguería Blanco & Roca de Cartagena Limitada, y condenó a la última a pagar al demandante pensión mensual vitalicia de $ 2.432.12 a partir del 16 de mayo de 1972, y las costas de ambas instancias. Contra el fallo del ad quem, interpuso el apoderado de la demandada, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

Alcance de la impugnación

Con la demanda se pretende la casación total del fallo de segunda instancia, la confirmación de la sentencia de primer grado y la condena en costas de la parte actora.

El recurso

Está presentado en tres cargos que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Primer cargo

Se acusa indebida aplicación del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968, en relación con los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, y la aplicación también indebida del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los errores de hecho y las pruebas mal apreciadas, fueron presentados así:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que entre las sociedades Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., y Blanco & Roca Cía. S. A. de Barranquilla, existe unidad de empresa.

"2º Dar por demostrado, sin estarlo, que las sociedades Blanco & Roca Ltda. y Blanco & Roca y Cía. S. A. de Barranquilla, constituyen una misma empresa por haber formado una misma unidad de explotación económica.

"3º No dar por demostrado, estándolo, que las tres sociedades que el ad quem considera como una sola empresa, Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., Blanco & Roca Limitada y Blanco & Roca y Cía. S. A., estas dos últimas de Barranquilla, son perfectamente diferentes, con administración propia.

"4º No dar por demostrado, estándolo, que entre tales personas jurídicas no existe ningún predominio económico de una sociedad sobre las otras y por tanto no puede considerarse que entre ella se presente la relación de matriz a filial o subsidiaria.

"5º Dar por demostrado, sin estarlo, que existe predominio económico entre la Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda. y Blanco & Roca y Cía. S. A. por el hecho de que algunas personas naturales aparezcan como idénticos socios de una y otra, y porque otros lleven los mismos apellidos o sean familiares entre sí.

"6º Dar por demostrado, sin estarlo que por el hecho de haber traspasado en 1965, sus activos y pasivos Blanco & Roca Ltda. a Droguería Drocoblán S. A. hoy Blanco & Roca y Cía. S. A. estas dos sociedades constituyen una misma empresa.

"7º No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad Blanco & Roca Cía. S. A. antes Droguería Drocoblán Ltda., se constituyó en el año de 1964 y por tanto el demandante no pudo trabajar con dicha firma en ningún momento.

"8º Dar por demostrado, sin estarlo, que de los años 1937 a 1946 existió jurídicamente la sociedad Blanco & Roca Ltda. de Barranquilla, no obstante no aparecer en el expediente los correspondientes certificados acerca de su constitución.

"9º Dar por demostrado, sin estarlo, que Blanco & Roca & Cía. S. A. absorbió a Blanco & Roca Ltda. de Barranquilla, por el hecho de haber existido el traspaso de activos y pasivos de la segunda a la primera.

"10. Dar por demostrado, sin estarlo, que Blanco & Roca Cía. S. A. y Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda. forman una sola empresa, por el hecho de tener algunos directivos comunes.

"Los errores de hecho se derivaron a causa de la errónea apreciación de las siguientes pruebas que a continuación se relacionan:

"a) La demanda del proceso, en cuanto a la confesión que en ella se encuentra (fls. 2 a 8);

"b) Certificado de constitución y gerencia de la sociedad Droguería Drocoblán S. A. hoy Blanco & Roca & Cía S. A. (fls. 11 a 14 y 49 a 56, cuaderno 1º).

"c) Certificado de constitución y gerencia de la sociedad Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda. (fls. 16 a 19 y 57 a 59, cuaderno 1º);

"d) Copias de las actas de las juntas de socios de Droguería Blanco & Roca de Cartagena Ltda., constatadas en la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la demandada (fls. 60 a 73 y 74 a 75, cuaderno 1º);

"e) Cartas dirigidas al demandante (fls. 8 y 9);

"f) Declaración de Alfonso de La Rosa (fls. 85 y ss.) y Abel Juliao (fls. 101 y ss.).

"En relación con los testimonios señalados como equivocadamente apreciados, el cargo los incluye por estar la sentencia fundada en pruebas contempladas y no mencionadas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, para cuyo efecto se demostrará, en primer término, la censura contra las pruebas susceptibles de ser atacadas por

la vía del error de hecho y luego contra las declaraciones como lo tiene aceptado la jurisprudencia de esa, honorable Sala en fallo del 6 de octubre de 1872 (sic), (ordinario de Luis Alberto Ramírez contra Sonolux Ltda.)".

En la demostración del cargo, el acusador relata las razones dadas por el ad quem, considera erróneo que el Tribunal haya encontrado estructurada en el presente caso, la segunda de las figuras de la unidad de empresa, por tratarse de distintas personas jurídicas; cita una sentencia de la Corte de 16 de junio de 1972, advierte que hay varias unidades de explotación económica y varias personas jurídicas, por lo cual se trata del caso contemplado en el inciso segundo de la norma, que exige una entidad principal y filiales o subsidiarias, el predominio económico de la primera sobre las segundas, y actividades similares, conexas o complementarias; afirma que el sentenciador confundió las dos situaciones fácticas contempladas por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965; escudriña el verdadero sentido de las jurisprudencias citadas en el fallo acusado; estudia el concepto de filiales o subsidiarias a través de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio; transcribe varios párrafos de una sentencia de la Corte dictada el 27 de junio de 1973; advierte que entre Blanco & Roca Limitada de Barranquilla y Droguería Drocobián S. A., hoy Blanco & Roca & Cía. S. A. no hubo unidad de empresa; analiza las distintas escrituras de las sociedades mencionadas; recalca la improcedencia de la declaración de unidad de empresa entre dos personas jurídicas que no tienen predominio económico de principal a filial o subsidiaria; combate las circunstancias de ser algunos socios comunes a varias sociedades, de tener apellidos comunes o supuestos parentescos y de tener dirección telegráfica igual; y finalmente estudia los testimonios en que se apoya el Tribunal, para encontrar que fueron apreciados equivocadamente. Concluye el impugnador que si no se hubieran cometido los errores anotados, no se hubiera declarado la unidad de empresa, ni se hubieran hecho las otras declaraciones del fallo.

El opositor dice:

"Este cargo, que acusa aplicación indebida por errores de hecho, se equivocó de vía.

"En efecto, el impugnante lo que fundamentalmente hace es oponer su propia interpretación del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 a la que le sirvió al ad quem de causa eficiente para las conclusiones a que llegó; y como, acto seguido, encuentra que las pruebas que singulariza no se conforman con esa su interpretación, las reputa, entonces, mal apreciadas.

"Así las cosas, de ser correcta la interpretación del recurrente la violación de ley en que habría incurrido el ad quem habría sido, excluyentemente, una de tipo directo: específicamente la de su interpretación errónea".

Se considera

El reparo hecho por el opositor no es suficiente para rechazar el cargo, pues el acusador habla de entendimiento de la norma violada y de las jurisprudencias que sobre ella cita, pero no para indicar que el ad quem interpretó equivocadamente el concepto de la norma, sino para mostrar que dentro de ese correcto entendimiento se aplicó indebidamente la ley por no ser la situación fáctica la contemplada por el precepto.

El sentenciador estudia en primer lugar la situación de las sociedades Blanco & Roca Limitada de Barranquilla, Droguería Drocobián S. A. y Blanco & Roca & Cía. S. A., y aunque inicie el análisis afirmando que son varias unidades de explotación económica que dependen de una misma persona natural o jurídica, concluye que hubo unidad de explotación económica perteneciente a tres personas jurídicas sucesivas, y acepta los testimonios de algunos jubilados que trabajaron con la primera y son pagados por la última.

La demanda con que se inició el juicio, contiene la afirmación de que la Droguería Blanco & Roca de Barranquilla es hoy Blanco & Roca & Cía. S. A., es decir que la misma empresa perteneció sucesivamente a dos sociedades. En este punto no resulta mal apreciada la prueba, pues el ad quem concluye que existió la misma empresa de propiedad de esas dos sociedades.

Según el certificado sobre las escrituras relativas a las tres sociedades mencionadas, el 16 de diciembre de 1964 se constituyó la compañía Droguería Drocoblán S. A., dicha sociedad compró el 9 de marzo de 1965 todo el activo y el pasivo de Blanco & Roca Limitada, y el 19 de marzo de 1965, Droguería Drocoblán S. A. cambió su razón social por la de Blanco & Roca & Cía. S. A.

No se apreciaron equivocadamente los certificados de folios 11 a 14 y 49 a 56 del primer cuaderno, cuando se encontró que la misma empresa perteneció a las tres sociedades indicadas. Se advierte que esa declaración no afecta a tales sociedades por cuanto ellas no fueron demandadas en el juicio, y que respecto a Droguería Blanco & Roca de Cartagena Limitada, la declaración le afecta en cuanto se establezca la unidad de empresa entre ella y la perteneciente a Blanco & Roca & Cía. S. A.

En segundo término el sentenciador estudia si entre las unidades de explotación económica pertenecientes a las dos sociedades últimamente citadas, existe unidad de empresa, y concluye con la declaración de que la hay porque considera que esas varias unidades dependen económicamente de la misma persona, corresponden a actividades similares y tienen trabajadores a su servicio.

Afirma el ad quem que las personas naturales que suscribieron y pagaron el 78.39% de las acciones de la sociedad anónima, poseen el 78.73% de los aportes de la Limitada, que los socios de la Limitada que no figuran en la anónima tienen los mismos apellidos que los de los socios de ésta, que debe suponerse que son parientes, que Ramón Brokate Rodríguez debe ser pariente de Federico Brokate Roca, y que la señora Eva Meyer de Bula debe tener algún nexo con el señor Germán Bula.

Por las circunstancias anteriores el Tribunal infiere que las unidades de explotación económica pertenecientes a las dos sociedades dependen económicamente de una misma persona.

En esto consiste precisamente el error de hecho evidente que resulta de la apreciación de esas pruebas, porque no es lo mismo encontrar que entre dos sociedades hay mayoría de socios comunes y suponer que los demás tienen entre sí algún nexo, que establecer la dependencia económica de dos unidades de explotación respecto a una misma persona natural o jurídica.

Los certificados señalan dos personas jurídicas distintas, con diferente domicilio y con órganos directivos distintos. Tampoco resulta de las pruebas analizadas que haya una persona jurídica o natural de la cual dependan esas sociedades, ya que los intereses que varios socios tengan en ambas compañías, no las hacen depender de una misma persona. Es evidente el error de hecho en la apreciación de las pruebas, pues ellas demuestran que no hay una persona de la cual dependan esas unidades de explotación, sino precisamente que ellas corresponden a varias personas jurídicas, aunque los socios sean en parte las mismas personas naturales.

Ese error de hecho llevó al sentenciador a considerar que varias unidades formaban una empresa, con aplicación indebida del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 y consecuencialmente del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Habrá de casarse la sentencia por la prosperidad del cargo.

En instancia se considera además de las razones anteriores, que ninguna prueba se dio de que la explotación económica de la demandada y de Blanco & Roca & Cía. S. A. fuese una unidad, sino que resultaron varios, tampoco se demostró que las dos unidades de explotación dependieran de una misma persona jurídica o natural, pues se estableció que esas unidades correspondían precisamente a dos personas jurídicas distintas, y ni se demostró en fin, que esas sociedades fueran principal y filial o subsidiaria, por no haberse probado el predominio económico de la una sobre la otra.

En tales condiciones no se puede declarar la unidad de empresa, por no configurarse ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965.

Por otra parte, la demandada alegó desde la contestación de la demanda, que no tenía el capital suficiente para que se la obligara a pagar pensión de jubilación y en la inspección ocular, folio 75 del primer cuaderno, presentó las declaraciones de renta que demuestran un capital inferior a

$ 800.000.00 con lo cual según los artículos 195 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo se demostró el capital de la empresa y se estableció que el demandante no tiene derecho a reclamar jubilación de la demandada. Y no era el caso por lo primeramente expuesto, de sumar este capital con el que tuviese la empresa de Barranquilla, o atenerse tan sólo al presunto de esta última.

Consecuencialmente, debe confirmarse la sentencia apelada y condenar al demandante en las costas de la alzada.

No es necesario estudiar los cargos segundo y tercero, porque con ellos se busca lo 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 dictada el veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y tres, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el juicio seguido por Napoleón Coronel de la Hoz contra Droguería Blanco & Roca de Cartagena Limitada, y en su lugar, por las razones expuestas en este fallo, confirma la sentencia de veintisiete de octubre de mil novecientos setenta y tres, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, en el mismo juicio, y condena al demandante en las costas de la segunda instancia.

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de 13 de septiembre de 1974, declara que no es competente para conocer del recurso de homologación contra el laudo dictado para decidir el conflicto colectivo surgido entre "Industrias Don Félix Limitada" de Pereira y su Sindicato de Trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., trece de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

El representante legal de la sociedad denominada "Industrias Don Félix Limitada", con domicilio principal en la ciudad de Pereira, interpuso el recurso de homologación contra el laudo dictado el doce de agosto de mil novecientos setenta y cuatro por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para decidir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre la sociedad recurrente y su Sindicato de Trabajadores con motivo del pliego de peticiones elevado por dicho Sindicato el 24 de enero de 1974.

En la Resolución de convocatoria número 1417 de 15 de mayo de 1974, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social luego de hacer un relato de los antecedentes del conflicto incluidos la presentación del pliego de peticiones, arreglo directo, conciliación, declaración de huelga y realización de la misma, consideró: "Que cuando la huelga se prolonga por más de cuarenta (40) días sin que las partes hayan podido encontrar fórmulas de solución al conflicto que dio origen al cese de actividades y el Sindicato o los trabajadores no lo sometieren a fallo arbitral, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social puede ordenar la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio, para que resuelva los puntos del pliego de peticiones sobre los cuales no se ha llegado a acuerdos en las etapas previstas en la ley, como lo establece el artículo 2º del Decreto 939 de 1966"; en consecuencia resolvió: "Convocar un tribunal de arbitramento obligatorio de los previstos en el artículo 2º del Decreto 939 de 1966 para que estudie y decida el diferendo laboral colectivo existente entre la empresa 'Industrias Don Félix Limitada' y el Sindicato de Trabajadores de Industrias Don Félix Limitada, ambos con domicilio en la ciudad de Pereira, departamento de Risaralda".

De la motivación y de la parte resolutiva de la resolución que convocó al tribunal de arbitramento obligatorio, se desprende que no fue convocado para decidir un conflicto colectivo en una empresa de servicio público, sino en una de actividad diferente en donde es permitida la huelga.

Procede, en consecuencia, estudiar la competencia de la Corte para resolver el recurso de homologación interpuesto por una de las partes en conflicto. Ya esta corporación en providencia de veinticinco de mayo de mil novecientos setenta se pronunció sobre este aspecto en los siguientes términos:

"1. De conformidad con el artículo 11 del Decreto 528 de 1964, que modificó el 15 del Código Procesal del Trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia conoce 'de la homologación de laudos arbitrales en los casos previstos por el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo', y ellos no eran otros que los profe-

ridos por tribunales especiales, cuando el arbitraje fuera de carácter obligatorio.

"2. Cuando entró a regir el Decreto 528 de 1964, solamente tenía el carácter de obligatorio el arbitraje para decidir los conflictos colectivos de trabajo que se presentaran en los servicios públicos y que no hubieran podido resolverse mediante arreglo directo o conciliación (Art. 452 del C. S. del T.).

"3. Posteriormente, el Decreto 2351 de 1965, amplió los casos de tribunales especiales y estableció en su artículo 34 que serían sometidos a arbitramento obligatorio, además de los conflictos colectivos en servicios públicos, no resueltos en arreglo directo o conciliación (literal a), aquellos en los que los trabajadores optaren por él, conforme a lo establecido en el artículo 31 ibídem (literal b).

"4. El Decreto legislativo 939 de 1966, estableció un nuevo caso de tribunal especial de arbitramento obligatorio cuando una huelga se prolongue por más de treinta (30) días, 'sin que las partes encuentren fórmula de solución del conflicto que dio origen al cese de actividades', dentro de dos modalidades.

"a) Los trabajadores tienen facultad de solicitar su convocatoria dentro de los diez (10) días siguientes a los treinta del cese de actividades, aplicándose entonces las disposiciones legales vigentes, y

"b) Cuando las partes de común acuerdo, o los trabajadores, no piden su constitución, conforme a lo dicho en el literal anterior, el Ministerio del Trabajo podrá ordenar que se constituya.

"5. La Ley 48 de 1968, que con modificaciones y adiciones adoptó como estatutos permanentes, los Decretos números 2351 de 1965 y 939 de 1966, estableció otro caso de arbitraje obligatorio en empresas que no sean de servicio público y dijo en el aparte 4 de su artículo 3º:

"Si una huelga, por razón de su naturaleza o magnitud afecta de manera grave los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto, el Presidente de la República podrá ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y que los diferendos que la provocaron sean sometidos a fallo arbitral. Pero el Presidente no podrá tomar esa decisión sin el concepto previo y favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Se deroga el ordinal i) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo tal como fue sustituido por el artículo 1º del Decreto legislativo 753 de 1966.

"6. La Sala de Casación Laboral de la Corte, en virtud de las creaciones hechas por los Decretos 1965 y 1966 de tribunales especiales, tuvo que conocer de la homologación de laudos proferidos por éstos tanto en el sector oficial como en el privado, y su competencia la afirmó en el artículo 11 del Decreto 528 de 1964.

"7. Vino luego la expedición de la Ley 16 de 1968, que atribuyó estos asuntos a la sala laboral de los tribunales superiores de distrito judicial, perdiendo de esta manera la Corte Suprema de Justicia la competencia para continuar conociendo de laudos arbitrales pronunciados para el sector privado, sea voluntario o forzoso el arbitramento que los produjo y siempre que no se tratara de conflictos colectivos en servicios públicos.

"8. La Ley 16 de 1969, que modificó la anterior, atribuyó competencia a los tribunales superiores para conocer 'por medio de su sala laboral de la homologación de los laudos arbitrales en los casos previstos en el artículo 141 del Código de Procedimiento del Trabajo (Decreto 2158 de 1948) y de los que se dictan para el sector privado conforme a los artículos 31, literal b) y 34 del Decreto legislativo 2351 de 1965 y el Decreto 939 de 1966, con las modificaciones y adiciones adoptadas por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968.

"9. Indica lo anterior que en materia de competencia para conocer del recurso de homologación, se volvió el principio que informó el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo, es decir, que la Corte, por medio de su Sala de Casación Laboral, sólo conoce del recurso contra laudos dictados para resolver conflictos colectivos en las empresas de servicio público, sean éstas oficiales o particulares" (Gaceta Judicial, Tomo CXXXIV, página 522).

La jurisprudencia anterior ha sido ratificada, como puede verse en providencia de mayo veinticuatro de mil novecientos setenta y cuatro, Hilandería Titán Limitada y Sindicato de Trabajadores de la misma.

La competencia para resolver el recurso de homologación, por lo tanto, no es de la Corte Suprema de Justicia, sino privativa del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por tener en Pereira sus domicilios las partes en conflicto y haber sido allí la sede del tribunal de arbitramento obligatorio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

Resuelve:

1º Declarar que no es competente para conocer del recurso de homologación contra el laudo dictado para decidir el conflicto colectivo surgido entre Industrias Don Félix Limitada y su Sindicato de Trabajadores.

2º Ordenar el envío del expediente respectivo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, para que conozca del recurso de homologación, interpuesto por el apoderado de "Industrias Don Félix Limitada" contra el laudo dictado el doce de agosto de mil novecientos setenta y cuatro por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado por Resolución Nº 1417 de 15 de mayo de 1974 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

3º Téngase al doctor Gustavo López Jaramillo, con tarjeta profesional Nº 1248 del Ministerio de Justicia, como apoderado de "Industrias Don Félix Limitada", para los efectos y en los términos del poder que aparece.

Cópiese, notifíquese y envíese el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Cúmplase.

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REINTEGRO O INDEMNIZACION

Para decidir entre el reintegro o la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio. Cuando la norma se refiere al juez del trabajo, no está distinguiendo entre el a quo y el Tribunal. Tanto el uno como el otro son "jueces del trabajo", y por tanto el ad quem en los juicios de dos instancias, tiene plena competencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Julio Roberto Gómez Carrero, por conducto de apoderado, demandó a la entidad denominada Acerías Paz del Río S. A., para que por los trámites de un juicio ordinario laboral, de mayor cuantía, se hicieran en contra de la empresa las siguientes o semejantes declaraciones:

"Primera. Que entre mi poderdante y la entidad demandada se verificó un contrato de trabajo, al tenor de los hechos de esta demanda, contrato que fue violado unilateralmente por el patrono, en forma ilegal, con un despido injusto hecho a mi poderdante".

"Segunda. Que, en consecuencia, de conformidad con el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, la empresa demandada debe reintegrar a sus labores a mi poderdante, en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba".

"Tercera. Que la empresa demandada debe pagar a mi poderdante, dentro del término que se le fije, la suma de treinta mil seiscientos sesenta y seis pesos ($ 30.666.00), por concepto de salarios dejados de percibir, a partir del día del despido (17 de octubre de 1968) hasta el 17 de mayo corriente; más lo que por el mismo concepto se venza desde el 17 de mayo corriente hasta el día del pago".

"Cuarta. Que la empresa demandada debe pagar a mi poderdante la suma de cinco mil seiscientos veintiún pesos ($ 5.621) por concepto de las prestaciones de cesantía, vacaciones y prima de servicios, correspondientes a los salarios a que se refiere la petición anterior".

"Quinta. Que la empresa demandada debe pagar costas".

Peticiones subsidiarias

"En subsidio de las peticiones segunda, tercera y cuarta, anteriores; y para el caso de que el señor juez resuelva no decretar el reintegro pedido, hago las siguientes peticiones subsidiarias:

"A) Que la empresa demandada debe pagar a mi poderdante, dentro del término que se le fije, la suma de veinte mil ciento sesenta y cinco pesos ($ 20.165.00), por concepto de la indemnización establecida en el literal d) del parágrafo 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965;

"B) Que la empresa demandada debe pagar a mi poderdante una pensión vitalicia por valor de setecientos pesos mensuales, de conformidad con lo establecido con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, desde la fecha en que cumpla sesenta años de edad, o sea desde el día";

"C) Que la empresa demandada debe pagar a mi poderdante, a título de salarios

caídos, la suma de $ 1.614.00 por cada mes, desde la fecha del despido hasta el día del pago; más las costas de este juicio".

El apoderado del demandante afirmó los siguientes

Hechos

"1º Mi poderdante, el señor Julio Roberto Gómez Carrero, empezó a trabajar al servicio de Acerías Paz del Río S. A. en Belencito (Nobsa) el 11 de junio de 1956 y fue despedido el 17 de octubre de 1968, habiendo, por tanto, permanecido en su trabajo, continuamente, durante 12 años, 4 meses y 6 días. El contrato fue por tiempo indefinido".

"2º El cargo desempeñado por mi poderdante era el de despachador de productos terminados, Bundiv. Productos terminados, que fue el último que desempeñó, con un salario mensual de $ 1.614.00".

"3º El 17 de octubre de 1968 la citada empresa despidió a mi poderdante, por medio de carta de esa fecha, 'por irregularidades en el despacho correspondiente al pedido número 17356, orden de despacho número 43231, vehículo Nº BD-8424, en el cual certificó un menor número de rollos de alambre de púas de 40 kilos del que realmente embarcó en el vehículo'."

"4º En esta carta de despido se expresó, además, que la determinación se ha tomado de conformidad con lo previsto en el artículo 7º inciso a) numeral 5º, del Decreto legislativo 2351 de 1965".

"5º La disposición citada por la empresa para justificar el despido establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del patrono, 'todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar del trabajo, o en el desempeño de sus labores'."

"6º La empresa, pues, imputó a mi poderdante la comisión de un delito y, al efecto, no sólo despidió a mi poderdante, sino que dio denuncia criminal contra él, como expreso en seguida".

"7º El señor Luis Alberto España Pabón, en su carácter de Jefe de Vigilancia de la empresa 'Acerías Paz del Río S. A.' dio denuncia criminal contra mi poderdante, ante el Inspector Municipal de Nazareth, por 'tentativa de hurto', y en él señaló como autores de esa tentativa a los señores Julio Roberto Gómez, mi poderdante, y Demetrio Medina, haciéndoles el cargo de que habían pretendido hurtar ocho rollos de alambre de púas, de valor de $ 1.193.70, pertenecientes a la citada empresa".

"8º El denunciante, señor España Pabón, al dar este denuncio obró, como él mismo lo dijo, en nombre de la citada empresa; y, además, la ratificación de este denuncio está firmada también por el señor Pedro A. Patiño, Vicepresidente de Relaciones Industriales de Acerías Paz del Río S. A."

"9º Así las cosas, mi poderdante, no sólo despedido de su cargo, sino denunciado también penalmente bajo la acusación de 'ladrón', tuvo que afrontar una gravísima situación: sin trabajo, desacreditado y sujeto a atender un proceso penal que se desarrolla contra él, con todas las consecuencias imprevisibles que un proceso de tal naturaleza encierra, tuvo que buscar un abogado que lo defendiera y, al efecto, dio poder a la doctora María Inés González de Cabana, con los gastos consiguientes y con las penalidades que una situación semejante trae consigo".

"10. Llegado el proceso penal al conocimiento del Juez Municipal de Nobsa, este funcionario, en providencia de abril 11 de 1969, hizo un juicioso estudio del problema y llegó a la conclusión de que 'los hechos denunciados por la empresa Acerías Paz del Río no están considerados por la ley como infracción' y ordenó cesar todo procedimiento contra mi poderdante, quedando así éste totalmente libre de la injusta acusación que la empresa le había hecho".

"11. La providencia del Juez Municipal de Nobsa fue confirmada en todas sus partes, por vía de consulta, por el Juzgado del Circuito Penal de Duitama, en providencia de 25 de abril de 1970".

"12. De las providencias judiciales mencionadas se desprende, como corolario lógico e inevitable, que el despido que la empresa le hizo a mi poderdante fue un despido injusto, puesto que lo despidió por hechos que la empresa calificó como 'delictuosos' y que el poder judicial ha calificado como no delictuosos. Esto no tiene otra salida".

"13. Ahora bien, si el despido fue injusto, como claramente se ve que lo es, la disposición legal aplicable al caso es el artículo 8º, numeral 5º, del Decreto 2351 de 1965. Así, tenemos: la disposición citada dice:

"5º Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez 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 al pago de los salarios dejados de percibir; o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4º, literal d) de este artículo".

"14. Las condiciones previstas en el artículo citado se cumplen en el caso de mi poderdante, porque él duró trabajando doce años y 4 meses y fue despedido sin justa causa. Por tanto tiene derecho al reintegro y al pago de los salarios dejados de percibir".

"15. En materia de salarios dejados de percibir, tenemos: desde el día del despido (17 de octubre de 1968) hasta el 17 de mayo corriente, han transcurrido 19 meses. Estos 19 meses, a razón de $ 1.614.00, que fue el último sueldo, dan la suma de $ 30.666.00 que la Empresa debe pagar a mi poderdante, además del reintegro".

"16. Además de la suma mencionada, la empresa debe pagar a mi poderdante las prestaciones correspondientes a esos 19 meses, o sea cesantía, vacaciones y prima, lo que da un total de $ 5.621.00".

"17. Si el señor juez, haciendo uso de la facultad que le otorga la disposición atrás transcrita, (Art. 8º, numeral 5º, del Decreto 2351 de 1965), resuelve no decretar el reintegro, sino aplicar el literal d), mi poderdante tiene derecho a la indemnización en dinero que ese literal consagra y, además, tendría derecho a una pensión por concepto de 12 años de trabajo y a los correspondientes salarios caídos por la mora en el pago de la pensión, que es una prestación".

"18. 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, Vicepresidente de Relaciones Industriales de dicha empresa".

En derecho se fundó en el Decreto 2351 de 1965, en la Ley 71 de 1961 y en las disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

Paz del Río al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de sus solicitudes, no propuso excepciones y sobre los hechos dijo:

"Al primero. No mé consta. Nos atendremos a lo demostrado en el juicio".

"Al segundo. No me consta. Debe probarse".

"Al tercero. Es cierto".

"Al cuarto. Es cierto, sin embargo, debe advertirse que es una calificación subjetiva cuya determinación final está a cargo de las autoridades correspondientes, una vez se constáte los hechos que dieron lugar al rompimiento del contrato de trabajo".

"Al quinto. Es cierto. Acerías Paz del Río alegó justa causa para retirar de su servicio al extrabajador Julio Roberto Gómez C.; para ello se basó en hechos acaecidos, cumplidos y de los cuales es responsable el demandante".

"Al sexto. No es cierto como se afirma. Acerías Paz del Río S. A. en ninguna oportunidad ha formulado denuncia de carácter penal contra Julio Roberto Gómez C. Solamente que no era de su obligación se limitó a poner en conocimiento de las autoridades a fin de que ellas verificaran la realidad de los hechos y de si con ellos se había o no violado la ley penal, las actividades dudosas del señor Gómez y otra persona".

"Al séptimo. Es cierto parcialmente. El capitán España formuló denuncia penal, en las condiciones anotadas en el punto anterior, pero nunca lo hizo incriminando a los señores Julio Roberto Gómez y Demetrio Medina".

"Al octavo. Es cierto. La empresa no solamente estaba en su derecho sino que el Jefe de Vigilancia y el Vicepresidente de Relaciones Industriales, quienes apenas son simplemente empleados, tenían la obligación para con los dueños de la empresa, de poner en conocimiento de las autoridades la situación dudosa mediante la cual se entregaba una carga superior a la pagada y con la cual se le causaba perjuicios a 'Acerías Paz del Río S. A.', a fin de que dichas autoridades en primer tér-

mino determinaran si se había cometido alguna infracción penal o de policía y en segundo término quiénes eran sus autores".

"Al noveno. No es cierta la forma como se afirma en su primera parte. La explicación está dada en los puntos anteriores".

"Al décimo. Al tenor de las providencias pronunciadas por el señor Juez Municipal de Nobsa y el del Circuito de Duitama, se suspendió toda acción dentro del proceso penal, contra Julio Roberto Gómez y Demetrio Medina, por considerar tales funcionarios que los hechos que dieran materia de investigación no eran constitutivos de ninguna infracción. Sin embargo, es muy importante darse cuenta que las mismas providencias hacen hincapié en que los hechos sí tuvieron ocurrencia y de ellos fueron participantes y ejecutores entre otros el demandante Julio Roberto Gómez y con elementos y bienes de propiedad de Acerías Paz del Río, S. A."

"Al decimoprimero. Al leerse las providencias del Juez Municipal de Nobsa y el de Duitama, se llega al conocimiento de que sí es cierto de que el fallo en primera instancia en el proceso penal fue confirmado, sin embargo, el juez de Duitama no lo hizo en razón a las mismas consideraciones que el de Nobsa, sino a otras diferentes".

"Al decimosegundo. El apoderado del demandante no presenta un hecho, sino que se limita a formular una alegación".

"Al decimotercero. Tiene el mismo defecto que el anterior, con la adición de que además de ser una alegación es una petición".

"Al decimocuarto. También es una alegación".

"Al decimoquinto. El demandante no tenía ni tiene derecho a los salarios que dice dejó de percibir, en razón a que ya no era trabajador de Acerías Paz del Río, S. A., empresa que lo había retirado de su servicio por 'irregularidades en un despacho '."

"Al decimosexto. No es un hecho, es una petición".

"Al decimoséptimo. No es un hecho, es una petición".

"Al decimoctavo. Es cierto. De ahí que esta demanda ha sido notificada al señor Pedro A. Patiño P., quien en su condición de Vicepresidente de Relaciones Industriales de 'Acerías Paz del Río, S. A.', me ha otorgado poder para llevar la representación judicial de esta empresa en la acción ordinaria laboral de la referencia".

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Duitama, que conoció del juicio, puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 28 de julio de 1972, en la que resolvió:

"Primero. Declarar como en efecto declara que entre el trabajador Julio Roberto Gómez Carrero, mayor y vecino de Duitama, identificado con la cédula de ciudadanía número 1089571 de Monguí y la empresa demandada 'Acerías Paz del Río S. A.', domiciliada en Bogotá y con sus instalaciones en Belencito en jurisdicción de Nobsa, existió una relación de trabajo y por ende un contrato de trabajo por haber prestado el primero sus personales servicios a la entidad demandada a partir del día once de junio de mil novecientos cincuenta y seis hasta el diez y siete de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, vínculo que fue violado unilateralmente por la entidad demandada en forma ilegal por el despido injusto que le hiciera al demandante".

"Segundo. Condénase a la entidad demandada 'Acerías Paz del Río S. A.' a reintegrar al demandante al mismo cargo o a uno igual en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba en cuanto tiempo, modo y lugar de conformidad con el Decreto 2351 de 1965, artículo 8º, numeral 5º o sea el 17 de octubre de 1968".

"Tercero. Condénase igualmente a 'Acerías Paz del Río S. A.' a pagar al demandante Julio Roberto Gómez Carrero, la suma de treinta mil seiscientos sesenta y seis pesos ($ 30.666.00) por concepto de salarios dejados de percibir a partir del día del despido que lo fue el diez y siete (17) de octubre de 1968 hasta el 17 de mayo de 1970; más lo que por el mismo concepto se venza desde el 17 de mayo de 1970 hasta el día en que se efectúe el pago, y reintegro. Las sumas anteriores deben ser canceladas por la demandada al demandante cinco días después de ejecutoriada la presente sentencia".

"Cuarto. Condénase a la empresa demandada 'Acerías Paz del Río S. A.' a pagar a

Julio Roberto Gómez Carrero, la suma de cinco mil seiscientos veintiún pesos ($ 5.621.00), por concepto de las prestaciones, cesantía, vacaciones y primas de servicio correspondientes a los salarios a que se refiere el numeral anterior y las que se causen hasta la fecha de reintegro y pago total de los salarios dejados de percibir".

"Quinto. Condénase en costas de primera instancia a la parte demandada las cuales serán liquidadas por la secretaría de este juzgado una vez en firme la presente providencia".

El apoderado de Paz del Río apeló del fallo anterior y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo que conoció el recurso lo resolvió por sentencia de fecha 19 de septiembre de 1972 en la que dispuso:

"Confírmanse los numerales primero y quinto de la sentencia apelada".

"Revócanse los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia apelada y en su lugar decreta: Condénase a la empresa demandada 'Acerías Paz del Río S. A.', a pagar a Julio Roberto Gómez Carrero la suma de veinte mil setecientos trece pesos ($ 20.713.00) por concepto de indemnización por el despido injusto de que fue víctima el demandante Julio Roberto Gómez Carrero por parte de la empresa demandada".

"Sin costas por haber prosperado el recurso".

Contra la decisión del Tribunal interpusieron recurso de casación los apoderados de las partes, pero les fue negado.

El procurador judicial del demandante pidió reposición del auto en que se le denegó el recurso de casación y en subsidio copias para recurrir de hecho ante esta Sala de la Corte.

El Tribunal no repuso su auto pero ordenó expedir las copias solicitadas. Una vez entregadas éstas se sustentó el recurso de hecho o queja y la Sala, en providencia de 14 de junio de 1973 consideró mal denegado el recurso extraordinario de casación y lo concedió ordenando que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo remitiera el expediente.

El recurso

Una vez admitido por la Corte, se presentó en tiempo por el recurrente la demanda de casación a la que se opuso también en oportunidad el apoderado de Paz del Río S. A.

La impugnación

El alcance de la demanda extraordinaria lo fija así el recurrente:

"En **primer lugar**, persigo que se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto por medio de ella se revocan los numerales **segundo, tercero** y **cuarto** de la sentencia de primera instancia".

"Y **en segundo lugar**, persigo y solicito que, constituida la Corte en tribunal de instancia, se dicte sentencia por medio de la cual se confirmen los expresados numerales **segundo, tercero y cuarto** de la sentencia de primera instancia, dictada por el Juez Laboral del Circuito de Duitama con fecha 28 de julio de 1972 (folios 151 y siguientes del cuaderno Nº 1)".

Se observa

Las peticiones principales del libelo inicial, reintegro del trabajador, salarios dejados de percibir y reconocimiento de algunas prestaciones y derechos sociales fueron acogidas en el fallo de primer grado; la petición subsidiaria indemnización por despido injusto, fue la que prosperó en segunda instancia, previa revocatoria de la decisión del a quo.

Al analizar el alcance de la impugnación se encuentra que al prosperar la casación parcial de la sentencia acusada y la confirmación del fallo del juzgado que en la forma como se pide sería total, se llegaría a la condenación por las pretensiones principales y también por la subsidiaria, lo cual implicaría una condena superior a la pedida en la demanda con que se inició el juicio, además de ser ilógica y contraria a la ley.

Ocurre sin embargo, que en el último de los ataques formulados por el recurrente se pide la casación de lo resuelto por el ad

quem sobre indemnización por despido injusto de Gómez, por lo cual debe entenderse el petitum de la demanda extraordinaria en el sentido de que el impugnador lo que pretende es que se vuelva a lo decidido por el juez de primera instancia, infirmando lo dispuesto por el Tribunal respecto a la condena por la indemnización a que se ha hecho referencia.

La deficiencia anotada respecto a la declaración del alcance de la impugnación, no enerva en consecuencia la acusación misma que por lo dicho pasa a estudiarse.

La acusación

El recurrente formula contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo cuatro cargos, todos por la vía directa que se estudiaran en el orden en que fueron planteados junto con la réplica del opositor.

Primer cargo

Lo enuncia así el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial, con infracción directa, consistente en no haber aplicado determinada disposición legal, siendo el caso de hacerlo. La disposición sustancial violada por el Tribunal, con infracción directa, fue el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

El recurrente copia el citado precepto y sustenta el cargo manifestando que como lo ha dicho la Corte, la infracción directa de la ley se produce cuando a un hecho que no se discute o que está debidamente comprobado, se deja de aplicar la disposición pertinente, contrariando el texto claro de la ley, que es lo que ocurre en el sub lite, pues estando comprobado y no discutiéndose que Gómez Carrero fue despedido injustamente por Paz del Río, después de doce años de servicios, ha debido aplicarse al caso el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Continúa el atacante exponiendo que la disposición antes citada da al "juez del trabajo" una opción para que escoja entre sus dos términos: o decretar el reintegro, con el pago de los salarios dejados de percibir o decretar el pago de la indemnización, pero que tal opción está sujeta a dos requisitos: en primer lugar que medie demanda del trabajador; y, en segundo que el juez tome en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio y que "hagan aconsejable el reintegro".

Manifiesta el censor que ambos requisitos se llenaron en el proceso pues en la demanda está pedido el reintegro; y en el expediente, al folio 135 vuelto del cuaderno 1º, aparece esta frase del mismo apoderado de Acerías Paz del Río:

"Personalmente dentro de esas diligencias que se han venido practicando en este proceso ordinario laboral, me he venido formando un concepto, muy personal, del señor Julio Roberto Gómez, que me lleva a creer en principio que se trata de una persona honesta".

Basta una frase, agrega, para llegar a la conclusión a que también llegó el juez de primera instancia de que entre las partes no existe pugnacidad ninguna que pudiera hacer desaconsejable el reintegro.

Se pregunta luego el recurrente qué fue lo que hizo el Tribunal Superior de Santa Rosa al dictar la sentencia de segunda instancia, objeto del recurso, y afirma que tal corporación pasó por alto el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, revocó el reintegro y en esta forma "le arrebató al juez del trabajo la facultad exclusiva que él tiene para decretar o no decretar el reintegro", y en esta forma, dejó de aplicar a un hecho que no se discute, la disposición legal pertinente.

La ley, repite el impugnador, da al juez del trabajo y sólo a él, de manera exclusiva, la facultad de decretar el reintegro y una vez ordenado, con el lleno de los requisitos legales, el Tribunal no puede revocarlo.

Insiste el recurrente sobre el particular y manifiesta que sobre reintegro no puede fallar sino el juez laboral, que es quien tiene la opción para decretarlo o negarlo y el Tribunal no puede disponer cosa alguna, y no tiene la opción que la ley da al juez por lo que si dispone al respecto, asume una jurisdicción que no tiene.

En otra parte de la acusación manifiesta el casacionista que además, el Tribunal para revocar el reintegro y negar el pago de los salarios dejados de percibir hizo una consideración que un juzgador en derecho

jamás puede hacer y fue considerar que la sentencia en caso de acoger la de primera instancia sería excesiva pues además del reintegro debería decretarse también el pago de los salarios dejados de percibir por Gómez.

Para finalizar el cargo el recurrente manifiesta que ya la Corte se pronunció al respecto y transcribe parte de una sentencia que dice fue dictada el 2 de enero de 1969, sin indicar en qué juicio fue proferida.

El opositor al referirse a este cargo manifiesta que cuando la ley "habla del juez del trabajo se refiere tanto al a quo como al ad quem y, además dicha tesis implicaría que la controversia sobre reintegro quedaría reducida a única instancia, criterio desde todo punto de vista absurdo". Agrega que el fallador de segunda instancia tiene facultad para formarse el íntimo convencimiento en el análisis y valoración de la prueba y si se ataca este convencimiento, tal como lo hace el recurrente, necesariamente hace referencia a los hechos y a las pruebas y entonces el cargo no sería por infracción directa.

Afirma entonces el opositor que el ataque está mal formulado y mal sustentado por lo cual no debe prosperar.

Se considera

El Tribunal en la sentencia objeto del recurso, expresó:

"c) La demanda fue presentada el 29 de mayo de 1970 y notificada al representante de la empresa el 7 de julio del mismo año. Con fundamento en esta circunstancia, la acción de reintegro no puede prosperar, en razón de que la Ley 48 de 1968 estableció un término de tres meses para que el trabajador instaure, a partir de la fecha del retiro, la acción de reintegro que consagra el numeral 5º del artículo 82 del Decreto 2351 de 1965".

"Además considera el Tribunal que el lapso de cuatro años que transcurrió desde la fecha del despido a la resolución de la demanda del trabajador y unido a ello las diferencias que han surgido entre las partes por razón de este negocio, son circunstancias suficientes para estimar que el reintegro no es aconsejable. Por otra parte, el reintegro resultaría en este caso una sanción excesiva en relación a lo dispuesto por el artículo 8º aparte d) numeral 4º del Decreto-ley 2351 de 1965 si se tiene en cuenta que, además del reintegro debería decretarse también, al tenor de la norma comentada, el pago de los salarios dejados de percibir, indemnización ésta que resulta superior en mucho a la indemnización que le corresponde, habida consideración del tiempo servido en la empresa y conforme a lo dispuesto en el citado aparte d) del numeral 4º del mismo artículo".

De acuerdo a lo transcrito, se ve cómo el ad quem dio como razón primera para negar el reintegro y revocar lo dispuesto por el juez de primera instancia, sobre el particular el hecho de que la demanda se había presentado después de cumplirse 3 meses desde la fecha del despido, cuando para la prosperidad de la acción era necesario que se ejercitara dentro de los tres meses siguientes a tal acto, como lo preceptúa la Ley 48 de 1968.

El recurrente, en este ataque, no pretende siquiera quebrar el verdadero fundamento del fallo, sino que ataca otros argumentos que da el Tribunal para estimar que el reintegro no sería aconsejable, algunos de ellos basados en cuestiones fácticas incompatibles con una acusación por la vía directa.

Con todo, la Corte estudiará los fundamentos del ataque.

El impugnador afirma que el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 no fue aplicado por el sentenciador; que además el Tribunal no puede decidir entre el reintegro y la indemnización, pues tal facultad sólo la tiene "el juez del trabajo" y que se infringió directamente la disposición antes citada, pues el ad quem consideró que de ordenar el reintegro debería igualmente condenar al pago de los salarios dejados de percibir por Gómez Carrero desde el día del despido, lo que constituiría una sanción excesiva.

El artículo 8º, numeral 5º del Decreto 2351 de 1965, es del siguiente tenor:

"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..." (Subraya la Sala).

El precepto parcialmente copiado, indica claramente, que si se cumplen los requisitos en aquél establecidos el juez del trabajo puede ordenar el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización prevista en el numeral 4º literal d) del mismo artículo.

Como el ad quem, en la sentencia objeto del recurso, condenó a la indemnización en dinero prevista en la norma citada, no puede afirmarse con razón que aquélla dejó de aplicarse por el Tribunal, siendo por tanto infundada en este aspecto la censura del recurrente.

Según el ataque sólo el "juez del trabajo" puede escoger entre el reintegro o la indemnización, y en esta afirmación que es exégesis de la norma se centra fundamentalmente el cargo que se analiza.

Sobre el particular la disposición que se dice infringida directamente dispone:

"Para decidir entre el reintegro o la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de 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".

Cuando la norma se refiere al juez del trabajo, o concretamente en la parte copiada de aquélla, el juez no está distinguiendo entre el a quo y el Tribunal.

Tanto el uno como el otro son "jueces del trabajo" y por tanto, el ad quem en los juicios de las instancias, tiene plena competencia para revisar las sentencias del de primera cuando son apeladas o cuando pasan a su conocimiento en grado de consulta y puede en consecuencia, revocarlas, confirmarlas o modificarlas, sin más limitaciones que las de las reformatio in pejus y la del fallo extra y ultra petita.

Si el precepto se hubiera referido al juez de primera instancia, sí sería éste el único que podría decidir entre el reintegro o la indemnización, excluyendo al juez colegiado, que no tendría facultad para ello, como en el caso de las condenas ultra y extra petita, que en virtud del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral sólo puede hacerlas el funcionario primeramente nombrado.

Tampoco en este aspecto tiene razón el recurrente.

Por último, fundamenta el impugnador la infracción directa de la ley en que el Tribunal, dijo que el reintegro sería una sanción excesiva ya que al decretarlo tendría que condenar a los salarios dejados de percibir por Gómez.

Este razonamiento del ad quem es totalmente errado, pues la condena a un derecho debidamente probado no puede dejar de hacerse por la circunstancia de que aquél represente en dinero una suma elevada.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta consideración del ad quem no produjo infracción directa del artículo 8º, numeral 5º, del Decreto 2351 de 1965, por cuanto según la sentencia acusada, el reintegro que él consagra no tenía prosperidad, además de que apreció circunstancias fácticas que lo impedían.

El cargo no impugna el fenómeno de la viabilidad de la acción ni por la vía directa podía ocuparse de las circunstancias de hecho que según el fallador impedían el reintegro.

El ataque no prospera.

Segundo cargo

Este ataque lo formula el recurrente como subsidiario del anterior, por interpretación errónea del numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

El cargo sostiene que el recto sentido del precepto no es otro que el de indicar que el Tribunal no tiene opción para escoger entre el reintegro y la indemnización de modo que, cuando el juez de primera instancia ordena un reintegro, el ad quem no puede revocar aquella decisión por no tener facultad para ello.

Como se dijo al resolver el cargo anterior la decisión de reintegro la tiene tanto el juez de primera instancia como el de segunda y por tanto el entendimiento equivocado del precepto es del recurrente.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

El recurrente lo formula así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida de determinada disposición legal".

Disposición legal indebidamente aplicada

La disposición legal que el Tribunal aplicó indebidamente fue el artículo 3º numeral 7º de la Ley 48 de 1968. Esta disposición dice:

"7. La acción de reintegro que consagra el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 prescribirá en el término de tres meses, contados desde la fecha del despido".

En la sustentación del ataque manifiesta el impugnador que la norma transcrita, consagra una prescripción, que es una excepción y que de acuerdo con la ley, para que pueda decretarse, debe ser alegada por alguna de las partes, sin que pueda declararse de oficio, como lo prescribe el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil no obstante lo cual el Tribunal, "de oficio, la declaró y en ella fundamentó su sentencia".

Pero el Tribunal, continúa el recurrente, para proceder así, "sabiendo que de oficio no podía declararse la prescripción, empleó una manera disimulada", se cuidó muy bien de estampar la palabra "prescripción" y de declararla probada en la parte resolutiva de la sentencia, limitándose a decir:

"La demanda fue presentada el 29 de mayo de 1970 y notificada al representante de la empresa el 7 de julio del mismo año. Con fundamento en esta circunstancia, la acción de reintegro no puede prosperar, en razón de que la Ley 48 de 1968 estableció un término de tres meses para que el trabajador instaure, a partir de la fecha del retiro, la acción de reintegro..."

En esta forma, agrega el censor, no se habló expresamente de prescripción, pero sí dijo el ad quem que la acción de reintegro "no puede prosperar". Violó pues, manifiestamente, el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y al infringirlo, "violó directamente el numeral 7º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, y en esa forma, violó también, una vez más el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

El recurrente expresa que recuerda la frase de una sentencia de la Corte: "Las cosas no son lo que son por las palabras con que se las exprese, sino por lo que son en sí mismas", para indicar que "cualquiera que haya sido la forma o las palabras empleadas por el Tribunal, lo innegable es que declaró probada la excepción de prescripción, y lo hizo de oficio" violando en esta forma el numeral 7º, artículo 3º, de la Ley 48 de 1968, por aplicación indebida.

El opositor al replicar este cargo manifiesta que deja al criterio de la Corte la decisión pertinente, "pues, en verdad, el Tribunal no habla de prescripción y hacerlo (sic) así no está violando la norma que se estima violada".

Se considera

El recurrente al sustentar este ataque hace ver cómo la sentencia del ad quem lo que hizo fue declarar la prescripción de la acción de reintegro, sin que la excepción correspondiente hubiera sido alegada por "Acerías Paz del Río S. A."

En verdad que, conforme a la ley, no puede declararse de oficio esta excepción, pero sin embargo, la posible prosperidad del cargo no llevaría necesariamente a la declaración de reintegro de Gómez Carrero y a la condena por los salarios dejados de percibir, que se pretende con la casación, porque el fallo de segunda instancia, en cuanto niega estas pretensiones continuaría apoyado en las razones del Tribunal sobre circunstancias fácticas que según la corporación impedían el reintegro y de las cuales no se ha demostrado que se hubiesen apreciado con error de hecho.

Por tal motivo la sentencia no habrá de casarse.

Cuarto cargo

Lo presenta así el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida de determinada disposición legal".

Disposición legal indebidamente aplicada

La disposición legal indebidamente aplicada por el Tribunal fue el numeral 4º del

artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, aparte d), que dice:

"Si el trabajador tuviere diez años o más de servicio continuo, se le pagarán treinta días adicionales de salario, sobre los cuarenta y cinco básicos del literal a) por cada uno de los años de servicio, subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción".

En la sustentación del ataque manifiesta el censor que ésta fue la norma que sustituyó la orden de reintegro pero que su aplicación fue indebida porque el hecho "de que se trata en este proceso no está regulado por esa disposición, sino por otra, que es el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

Agrega que, en efecto, "el hecho de que trata este proceso es que Julio Roberto Gómez fue despedido injustamente después de diez años de servicio. Este hecho, que nadie discute y que tanto el juez laboral como el Tribunal han aceptado, está regulado por el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y no por el aparte d), que el Tribunal aplicó indebidamente".

Termina el impugnador manifestando que "esa aplicación indebida llevó al Tribunal a violar una vez más el citado numeral 5º y a desconocer la opción que la ley da, de manera exclusiva al juez de trabajo, para decretar el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir".

El opositor aduce los mismos argumentos con que replicó los cargos primero y segundo y estima que el ataque no debe prosperar.

Se considera

En este ataque el recurrente se limita a afirmar que el Tribunal aplicó indebidamente el literal d) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, sin que en el desarrollo del cargo demuestre cómo se violó la norma.

Además, encuentra la Corte que el mismo artículo 8º, numeral 5º, del decreto mencionado establece que en los casos de despido injusto de un trabajador con diez años o más de servicio continuo, el juez de trabajo podrá ordenar el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir "o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4º, literal d) de este artículo".

Como el juez ad quem ordenó el pago de la indemnización, no se ve cómo su decisión no esté regulada por el tantas veces mencionado artículo 8º, numeral 5º del Decreto 2351 de 1965.

Finalmente debe repetirse que tanto el juez de primera instancia como el Tribunal tienen la categoría de jueces y por tanto no puede aceptarse que sólo el primero sea el que denomina la ley "juez del trabajo".

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 19 de septiembre de 1972 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio de Julio Roberto Gómez contra 'Acerías Paz del Río S. A.'.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACTOS DELICTUOSOS COMETIDOS POR LOS TRABAJADORES

No puede confundirse el hecho mismo consagrado como causa justa, con la responsabilidad penal que pueda surgir de la comisión del mismo acto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Pablo R. Vanegas Mejía, vecino de Santa Marta, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.678.001 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado al Banco de Colombia, para que este fuera condenado a pagarle el valor de los salarios del tiempo faltante para vencerse el término de duración presuntiva del contrato de trabajo, o el valor de preaviso consagrado en fallo arbitral pronunciado por el Presidente de la República Alberto Lleras Camargo; cesantía, vacaciones, primas de servicios, indemnización por falta de pago, perjuicios morales y materiales, las costas del juicio y los intereses legales.

Como fundamentos de hecho, el apoderado presentó los siguientes:

"1º El señor Pablo R. Vanegas Mejía, trabajó bajo contrato escrito de trabajo al servicio del Banco de Colombia; primero por largo tiempo en esta ciudad de Santa Marta, después con base en el mismo contrato escrito de trabajo fue trasladado a las ciudades de Valledupar y Codazzi, en donde estuvo prestando sus servicios hasta la fecha en que fue despedido del trabajo, cuatro (4) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962).

"2º El contrato de trabajo entre el Banco de Colombia y el demandante señor Pablo R. Vanegas Mejía, fue suscrito en esta ciudad de Santa Marta el día primero (1º) de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y suscribió el contrato a nombre del Banco de Colombia, sucursal de Santa Marta, el Gerente de aquel entonces don Alonso González Rubio.

"3º Entró a prestar sus servicios al Banco de Colombia en esta cuidad Pablo R. Vanegas Mejía, el día veintinueve (29) de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y fue retirado del mismo en forma unilateral e intempestivamente el día cuatro (4) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962).

"4º Mi mandante devengó en el último año que prestó sus servicios al Banco de Colombia en el departamento del Magdalena, un sueldo mensual promedio de novecientos cincuenta y cinco pesos ($ 955.00) moneda legal.

"5º No obstante haber sido retirado del trabajo Pablo R. Vanegas Mejía por el Banco de Colombia, el día cuatro (4) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962), esta es la fecha que no se le pagan el valor de sus prestaciones sociales y demás indemnizaciones que se reclaman por este libelo de demanda.

"6º El contrato de trabajo escrito que existió entre Pablo R. Vanegas Mejía y el Banco de Colombia, se terminó única y exclusivamente por el querer de la institución bancaria mencionada, ya que mi cliente no dio motivos para ello. El término presuntivo de su contrato de trabajo vencía justamente el día veintinueve (29) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962).

"7º Durante el tiempo que Pablo R. Vanegas Mejía prestó sus servicios al Banco de Colombia en este departamento del Magdalena, se distinguió por su eficiencia en el trabajo, su capacidad a toda prueba y hon-

radez y respeto con sus superiores y compañeros de trabajo.

"8º Con fechas diez (10) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y ocho (8) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), dirigí sendos reclamos a los señores Gerentes del Banco de Colombia, sucursal de Santa Marta señor Abraham Chilevitt Guerrero, en esta ciudad de Santa Marta y al doctor Eduardo Soto Pombo, Gerente General, del Banco de Colombia en la ciudad de Bogotá, D. E., pidiendo justamente el pago de las prestaciones sociales y demás indemnizaciones que reclamo por este libelo de demanda, sin que dichos señores hubieran contestado absolutamente nada al respecto. Guardaron el más absoluto silencio; con estos reclamos que hice como apoderado de Pablo Vanegas Mejía, fue interrumpida la prescripción de la acción, que debía cumplirse el día cuatro de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

"9º Entre los bancos y sus trabajadores y más concretamente entre el Banco de Colombia y sus servidores, existe una convención colectiva de trabajo, la cual dio origen al fallo arbitral proferido por el Presidente de la República como árbitro único doctor Alberto Lleras Camargo, con fecha 14 de julio de 1959".

El representante judicial de la entidad demandada negó lo pedido y el derecho invocado, propuso excepciones de pago, prescripción y la suspensión que resulta del adelantamiento de un juicio penal, y contestó los hechos así:

"1º Es cierto.

"2º Es cierto, pero aclaro que Vanegas firmó su primer contrato de trabajo el 29 de abril de 1954, fecha en que empezó a prestar sus servicios, el cual, al través del tiempo, sufrió varias modificaciones.

"3º Es cierto que inició labores el 29 de abril de 1954, y que su contrato terminó el 4 de abril de 1962, pero es absolutamente incierto que su despido fuera injusto e intempestivo, pues, como se demostrará en el plenarium, tal medida obedeció a que Vanegas como cajero-pagador y recibidor en la Sección de Ahorros de la Agencia de Codazzi dispuso ilícitamente de la suma de $ 1.542.73. Este hecho, confesado por escrito por el mismo Vanegas, fue denunciado oportunamente ante el Alcalde Municipal de Codazzi, como se demuestra con la copia auténtica de la denuncia que se anexa, funcionario que abrió la correspondiente investigación. De estos hechos criminosos está conociendo hoy, por competencia, el Juez Municipal Penal de Codazzi, quien ya dictó auto de proceder contra el sindicado Vanegas.

"4º No es cierto.

"5º No es cierto. A Vanegas se le pagaron su prima convencional y las vacaciones causadas y no disfrutadas. El monto de su auxilio de cesantía se le ha retenido, mientras la justicia decida. No se le pagaron preaviso y prima proporcional por haber sido despedido por justa causa.

"6º Es un hecho temerario y lo niego. La terminación del contrato de Vanegas obedeció al ilícito cometido por él contra el Banco de Colombia (agencia de Codazzi).

"7º No es cierto, puesto que quien procede como lo hizo Vanegas, disponiendo ilícitamente de los dineros que se le confiaron, no es acreedor a tantos elogios.

"8º Es cierto. Ante la reprobable conducta de Vanegas, al Banco no le cabía sino negarse a pagar lo que no le debía y prefirió guardar silencio sobre las peticiones de su apoderado, quien seguramente careció para formularlas de suficiente ilustración sobre los móviles del despido.

"9º No sé a cuál convención colectiva se refiere el actor, ya que entre el Banco de Colombia y su Sindicato de Base se han celebrado varias. Por lo demás, como hecho es impertinente invocarla".

El señor Juez Laboral de Santa Marta, en sentencia de 6 de noviembre de 1967, declaró probadas excepción de pago en cuanto a las vacaciones y primas, reconoció como legal la retención de la cesantía, encontró que la entidad no estaba obligada a pagar la prima de servicios del primer semestre de 1962, absolvió al Banco de Colombia de todos los demás cargos, y no hizo condenación en costas. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra dicha providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en fallo de 4 de octubre de 1973, confirmó la sentencia apelada con la advertencia de que el Banco de Colombia debe pagar la cesantía cuando el trabaja-

dor demuestre que se ha pronunciado fallo absolutorio en el proceso penal, y no hubo condenación en costas. El apoderado de Pablo R. Vanegas interpuso contra la providencia de segundo grado, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Está formulado en dos cargos que se estudiarán en el orden en que fueron presentados. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El acusador aspira a que se case parcialmente la sentencia recurrida, se revoque el fallo de primera instancia y se condene a los salarios del tiempo faltante para vencerse el término de duración presuntiva del contrato, prima de servicios, indemnización por falta de pago, y la cesantía sin la condición de que se demuestre el fallo absolutorio del trabajador en el proceso penal.

Primer cargo

Está presentado así:

"Violación indirecta de los artículos 62, literal a), ordinal 5º del Código Sustantivo del Trabajo, 7º, literal a) ordinal 5º del Decreto 2351 de 1965; 1757 del Código Sustantivo del Trabajo y 177 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 47, 64, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de errores de hecho por errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otra.

"Como errores de hecho notorios indico los siguientes:

"1. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que Pablo Vanegas incurrió en el delito de abuso de confianza.

"2. Haber dado por establecido, sin estarlo, que la sociedad demandada, como consecuencia de la comisión por el asalariado del referido delito lo despidió por causal justa y por ello éste no tenía derecho a prima proporcional ni a la indemnización moratoria.

"Las pruebas mal apreciadas son las siguientes:

"1. Carta del 26 de febrero de 1962 en la cual Vanegas acepta que se había abstenido de contabilizar algunos sobrantes de caja de la Agencia del Banco de Colombia en Codazzi, comprometiéndose a pagar por abonos mensuales tales cantidades (fl. 27, cuaderno Nº 1). Y la carta del 4 de abril del mismo año (fl. 26 cuaderno Nº 1) en que autoriza al Banco para que le deduzca de sus prestaciones sociales la cantidad de $ 1.524.73 en conexión con tales sobrantes.

"2. Denuncia criminal del 3 de mayo de 1962 formulada por el Gerente del Banco de Colombia, sucursal de Valledupar y Codazzi, contra Pablo Vanegas ante el juez municipal de este último lugar, por el presunto delito de apropiación indebida de fondos del Banco o abuso de confianza. (fls. 28, 29 y 30 cuaderno Nº 1).

"3. Providencia del Tribunal Superior de Valledupar, (Sala Penal de Decisión) del 8 de abril de 1967. (fls. 40 a 42 cuaderno Nº 2).

"4. Presunta inspección de una comisión visitadora del Banco de febrero de 1962 llevada a cabo en las dependencias de Ahorros y caja de la sucursal de Codazzi.

"La prueba dejada de apreciar es el contrato de trabajo celebrado entre las partes, cláusula cuarta, literal e) (fls. 3 y 4 cuaderno Nº 1)".

El impugnador afirma que el despido fue demostrado con la carta que obra al folio 2 del primer cuaderno y con el punto 3º de la contestación de la demanda, que aparece al folio 19 del mismo cuaderno; alega que la parte demandada se colocó en situación de tener que demostrar el hecho delictuoso alegado, con la única prueba que daría la sentencia penal condenatoria; asevera que la contestación de la demanda contiene la aceptación de la importancia definitiva de la sentencia condenatoria; advierte que el fallo recurrido asimiló a la sentencia requerida, al conjunto de pruebas que el recurrente estima apreciadas en forma equivocada; reitera el que ninguna prueba puede reemplazar la sentencia penal condenatoria, pues considera que es únicamente la justicia penal la que puede pronunciarse sobre la comisión o no de delitos; agrega que el auto del Tribunal por el cual se considera que debe decretarse la prescripción de la acción, es base para que cese todo pro-

cedimiento; agrega que el ad quem omitió estudiar el contrato de trabajo en cuanto consagra la misma causal legal de despido; y termina con la consideración de que si no se hubieran cometido los errores de hecho señalados, no se hubieran violado las normas citadas.

Se considera

La carta de 26 de febrero de 1962, que obra al folio 27 del primer cuaderno, contiene el reconocimiento de que el trabajador se abstenía de contabilizar los sobrantes de caja y los retenía para él, con indicación de las cantidades y aun de fechas, por lo cual ese documento que proviene del propio trabajador y que no ha sido tachado, demuestra que Pablo R. Vanegas M. incurrió en los hechos ilícitos imputados. No puede deducirse de la apreciación de la prueba error alguno, pues el ad quem lo estimó correctamente.

La carta de 4 de abril de 1962, que aparece al folio 26 del primer cuaderno, también contiene la aceptación del hecho delictuoso y hace referencia al anterior escrito, por lo cual ningún error puede derivarse de su apreciación en el sentido de que ella sirva para la comprobación del hecho que dio origen al despido.

La denuncia de 3 de mayo de 1962, cuya copia se ve a los folios 28 a 30 del primer cuaderno, no demuestra el hecho delictuoso, pero no sirve para probar que él no se cometió, por lo cual tampoco puede encontrarse error de hecho en la apreciación del documento, cuando el sentenciador lo acepta como probado, con base en las otras pruebas.

La providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, de 8 de abril de 1967, cuya copia se encuentra a los folios 40 a 42 del segundo cuaderno; no sirve para demostrar que los hechos denunciados no hubieran existido, pues la providencia se refiere a la prescripción de la acción penal, sin declararla, por lo cual no se deriva de dicho auto el que las consideraciones de la sentencia acusada hayan sido erróneas, pues no es evidente que el acto ilícito no se hubiera cometido.

El acusador habla de una supuesta visita de comisión del Banco, que no aparece como prueba porque ella fue simplemente relatada en la denuncia penal. El sentenciador aceptó el hecho de la visita aunque no se trajo copia del acta de ella, pero en tal punto la acusación no conduciría sino a admitir que no se demostró la visita, mas no a que el ilícito no fue cometido, porque su existencia reposa en diferentes probanzas. No resulta de la apreciación probatoria el error de hecho señalado como primero.

En cuanto a la falta de apreciación del contrato de trabajo, el censor anota que el aparte e) de la cláusula cuarta exige debida comprobación ante autoridad competente.

El aparte citado consagra como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo sin previo aviso, "todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el establecimiento o lugar del trabajo, siempre que sea debidamente comprobado ante autoridad competente".

No puede admitirse como lo pretende el censor, que los actos inmorales o delictuosos cometidos por los trabajadores han de ser juzgados por los jueces penales para los efectos de la terminación del contrato. Es verdad que los jueces penales son los competentes para decidir sobre la responsabilidad de los delincuentes y sobre las penas que han de imponerse por los delitos, pero la consagración en las leyes laborales y en los contratos de trabajo, de actos inmorales o delictuosos como justas causas de terminación del contrato de trabajo, faculta a los jueces laborales para decidir sobre esos hechos como generadores de la justa causa de terminación, sin que esas decisiones puedan quedar sujetas a lo resuelto por el juez penal.

Menos aceptable aún es la aseveración del impugnador sobre la prueba del hecho inmoral o delictuoso, cuando dice que la única es la sentencia condenatoria en materia penal, porque ello conduciría al absurdo de que ocurrida la justa causa de terminación, no se podría despedir al trabajador sin que se produjera la sentencia condenatoria, y porque la falta de condenación penal puede obedecer a motivos diferentes de la comisión del hecho considerado como justa causa de terminación, ya que la falta de responsabilidad, por causas eximentes de ella, o la propia prescripción de la acción penal, lle-

van a sentencia no condenatoria, sin que pueda decirse que no ocurrió el hecho inmoral o delictuoso que constituya la justa causa. No puede confundirse el hecho mismo consagrado como causa justa, con la responsabilidad penal que pueda surgir de la comisión del mismo acto. Caso muy distinto es el de que la norma laboral subordine la justa causa a la posterior absolución, como es el de la detención presuntiva del trabajador, de que trata el número 7º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Es también conveniente observar que aunque el hecho no sea delictuoso sino simplemente inmoral, constituye justa causa de terminación del contrato de trabajo, caso en el cual no es procedente la calificación del hecho por los jueces penales.

Cuando el apoderado de la entidad demandada dijo que debía esperarse el desenlace del proceso penal, no puede entenderse que sometió la existencia de la justa causa a ese resultado, sino que estaba proponiendo una excepción dilatoria para que el proceso laboral fuera suspendido mientras terminaba el penal.

De los considerandos anteriores resulta que no se cometieron los errores anotados en el cargo y consecuencialmente tampoco se infringieron las normas señaladas como violadas.

No prospera la primera acusación.

Segundo cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia de ser violatoria de los artículos 249, 250 del Código Sustantivo del Trabajo, 1767 del Código Civil, 177 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera indirecta, a causa de errores de hecho que aparecen de modo ostensible en los autos y por concepto de errónea apreciación de unas pruebas y omisión en la valoración de otras".

El censor señala como errores de hecho: a) Haber dado por demostrado, no estándolo, que el empleador cumplió los requisitos legales para retener válidamente la cesantía de los asalariados en los casos de actos delictuosos contra el patrono, y b) Haber dado por demostrado, no estándolo, que a pesar de la retención inválida de cesantía, el patrono no está obligado a restituirle al asalariado, pese a que no se allegó al proceso laboral el fallo condenatorio del juez penal, sino que tal devolución sólo puede hacerse a condición de que el trabajador demuestre la existencia de una sentencia favorable a él.

Como pruebas mal apreciadas se indicaron la nota de despido, la denuncia penal, las cartas de 26 de febrero y de 4 de abril de 1962, la inspección ocular de la comisión visitadora y la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, de 8 de abril de 1967.

En la demostración del cargo, el impugnador dice que se dejaron de apreciar la nota de despido y la denuncia penal entre las cuales transcurrió más de un mes, que son las pruebas pertinentes para demostrar que la retención de la cesantía fue inválida.

Agrega el censor que las demás pruebas marcadas como mal apreciadas, no son suficientes para demostrar la comisión del delito de abuso atribuido al actor ni para dejar de ordenar la devolución de la cesantía, por no existir en el proceso laboral fallo condenatorio penal en que se declare culpable a Vanegas del ilícito investigado.

Concluye el atacante que al encontrar el Tribunal justificada la retención de cesantía y no haber ordenado la devolución de la misma, no obstante no haberse demostrado el delito por medio de fallo adverso de juez penal, se violaron las normas señaladas en el cargo.

Se considera

La nota de despido y la denuncia penal fueron presentadas en este cargo como pruebas mal apreciadas y a la vez como dejadas de apreciar, por lo cual esa parte de la acusación no es estimable en razón de que ella envuelve en sí misma una contradicción, que la Corte no puede aceptar dentro de la demanda de casación.

Por lo que hace a las pruebas restantes, se vio en el estudio del cargo anterior, que ellas sí demuestran la comisión de la falta, que no es error de hecho al deducir de ellas el ilícito indicado, que no es la sentencia penal la única prueba de la comisión del

hecho delictuoso, y que en materia laboral, el juez del trabajo es competente para determinar si se incurrió en la justa causa relativa al hecho inmoral o delictuoso.

El patrono despidió con base en la comisión de un ilícito, invocó la causal contenida en el contrato de trabajo, aunque equivocadamente dijo que era la del reglamento, pero se refirió al aparte a) de la cláusula cuarta, que notoriamente es la del contrato; y presentó la denuncia penal correspondiente. Luego no puede afirmarse que se retuvo indebidamente la cesantía, ni que se hubiera de ordenar la devolución de ella antes de la absolución del trabajador.

No corresponde al patrono aportar la prueba de la condenación sino al trabajador demostrar la absolución para hacer cesar la retención y para obtener el pago de la cesantía, como lo dispuso el ad quem.

El que la denuncia penal no fuera anterior al despido, se explica porque el lugar donde había de presentarse la denuncia es distinto del en que se produjo el despido por domicilio de la empresa, y en tales casos es posible la admisión de un término prudencial para que el patrono o su representante ejecuten el hecho que en otras oportunidades debe ser inmediato.

No aparecen demostrados los errores señalados en el cargo y por ello no prospera la segunda 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 cuatro de octubre de mil novecientos setenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio seguido por Pablo R. Vanegas Mejía contra el Banco de Colombia.

Sin costas por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PARROQUIA, COMO PERSONA JURIDICA

Dijo el Tribunal: "La demanda se dirigió contra una persona inexistente (La Parroquia), ya que el representante legal en este caso sería el Administrador Apostólico, puesto que la Parroquia en sí, no está considerada como persona natural o jurídica".

Es evidente el yerro cometido por el sentenciador al negar la calidad de persona jurídica a la Parroquia, entidad que la posee de manera plena, así como al desconocerle a su Párroco la representación de la misma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre tres de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Lilia Aura Garzón Rodríguez, mediante apoderado, instauró demanda repartida al Juzgado Sexto Laboral de Bogotá, mediante la cual solicitó que la Parroquia de Nuestra Señora de Lourdes, representada por su Párroco, monseñor Bernardo Ortega Lafaurie, fuese condenada a pagarle las sumas que en ella especifica por concepto de sueldos, auxilio de transporte, auxilio de cesantía, prima de servicios, indemnización por despido injusto, vacaciones e indemnización moratoria, previa declaración de que entre las partes existió el contrato de trabajo a término fijo, previsto para "los profesores de establecimientos particulares de enseñanza". En subsidio, pidió lo que se copia:

"En subsidio de las peticiones principales primera, segunda, tercera, octava, novena, décima y duodécima, pido que se hagan en contra de la Parroquia demandada las siguientes declaraciones y condenas:

"1ª (Subsidiaria de la primera principal). Que entre mi poderdante y la Parroquia demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido.

"2ª (Subsidiaria de la segunda y tercera principales). Que dicho contrato fue sucesivamente prorrogado y en la fecha de despido se encontraba vigente.

"3ª (Subsidiaria de la octava y novena principales). Que mi poderdante fue injustamente despedida al dar la Parroquia demandada, por intermedio de su Párroco, monseñor Ortega Lafaurie, por terminado el contrato de trabajo existente, sin sujeción a causal alguna de terminación unilateral por justa causa.

"4ª (Subsidiaria de la décima principal). Que, en consecuencia, se condene a la Parroquia demandada a pagar a mi poderdante la indemnización por despido injusto que debe graduarse según el tiempo servido y el capital del patrono. Siendo aquél de cinco (5) años y éste superior a tres millones quinientos mil pesos ($ 3.500.000.00), la indemnización equivale a ciento veinticinco (125) días de salario, cada uno por valor de veintiséis pesos con sesenta y seis centavos (26.66) moneda legal. O sea que la demandada es deudora para con mi mandante por la suma de tres mil trescientos treinta y tres pesos con treinta centavos ($ 3.333.30) en moneda legal colombiana.

"5ª (Subsidiaria de la duodécima principal). Que por consiguiente, la Parroquia demandada en total adeuda a mi mandante la suma de dieciocho mil quinientos veín-

tiocho pesos con treinta centavos ($ 18.528.30) en moneda legal colombiana.

"Suma en total .....$ 18.528.30".

Sustentó estas peticiones en veinticinco hechos, que se sintetizan, así: la demandante ingresó al servicio del Colegio Parroquial de Nuestra Señora de Lourdes, perteneciente a la Parroquia del mismo nombre, en "los cargos de profesora y secretaria del mencionado establecimiento" el 1º de febrero de 1963 y "por espacio de cinco (5) años ininterrumpidos mi poderdante prestó sus servicios continuos, trasladándose diariamente desde su casa de habitación, situada en la calle 63-A número 19-34, a los locales donde funcionaban ambas secciones (masculina y femenina) del mencionado establecimiento educativo, con el fin de desempeñar las funciones propias de ambos cargos". En virtud del de "secretaria titular autorizó los libros, certificados, correspondencia y demás documentos emanados de dicho establecimiento, mediante su firma, que fue autenticada en la Notaría Quinta del Circuito de esta ciudad", por lo cual "pertenecía al personal de administración o dirección del referido establecimiento educativo que, por su naturaleza tiene carácter permanente, estando como está sujeto a laborar no sólo durante el año lectivo, sino durante el año normal del calendario, como los demás trabajadores particulares". La Parroquia dejó de pagarle las "vacaciones anuales remuneradas"; sólo le cubrió "diez (10) sueldos mensuales por cada año de servicio"; le "liquidaba la cesantía mediante pagos parciales anticipados al final de cada año, contraviniendo expresa prohibición legal"; sólo le satisfacía "la mitad del valor de la prima anual de servicios" y fue "injustamente despedida el 22 de noviembre de 1967", aduciendo como motivo el que el Párroco "no estaba satisfecho con el rendimiento obtenido por el Colegio", omitiéndose "dar el aviso escrito con treinta (30) días de anticipación a la terminación del año lectivc". Fija los salarios devengados por la actora en $ 500.00 por el primer año; $ 600.00 por el segundo y tercero; $ 700.00 por el cuarto y $ 800.00 por el quinto.

La Parroquia descorrió el traslado de la demanda pidiendo la prueba de algunos de los hechos; afirmó que "sólo desempeñó el cargo de profesora"; que le fue cancelado el valor de las vacaciones; que se atuvo a lo dispuesto por el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo para el pago de sueldos, y el auxilio de cesantía lo cubrió, a petición de la demandante, "aprovechando una generalizada costumbre de los contratos escolares"; que no debe el auxilio de transporte, ni hubo despido de la actora, pues "simplemente terminó el año escolar de 1967 y se le dijo, con una anticipación de 4 meses a la iniciación del año escolar de 1968, que no se necesitaban sus servicios para ese nuevo año", sin que para los contratos de "naturaleza escolar sea necesario el aviso escrito". Se acogió a lo dispuesto por el Decreto 53 de 1952, como "entidad sin ánimo de lucro" y presentó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de los derechos reclamados y pago de las obligaciones que existieron.

Tramitado el proceso en legal forma, lo decidió el juez del conocimiento con sentencia de 29 de enero de 1973, de la siguiente manera:

"Primero. Condénase a la Parroquia de Nuestra Señora de Lourdes representada por su Párroco monseñor Bernardo Ortega Lafaurie, de esta ciudad, a pagar a favor de Lilia Aurora Garzón Rodríguez de Roldán, mayor de edad, de esta vecindad e identificada con la cédula de ciudadanía número 20.164.238 de Bogotá, las siguientes cantidades de dinero, así:

"a) La suma de novecientos cincuenta y cinco pesos ($ 955.00) moneda corriente, por subsidio de transporte;

"b) La suma de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, por saldo de cesantía;

"c) La suma de un mil cincuenta pesos ($ 1.050.00) moneda corriente, por concepto de primas de servicio, y

"d) La suma de veintiséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 26.66) moneda corriente, diarios, a partir del primero (1º) de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) y hasta cuando se efectúe el pago de las primas de servicio y el auxilio de cesantía a que se refiere esta providencia.

"**Segundo. Declárase probada**, parcialmente, la excepción de pago con respecto al auxilio de cesantía.

"**Tercero. Declárase probada**, parcialmente, la excepción de prescripción con respecto al subsidio de transporte y a las primas de servicio.

"**Cuarto. Decláranse no probadas** las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de los derechos reclamados.

"**Quinto. Costas** a cargo de la demandada en un 30%. Tásense.

"**Sexto. Absuélvese** a la demandada de las demás peticiones de la demanda".

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** en sentencia de 7 de marzo de 1974, proveyó lo que se copia:

"1º **Revócase** la sentencia apelada y en su lugar **declárase inhibido** para fallar en el fondo, por falta del presupuesto procesal, **capacidad para ser parte demandada**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

La motivación fundamental que llevó al **ad quem** a tomar la decisión antedicha, la sintetiza en este párrafo:

"De lo anteriormente expuesto se concluye sin lugar a duda que la demanda se dirigió contra una persona inexistente (Parroquia de Lourdes) ya que se analizó anteriormente, que el representante legal en este caso sería el Administrador Apostólico, puesto que la Parroquia, en sí, no está considerada como persona natural o jurídica".

Interpuesto el recurso de casación por la parte actora, el mismo Tribunal se negó a concederlo, argumentando que la sentencia por él dictada era "inhibitoria" y no "definitiva", como lo exige el Código Procesal del Trabajo. Pero esta Sala, al decidir el recurso de hecho propuesto por aquélla, lo concedió, considerando que el **ad quem** "dictó fallo de fondo al negar la existencia jurídica del ente demandado, cuestión que atañe a la personería sustantiva de éste y no a su representación".

Sobre esta base, el apoderado de la demandante presentó la respectiva demanda, oportunamente replicada por el de la Parroquia, escritos sobre los cuales se procede a desatar el recurso.

El alcance de la impugnación reza, así:

"En primer lugar, persigo que se case en **su totalidad** dicha sentencia. Una vez casada la sentencia, persigo, igualmente, que, constituyéndose la honorable Corte Suprema como tribunal de instancia, profiera la correspondiente sentencia de mérito en su reemplazo, en la cual resuelva lo siguiente:

"1º Confirme la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia efectuada el 29 de enero de 1973, en cuanto condenó a la Parroquia demandada a pagar a favor de mi poderdante la suma de un mil pesos ($. 1.000.00) M/cte. por concepto de saldo de cesantía, y la suma de un mil cincuenta pesos ($ 1.050.00) M/cte. por concepto de primas de servicio.

"2º Confirme también la sentencia del a quo en cuanto declaró probadas parcialmente la excepción de pago, con respecto al auxilio de cesantía, y la excepción de prescripción, con respecto al subsidio de transporte y a las primas de servicio.

"3º Confirme igualmente la sentencia del a quo, en cuanto declaró no probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de los derechos reclamados.

"4º Reforme la mencionada sentencia, en el sentido de condenar igualmente a la Parroquia demandada a pagar a favor de mi poderdante las siguientes cantidades de dinero:

"a) La suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4.200.00) M/cte. correspondientes a seis (6) sueldos adeudados entre los años 1965 a 1967;

"b) La suma de un mil ochenta y cinco pesos ($ 1.085.00) M/cte. por concepto de auxilio de transporte;

"c) La suma de dos mil pesos ($2.000.00) M/cte. correspondiente a compensación en dinero de vacaciones anuales;

"d) La suma de veintiséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 26.66) M/cte. diarios, a partir del 22 de noviembre de 1971, y hasta cuando se efectúe el pago de todos los salarios y prestaciones sociales adeudados, por concepto de indemnización moratoria.

"5º Reforme igualmente la mencionada sentencia de primer grado, en el sentido de hacer las declaraciones y condenas contenidas en la 1ª, 2ª, 3ª, 8ª, 9ª y 10 peticiones

principales de la demanda. "Subsidiariamente, solicito se reforme la sentencia del a quo en el sentido de hacer las declaraciones y condenas contenidas en la 1ª, 2ª, 3ª y 4ª peticiones subsidiarias de la demanda.

"6º Reforme también la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la parte demandada en el valor total de las costas de primera instancia.

"Y asimismo condene a dicha parte demandada en las costas de la segunda instancia".

En busca de este objetivo formula un solo cargo, que dice:

"Acuso la sentencia impugnada de ser violatoria de ley sustancial por infracción directa, consistente en falta de aplicación de las siguientes disposiciones legales:

"Por una parte, del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, el artículo 12 de la Constitución Nacional, los artículos 633, 62, 639, 640, 1502 (Inc. 2º), 1503, 1504 (Inc. 3º) y 1505 del Código Civil, los artículos 24 y 25 de la Ley 57 de 1887, el artículo 16 de la Ley 153 de 1887, los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1888 (aprobatoria del Concordato celebrado el 31 de diciembre de 1887, entre el Sumo Pontífice León XIII y el Presidente de la República de Colombia), los artículos 34 y 36 (Incs. 1º y 3º) del Código de Procedimiento Laboral, los artículos 152 (Ord. 7º), 156 (Ord. 3º) y 157 del Código de Procedimiento Civil.

"Por otra parte, de los cánones Nos. 99, 100 (parágrafos 1º y 3º), 108, 109, 110, 116 (parágrafos 1º y 3º), 1161, 1165 (parágrafo 3º), 1495 (parágrafo 2º), 1498, 451 (parágrafo 1º), 454 (parágrafo 1º), 455 (parágrafo 1º), 485, 1182, 1519, 1521, 1525 (parágrafo 1º), 1649, 1653 (parágrafo 5º) del Código de Derecho Canónico, que son aplicables, ya que en materia de personería jurídica y representación de la Iglesia católica y de los particulares correspondientes a la misma Iglesia, los artículos 24 y 25 de la Ley 57 de 1887, el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1888 prescriben la aplicación obligatoria de la legislación canónica".

En seguida se extiende en el análisis de cada una de las disposiciones citadas con el fin de mostrar cómo la Parroquia es una persona jurídica, su representante es su Párroco o Rector y sólo en los casos excepcionales señalados por el Código de Derecho Canónico la puede representar el ordinario del lugar u otra persona designada por éste.

El opositor en su réplica empieza diciendo, que "no tiene ninguna objeción qué hacer en cuanto a los reparos formulados al fallo de segunda instancia, pues es evidente que se incurrió en grave error de derecho al desconocerle a la Parroquia de Nuestra Señora de Lourdes, una personería jurídica y una representación que son inobjetables", para hacer luego diversas consideraciones en contra de las condenaciones solicitadas en el alcance de la impugnación.

La Sala considera

Es evidente el yerro cometido por el sentenciador al negar la calidad de persona jurídica a la Parroquia, entidad que la posee de manera plena, así como al desconocerle a su Párroco o Rector la representación de la misma, con quebranto de las normas civiles y canónicas que el recurrente cita y analiza en el cargo a estudio, a pesar de lo cual no será posible casar la sentencia impugnada, porque la formulación de dicho cargo lo impide, en virtud de las siguientes razones:

A) La casación laboral está instituida para unificar la jurisprudencia del trabajo y el ataque no invoca la infracción de ninguna norma "sustancial" de esta naturaleza, pues las tres únicas que cita el Código de Procedimiento Laboral no son substanciales, como lo requiere todo cargo fundado en la causal primera de casación, entendiéndose por éstas las que "crean, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención de ellas", según lo ha explicado esta Sala en numerosa jurisprudencia, y aquí, el haber negado el juzgador personería jurídica a la demandada, dio por resultado el que dejaran de reconocerse los derechos correspondientes a auxilio de cesantía, vacaciones, indemnizaciones por despido y moratoria, salarios, primas etc., reclama-

dos por la actora. Fueron, pues, los preceptos que consagran estos derechos los sustanciales violados, si había lugar a su reconocimiento y pago;

B) Fluye de lo anterior otro yerro consistente en falta de proposición jurídica completa. Esta, se integra por las normas sustanciales conexas o complementarias y, por las que, violadas como medio, dieron ocasión al quebranto de las anteriores, llamado violación de fin. Y así, en el presente negocio, el desconocimiento de la personalidad jurídica de la Parroquia, violación de medio, produjo el que se infringieran las disposiciones que establecen los derechos que la demandante reclama, pues si el Tribunal no hubiese negado a aquélla su capacidad para ser parte, se hubiera pronunciado sobre las pretensiones de la demanda.

Respecto estos puntos la corporación ha expuesto lo que se copia, reiterando anteriores doctrinas:

"La censura del opositor se refiere a que los solos artículos invocados del Código Civil no forman proposición jurídica completa e indica cuáles otros debieron citarse para cumplir ese requisito de toda demanda de casación.

"....

"El único caso en que en verdad sólo se sigue el procedimiento laboral, no obstante que la naturaleza de lo demandado corresponde al Código Sustantivo del Trabajo, es el regulado por el Decreto 456 de 1956 'sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen'. En todos los demás eventos, la jurisdicción laboral conoce tan sólo de los procesos originados en un contrato de trabajo, y el que, en determinadas circunstancias, puedan aplicarse normas del Código Civil, no varía la naturaleza de tales procesos.

"Ahora bien, el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral estableció el recurso de casación 'con el fin de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo', razón por la cual dicho recurso debe intentarse sobre la base de violación de disposiciones sustanciales de este orden, sin perjuicio de que, junto a ellas puedan haberse quebrantado preceptos de otros Códigos (se subraya), con la sola excepción, ya indicada, de los procesos incoados por aplicación del Decreto 456 de 1956". (Casación de 24 de enero de 1973, Bertha Emilia Núñez de Moreno contra Empresas Públicas Municipales de Medellín).

Y en la de 18 de mayo de 1968 (Pablo Espino Largo contra Cervecería Andina S. A.), asentó:

"Lo expuesto explica por qué para que el cargo no sea desechado por error de técnica o inadecuada presentación ha de estar ceñido a las reglas que se reseñan en seguida:

"1. La norma legal de carácter substantivo que se considera violada debe señalarse con absoluta precisión; y si el supuesto específico de hecho configurado en la demanda emana, con sus consecuencias jurídicas, de un complejo de normas, y no de una sola, el cargo no estará bien presentado si no se le formula mediante una proposición jurídica completa, entendiendo por tal la que denuncia tanto la violación de medio como la de fin; esto es, que en la censura en ningún caso debe dejar de indicarse como violados los preceptos que crean, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención a ellos. De lo contrario, el cargo queda incompleto y no permite el estudio de fondo. La violación de la ley no consiste en nada distinto del reconocimiento del derecho que la norma regula y protege en el caso específico concreto o su desconocimiento en uno en que no lo regula ni protege, de suerte que es el precepto que lo establece, modifica o extingue el que fundamentalmente debe mencionarse como vulnerado, porque es en virtud de su aplicación o inaplicación como se causa el agravio cuya rectificación se persigue en el recurso".

Vistas las jurisprudencias anteriores, resulta que el recurrente se limitó a citar como infringidos preceptos de la Constitución, del Código Civil, del Concordato con la Santa Sede y del derecho canónico, sin precisar como violada ninguna norma substancial laboral, salvo tres procesales, ni integrar la proposición jurídica con todas aquellas que establecen los derechos cuyo reconocimiento impetra la demandante y

que obviamente fueron quebrantadas, si tenía razón en su demanda.

En consecuencia, el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia impugnada.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REGIMEN JURIDICO DE LOS TRABAJADORES DEL "INCORA"

La clasificación que hace el artículo 57 de los estatutos, no es contraria al Decreto 3135 de 1968, sino que cumple de antemano una función atribuida por la norma a los estatutos. Por no ser contraria esa norma estatutaria a la del decreto, no fue derogada por éste.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre nueve de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Orlando R. Bermúdez Lozano, vecino de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía Nº 1.701.015 expedida en Ciénaga, demandó por medio de apoderado al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, para que fuera condenado a pagarle cesantía, prima de servicios, salarios del tiempo faltante para el vencimiento del plazo presuntivo, como indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato: indemnización por mora y las costas del juicio.

El representante judicial del actor presentó los siguientes

Hechos

"1º El señor Orlando Bermúdedez (sic) se vinculó al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y prestó sus servicios personales como auxiliar de ingeniería II 4-A en el proyecto Magdalena Nº 1, por el lapso comprendido entre el 31 de marzo de 1969 y el 31 de julio del mismo año.

"2º Según memorando firmado por el señor Luis Sendoya N., como Jefe del Departamento Administrativo, se le comunicó al señor Orlando Bermúdez Lozano, la terminación del contrato de trabajo a partir del 1º de agosto de 1969, sin que se le pagaran los derechos reclamados en esta demanda.

"3º El sueldo mensual devengado por el señor Orlando Bermúdez, fue de un mil trescientos veinte pesos ($ 1.320.00) mensuales, más salario en especie consistente en una habitación completamente amoblada y con todos los servicios de acueducto y alumbrado, cuya estimación no puede ser inferior a un mil doscientos pesos ($ 1.200.00).

"4º Específicamente el salario en especie consistía en una habitación de dos (2) dormitorios, sala comedor, cocina, servicios de luz y agua, con su estufa de gas, nevera, un juego de sala, un juego de comedor, tres camas con su somier y colchón pulman, un abanico eléctrico de techo, pantallas de lujo en la sala, la habitación está ubicada en el sector 'El Capitolio', del Prado de Sevilla (Magdalena).

"5º El Incora no ha reconocido ni pagado los derechos que se reclaman en esta demanda, no obstante de haberse requerido administrativamente con tal fin".

Los hechos fueron contestados así:

"Al hecho 1º. No es cierto. La labor desarrollada por el señor Orlando Bermúdez Lozano fue de naturaleza eminentemente ocasional.

"Al hecho 2º. No es cierto. Los servicios transitorios prestados por el señor Orlando Bermúdez terminaron al propio tiempo que terminó la labor eminentemente ocasional y transitoria sobre la que los prestó.

El señor Orlando Bermúdez no se encontraba vinculado con el Instituto por una relación contractual; habida consideración de que sus servicios a esta entidad tuvieron carácter transitorio y el Decreto-ley

2400 de 1968, artículo 2º con la modificación que le introdujo el Decreto-ley 3074 de 1968 expresamente califica a las personas que prestan sus servicios a la administración de manera ocasional, temporal o transitoria como meros auxiliares de la administración.

"Al hecho 3º. No es cierto, como está redactado.

"Al hecho 4º. No es cierto.

"Al hecho 5º. No es cierto. Al señor Orlando Bermúdez Lozano se le pagaron todos los valores a que tuvo derecho conforme a la ley y de acuerdo con el carácter transitorio de su labor desarrollada".

En la primera audiencia de trámite se propusieron excepciones de cosa juzgada, pago y falta de jurisdicción.

En sentencia de 23 de abril de 1973, procedente del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, fue condenado el Instituto demandado a pagar al actor $ 2.640.00 como indemnización por despido; $ 44.00 diarios a partir del 19 de noviembre de 1969 y hasta cuando se pague la indemnización por despido, a título de indemnización moratoria; y las costas de la instancia, absuelto de los demás cargos formulados y se declararon no probadas las excepciones propuestas. El apoderado del Incora apeló del fallo del a quo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de 21 de febrero de 1974, confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, y condenó en costas al apelante. Contra dicho fallo interpuso el apoderado del Instituto recurso de casación que le fue concedido por el ad quem y está admitido por la Corte.

El recurso

Con fundamento en la causal primera de casación laboral se presentan seis cargos que serán estudiados junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El recurrente pretende que se case totalmente la sentencia del ad quem, se revoque la del a quo y en su lugar se declare que Orlando R. Bermúdez fue auxiliar de la administración, o empleado público, o se declare la excepción de falta de jurisdicción o en subsidio se declare la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción.

Primer cargo

Se acusa la sentencia recurrida de violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 6º del Código Sustantivo del Trabajo, 1º de la Ley 6ª de 1945, 1º, 2º, 3º y 20 del Decreto 2127 de 1945, a causa de errores de hecho, y consecuencial aplicación indebida de los artículos 8º, 11, 17 y 58 de la Ley 6ª de 1945, 39, 40, 47-g, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, 1º del Decreto 797 de 1949 y 2º de la Ley 64 de 1946, y falta de aplicación del inciso 4º del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año.

El acusador dice que los errores de hecho provinieron de la apreciación errónea de la inspección ocular, visible a folios 80 y siguientes del expediente.

Los errores de hecho se hacen consistir en lo siguiente: 1º Dar por demostrado, sin estarlo, que en la correspondiente relación de servicio que existió entre el actor y el Instituto, se contemple el caso de la ejecución de varias obras; 2º Tener por demostrado sin estarlo, que cada uno de los pagos quincenales que recibió el actor, durante el lapso comprendido entre el 31 de marzo de 1969 y el 31 de julio del mismo año, corresponden a la remuneración o pago de una obra distinta; 3º No dar por demostrado, estándolo, el carácter de temporal que tuvo la relación de servicio que existió entre el actor y la demandada, y 4º No dar por demostrado, estándolo, que el cargo que ocupó el actor como auxiliar de ingeniería II 4-A (calculista del programa de hidrología) es de naturaleza distinta al de los peritos.

En la demostración del cargo se presenta un largo alegato sobre los errores de hecho, sobre la confusión del sentenciador en los términos trabajo ocasional y temporal, sobre la equivocación del ad quem al considerar como varias obras la que fue pagada por quincenas, y se admite que el sentenciador se apoyó en varios testimonios, cuya apreciación no ataca por considerar que ello no es de recibo en casación.

El opositor advierte que el cargo es incompleto en cuanto no ataca la apreciación de las declaraciones y de los estatutos, que son fundamento del fallo recurrido.

Se considera

Dice el recurrente que el sentenciador dio por demostrado que la labor desarrollada por el actor se remuneraba a través de resoluciones quincenales de carácter individual, que ellas se proferían quincenalmente en forma continua y sin interrupción alguna durante los cuatro meses que duró el servicio, por lo cual la relación se cumplió en forma continua, que cada pago quincenal cubría la realización de una obra distinta, y que se ejecutaron varias obras.

Las dos primeras conclusiones que se le atribuyen al ad quem no son equivocadas, ya que de las copias de las resoluciones de reconocimientos se deduce que hubo pagos quincenales continuos por cuatro meses. El que cada pago quincenal cubriese la realización de una obra y que se realizaron varias, no es una conclusión lógica de las pruebas examinadas, pero lo que el sentenciador quiso destacar fue el que no se trataba de una obra o labor determinada sino de un servicio continuo.

El atacante dice que se aplicó indebidamente el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo porque se trató del trabajo ocasional. Pero la mención de esa norma era necesaria, porque el apoderado de la demandada invocó en la contestación, la labor ocasional o transitoria, como medio de defensa, y porque ese precepto no es impertinente como lo dice el censor, ya que no pertenece a la parte que regula el derecho individual, aplicable únicamente a los trabajadores particulares, sino que se encuentra entre los principios generales de que trata el título preliminar del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual es aplicable a toda clase de trabajadores. Además, el artículo 6º de dicha obra define lo que debe entenderse por trabajo accidental, ocasional o transitorio, luego sirve para entender el significado de las leyes que usen tales expresiones.

Reclama el atacante que se haya aplicado ese artículo porque dice que el actor no fue perito, pero el sentenciador también encuentra que el trabajo no fue ocasional, por lo que no lo considera como perito, luego no es aceptable el ataque en este aspecto.

El impugnador considera que hubo servicio temporal, como el que prestan los obreros y técnicos. Pero el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 modificado y adicionado por el artículo primero del Decreto 3074 del mismo año, exige que esa temporalidad se refiera a la ejecución de un trabajo u obra, y el fallador encontró que no se trataba de una obra determinada sino de un servicio continuo.

La norma citada dice en lo pertinente:

"Quienes presten al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes".

En la sentencia acusada se dice que no hubo trabajo ocasional y que no se trataba de una obra sino de una labor permanente, por lo cual considera el ad quem que no fue el actor auxiliar de la administración, sino trabajador. El acusador insiste en que el trabajo fue temporal, pero no señala cuál fue la obra o labor determinada en que se prestó el servicio temporal, por lo que no puede encontrarse evidente ese error en las conclusiones de la sentencia recurrida.

El censor advierte que en el fallo atacado se habla de las probanzas en general, sin determinar cada una de las pruebas en que se apoya, lo cual es una falla del examen probatorio. Pero la anterior censura no constituye por sí misma un motivo de casación, sino que obliga al recurrente a demostrar los errores a través de todas las pruebas aportadas al proceso.

Es verdad que de las pruebas no se deduce que existieron varias obras y que cada pago quincenal obedecía a una de ellas, pero la sentencia continúa apoyándose en las consideraciones de que no existió una obra y de que el servicio fue continuo.

Para que pudiera aceptarse como temporal el servicio prestado, ha debido el recurrente establecer que fue evidentemente errónea la apreciación de que no existió una obra determinada sino un servicio continuo, lo cual no hizo el recurrente de manera alguna.

Aunque los dos primeros errores señalados fueron cometidos en la sentencia acusada, el tercero sobre el carácter temporal de la actividad no fue probado y el cuarto no fue cometido porque el sentenciador no asimiló el trabajo del actor al de los peritos.

Por lo indicado, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia de violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencial falta de aplicación del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 en la parte pertinente al carácter de servicio que realizan los técnicos y obreros conforme a la modificación que le introduce a ese precepto el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, circunstancia que indujo al sentenciador a aplicar consecuencialmente y de manera indebida los artículos 1º, 8º, 11, 17 y 58 de la Ley 6ª de 1945, 1º, 2º, 3º, 20, 39, 40, 47-g, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, 1º del Decreto 797 de 1949 y 2º de la Ley 64 de 1946.

En la demostración del cargo se dice que sobre los presupuestos de hecho existe perfecto acuerdo entre el sentenciador y el recurrente, en cuanto a que el servicio se prestó a Incora, a que fue continuo por cuatro meses, y en cuanto al cargo desempeñado.

El impugnador, después de transcribir algunos párrafos de la providencia acusada, insiste sobre la indebida aplicación del artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo y repite los mismos argumentos que expone en el cargo primero.

El opositor reclama porque se habla en el cargo de violación directa y de aplicación indebida, pues considera que ésta es siempre una violación indirecta; y advierte que la estimación sobre lo ocasional o temporal del trabajo del demandante en el juicio, es una cuestión de hecho que no cabe en la violación directa.

Se considera

El primer reparo del opositor no es aceptable, pues el concepto de aplicación indebida se puede dar tanto por errores de hecho o de derecho, o sea en forma indirecta, como sin tales errores, o sea en forma directa.

La acusación que se hace en este cargo es por violación directa en el concepto de aplicación indebida, pero el recurrente plantea cuestiones de hecho, cuando manifiesta estar de acuerdo con el sentenciador en algunos aspectos fácticos, mas no en todos, ya que no acepta la consideración del Tribunal en el sentido de que el trabajo fue continuo sin que hubiera una obra determinada, sino que alega que el servicio fue temporal y no permanente. Por lo tanto, la demostración que implica cuestiones de hecho, como el que el servicio no fue continuo y permanente sino el desarrollo temporal de una obra, no puede servir para demostrar una violación directa por aplicación indebida.

Además, ya se vio en el cargo primero, que el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo no fue indebidamente aplicado, sino que su aplicación fue correcta y era pertinente y necesaria dentro del caso, y que el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, adicionado y modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, no fue dejado de aplicar, sino que se consideraron las dos situaciones de trabajo ocasional y temporal, con la falta de obra determinada, y se llegó a la conclusión de que la situación de hecho no era la regulada por la citada disposición.

Por tales motivos, no prospera la segunda acusación.

Tercer cargo

Dice el impugnador:

"Acuso la sentencia recurrida de violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 2º del Decreto-ley 2400 de 1968 (modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968) en relación al inciso 4º de la misma norma en lo pertinente a la equivocación en que incurre el sentenciador al identificar los términos que la norma señala con respecto al

servicio ocasional y temporal, error de interpretación que lo indujo consecuencialmente a la aplicación indebida del artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo y a las normas que regulan el contrato de trabajo de la Ley 6ª de 1945 y Decreto 2127 del mismo año, a saber: artículos 1º, 8º, 11, 17 y 58 de la Ley 6ª de 1945, primero, 2º, 3º, 20, 39, 40, 47-g, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945; artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y 2º de la Ley 64 de 1946".

En la demostración del cargo, el censor parte de la base de que en la sentencia se confundieron los términos ocasional y temporal, cuando en la norma se hace distinción entre ellos.

Dice el opositor:

"El tercer cargo carece de eficacia, porque, se repite, el Tribunal deduce la existencia del contrato ficto de trabajo, entre otras probanzas, de los mismos estatutos del Instituto demandado y no de la correcta o errada interpretación del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968".

Se considera

En el fallo impugnado se lee:

"De la diligencia de inspección judicial visible a folios 80 y 81, se establece que la labor desarrollada por el señor Orlando Bermúdez Lozano se le remuneraba mediante resoluciones quincenales, proferidas en forma continua, sin interrupción alguna, para los períodos quincenales comprendidos del 31 de marzo de 1969 al 31 de julio del mismo año. Es decir, que con las probanzas aportadas al expediente, se ha comprobado que el demandante trabajó al servicio del Incora, sin interrupción alguna como auxiliar de ingeniería II 4-A (calculista en el programa de hidrología), por un lapso de 4 meses. En estas condiciones, no se trataría de un trabajo ocasional, accidental o transitorio al tenor del artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, ni estaríamos en presencia de la ejecución de un trabajo o de una obra, como lo exige el artículo 2º del Decreto-ley 2400 de 1968, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, sino que se contemplaría el caso de la ejecución de varias obras, remuneradas cada una de ellas por períodos quincenales. La forma misma de las remuneraciones sucesivas destaca la idea de permanencia o continuidad en la labor desarrollada por el demandante".

Por los términos transcritos, se ve que el sentenciador no hizo interpretación especial de la norma que se acusa violada, sino que apreció la situación fáctica para llegar a la conclusión de que no hubo trabajo ocasional ni se trataba de obra determinada, con lo cual distinguió entre el trabajo ocasional que corresponde a los peritos y el temporal que por obra determinada pueden ejecutar los técnicos u obreros cuando son meros auxiliares de la administración".

La providencia acusada no confunde, como lo pretende el recurrente, los términos ocasional y temporal. Encuentra que el servicio de Bermúdez Lozano no fue ocasional, y también encuentra que ese servicio no era la ejecución de una obra determinada, por lo cual no era temporal sino permanente y continua.

No existió interpretación errónea del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 modificado y adicionado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, por lo cual no prospera la tercera acusación.

Cuarto cargo

Está presentado así:

"Acuso la sentencia recurrida de violación indirecta de la ley sustancial, a causa de evidentes errores de hecho que motivan la aplicación indebida de la Ley 6ª de 1945, y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, en cuanto a los preceptos que se ocupan de la regulación de la existencia del contrato de trabajo para el personal al servicio del Estado, a saber: artículos 1º de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, y 20 del Decreto 2127 de 1945; asimismo, la excepción que consagra el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968; artículo 3º del Decreto 1848 de 1969; y consecuencialmente a la aplicación indebida de los artículos 8º, 11, 17 y 58 de la Ley 6ª de 1945; 39, 40, 47-g, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949 y 2º de la Ley 64 de 1946; y a la falta de aplicación de la regla general que consagra el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 para el personal

que presta sus servicios a un establecimiento público.

"Los errores de hecho en que incurrió el sentenciador, y a los que hace alusión en la formulación del cargo, consisten:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que la relación de servicio que ligó al actor con la demandada, lo fue de carácter contractual laboral y no una relación legal y reglamentaria.

"2º Dar por demostrado, sin estarlo, que las funciones desempeñadas por el actor al servicio de la demandada, lo fueron en la construcción y sostenimiento de obras públicas. (Excepción Art. 5º D. 3135/68)".

El impugnador hace derivar los errores de hecho de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas::

"a) Documentos auténticos. El memorando interno de julio 29 de 1969 (folios 30 y 99); la fotocopia auténtica de la Resolución Nº 0254 de 1969, visible al folio 19 del expediente, por la cual se reconocen las prestaciones sociales al actor (folio 98); y documentos aportados dentro de la diligencia de inspección judicial, o sean las resoluciones en fotocopias auténticas, sobre los pagos efectuados al actor durante todo el tiempo de servicio a la demandada;

"b) Inspección Judicial (folios 80 a 85 y 134), y

"c) Interrogatorio de parte (folios 41 a 43)".

Se inicia la demostración del cargo con la crítica al fallo recurrido, en cuanto no determina las pruebas en que se basa, sino que se habla de todas las probanzas; transcribe luego el atacante, algunos párrafos de la sentencia acusada, para decir que la expresión "la idea" que se tenga de un hecho o circunstancia, no es suficiente para darlo por demostrado; observa que el a quo estimó que se trataba de sostenimiento de obras públicas, y dedica un extenso alegato a demostrar que el Incora no está en tal caso, como lo trata de demostrar con transcripción de normas y de jurisprudencia.

El opositor afirma que no se estableció la calidad de evidentes de los errores propuestos, que el Tribunal llegó a la existencia del contrato de trabajo con base en la condición de trabajador oficial, conforme a los estatutos de la institución, que como prueba no fueron señalados como indebidamente apreciados.

Se considera

El recurrente transcribe algunos párrafos de la sentencia acusada, pero el primero se refiere no a la calificación de la relación laboral, sino a la permanencia del servicio, que es materia de los cargos anteriores, ya resueltos, y el segundo es parte de la fundamentación sobre el carácter de trabajador oficial del demandante en el juicio, ya que el censor no transcribe el párrafo que complementa el apoyo de la sentencia.

Dice el Tribunal:

"En efecto, los estatutos que regulan el funcionamiento del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora", aportados al proceso por el apoderado de la parte demandada (Fl. 95) fueron adoptados por el Decreto 3337 de 29 de diciembre de 1961, con algunas modificaciones posteriores. El artículo 57 de dichos estatutos dice lo siguiente: "Régimen jurídico de los trabajadores del Instituto. Los funcionarios, empleados y obreros del Instituto tendrán el carácter de trabajadores oficiales". En estas condiciones, es forzoso concluir que el vínculo jurídico que ligó a las partes fue un contrato ficto de trabajo en el lapso comprendido entre el 31 de marzo de 1969 y el 31 de julio del mismo año, con una remuneración de $ 1.320.00 mensuales, toda vez que la parte interesada no demostró el salario en especie".

Por lo anterior se ve que el ad quem no se apoyó para la calificación de la relación, en las demás probanzas, sino en los propios estatutos del Incora, aprobados por decreto. Luego el fundamento de la sentencia en ese punto, no son las demás probanzas, sino precisamente la norma contenida en los estatutos.

El resto del cargo se dedica a un alegato contra las razones en que se apoyó el a quo, y especialmente contra el que las labores del Incora sean de sostenimiento de obras públicas. Como el ad quem no dice que las labores del Incora sean de sostenimiento de obras públicas, sino que por los estatutos todos los funcionarios, empleados y obreros del Incora son trabajadores pú-

blicos, no es procedente el ataque por la excepción que encontró el a quo.

La relación contractual del actor con el Incora la encuentra el sentenciador en los estatutos, sin que se haya demostrado que apreció mal la norma estatutaria, por lo cual no se demostró el primer error propuesto. En cuanto al segundo, se tiene que no fue cometido el error apuntado, pues el ad quem no dijo que los servicios se refirieran al sostenimiento de obras públicas.

Por no haberse demostrado los errores anotados, no prospera la cuarta acusación.

Quinto cargo

Fue presentado así:

"Acuso la sentencia recurrida por violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 57 de los estatutos del Incora (Decreto ejecutivo 3337 de 1961) y consecuencial falta de aplicación de la regla general consagrada por el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968 y artículo 43 ibídem así como a falta de aplicación del artículo 2º del Decreto 1848 de 1969.

"El error de interpretación de que se acusa la sentencia, lleva igualmente al Tribunal a aplicar indebidamente la excepción del artículo 5º, del Decreto 3135 de 1968, las normas que regulan la existencia del contrato de trabajo de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año a saber: artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 (así como los artículos 8º, 11, 17 y 58 de la misma ley); artículos 1º, 2º, 3º y 20 del Decreto 2127 de 1945 (asimismo los artículos 39, 40, 47-g, 51 y 52 del mismo decreto) artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y 2º de la Ley 64 de 1946".

Empieza el recurrente por decir que el decreto aprobatorio de los estatutos del Incora es ejecutivo y por tal razón de inferior jerarquía que el Decreto 3135 de 1968; transcribe luego un aparte de la sentencia acusada; insiste en que hubo interpretación errónea del artículo 57 de los estatutos porque se dio a la norma un alcance distinto del que tiene; asevera que el término trabajadores oficiales fue usado en la norma en sentido general; advierte que la facultad de nombrar y remover libremente los empleados del Instituto, que consagra el artículo 42 de los estatutos, hace que sea imposible la interpretación del texto en el sentido particular en que lo toma la sentencia recurrida; alega que por ser contrario el artículo 57 de los estatutos a lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, está derogado en razón del artículo 43 del decreto citado; indica que la Resolución de Gerencia Nº 11525 de 28 de julio de 1969 regula en su artículo 6º lo pertinente a la aplicación del Decreto 3135 de 1968; advierte que los estatutos son anteriores al Decreto 3135 de 1968, y que entonces se usaba la terminología de trabajadores oficiales en sentido general, como se expresa en algunas normas que cita.

El opositor se manifiesta de la siguiente manera:

"En cuanto al quinto cargo debe destacarse que evidentemente no existe interpretación errónea del artículo 57 de los estatutos del Incora. El Tribunal se limitó a aplicar una disposición de esos estatutos completamente clara y que se dictó precisamente en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Por lo demás, el recurrente se limita a enfrentar su personal y propia interpretación de esos estatutos a la aplicación elemental y clara del juzgador.

Se considera

No existe una interpretación propiamente dicha del artículo 57 de los estatutos del Incora, porque la sentencia no hace un examen de su contenido sino que simplemente aplica la norma en su sentido natural.

Los estatutos del Incora fueron aprobados por el Decreto 3337 de 1961 y por otros que posteriormente aprobaron las reformas introducidas. Pero no puede alegarse que el decreto que aprobó los estatutos es de inferior jerarquía al 3135 de 1968, para los efectos del entendimiento del artículo 57, porque no existe entre ellos discordancia, incompatibilidad u oposición, ya que el último dispone que, en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por

personas vinculadas mediante contrato de trabajo, que es precisamente lo que hizo el artículo 57 de los estatutos del Incora.

No puede predicarse interpretación errónea de un precepto, como lo pretende el recurrente, por darle un alcance distinto al que la norma tiene. La interpretación errónea consiste en el equivocado concepto del contenido de la ley. Si el censor consideraba que la violación consistió en que se dio al precepto un alcance distinto al que tiene, ha debido atacar por aplicación indebida directa de la norma.

Si se entendiera que la expresión trabajadores oficiales no se refería a una relación contractual, sino que servía para decir que los funcionarios, empleados y obreros del Incora no eran trabajadores particulares, la norma sería perfectamente inútil, pues nadie habría de pensar que los trabajadores vinculados con un establecimiento público fueran trabajadores particulares. Luego el único sentido de la expresión, es el que obviamente tomó el sentenciador, o sea, el de que no eran empleados públicos.

El que se consagre la facultad de nombrar y remover libremente algunos empleados del Instituto, no es contrario a que ellos tengan contrato de trabajo, porque esa facultad, como lo dice el numeral 20 del artículo 42 de los estatutos, está sujeta a lo que digan las disposiciones legales, de tal manera que la libertad de nombramiento se refiere a los casos en que éste o la remoción no necesitan la aprobación de la Junta Directiva, pero de todas maneras, esos actos deben acomodarse a las disposiciones legales sobre nombramiento y remoción, por lo cual la disposición no resulta contraria al entendimiento de que el artículo 57 de los estatutos consagra la calidad de trabajadores vinculados por contrato de trabajo.

Como ya se vio, la clasificación de la calidad jurídica de los servidores del Instituto, que hace el artículo 57 no es contraria al Decreto 3135 de 1968, sino que cumple de antemano una función atribuida por la norma a los estatutos. Por no ser contraria esa norma estatutaria a la del decreto, no fue derogada por éste.

La regulación contemplada en la resolución que invoca el recurrente, admite en su artículo 6º, que fuera de los trabajadores dedicados a la construcción y sostenimiento de obras públicas, puede haber otros empleados vinculados por contrato de trabajo, fuera de que la resolución no tiene valor contra los estatutos, porque en esta materia el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, otorga a los estatutos y no al Gerente, la facultad de indicar los trabajadores vinculados con contrato de trabajo.

El que los estatutos sean anteriores al decreto citado, no implica que sean contrarios, ni que deban entenderse en forma distinta a como lo hizo el ad quem, porque ya se vio que otra interpretación conduciría a la inutilidad de la norma, y porque si los estatutos del Incora habían cumplido de antemano lo ordenado por el Decreto 3135 de 1968, no por eso ha de rechazarse la clasificación hecha en ellos.

El que en algunas normas legales se hubiera usado una terminología equivocada, tampoco implica el que haya de entenderse también equivocada la expresión de los estatutos cuando hacen la determinación del régimen jurídico de los funcionarios, empleados y obreros del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

No prospera la quinta acusación.

Sexto cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida de violación indirecta de la ley sustancial, a causa de evidente error de hecho consistente en dar por establecida la mala fe del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, sin estar demostrada la misma y no dar por probada, estándola la duda razonable del Incora respecto de la naturaleza jurídica de la relación de servicio que ligó a esta entidad con el demandante, habida cuenta de que al actor se le vinculó como auxiliar de la administración, conforme lo prevé el artículo 2º del Decreto-ley 2400 de 1968 (modificado por el Art. 1º del Decreto 3074 del mismo año). El error de hecho induce al sentenciador a aplicar indebidamente el artículo 1º del Decreto 797 de 1949".

El censor indica como dejadas de apreciar la inspección judicial, el interrogatorio de parte, las pruebas aportadas a la

diligenciada inspección y la liquidación de prestaciones.

Para demostrar el cargo, el acusador alega que de dichas pruebas no se dedujo el carácter de trabajador temporal como auxiliar de la administración, repite los argumentos presentados en los cargos anteriores y concluye con la afirmación de que el ad quem infirió del análisis de las pruebas, la mala fe de la parte demandada en el juicio, en cuanto a la vinculación y tratamiento que dio al demandante durante todo el tiempo de servicio.

El opositor observa que no se integró debidamente la proposición jurídica de derecho sustancial, porque solamente se citó como violada la norma reglamentaria y no la consagratoria del derecho.

Se considera

La causal primera de casación laboral consiste en ser la sentencia violatoria de ley sustancial, por uno de los tres conceptos de infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. Luego la acusación debe mostrar la violación de un precepto legal consagratorio del derecho discutido, mas no de una norma reglamentaria de ese derecho, porque resultaría incompleta la proposición jurídica que no se integró con el precepto sustancial.

En el presente caso, el impugnador señala como violado el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que es reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, norma que no fue citada en el cargo como violada, luego la proposición jurídica es incompleta y el cargo no puede estimarse por falta a la técnica de casación en cuanto a la naturaleza de la causal primera que se invoca.

Por las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Orlando Ramón Bermúdez Lozano contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de 12 de noviembre de 1974,

D E C L A R A :

1º INEXEQUIBLES el ordenamiento retroactivo, al 1º de enero de 1974, de los aumentos de salarios de las letras a) de los ordinales 1º y 2º del artículo 1º del laudo objeto del presente recurso de homologación y las letras b) de los mismos ordinales 1º y 2º del dicho artículo 1º del laudo, así como el párrafo final de estos ordenamientos, sobre pago de los aumentos de 1975 en forma adicional a los establecidos para 1974; los artículos décimo y decimoprimero del laudo, sobre "atención médica para el trabajador y sus familiares" y "fondos de préstamos", respectivamente; el artículo decimoquinto, sobre "descuento especial", en su aplicación a trabajadores de la Fundación A. Shaio no afiliados al Sindicato de la misma, y la retroactividad ordenada por el artículo decimosexto, sobre vigencia del laudo.

2º EXEQUIBLES el artículo 1º del laudo, en las letras a) de sus ordinales 1º y 2º, sobre aumento de salarios en diez y nueve pesos, respectivamente, pero a partir de la fecha de expedición del laudo y hasta el 31 de diciembre de 1975; y exequible asimismo el artículo decimocuarto en su aplicación a los trabajadores afiliados al Sindicato de la Fundación.

3º SE HOMOLOGAN los demás artículos del laudo recurrido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., doce de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de homologación interpuesto por la Fundación A. Shaio, por medio de su representante legal, contra el laudo que dictó el 5 de junio de 1974, el tribunal de arbitramento obligatorio convocado por la Resolución número 00741 de 14 de marzo de 1974, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para decidir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre la entidad mencionada y su Sindicato de Trabajadores.

Antecedentes

El 6 de diciembre de 1973, el Sindicato de Trabajadores de la Fundación A. Shaio remitió a la consideración de la dicha Fundación el pliego de peticiones que corre a folios 9 a 13 del cuaderno primero de este expediente.

Como no se lograra acuerdo, ni total ni parcial, acerca de las pretensiones que él contenía, el Ministerio del ramo por medio de la resolución antedicha convocó un tribunal especial de arbitramento, de los previstos por el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, el cual, debidamente integrado e instalado, luego de estudiar el conflicto, en sentencia de la fecha arriba expresada resolvió:

"Artículo primero. **Aumento de salarios.** La Fundación A. Shaio reconocerá y pagará a todos y cada uno de sus trabajadores, dentro del término de vigencia del presente laudo, los incrementos diarios siguientes:

"1º A los trabajadores con sueldos hasta de dos mil pesos ($ 2.000.00) básicos de remuneración monetaria:

"a) A partir del día primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y cuatro (1974), la suma de diez pesos ($ 10.00);

"b) A partir del día primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y cinco (1975), la suma de once pesos ($ 11.00).

"2º A los trabajadores con sueldos hasta de más de dos mil pesos ($ 2.000.00) de remuneración básica monetaria:

"a) A partir del día primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y cuatro (1974), la suma de nueve pesos ($ 9.00);

"b) A partir del día primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y cinco (1975), la suma de diez pesos ($ 10.00).

"Los aumentos decretados a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y cinco (1975) se harán en forma adicional y sobre los establecidos y decretados a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

"Parágrafo. La Fundación A. Shaio efectuará el pago de los aumentos decretados y causados hasta la fecha de vigencia del presente laudo dentro de los sesenta (60) días posteriores a dicha vigencia.

"Artículo segundo. **Nivelación de salarios.** La Fundación A. Shaio, además de lo dispuesto en el punto anterior, nivelará los salarios de sus trabajadores de conformidad con lo previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Artículo tercero. **Prendas de trabajo.** La Fundación A. Shaio suministrará a todos y cada uno de sus trabajadores, sin consideración a su salario y asumiendo el costo respectivo, las siguientes prendas de trabajo, así:

"a) **Personal de enfermería.** Una dotación consistente en pantalón, chaqueta y toca, confeccionados en terlenka, cada tres (3) meses y dos (2) pares de zapatos blancos al año;

"b) **Personal de aseo, lavandería y cafetería.** Una dotación de conformidad con lo establecido en la convención colectiva de trabajo de fecha 31 de enero de 1972 adicionándole con una gorra. Todos los elementos serán confeccionados en popelina. Igualmente suministrará dos (2) pares de zapatos negros de buena calidad al año.

"La Fundación A. Shaio variará el color actualmente usado en la dotación.

"c) **Personal de porteros, recepción y conmutador nocturno.** Dos (2) vestidos de paño azul de buena calidad y un (1) par de zapatos negros al año;

"d) **Personal de mantenimiento.** La dotación contemplada en la convención colectiva de trabajo del 31 de enero de 1972 y dos (2) pares de zapatos al año.

"Parágrafo. Las prendas y elementos a que hace referencia el presente artículo deberán usarse única y exclusivamente en el trabajo.

"Artículo cuarto. **Casino.** La Fundación A. Shaio continuará suministrando alimentación sin costo alguno a todos sus trabajadores en los términos de la cláusula octava de la convención colectiva de trabajo de fecha 31 de enero de 1972.

"La Fundación A. Shaio suministrará el 'trasnocho' o refrigerio nocturno entre las once de la noche (11:00 p.m.) y la una de la mañana (1:00 a.m.), en forma variada y en sitio adecuado diferente de las habitaciones destinadas a los pacientes.

"Artículo quinto. **Sanciones.** La Fundación A. Shaio, para la aplicación de sanciones, se ajustará al procedimiento y modalidades establecidas por medio de la cláusula novena de la convencion colectiva de trabajo de fecha 31 de enero de 1972.

"Artículo sexto. **Prima extralegal de Navidad.** La Fundación A. Shaio continuará reconociendo y pagando la prima extralegal de Navidad equivalente a quince (15) días de salario. Esta prima será pagada dentro de los diez (10) días primeros del mes de diciembre de cada año.

"Artículo séptimo. **Desprendible de pago.** La Fundación A. Shaio especificará en el respectivo desprendible de pago que entregue a sus trabajadores los diversos factores que integren dicho pago, discriminando el valor del recargo por trabajo nocturno correspondiente a días dominicales, festivos y ordinarios.

"Artículo octavo. Elementos de protección. La Fundación A. Shaio suministrará a sus trabajadores todos los elementos de protección que sean necesarios de acuerdo con el oficio que desempeñen y de conformidad con lo que sobre el particular resuelvan las autoridades competentes del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

"Artículo noveno. Cambios de turnos, trato al personal y jerarquía administrativa. a) Los jefes de sección podrán y deberán resolver los cambios de turnos solicitados por los trabajadores; b) La Fundación A. Shaio determinará el orden jerárquico de la institución; c) La Fundación A. Shaio ordenará a su personal directivo el otorgamiento de un trato apropiado para con el personal de nivel inferior a fin de mantener y conservar las buenas relaciones obrero-patronales.

"Artículo décimo. Atención médica para el trabajador y sus familiares. La Fundación A. Shaio deberá prestar atención médica a los trabajadores a su servicio y a sus familiares, a solicitud de éstos, siempre y cuando que se trate de servicios de especialidad de la misma, y concederá un descuento no inferior al veinte por ciento (20%) en materia de consultas, drogas, intervenciones quirúrgicas y hospitalización.

"Parágrafo. Para los efectos del presente artículo se entiende por familiares del trabajador los comprendidos entre el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

"Artículo decimoprimero. Fondos de préstamos. La Fundación A. Shaio aumentará el fondo actualmente existente de préstamos por calamidad doméstica con la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) y extenderá sus servicios a la compra y reparación de vivienda, pago de impuesto predial, gravámenes hipotecarios y demás fines consiguientes para los trabajadores a su servicio.

"Artículo decimosegundo. Vestieres. La Fundación A. Shaio dotará en debida forma los vestieres al servicio de los trabajadores y éstos tendrán la obligación de conservarlos y mantenerlos en buen estado.

"Artículo decimotercero. Vigencia de convención anterior. Las cláusulas de la convención colectiva de trabajo anterior, no modificadas en todo o en parte, por el presente fallo arbitral, continuarán vigentes en cuanto favorezcan a los trabajadores.

"Artículo decimocuarto. Aplicación. El presente fallo arbitral se aplicará a todos los trabajadores sindicalizados. Los trabajadores no sindicalizados para poderse beneficiar de este laudo deberán cumplir con lo dispuesto por los artículos 38 y 39 del Decreto número 2351 de 1965.

"Artículo decimoquinto. Descuento especial. La Fundación A. Shaio descontará a todos y cada uno de los trabajadores que se beneficien con el presente fallo arbitral el valor correspondiente al aumento de los quince (15) primeros días de cada uno de los ejercicios anuales previstos en su vigencia y esta suma será distribuida y pagada directamente así: Una tercera (1/3) parte con destino al Sindicato de Trabajadores de la Fundación A. Shaio y las dos terceras (2/3) partes restantes a la Unión de Trabajadores de Cundinamarca 'Utracum'.

"Artículo decimosexto. Vigencia. El presente laudo arbitral tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir del día 1º de enero de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

"Artículo decimoséptimo. Niéganse los restantes puntos contenidos en el pliego de peticiones y sometidos a la consideración y decisión de este tribunal de arbitramento obligatorio".

Salvó su voto acerca de varias decisiones el árbitro designado por la Fundación, doctor Bernardo Rodríguez Charry, conforme a escrito que obra al folio 303.

El representante del Sindicato no hizo manifestación alguna al serle notificado el laudo anterior; pero el de la Fundación interpuso el recurso de homologación, que el tribunal de arbitramento sólo le concedió el 4 de julio de 1974, por encontrarse ausente del país el árbitro designado por el organismo sindical.

Enviado el expediente al Ministerio de Trabajo, para que éste lo remitiera a la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio así lo hizo con Oficio Nº 016023 de 2 de septiembre de 1974, recibido en esta Sala al día siguiente. Y ha correspondido a esta Sección en el reparto que se efectuó el 9 de septiembre último.

La sustentación del recurso

En escrito del 13 de dicho mes, el apoderado de la Fundación solicita la anulación total del laudo mencionado, con fundamento en el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo, por las razones que se sintetizarán y que se refieren al proveído en su integridad, por ser notoriamente inequitativo, y a cada uno de sus ordenamientos por motivos particulares de ellos. Así, manifiesta que la Fundación es una institución de utilidad común sin ánimo de lucro, cuyo precario patrimonio, que se integra conforme a los artículos 11 y 12 de sus estatutos, llegó a una situación de fideicomiso con varias entidades bancarias, que exigieron la pignoración del 7.4% de la totalidad de sus ingresos brutos diarios, como aparece de documentos que acompaña, y que, además, tuvo una pérdida de $ 1.128.164.85 en el ejercicio de 1973, y de $ 499.587.00 en el mes de enero de 1974, como consecuencia de factores que les fueron expuestos al tribunal de arbitramento obligatorio.

Agrega, con referencia concreta al artículo primero del laudo, sobre aumento de salarios, que a más de ser retroactivo al 1º de enero de 1974 impone un mayor costo de $ 900.720.00 para el primer año y de $ 992.520.00 para el segundo año, que agravará el déficit ya señalado, no sólo por sus propias cifras sino por las implicaciones en la remuneración del trabajo suplementario y en el valor de las prestaciones sociales. Anota también que los aumentos decretados son del orden del 30% cuando para las empresas con ánimo de lucro ellos no exceden, de ordinario, de un 12% al 18%, y que frente a la relatada situación de la Fundación, que conocieron oportunamente los árbitros, por los balances y contratos de fideicomiso y estatutos y demás documentos pertinentes, lo resuelto por ellos constituye protuberante inequidad, a la que hay que agregar los costos de los otros ordenamientos del laudo, de contenido económico. De los artículos segundo a noveno y decimosegundo, que la Sala sistematiza por sus materias, el recurrente manifiesta que constituyen ordenamientos jurídicos, que no son de la competencia de tribunales de arbitramento de la naturaleza del de autos, y de los artículos décimo y decimoprimero expresa que contienen prestaciones extralegales que se hallan fuera del ámbito de las atribuciones de los árbitros. Por lo que solicita la declaración de inexequibilidad de todos ellos, por esos motivos específicos. Censura asimismo los ordenamientos 13, 14 y 15.

Se considera

I. Acerca del recurso de homologación tiene definido la jurisprudencia laboral, desde su primeras expresiones, que se concreta a los aspectos jurídicos del laudo objeto del mismo, pues los de orden económico corresponden exclusivamente a los árbitros, en sus decisiones de equidad. Sin embargo, algún desarrollo posterior asumió el examen económico del pronunciamiento arbitral, aunque solamente en caso de inequidad manifiesta. La variante se ha mantenido, en el criterio de la Sala, seguramente porque reservada para el supuesto indicado, de violación manifiesta de la equidad, ella implica también un juicio jurídico, del ámbito que en todo tiempo se ha señalado como propio del control de este recurso extraordinario.

El recurrente de autos se acoge a esta posibilidad; pero la Sala encuentra que los árbitros atendieron —y así lo expresaron— a los mismos factores de institución de utilidad pública de la Fundación A. Shaio, ausencia de lucro en sus fines, pérdida operacional en los ejercicios anteriores, sujeción de sus recursos y actividades a contratos de fideicomiso y aumento apreciable de los salarios de los trabajadores, factores todos a pesar de los cuales el tribunal de arbitramento produjo, en equidad, la decisión que se impugna. Y si bien se les aduce nuevamente en el recurso, sus cifras, por sí solas, no ofrecen incuestionablemente ninguna conclusión, menos al referírseles a las circunstancias que, del otro lado, también las determinaron, como el alza en el costo de la vida, la necesidad de atender a los nuevos precios con los ingresos salariales de los trabajadores y otras por las que la jurisprudencia, al resolver asuntos similares, ha estimado que obligan a soluciones para el futuro que sólo comprometen el buen juicio y la responsabilidad de los

árbitros y de quienes los escogieron. Por todo lo anterior no se configura una situación de inequidad manifiesta o protuberante y la Sala no ha de producir la declaración de inexequibilidad total que impetra el recurso.

II. Con todo, el ordenamiento primero del laudo, impone un aumento de $ 10.00 diarios para el año de 1974 con retroactividad al 1º de enero, y de $ 11.00 para el de 1975, para los sueldos inferiores a $ 2.000.00 mensuales, y de $ 9.00 y $ 10.00 también diarios, para los dichos años, en su orden, para los sueldos superiores a $ 2.000.00. Y de los aumentos decretados para el segundo año de vigencia del laudo (1975), se ordenó que lo fueran adicionalmente sobre los establecidos para el año de 1974, esto es, que sumarían $ 21.00 en un caso y $ 19.00 diarios en el otro, rebasándose así la petición de los trabajadores, que en el pliego respectivo concretó un aumento de $ 15.00 diarios. Y como la competencia arbitral está limitada, a más de la Constitución, la ley y las convenciones vigentes, por el pliego de peticiones, tal rebasamiento ha de sancionarse con la inexequibilidad, que afectará los literales b) de los ordinales 1º y 2º del artículo primero del laudo, así como el párrafo final de estos ordenamientos, anterior al parágrafo del dicho artículo.

Por otra parte, al disponer el tribunal de arbitramento, en 5 de junio de 1974, que los aumentos que salarios rigieran a partir del 1º de enero del dicho año dieron retroactividad a su sentencia arbitral, lo cual contraría el carácter futuro de esta clase de regulaciones, conforme al artículo 467 en relación con los ordenamientos 461-1 y 16 del 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 y conforme a la cual debieron cubrirse los salarios de 1974 anteriores al laudo recurrido, pagos que hoy no pueden ser objeto de modificación como situaciones consumadas que son, con sujeción, además, a ordenamiento de ley. Se declarará inexequible en consecuencia el ordenamiento retroactivo del artículo 1º del laudo, que sólo puede disponer hacia el futuro, y a partir de su expedición.

III. Las impugnaciones contra los artículos segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y decimosegundo del laudo que se examina carecen de fundamento. Ellas obedecen a que, para el recurrente, los dichos ordenamientos arbitrales remiten a la ley o a la convención anterior, celebrada entre la Fundación y su Sindicato de Trabajadores, y constituyen decisiones de conflictos jurídicos, que no son de la competencia de árbitros como los que integraron el tribunal del presente conflicto colectivo. Sin embargo, claramente se observa en cada uno de los dichos ordenamientos arbitrales que no resuelven propiamente ningún conflicto del carácter jurídico que se señala, sino que, ante peticiones para que se contemplaran los asuntos a que ellas se refieren, los árbitros decidieron en el sentido que establecen la ley o la aludida convención anterior. Y así, cuando remitieron a aquélla no dispusieron nada que la contrariase y, en rigor, tal revisión hasta podría considerarse superflua; y cuando lo hicieron para la segunda, tan solo confirieron nuevo poder a lo ya establecido en la convención que reemplazaban. Y en esto tampoco se encuentra violación de precepto superior. Sin que el contenido general de cada uno de estos ordenamientos sea extraño a la regulación de las convenciones laborales, a que deben sujetarse los sujetos del laudo que reemplaza a la convención colectiva que precisamente se había celebrado para regular estos aspectos de las relaciones de trabajo.

Ha de agregarse, en relación con los asuntos concretos de cada uno de estos ordenamientos arbitrales, que la nivelación de salarios (artículo segundo) referida al precepto 143 del Código Laboral precisamente impone —contra el temor del recurrente— que se atienda a las condiciones de ley sobre puesto, jornada y eficiencia iguales: y el valor económico que comporte el cumplimiento del mandato legal, en forma alguna puede, por otro aspecto, descalificarse con la consideración de que agravará la situación económica de la Fundación haciendo más notoria la inequidad del laudo. El artículo cuarto, sobre casino, conserva, para el tiempo de vigencia del laudo, el suministro, por parte de la Fundación, de la alimentación ordenada por la cláusula octava de

la convención anterior, y tal conservación es propia del poder arbitral sin que implique violación alguna de derechos, como tampoco la implica la regulación de su párrafo sobre "trasnocho", también del poder arbitral, en tratándose de prestación ya establecida. La ordenación sobre sanciones (artículo quinto) es repetición de lo establecido por la convención anterior, para prolongarla durante su vigencia, habiendo concluido el imperio de aquélla; como es continuidad también lo relativo a la prima extralegal de Navidad (artículo sexto). Las regulaciones sobre desprendibles de pago (artículo séptimo), elementos de protección (artículo octavo), y cambios de turnos (artículo noveno) en sus referencias a la ley, a las autoridades competentes y al poder patronal, no vulneran derecho alguno y, como varias de las anteriores, subsistirían por puro imperio legal, aun si los árbitros nada hubiesen dispuesto sobre sus particulares. Tampoco resuelven ni constituyen conflictos jurídicos y su establecimiento no pugna con regla alguna de competencia. La regulación sobre vestieres (artículo decimosegundo) responde a consideraciones semejantes y, como las demás examinadas en este punto, se declarará exequible.

En cuanto al artículo tercero, sobre prendas de trabajo, su suministro por la Fundación, en lo referido a la convención anterior no constituye solución de conflicto jurídico ni traspasa los límites de la competencia arbitral, y en lo que adiciona y complementa, constituye una modificación cuantitativa que es lícita respecto de prestación ya establecida. No hay base alguna, por otra parte, para estimar que por su valor económico el laudo resulte de protuberante inequidad. Se le homologará en consecuencia.

IV. En cambio, los artículos décimo y decimoprimero, sobre atención médica para los trabajadores y sus familiares y fondos de préstamos, respectivamente, son manifiestamente inexequibles, pues aquélla constituye una prestación extralegal sin antecedente en las regulaciones que han existido entre las partes, y como tal sólo puede ser establecida por disposición del patrono o por convención, pero no impuesta por los árbitros. Y el otro también tiene carácter extralegal, sin antecedente asimismo, pues el fondo establecido por el patrono para calamidades no puede transformarse por los árbitros ni en su contenido ni en su finalidad. Sobre estos particulares conviene reiterar la jurisprudencia de la Sala según la cual el tribunal de arbitraje obligatorio puede aumentar las prestaciones extralegales que ya se hallen establecidas por convención o laudo anterior, pero no crearlas u ordenarlas por la primera vez, contra la voluntad obligada o al margen de la misma, porque lo primero es una ordenación económica, simplemente cuantitativa, del ámbito arbitral, y lo otro, creación extralegal sin soporte de ley fuera de la voluntad del sujeto a quien se le impone. Se declararán inexequibles estos ordenamientos. Lo cual, de otra parte, elimina la estimación económica que tales prestaciones implicaban y, con ello, la consideración de inequidad manifiesta a que contribuían.

V. Disponer, conforme a lo pedido, que continúen vigentes los ordenamientos no derogados ni modificados de convenciones o laudos anteriores no constituye decisión de conflicto jurídico, ajena a la competencia del tribunal de arbitramento obligatorio, ni vulnera derecho alguno de las partes. Es que, cumplido el imperio del ordenamiento anterior, por su propia vigencia o por prórroga legal, para conservarlo sobre el tiempo futuro, se requiere la disposición del nuevo ordenamiento. Las consideraciones anteriores mantienen el artículo decimotercero del laudo en examen, que se homologará.

VI. Los ordenamientos del artículo decimocuarto del laudo ni resuelven conflictos jurídicos ni contrarían lo dispuesto por la ley. Por el contrario fijan el ámbito de aplicación en los trabajadores sindicalizados, que son sus sujetos propios, y respecto de los no sindicalizados remite a los artículos 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, que gobernarían la materia aunque el tribunal hubiese guardado silencio sobre el particular. Se les homologará.

VII. En cuanto al descuento especial que ordena el artículo decimoquinto del laudo y a su distribución y pago directo a los organismos que él expresa, se ajusta a la ley en lo que se refiere a los trabajadores sindicalizados, pues tal descuento se debe considerar como una cuota extraordinaria para

la cual confirieron autorización los dichos trabajadores en razón de la aprobación del pliego de peticiones en la Asamblea General del Sindicato; mas para tal descuento no existe autorización de parte de los trabajadores no sindicalizados, que se beneficiarán de la convención conforme a las regulaciones de los artículos 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, los cuales versan sobre cuotas ordinarias y no sobre extraordinarias. El ordenamiento arbitral se homologará, por lo tanto, tan sólo respecto de los trabajadores sindicalizados.

VIII. El recurrente no impugna la vigencia de dos años del laudo, hasta el 31 de diciembre de 1975. Y realmente una duración por ese tiempo se ajusta al inciso 2º del artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo. Ha de anotarse, no obstante, que como se consideró ilícita la retroactividad al 1º de enero de 1974, ordenada para los aumentos de salarios del artículo 1º del laudo, o imposibles de cumplir, además, durante ese tiempo anterior, los ordenamientos de prestaciones sobre suministro de alimentación, prendas y otras obligaciones de hacer, la homologación de este artículo decimosexto significará la vigencia del laudo hasta la fecha expresada de 1975, sin efectos retroactivos.

IX. No se encuentra ilicitud alguna en el ordenamiento decimoséptimo del laudo, que el recurrente tampoco impugna.

Esta sentencia se profiere por la Sala de Casación Laboral, en pleno, porque modifica la jurisprudencia sobre retroactividad de los laudos volviendo sobre la anterior del Tribunal Supremo del Trabajo, y de los primeros años de la dicha Sala en la Corte Suprema de Justicia, entidades que sostuvieron la irretroactividad de los mismos. El asunto se suscitó con ocasión del examen de los artículos primero y decimosexto de la sentencia arbitral objeto del presente recurso de homologación, en sus ordenamientos retroactivos, al 1º de enero de 1974, de los aumentos de salarios y de vigencia general de la convención, a partir del dicho 1º de enero de 1974, respectivamente; ordenamientos que, juzgados inexequibles por los Magistrados de la Sección Primera, determinaron la convocatoria de la Sala Plena Laboral, en la cual los Magistrados de la Sección Segunda mantuvieron la jurisprudencia de la retroactividad mencionada. Todo lo cual ocasionó el sorteo de un Conjuez, para dirimir el empate que se produjo sobre el asunto. Conjuez que lo decidió, conforme a la tesis de irretroactividad, acogiendo la de la ponencia, de los Magistrados de la Sección Primera.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Declara:

1º Inexequibles el ordenamiento retroactivo, al 1º de enero de 1974, de los aumentos de salarios de las letras a) de los ordinales 1º y 2º del artículo 1º del laudo objeto del presente recurso de homologación y las letras b) de los mismos ordinales 1º y 2º del dicho artículo 1º del laudo, así como el párrafo final de estos ordenamientos, sobre pago de los aumentos de 1975 en forma adicional a los establecidos para 1974; los artículos décimo y decimoprimero del laudo, sobre "atención médica para el trabajador y sus familiares" y "fondos de préstamos", respectivamente; el artículo decimoquinto, sobre "descuento especial", en su aplicación a trabajadores de la Fundación A. Shaio no afiliados al Sindicato de la misma, y la retroactividad ordenada por el artículo decimosexto, sobre vigencia del laudo.

2º Exequibles el artículo 1º del laudo, en las letras a) de sus ordinales 1º y 2º sobre aumento de salarios en diez y en nueve pesos, respectivamente, pero a partir de la fecha de expedición del laudo y hasta el 31 de diciembre de 1975; y exequible asimismo el artículo decimocuarto, en su aplicación a los trabajadores afiliados al Sindicato de la Fundación.

3º Se homologan los demás artículos del laudo recurrido.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y envíense al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, una copia autenticada de esta sentencia, para su depósi-

to en legal forma, y el expediente, para su archivo.

Juan Benavides Patrón, José Enrique Arboleda Valencia, con salvamento de voto; *Alejandro Córdoba Medina, Miguel Angel García Barbosa,* con salvamento de voto; *Jorge Gaviria Salazar, José Eduardo Gnecco Correa,* con salvamento de voto; *Carlos Peláez Trujillo,* Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados doctores José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B. y José Eduardo Gnecco C.

No compartimos lo resuelto por la mayoría de la Sala en cuanto a la vigencia del laudo recurrido, porque para nosotros mantienen todo su valor las razones expresadas por la misma en sentencia de 21 de abril de 1964 (G. J. T. CVII, 2ª parte, Nº 2272, Pág. 674 y ss.), que dicen:

"I. La circunstancia de que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo al definir la convención colectiva, le señala 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 desconocido 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 concedan 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, disponen de la mencionada facultad dentro de las tres etapas del conflicto colectivo —arreglo directo, conciliación y huelga—, y los vinculados a una que sí 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 tomen en cuenta retrospectivamente el referido lapso de prórroga automática, no implica violación de situaciones jurídicas consolidadas o consumadas, como serían las que se gobernaron a su tiempo por las normas de la convención que va a ser sustituida.

"IV. La completa igualdad de posibilidades que las partes tienen en las dos primeras etapas del conflicto colectivo, para celebrar la convención, determinando el día inicial y el plazo de 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, ni impiden que las condiciones laborales acordadas en la nueva convención, entren a regir desde la fecha pretérita, naturalmente sin invadir la vigencia de la anterior, acordada expresamente por las partes.

"V. En la tercera etapa, cuando sin resultado positivo total se han cumplido las dos primeras, el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público, co-

mo es sabido desemboca en la huelga, instrumento de presión que la ley concede a los trabajadores y que éstos utilizan para obtener condiciones ventajosas en la convención colectiva. Pero si el conflicto se ha suscitado entre patronos y trabajadores de un servicio público, pasa entonces al arbitramento obligatorio, lo cual tiende a evitar las consecuencias sociales de la huelga, que indudablemente el constituyente ha estimado más graves en esta esfera que en la de actividades de otra índole.

"Ahora bien, si los trabajadores de una empresa que no esté calificada como servicio público, pueden inducir al patrono en el período de huelga al acuerdo de una convención colectiva de trabajo, que tendría los mismos alcances de las que se celebran en las dos primeras etapas, porque al respecto la ley no ha impuesto restricciones, no hay razón valedera para sostener que el laudo proferido en arbitramento obligatorio tenga un campo de acción más reducido, con las solas limitaciones que le son propias en virtud del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, tanto menos si se considera que el 461 de la misma obra equipara el laudo a la convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, condiciones que son objeto fundamental así de la uno como del otro. Esto, es, que si la convención puede reflejar hacia atrás sus efectos sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, lógicamente también puede hacerlo. Sería arbitrario restringir hacia el futuro la vigencia de las disposiciones de los laudos arbitrales, con base en una norma legal que se refiere específicamente a las convenciones colectivas y que, como se ha visto, no impide que éstas, en lo que atañe a relaciones ya existentes, tenga efectos retrospectivos.

"VI. No hay de dónde inferir que la ley haya querido colocar a los trabajadores de los servicios públicos en condiciones de inferioridad frente al empeño de conquistar mejores condiciones de trabajo; y si los ha privado del derecho de huelga, ha sido simplemente con el fin de evitar los perjuicios que en algunos casos quizás sobrevendrán a la comunidad con el uso de tal 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 ventajas o condiciones que con la convención colectiva, así sea lograda por la vía extrema de la huelga, pueden alcanzar los trabajadores vinculados a un servicio público, o que aun a aquéllos 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 el laudo, sin violar facultades legales o normas constitucionales o situaciones jurídicas consumadas, a señalar las mismas condiciones que una convención colectiva de trabajo.

"VIII. Es obvio que toda carga económica nueva, derivada de las condiciones de trabajo fijadas por convención o laudo, implica una obligación que el patrono no tenía antes. Pero cuando para determinarla cuantitativamente se toma como punto de referencia un hecho anterior, apenas se le está dando un efecto retrospectivo, que no afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la convención o del laudo preexistentes.

"IX. Desde el momento en que una convención colectiva o laudo vigente se denuncia y se inicia el proceso de las negociaciones colectivas, hay en potencia un cambio de las condiciones económicas establecidas en la convención o en el laudo denunciado, presumiblemente hacia un mejoramiento de las mismas para los trabajadores, que consignan sus aspiraciones en el pliego de peticiones, siempre en escala ascendente, y, por tanto, es de suponerse que una empresa, por poco previsivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo.

"X. La experiencia de los últimos años demuestra que por regla general las convenciones colectivas en nuestro país, principalmente en lo relativo a salarios, señalan una fecha de vigencia anterior a la firma de las

mismas. Lo propio ocurre con las leyes y decretos sobre el reajuste de salarios. Así por ejemplo, la Ley 1ª del 1º de febrero de 1963 dijo en su artículo primero: 'Con retroactividad al 1º de enero de 1963, el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios, tanto en el personal civil de la administración pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el del sector privado...' Y a continuación dispone aumento de salarios.

"XI. En lo que hace a las facultades de los árbitros, la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que éstos, tratándose de los aspectos económicos, deciden en equidad. De esta naturaleza económica participan los aumentos de salarios, naturaleza que no pierden por la simple circunstancia de que al determinarlos se tomen en cuenta factores pretéritos en cuanto a la fecha del laudo, pero posteriores al planteamiento del conflicto.

"XII. En el caso que se examina los árbitros 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 afectadas por los factores desfavorables cuya superación se buscó con el pliego de peticiones.

"Las razones expuestas llevan a la conclusión de que el artículo decimosexto del laudo acusado, de fecha 26 de junio de 1963, en cuanto dispone que éste tendrá una vigencia de quince meses, contados a partir del 1º de enero del mismo año, y dado el hecho de que la petición respectiva se presentó el 15 de noviembre de 1962, no es contrario, en lo tocante a las decisiones de orden económico, como es la relativa al aumento de salarios, a las normas constitucionales y legales que el recurrente estima infringidas".

Fecha ut supra.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

PERDIDA DEL DERECHO AL AUXILIO DE CESANTIA CUANDO SE INVOCA LA EXISTENCIA DE UN DELITO

Cuando se invoca la existencia de un delito como hecho constitutivo de la pérdida del derecho al auxilio de cesantía, tal calificación debe hacerla el juez penal y no el laboral, quien no tiene competencia para determinar la existencia de un ilícito penal. Y para poder hacer uso del derecho a retener la cesantía el patrono debe presentar la correspondiente denuncia, ante el funcionario penal, y sólo después de que éste se pronuncia en el sentido de que el trabajador ha incurrido en el delito, se pierde el auxilio de cesantía porque si se demuestra su inocencia, cesa el derecho del patrono para retener la prestación que en consecuencia se hace exigible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., quince de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Américo Mikly, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a Benito Chacón Pirabán también mayor y de la misma vecindad, para que previos los trámites de un juicio ordinario fuese condenado a pagarle auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicio, horas extras e indemnización moratoria.

Fundamentó la demanda en los siguientes hechos y omisiones: Américo Mikly trabajó al servicio de Benito Chacón en el cargo de Secretario General de Talleres Harricon, del 14 de octubre de 1968 al 2 de agosto de 1969; devengó un salario mensual de un mil pesos; a su retiro no recibió ningún pago por concepto de prestaciones sociales, pues Benito Chacón le giró un cheque el 20 de octubre de 1966 por la suma de tres mil novecientos sesenta y nueve pesos con 40/100 ($ 3.969.40) que ordenó no pagar según constancia del Banco de Colombia.

Al contestar la demanda el apoderado de Benito Chacón aceptó la duración del contrato de trabajo y el salario devengado, aclarando que el cargo que desempeñaba Mikly era de manejo; aceptó también que no se le pagaron las prestaciones sociales porque no se le debían, pues el demandante abandonó su trabajo intempestivamente después de haber cometido un acto delictuoso consistente en falsificar la firma del patrono en un contrato; aclarando además que el 29 de octubre el demandado había depositado la suma de un mil pesos en el Juzgado 10º Laboral del Circuito, valor de la indemnización que le adeuda Mikly, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; en cuanto al cheque que se ordenó no pagar, dijo que había sido girado en la creencia de que debía cancelarle esa suma, pero cuando se dio cuenta que no estaba obligado a pagársela, pues el trabajador al retirarse intempestivamente le debía la indemnización de perjuicios, ordenó que no se pagara el cheque. Se opuso en consecuencia a las pretensiones de la demanda.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito, dictó sentencia el once de octubre de mil novecientos setenta y uno por medio de la cual condenó a Benito Chacón Pirabán a pagar a Américo Mikly las siguientes cantidades de

dinero: "a) la suma de ochocientos pesos ($ 800.00) moneda corriente, por concepto de cesantía, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia; b) La cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400.00) moneda corriente, por concepto de vacaciones de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia; c) La suma de quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente, por concepto de prima de servicios, de conformidad con la parte motiva de esta providencia; d) La cantidad de treinta y tres pesos con 33/100 ($ 33.33) moneda corriente por concepto de indemnización moratoria diarios, a partir del día 3 de agosto de 1969 hasta cuando se cancelen al demandante las sumas anteriores, de conformidad con la parte motiva de esta providencia", lo absolvió de las restantes súplicas de la demanda y lo condenó también a pagar las costas del juicio.

Apeló el apoderado de la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sala Laboral confirmó la sentencia apelada en sentencia de diez y siete de noviembre de mil novecientos setenta y tres. Recurrió en casación el apoderado de Benito Chacón, habiendo sido concedido el recurso por el Tribunal Superior. Admitido posteriormente por esta Sala de la Corte se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria. No se presentó escrito de oposición por la parte no recurrente.

El recurrente en un escrito que tiene mucho de alegato de instancia, puntualiza el alcance de la impugnación dentro del estudio que hace bajo el título de fundamentos de casación, que se encuentra dividido en tres acápites que denomina cesantía, indemnización moratoria e indemnización del trabajador al patrono por retiro intempestivo y que persiguen la casación del fallo de segunda instancia en cuanto condena a cesantía, a indemnización por mora, y que en sede de instancia se revoquen los numerales a) y b) del fallo de primer grado, y que se ordene "la adición en el de primera instancia de la declaratoria en la parte motiva, de que el patrono tiene derecho a una indemnización de treinta días de salario o un mes de sueldo y en la parte resolutiva la orden de pago de dicha indemnización, con la advertencia de que ella compensa la condenación al pago de vacaciones y de prima de servicios, no habiendo lugar a pago efectivo".

La acusación la hace el impugnador por ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida por vía indirecta causada por errores de hecho, de los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo y numeral 1º del artículo 65 de la misma obra.

Se estudiarán las acusaciones por separado en el orden indicado a cada una de ellas por tener autonomía en relación con los otros aspectos.

Sobre el auxilio de cesantía dice el impugnador:

"Se condenó, por el a quo y por el ad quem, a aquel de quien soy procurador a pagarle a la parte actora cesantía sobre la base de haberle trabajado al patrón 9 meses y 18 días con un sueldo de mil pesos. La cantidad por este concepto se apreció en $ 800.00. Mas se aplicó mal el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, por vía indirecta, ya que no se practicó la prueba grafológica, que era la que iba a decir si se cometió o no un delito en los Talleres del patrono que le ocasionó perjuicio. Porque de haberse probado la ilicitud aducida por la parte demandada, el precepto que correctamente hubiera debido aplicarse no era otro que el literal a) del artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo y no siendo los jueces laborales jueces de conciencia, no pueden llegar a una libre convicción cuando se requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos para formar juicio. Así lo estipula el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. Y ni el señor juez de primera instancia ni los señores Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior saben grafología y, en consecuencia, no pueden ellos decir sin ayuda de un perito si una firma fue o no falsificada, lo que nos lleva a saber si hubo o no delito. Obvio que el juez del trabajo no es juez penal, pero si oye, como debió hacerlo, al perito y éste dictamina que hubo falsificación de firma por parte del empleado, lógico es que hubiera sido el caso de darle aplicación al artículo 17 del Código de Procedimiento Penal estableciéndose una prejudicialidad penal. En el ámbito del derecho punitivo, bueno es decirlo, nos encontramos con que el F-2 tiene un gabinete de

grafotécnica y documentos copia, donde se determina si un cheque es falso, si una firma ha sido reproducida o falsificada, si un billete es legítimo, etc. Y los jueces penales recurren a estos gabinetes para fundamentar sus fallos. Pero el peritazgo grafológico, siendo como es que se controvirtió en juicio quién fue quien dio por terminado unilateralmente el contrato, también era importante por este aspecto, porque aceptándose en gracia de discusión que fue el patrono, en este caso esa terminación hubiera sido justificada. Y también es importante dicho experticio para efecto de la cuantía depositada para el patrono, ya que si hubo delito, como él creyó que lo hubo, es lógico que debía deducir para dicha consignación lo correspondiente a cesantía, por que ésta se pierde en esos casos. Además, estando ejecutoriados los autos de primera y segunda instancias que ordenaron por considerarlo procedente y hasta necesario, el peritazgo grafológico, su revocatoria es contraria al derecho, porque precisamente la firmeza que adquieren las providencias por no haberse interpuesto contra ellas recurso alguno dentro del lapso legal o por no tener que ser consultadas o por no ser susceptibles de recurso, pugna con la versatibilidad de resolver hoy una cosa contraria a lo que se había determinado antes. Conclúyese que la sentencia recurrida, en el aparte cesantía, debe ser casada, por aplicación indebida, por vía indirecta, del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo. De contera deberá revocarse el mismo aparte de la sentencia de primera instancia, ya que no se demostró el delito por un error de hecho de los juzgadores, consistente en omitir la práctica de una diligencia —prueba grafológica— necesaria y ordenada por proveídos ejecutoriados. Como si todo lo anterior fuera poco, el actor, a folio 87, contestando un interrogatorio que le hizo el Magistrado ponente, dice textualmente: '... me extendieron un contrato provisional el cual firmé con mi puño y letra en nombre del señor Chacón ya que así me lo había ordenado...' Pero sucede que anteriormente había dicho que lo que se le ordenó fue que hiciera los trámites necesarios para la adquisición de unos libros, lo que quizá no envuelve la autorización de firmar con la firma de Chacón. Y si cometió un delito, malamente puede aplicarse el artículo en que fundamentaron sus fallos, en cuanto a cesantía, los juzgadores de primera y segunda instancias, ya que sí sólo es procedente cuando el empleado finaliza la relación de trabajo sin ninguna causal que le haga perder la cesantía. La insistencia de que el patrono, al terminarse la relación laboral, no invocó expresamente la supuesta comisión del acto delictuoso, no tiene asidero jurídico ni lógico, porque ese precepto, parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, ordena tal cosa a la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo y no fue Chacón quien terminó el vínculo laboral sino su empleado, lo cual él confesó y la confesión es una prueba en el interrogatorio que le formuló el Magistrado ponente de la Sala Laboral del Tribunal, habiendo dicho en esa ocasión que renunció porque se le negó un préstamo, pero que permaneció, después de su renuncia, ocho días más, lo cual evidencia que no cumplió con el requisito legal de dar preaviso al patrono con treinta días de anticipación. En consecuencia, Benito Chacón no tenía por qué hacer manifestación alguna y en la primera ocasión que tuvo de hablar sobre el particular, que fue durante la audiencia en la Inspección de Trabajo, dijo, sin que le contradijera su exempleado, lo que indica aceptación, que Américo Mikly se retiró intempestivamente de su trabajo, aunque con otras palabras: 'él me abandonó el cargo' (Relievé), exactamente".

Se considera

Que el Tribunal Superior no hubiera practicado una prueba luego de decretada no constituye error de hecho, pues éste se originó en la apreciación errónea de las pruebas que obran en el proceso o en la falta de apreciación de las mismas; de modo que no es posible fundamentar una acusación de violación de la ley a través de errores de hecho en la ausencia de pruebas.

Además, de acuerdo con jurisprudencia reiterada de esta Sala, cuando se invoca la existencia de un delito como hecho constitutivo de la pérdida del derecho al auxilio de cesantía, tal calificación debe hacerla el juez penal y no el laboral, quien no tiene competencia para determinar la existencia

de un ilícito penal. Y para poder hacer uso del derecho a retener la cesantía el patrono debe presentar la correspondiente denuncia, ante el funcionario penal, y sólo después de que éste se pronuncia en el sentido de que el trabajador ha incurrido en el delito, se pierde el auxilio de cesantía, porque si se demuestra su inocencia, cesa el derecho del patrono para retener la prestación que en consecuencia se hace exigible. Así en sentencia de diciembre quince de mil novecientos setenta dijo esta corporación:

"El artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo establece la pérdida para el trabajador del derecho a su auxilio de cesantía cuando el contrato termina por alguna de las causas que taxativamente en él se expresan. En el inciso 2º dispone que en estos casos el patrono puede abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida, o sea que consagra una especie de derecho de retención sobre el auxilio de cesantía, que cesa cuando la justicia ha decidido si existe o no la causal invocada, pues en el primer evento el trabajador pierde su derecho al auxilio de cesantía, por lo cual el patrono deja de retener su valor al quedar exonerado de la obligación de pagarlo; y en el segundo, surge para el trabajador el derecho a percibir la prestación que se encontraba retenida en razón de la causal invocada para terminar el contrato de trabajo. Cuando se trata de un acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad o al personal directivo de la empresa, además de que la causal debe invocarse a la terminación del contrato, el patrono, para poder ejercer el derecho de retención del auxilio de cesantía, debe presentar la correspondiente denuncia penal, no en cualquier momento, sino a la terminación del contrato, como lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada de esta corporación. La razón es muy sencilla: si es la terminación del contrato cuando nace la exigibilidad del auxilio de cesantía, el patrono para poder abstenerse de su pago, debe acreditar la facultad par retenerlo, y mediante la prueba de que presentó la denuncia ante el juez penal, quien es el encargado de decidir si existió o no delito. Porque yerra gravemente el Tribunal Superior al afirmar que el juez laboral puede calificar un acto como delictuoso o no, que no otra cosa dice cuando expresa que si el trabajador confesó el hecho o se encuentra demostrado con testigos, no es necesario presentar la denuncia penal. Afirmación que implica desconocimiento de las esferas de competencia de cada una de las jurisdicciones establecidas en la ley. Como lo dijo esta corporación en sentencia de 9 de julio de 1960, Gaceta Judicial, Tomo XCIII, números 2228 - 2229, página 348, "No debe olvidarse que las diferentes formas específicas de delitos las consagra el Código Penal y para enjuiciar la responsabilidad por tal clase de hechos existe el Código de Procedimiento Penal. De donde resulta obvio que la jurisdicción del trabajo no tiene atribución alguna para resolver sobre ese orden de infracciones legales. Los actos considerados delictuosos sólo puede juzgarlos la justicia penal porque a ella está atribuido privativamente el conocimiento de esos hechos. El juzgador laboral al ceñirse a su fuero y respetar el de la jurisdicción penal no hace otra cosa que cumplir estrictamente con el precepto de la Carta que ordena: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio" (artículo 26 de la Constitución Nacional). Por las consideraciones anteriores, es lógico entender que la jurisdicción del trabajo no puede resolver, directa o indirectamente, si en verdad el trabajador ha incurrido en el hecho delictuoso que el patrono le imputa. La única autoridad con poder para dilucidar un problema de tal índole es el funcionario penal, quien debe juzgar al sindicado con la "plenitud de las formas propias de cada juicio". Queda descartado, pues, el juzgamiento por la justicia laboral de los cargos delictuosos que el patrono le formule al trabajador. Gaceta Judicial, Tomo CXXXVI, números 2334, 2335 y 2336, página 531.

Por lo expuesto no prospera la acusación que se estudia, por cuanto el impugnador no desvirtuó la conclusión del Tribunal Superior de que "en los autos no está demostrado que el demandante hubiera incurrido en alguna de las causales de pérdida de

este derecho establecido en el artículo 250 ibídem".

La acusación referente a la indemnización moratoria la sustenta el casacionista así:

"El Magistrado ponente, de acuerdo con los Magistrados de la Sala de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, acogiendo la inane fundamentación del a quo, cae en antinomia, porque fue él mismo quien como Juez Décimo Laboral del Circuito de Bogotá admitió la oferta de pago, por considerarla legal (folio 55), no obstante como Magistrado le pareció ilegal. Y si ya estaba considerada legal la oferta de pago, la condena a indemnización moratoria es violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto el artículo aplicable lo era el numeral 7º del artículo 8º del Decreto con fuerza de ley y sustantivo número 2351 de 1965. Dar por sentada la juridicidad de un acto en un proceso, o en diligencias previas, cuando en verdad se va a considerar en definitiva antijurídico, es deslealtad procesal que revela gran peligrosidad. Porque si desde el primer momento se rechaza la oferta de pago, se hubiera visto la manera de encontrar el error y corregirlo, que así como se hizo, se hizo de buena fe y cualquier inexactitud o falta hubiera sido corregida con igual buena fe. El numeral 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, ordena que cuando el trabajador termina intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al patrono una indemnización equivalente a treinta días de salario. El patrono deberá entonces depositar ante el juez esa indemnización, descontándola de lo que le adeuda al trabajador por prestaciones sociales mientras la justicia decide. Véase la consignación que se hizo y se notará con entera claridad que encaja perfectamente en el artículo y numeral citado. Por su parte el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en su numeral 1º, que fue el aplicado en la sentencia recurrida, aunque en ella se habla en forma general y, por lo mismo, vaga, del artículo 65, el cual consta de tres numerales, establece la indemnización por falta de pago al trabajador a la terminación del contrato. Pero el numeral 2º de la misma norma establece la siguiente excepción: Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda o si el empleado se niega a recibir, el patrono actúa jurídicamente y se consideran sus obligaciones satisfechas si consigna ante un juez del trabajo 'la suma que confiese deber' (Relievé), mientras la justicia decide. Tenemos que Benito Chacón, considerando que su empleado Américo Mikly había cometido un delito en su contra, porque perjudicar su patrimonio en la forma como lo hizo es delinquir en contra suya, aunque la ilicitud vaya contra la fe pública, no puso en sus calculos lo correspondiente a cesantía ni a horas extras ni mucho menos claro está, a indemnización moratoria, porque consideraba cumplido su deber con la consignación. Y como, según confesión, el trabajador fue quien se retiró intempestivamente, debía pagarle a él mil pesos y él le salía a deber $ 400.00 por vacaciones y $ 500.00 por prima de servicios, es decir, $ 900.00 o sea, que el trabajador le quedaba debiendo cien pesos. De aquí que la consignación se hizo únicamente por $ 1.000.00 que de haber ascendido su deuda para con el trabajador a más, es lógico que se hubiera consignado más. Pero si el trabajador le debía a él mil pesos y él al trabajador $ 900.00, es lógico que no tenía por qué pagarle nada ni consignar más ni hacer la consignación en forma diferente a como se hizo. Y al hacer esa consignación en la forma como se hizo **confesó deber esa suma o una menor**, la cual, por compensación, dado el retiro intempestivo del trabajador, no tenía por qué pagarle. El numeral 2º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, exige para la validez de la consignación únicamente la consignación de lo que el patrono confiese deber y en concordancia con el numeral 7º de artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 el patrono confesó que debía una suma que se compensaba con la indemnización que le salía a deber el trabajador. Esto es español y, por lo mismo, no necesita ser traducido al castellano. De aquí que la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en su numeral 1º fue indebida, por vía indirecta, causada por error de hecho, al no apreciarse la prueba de la consignación. (El recurrente debe plantear el cargo por error de hecho cuando no se aprecia una prueba o su estimación es equivocada, porque ello

conduce no a la interpretación errónea de la ley sustancial sino a su aplicación indebida por la vía indirecta. Casación de mayo 4 de 1972). O, quizá mejor, al estimarse equivocadamente, que la fundamentación sobre este particular es tan fugitiva que conduce al equívoco, porque en verdad ni el a quo ni el ad quem dicen en qué consiste la ilegalidad de la consignación sino que se limitan a afirmar que es ilegal. Sobre indemnización moratoria, la Corte, en fallo de octubre 3 de 1957, según cita en sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de marzo 2 de 1969, dijo lo siguiente: "Este precepto tiene un claro carácter de sanción para el patrón renuente a pagar las prestaciones e indemnizaciones que le deba al trabajador. Pero es claro que debe entenderse que hay un derecho cierto, indiscutible del trabajador a las prestaciones e indemnizaciones, porque de lo contrario se podría incurrir en notoria injusticia". Y en el caso bajo estudio no había un derecho cierto e indiscutible del trabajador sino que, inclusive, el patrono no creía tener que pagarle cesantía y además consideraba y considera que es acreedor a una indemnización. Por su parte el trabajador estaba convencido de que se le debían todas las prestaciones que reclamó y que renunciar y abandonar su trabajo a los ocho días no era retirarse intempestivamente y que poner la firma de su patrono en un contrato no era falsificar su firma, de todo lo cual se colige que no había derechos nítidos sino pretensiones que se excluían entre sí por lo que acertado era esperar a que la justicia decidiera, consignando, eso sí, lo que creía deber. El patrono, confesión que no falta por el hecho de que en el presente caso se opera una compensación. Síguese que no se le puede condenar a pagar por mora a aquél de quien soy poderhabiente, mucho menos habiendo hecho una consignación que confiesa una deuda compensada. Súmese la buena fe demostrada al confesar también la relación de trabajo, el tiempo de servicio y el sueldo. En cuanto al cheque que giró y que no fue pagado por orden de no pago, es necesario tener en cuenta que lo hizo precipitadamente, sin mayor reflexión, impresionado quizá por las cuentas de un funcionario que no tiene poder decisorio, lo cual no sabe el común de las gentes y, lo que es más, con carácter de transacción, vale decir, aceptando algo que consideraba injusto. Pero después de pensar, consideró que no debía pagar tal suma a quien le había abandonado el trabajo y entonces dio orden de no pagar el título-valor y corregir un error, para estar de acuerdo a justicia, no es delito ni puede conducir a una sanción económica. Conclúyese que debe casarse la sentencia en lo que se refiere a indemnización moratoria, por cuanto el fallador de segunda instancia no tuvo en cuenta el hecho de la buena fe del patrono ni la confesión que hizo al consignar según sus cálculos, más o menos empíricos, pero basados en su convicción y en que no hubo acuerdo sobre el monto de las prestaciones ni cuáles de ellas debían pagarse o no, motivos por los cuales la indemnización moratoria, que no es automática, no surge sino cuando la justicia, en forma definitiva, ha despejado las dudas. Síguese la revocatoria del literal d) del punto primero de la parte resolutiva del fallo del a quo".

Se considera

El impugnador incurre en contradicción inadmisible en el recurso extraordinario al señalar como origen del error de hecho la falta de apreciación y al mismo tiempo la equivocada estimación del documento de consignación hecho por el patrono. Por lo demás, si bien es cierto que el Tribunal se limita a decir respecto a la consignación que "como bien lo observa el juez a quo, la consignación que hizo el demandado por la cantidad de $ 1.000.00 ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, no es de recibo legal probatorio por el expresado por el depositante en memorial cuya copia auténtica obra a folio 51", afirmación vaga y confusa sin fundamentación alguna, pues no explica por qué carece de valor probatorio, o teniéndolo, nada demuestra por su contenido, siendo así que la consignación fue hecha de acuerdo con el artículo 8º, inciso 7º, del Decreto 2351 de 1965, tal circunstancia no sería suficiente para casar el fallo recurrido, por cuanto el Tribunal Superior estimó para imponer la condena por indemnización moratoria que las prestaciones sociales debidas al terminar el

contrato de trabajo no habían sido pagadas y que el patrono para justificar el no pago "alegó en el proceso que el demandante abandonó el cargo, hecho exceptivo que no demostró, siendo que a él le correspondía probarlo según reiterada jurisprudencia sentada por la Corte", soporte del fallo que no ha sido desquiciado a través del recurso.

No prospera la acusación en el aspecto que acaba de estudiarse.

Por último en relación con la **indemnización del trabajador al patrono por retiro intempestivo** dice el recurrente:

"Hemos visto que el trabajador, en interrogatorio del ad quem dijo que había presentado renuncia de su cargo porque el demandado no quiso hacerle un préstamo, lo cual no es causa que justifica su retiro. Afirmó asimismo que permaneció después de esta especie de preaviso irregular ocho días más en el taller. Pero si cuando se da por terminado el trabajo por justa causa se requiere un preaviso igual al período que regula los pagos, según el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, no se puede admitir que sin justa causa el trabajador puede dar por terminado el vínculo laboral con un preaviso de ocho días. Lo anterior nos conduce, por fuerza de la lógica, en virtud de la razón, al numeral 7º del artículo octavo del Decreto 2351 de 1965, que ordena para el caso de que sea el trabajador quien se retira intempestivamente sin justa causa comprobada, al pago, por parte de éste, a su patrono, de treinta días de salario. En consecuencia deberá infirmarse el fallo de segunda instancia por error de hecho, ya que no se apreció la prueba **confesión del retiro intempestivo hecha por el trabajador** y se equivocó la estimación de la prueba de la consignación hecha por el patrono, todo lo cual condujo a la **aplicación indebida**, por vía indirecta, del numeral 1º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Dedúcese que debe modificarse el fallo objeto del recurso extraordinario, en el sentido de ordenar la adición en el de primera instancia, de la declaratoria, en la parte motiva, de que el patrono tiene derecho a una indemnización de treinta días de salario o un mes de sueldo y en la parte resolutiva la orden de pago de dicha indemnización, con la advertencia de que ella compensa la condenación al pago de vacaciones y de prima de servicios, no habiendo lugar a pago efectivo".

Se considera

No indica el impugnador en qué parte de las declaraciones a que el demandante hizo al ser interrogado por el Tribunal Superior, confiesa este último que presentó renuncia de su cargo porque el demandado no quiso hacerle un préstamo, y que permaneció ocho días más trabajando después de ese permiso irregular, ni señala por qué concepto se violó el numeral 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que consagra el derecho del patrono a la indemnización cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo omisiones de carácter técnico que impiden la prosperidad del cargo. Además de que el casacionista no establece cómo por no haber apreciado la confesión del retiro intempestivo hecha por el trabajador y por la errónea apreciación de la prueba de consignación, se violó el numeral 1º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues aun cuando afirma que el fallador de segunda instancia incurrió en error de hecho, no precisa en qué consistió.

No prospera tampoco esta acusación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia recurrida de diez y siete de noviembre de mil novecientos setenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MOTIVOS DE TERMINACION DEL CONTRATO INVOCADOS EN LA CARTA DE DESPIDO

La carta de despido no puede ser prueba de que el despido obedeció a justa causa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre veintiocho de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Beatriz García Roa, vecina de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 20147220 expedida en la misma ciudad. demandó por medio de apoderado, a Almacén Parker Limitada para que dicha entidad fuera condenada a pagarle $ 67.800.00 por cesantía. $ 13.660.00 por primas de servicios, $ 5.480.00 como subsidio de transportes. $ 46.000.00 como indemnización por despido. $ 200.00 diarios desde el 20 de octubre de 1969. como indemnización moratoria. $ 9.000.00 por concepto de vacaciones, $ 13.320.00 por salarios y comisiones insolutas, y las costas del juicio.

Los hechos presentados en la demanda dicen:

"A) La demandante Beatriz García Roa entró a trabajar y estuvo al servicio y bajo la dependencia de la sociedad demandada Almacén Parker Ltda., desde el día (20) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho hasta el día (20) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (sic) fecha esta última en la cual fue despedida intempestivamente. y sin justa causa;

"B) La demandante Beatriz García Roa devengaba mientras prestaba sus servicios a la sociedad demandada. un sueldo mensual mínimo, promedio de seis mil pesos ($ 6.000.00) consistente en un salario fijo de $ 3.000.00 y $ 3.000.00 de comisiones por ventas;

"C) La demandante desempeñaba, el cargo de administradora y vendedora y en Almacén Parker Ltda., situado en la calle 13 Nº 7-22 Bogotá;

"D) La empresa demandada no ha pagado a la demandante el valor de las comisiones que a ésta corresponden por los meses de septiembre y octubre de mil novecientos sesenta y nueve;

"E) La empresa demandada no otorgó las vacaciones correspondientes a los últimos períodos de trabajo de la demandante ni le ha compensado su valor en dinero. (3) años por lo menos;

"F) La empresa demandada no le pagó a la demandante las primas de servicios correspondientes a los últimos períodos de trabajo cuyo lapso total se demostrará en juicio (3) años por lo menos;

"G) La empresa demandada no ha pagado a la demandante las prestaciones, salarios, comisiones, subsidios, vacaciones e indemnizaciones y demás derechos que son objeto del presente juicio".

Los hechos fueron negados por la parte demandada.

En sentencia de 23 de marzo de 1972, del Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, fue condenada la sociedad Almacén Parker Limitada a pagar a Beatriz García Roa $ 14.548.15 por concepto de saldo de cesantía, y a las costas de la instancia, se declaró probada la excepción de pago hasta por la suma de $ 52.095.12, y se absolvió a la compañía demandada de las demás peticiones del libelo inicial. Ambas partes apelaron de la providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. en fallo de 7 de marzo de 1974, confirmó las condenaciones de primer

grado, impuso a la demandada las de $ 14.472.10 por vacaciones, $ 67.737.69 como indemnización por despido injusto y las costas de la instancia, y absolvió de los demás cargos. El apoderado de la entidad demandada interpuso contra el mencionado fallo, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

La acusación fue presentada en tres cargos con base en la primera causal de casación laboral, los cuales serán estudiados junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el acusador:

"Con la presente demanda de casación se pretende que la honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia de segunda instancia dictada el día 7 de marzo de 1974 en los numerales 2º; apartes a) y b) del numeral 3º; y numeral 4º); en cuanto se confirmó el literal a) del punto primero del fallo del a quo por el cual se condenó a la sociedad demandada a pagarle a la demandante la suma de $ 14.548.15 por concepto de saldo de cesantía; en cuanto se revocó dicho fallo para condenar a la sociedad demandada a pagar la suma de $ 14.472.10, por concepto de 5 años de vacaciones no disfrutadas y para condenar a la misma demandada a pagarle a la demandante la suma de $ 67.737.69 por concepto de indemnización por despido injustó y en cuanto se impuso costas a cargo de la parte demandada.

"Una vez constituida la honorable Corte el tribunal de instancia se servirá revocar el aparte a) del punto 1º del fallo de primera instancia como también el punto 4º del mismo fallo, confirmando los puntos 2º y 3º y condenar a la demandante al pago de las costas del recurso de apelación".

Primer cargo

Se acusa la sentencia recurrida por violación de los artículos 22, 23, 127 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, por aplicación indebida a través de errores de hecho en la apreciación de la prueba.

Como errores de hecho se presentan el haber dado por demostrado el salario devengado con anterioridad al 1º de enero de 1963, el no haber dado por demostrado que la sociedad demandada presentó una certificación sobre el tiempo servido por la demandante y sobre el último salario mensual, y al no haber dado por demostrado que la entidad demandada pagó la totalidad del valor correspondiente a cesantía.

Se indica como prueba mal apreciada, la certificación expedida por la sociedad, sobre tiempo servido y último salario devengado, que aparece al folio 14.

En la demostración del cargo, se dice que según la sentencia, era la sociedad demandada quien debía demostrar el salario, cuando ella certificó el último promedio mensual, pero era la demandante quien debía probar la remuneración del tiempo restante para poder exigir que sobre él se calculara la cesantía correspondiente al tiempo anterior a 1963. Considera el acusador que hubo inversión de la carga de la prueba y de allí que se produjera el error de hecho por el cual se exigió a la demandada una prueba que no le correspondía.

Agrega el censor que a pesar de no haber apelado de la sentencia de primera instancia sino en cuanto a la condenación en costas, ha llegado a la firme conclusión de que el Tribunal incurrió en un grave error de hecho que impone el quebrantamiento del fallo.

El opositor anota que existe falta de proposición jurídica porque la mayoría de las normas citadas como violadas, contienen definiciones, preceptos generales y no son creadoras de derechos u obligaciones, y que el recurrente no indica en qué consistió la violación alegada. Por otra parte, el opositor sostiene que correspondía a la demandada la demostración del monto del salario anterior a la terminación, tesis que respalda con transcripción de una sentencia de la Corte; que el Tribunal encontró demostrado el tiempo servido y el último salario, con la prueba de la certificación patronal, lo cual deduce de párrafos de la sentencia, que transcribe; que la apreciación del documento de consignación sirvió

para declarar excepción parcial de pago, hasta el monto de lo consignado, pero no por el resto, respecto al cual el apoderado de la demandada admitió que había habido un error en la liquidación, cuando limitó su apelación a las costas y que el Tribunal apreció correctamente la prueba del folio 14, porque le dio el entendimiento que corresponde a su contenido.

Se observa

La proposición jurídica no es incompleta, pues en ella se presenta como violado el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra el derecho a cesantía, materia a que se refiere precisamente el cargo formulado.

Tampoco es pertinente la crítica sobre la falta de expresión del motivo de la violación, pues en el cargo se dice que las normas fueron violadas por aplicación indebida, se determinan los errores de hecho y se singulariza la prueba que se considera mal apreciada.

Cuando la sentencia de segunda instancia confirma una condenación de la cual no reclamó la parte demandada, porque no apeló de la sentencia que la impuso o porque el alcance de la apelación era distinto, esa parte demandada carece de interés jurídico para impugnar la confirmación de la condenación impuesta.

Al sustentar el recurso de apelación en el presente caso, el apoderado de la sociedad demandada manifestó lo siguiente:

"En uso de la palabra el señor apoderado de la demandada, manifestó a los honorables Magistrados que interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia únicamente en relación con la condenada en costas a cargo de su representada, ya que teniendo en cuenta que las súplicas de la demanda son once y, que de tales súplicas sólo fue aceptada la referente al reajuste de cesantía en el que hubo una posible equivocación por parte de la demandada, le parece acertado que las costas sean a tono con la sentencia, vale decir, que el recurso sólo se refiera a que se limiten las costas, pues deben ser en forma proporcional. Pide que en lo demás sea confirmada la sentencia porque es suficientemente clara y se ajusta en un todo a derecho, analizando declaraciones, pruebas y posiciones, por lo que llegó también a la conclusión de que la terminación del contrato fue legal".

Por lo transcrito, se comprende que la parte demandada no tiene interés jurídico en la impugnación de la condena al pago de cesantía, ya que no solamente se limitó la apelación a las costas de la instancia, sino que se pidió expresamente la confirmación de la condenación al pago de cesantía.

Por lo expuesto, es inestimable la primera acusación.

Segundo cargo

El impugnador asevera que la sentencia acusada violó por aplicación indebida los artículos 186 del Código Sustantivo del Trabajo y 14 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que subrogó el artículo 189 del mencionado estatuto.

El acusador dice que a la violación se llegó por evidentes errores de hecho, que hace consistir en dar por demostrado que la demandada debe las vacaciones causadas y no disfrutadas en los últimos 5 años, en no dar por demostrado que la demandante afirmó en el libelo que no se le otorgaron "las vacaciones correspondientes a los últimos períodos de trabajo por lo menos 3 años antes de la terminación del contrato de trabajo lo que de por sí implica confesión", y en no dar por demostrado que la demandante confesó al formular el interrogatorio al gerente, que se le debían las vacaciones de los últimos 3 años de servicios.

En el ataque se indica como prueba erróneamente apreciada, el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, folios 36 a 38, y como pruebas no apreciadas, el libelo de folios 2 a 5 y el interrogatorio de parte formulado por la demandante a folios 28 a 31.

En la demostración del cargo se sostiene que el Tribunal erró al considerar que no se había confesado por la demandante, un pago parcial de las vacaciones de los últimos 5 años; al suponer que las debidas eran las causadas y no disfrutadas en esos últimos 5 años; al no considerar que en el libelo "se solicita el pago por lo menos de

los últimos 5 años como lo dice en forma muy clara la parte demandante"; y al no aceptar que en la pregunta 6ª del interrogatorio, la parte demandante confesó que no se le debían vacaciones sino por los últimos 3 años.

El opositor manifiesta que en el cargo no se explica la afirmación de que la prueba fue interpretada con error, que el Tribunal entendió correctamente la confesión parcial, en cuanto la demandante admitió que se le habían pagado las vacaciones correspondientes a los años anteriores a los últimos 5, pero no las relativas a éstos; que al haber supuesto que las vacaciones debidas correspondían a los últimos años, no tiene importancia porque bien podía suponerse eso a que eran los primeros o los intermedios; que lo consignado en la demanda no es confesión porque constituye lo pretendido y no lo afirmado, como tampoco se confesó con la pregunta del pliego de posiciones, porque fue una pregunta y no una afirmación, y que todo ello ocurre porque en tales casos no se reúnen las condiciones de la confesión; y que las pruebas que se dicen no apreciadas, sí lo fueron, pues el propio sentenciador las cita expresamente en el fallo.

Se considera

Respecto a vacaciones, dijo el Tribunal: "Sobre esta súplica la Sala no comparte las conclusiones a que llegó el sentenciador, en razón de que la confesión de la parte actora es parcial, pero diferente a lo ocurrido en el caso de la prima de servicios. La pregunta tercera del interrogatorio de parte, la contesta así: "No es cierto y aclaro, que todas las vacaciones no me las pagaron en su totalidad, ya que me deben CINCO AÑOS DE VACACIONES (las mayúsculas son de la Sala)".

"Ante esta afirmación de la parte actora, que se le deben como 5 años de vacaciones, que se suponen deben ser las últimas causadas y no disfrutadas y como también la parte demandada no excepcionó por prescripción ni demostró pago alguno por este concepto, es preciso condenar por este motivo al pago de cinco años de vacaciones, por el salario demostrado en el proceso".

Aunque la respuesta no es precisa porque podría indicar que las vacaciones se las pagaron en parte y no en su totalidad, o que no le pagaron las vacaciones de los últimos 5 años pero sí las de los años anteriores, no es evidentemente equivocado sino posiblemente lo más correcto, entender que se le deben 5 años de vacaciones, porque así expresamente lo declara la absolvente, o sea, que debe entenderse la confesión solamente en cuanto se refiere a los años distintos de los 5 debidos. Con tal entendimiento la respuesta resulta coherente, cuando con la interpretación que pretende el recurrente, la respuesta sería contradictoria. No aparece pues evidente error de apreciación en cuanto a la respuesta tercera de las posiciones absueltas por la demandante.

El que se haya supuesto en la sentencia acusada que las vacaciones debidas corresponden a los últimos años, no tiene trascendencia alguna, ya que no habiéndose alegado prescripción, bien podrían ser las primeras o las intermedias, pero es lógico presumir que las vacaciones otorgadas son siempre las más antiguas. Por otra parte, lo que se supone no es que se deban vacaciones de 5 años, sino que esos cinco años son los últimos, pero la indemnización por no haber otorgado vacaciones se computa por el último salario y no por el del tiempo en que se adquirió el derecho, por lo cual es indiferente que se hubieran dejado de otorgar las primeras, las intermedias o las finales. En este punto tampoco existe error evidente de hecho.

El hecho E de la demanda está expresado así:

"La empresa demandada no otorgó las vacaciones correspondientes a los últimos períodos de trabajo de la demandante ni le ha compensado su valor en dinero (3) años por lo menos".

De la afirmación contenida en ese hecho de la demanda, no se puede deducir que la demandante solamente solicitaba el pago de vacaciones por tres años, pues fuera de que la afirmación principal es de tipo general e ilimitado, la parte final habla de 3 años por lo menos, pero sin limitar exactamente a ese tiempo, luego no puede

entenderse como un error evidente de hecho apreciar que allí se pidió pago de vacaciones por más de 3 años de servicio.

Contra lo que afirma el opositor, la jurisprudencia ha admitido que las afirmaciones de la demanda que perjudiquen al actor, constituyen confesión en cuanto beneficien a la parte demandada, pues se presume para tal escrito la facultad de confesar en el apoderado. Pero lo que ocurre en el caso concreto, es que no existió la confesión alegada, porque la demandante no afirmó que se le hubiesen pagado las vacaciones anteriores a los últimos 3 años de servicio.

La pregunta 6ª del pliego presentado por la parte actora, está concebida así:

"Diga el absolvente, cómo es cierto, que la empresa demandada le adeuda a la señorita, Beatriz García Roa, las prestaciones sociales de los tres últimos años de servicios, correspondiente a: vacaciones, primas y subsidio de transportes?"

De la pregunta anterior no puede colegirse que la demandante admitiese que no se le debía la indemnización de vacaciones por un tiempo superior a 3 años, porque no se preguntó que solamente se tuviese derecho a ese tiempo, o sea, que la afirmación: me debe vacaciones por tres años de servicios, no equivale a la que dice: me debe vacaciones solamente por lo correspondiente a tres años de servicios. Por lo anterior, se ve que el sentenciador no cometió error evidente de hecho, al no aceptar la confesión que afirma el recurrente.

Conviene advertir que la jurisprudencia ha admitido que puede existir confesión al preguntar en posiciones o en interrogatorio libre, cuando quien pregunta hace afirmación de hecho que le perjudica y que favorece a la otra parte. En el caso presente no se produjo la confesión porque no se afirmó que lo debido fuera solamente el valor de las vacaciones correspondientes a tres años, como pretendía el acusador.

No prospera la segunda acusación.

Tercer cargo

Se acusa la sentencia de segunda instancia por violación de los artículos 7º, aparte A) y 8º, numeral 4º, del Decreto 2351 de 1965, adoptado por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que subrogaron los artículos 62, 63 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 58, numeral 1º, del mismo Código.

La violación se produjo según el impugnador, a través de errores de hecho consistentes en dar por demostrado que no hubo justa causa para despedir a la demandante, y en no dar por demostrado que concurrieron diversos motivos que justificaban plenamente la terminación unilateral del contrato de trabajo de la demandante, por parte del patrono.

Las pruebas que el acusador estima erróneamente apreciadas, son la carta de despido, el interrogatorio de parte absuelto por el señor Enrique Restrepo Jaramillo, folios 28 a 31, y los testimonios de Lilia Troncoso Bocanegra, Beatriz Lucrecia Avila Ariza, Blanca M. de Urrego, Pantaleón González Mejía, Gonzalo Jiménez Martínez y Alvaro Enrique Bulla.

En la demostración del cargo, el censor admite que en la carta de despido se invocan causales de tipo jurídico y no se concretan hechos individualizados, sin que por ello pierda su eficacia, toda vez que los testimonios y la declaración de Enrique Restrepo hacen concluir la demostración de la justa causa.

El impugnador analiza la absolución de posiciones y los testimonios indicados, para concluir que se impone el quebrantamiento del fallo acusado, en el aparte b) del numeral 3º, y que en su lugar se confirme el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y se absuelva a la entidad demandada de la petición sobre indemnización por despido.

Se considera

La carta de despido no puede ser prueba de que el despido obedeció a justa causa. En tal documento se indican los motivos que el patrono manifestó como tales causas, pero esa probanza emanada del mismo patrono, es impropia para demostrar los hechos en que se funda el despido. 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 de-

termina 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 no una justa causa de terminación.

Las respuestas dadas por el gerente al interrogatorio libre, tampoco sirven para demostrar esas justas causas, pues nadie puede establecer con sus afirmaciones, los hechos que debe demostrar.

Por las razones anteriores, no pudo cometer error de hecho el sentenciador, al no encontrar en tales pruebas la demostración de la justa causa alegada.

El ataque con base en declaraciones de testigos no sirve por sí solo para dar base a una acusación por error de hecho en la casación laboral, según resulta del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y en el caso presente, no puede alegarse el error de hecho con base en los testimonios, porque no se ha demostrado esa clase de error en cuanto a las pruebas de que tráta la norma mencionada, y la jurisprudencia solamente ha admitido que se pueda alegar el error con base en pruebas no calificadas, cuando sirva para complementar el error demostrado sobre las pruebas que la disposición indicada determina.

Por las razones anteriores, no prospera el tercer 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 siete de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Beatriz García Roa contra la sociedad Almacén Parker Limitada.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

La condena por mora debe efectuarse tomando como base el último salario diario y no el promedio del último año.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Dagoberto Castro Rondón contra la sentencia que dictó, el 3 de octubre de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra Transportes Rápido Tolima S. A., litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, contiene el expediente radicado bajo el número 4600.

En la litis el demandante impetró indemnizaciones por despido injusto y moratoria, cesantía, vacaciones, salario por trabajo en domingos y festivos, subsidios en dinero por enfermedad adquirida en la prestación de los servicios, costas y cuanto resultare extra y ultra petita, todo lo anterior con fundamento en hechos que corren a los folios 22 a 26 del cuaderno primero y que el fallador ad quem sintetizó así:

"Que entre las partes se celebró un contrato de trabajo, el cual tuvo su iniciación el 30 de noviembre de 1956, siendo Gerente de la empresa en ese entonces Eloy Castro, y con una asignación mensual de $ 400.00; que la labor era efectuada como jefe de la sección de pasajes, en Armero (T.), empezando la prestación del servicio desde las 6 a.m. hasta las 8½ de la noche, incluyendo los días dominicales y festivos, sin que se le diera el descanso compensatorio; que el 21 de abril de 1965, el actor, en vista de que tenía una hermana grave, solicitó a la empresa un préstamo o anticipo del valor de su cesantía, habiendo procedido el patrono a liquidarle la cesantía y lo dejó cesante quince días como si hubiera terminado el contrato, pero que posteriormente a los pocos días volvió o reingresó, y en el ánimo de las partes no hubo intención de terminar el contrato; que la empresa, por medio de su Gerente Alfonso Parra P., ratificó al demandante, suscribiendo un contrato el 15 de abril de 1966, con sueldo de $ 1.000.00; habiéndosele aumentado después a $ 1.300.00; que el actor se enfermó y por tal razón se le dio una incapacidad de 30 días, contados a partir del 1º de junio de 1970; que en vista del quebranto de salud del demandante que fue imprevisto, no 'dio oportunidad a hacer entrega de la papelería y demás que tenía a su cuidado al nuevo encargado de la sección de pasajes y encomiendas habiendo la empresa actuado sin consentimiento de mi cliente acerca del estado inmediato en que encontraron la marcha de dicha sección, pero sí ipso facto descontinuó a mi poderdante Castro de la nómina de trabajadores y por consiguiente dejó de pagarle el sueldo legal a partir del 1º de junio de 1970'; que el 22 de junio del referido año, el médico de la empresa indicó otro tratamiento, que la empresa no autorizó; que el 30 de junio de 1970, el doctor Solano Ramírez, extendió certificación en la cual se afirma que el señor Castro, se encuentra en tratamiento para una 'tendinitis y artritis de rodilla izquierda' al parecer de carácter profesional de acuerdo con el trabajo que 'desempeña, y que posteriormente se le inició un tratamiento para diabetes, que se prolongó por tiempo indefinido'.

"Refieren igualmente otros hechos de la demanda, que el 27 de junio de 1970, el Gerente de la empresa, le comunicó al actor que 'debido a la visita practicada a la sección de pasajes sobre las existencias y ventas de tiquetes se señaló un alcance a cargo de mi poderdante por la suma de $ 38.241.20, lo cual no ha sido aceptado por el señor Castro, quien expresa que es insólito que tal actitud asuma la empresa, después de haber dejado transcurrir veintisiete (27) días, en el desempeño de su cargo y aprovecha esta excusa para dar por terminado el contrato de trabajo en forma, por decir, injusta'; que con fecha 30 de junio de 1970, se allegó un comprobante por valor de $ 8.586.20, correspondiente a recaudos de los días 24 y 25 de mayo del año en curso; que luego de la terminación unilateral del contrato laboral, la empresa no ha pagado los salarios del mes de junio, ni la atención médica que ordena el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, ni cesantía, vacaciones, indemnización por despido, ni los dominicales, festivos; que como el demandante laboró en la empresa todos los días, incluyendo dominicales y festivos, sin que se le diera el descanso compensatorio, se le debe el valor del descanso remunerado; que contraviniendo normas laborales se hizo una liquidación de cesantía el 21 de abril de 1965, suma que debe ser abonada a la que en su totalidad corresponde legalmente al actor; que al señor Castro, se le adeudan vacaciones de los tres últimos años; que la empresa en forma arbitraria y con el fin de 'esquivar el pago del tratamiento que requería la enfermedad de mi poderdante, buscó la manera de despedirlo argumentando un alcance que no fue desmenuzado, sino que sirvió de pretexto para la retención del valor de 'las prestaciones e indemnizaciones debidas, presionando con que si no se avenía al acomodo de la empresa, pondría una denuncia penal'."

La sociedad demandada se opuso a las pretensiones del actor manifestando, en lo fundamental, que con éste tuvo dos contratos de trabajo, el primero de los cuales terminó en 1965, por retiro voluntario del trabajador y cancelación de las prestaciones causadas hasta entonces, conforme a paz y salvo expedido por Castro, y el segundo, por despido con justa causa y pago de todos los derechos que aquí se reclaman. Formuló, además, las excepciones de prescripción y compensación y, por separado, demanda de reconvención para que se condenara al demandante inicial Castro Rondón a devolverle la cantidad de $ 6.006.40 que el extrabajador retiene en forma arbitraria y abusiva, previas declaraciones de que éste se apropió unos dineros provenientes de tiquetería o tuvo un alcance o faltante por el valor indicado, y que la sociedad está exonerada de pagarle lo que le pueda corresponder por concepto de cesantía.

El reconvenido se opuso a esta pretensión de Transportes Rápido Tolima S. A.

Tramitada la controversia el Juzgado Civil del Circuito de Armero, que fue el del conocimiento, la desató en fallo del 11 de agosto de 1972, por cuya parte resolutiva dispuso:

"Primero. Condenar a la empresa Transportes Rápido Tolima S. A., a pagar al demandante Dagoberto Castro Rondón, 5 días después de ejecutoriado este fallo la suma de: por concepto de vacaciones, $ 1.950.00.

"Segundo. Condenar a la empresa Transportes Rápido Tolima S. A. a pagar al demandante Dagoberto Castro Rondón, las siguientes sumas: por concepto de cesantía $ 6.716.66; por concepto de prima de servicios, $ 650.00; por indemnización de despido injusto, $ 5.546.39.

"Tercero. Se condena a la empresa Transportes Rápido Tolima S. A. a pagar al demandante Dagoberto Castro Rondón, la sanción moratoria a razón de $ 43.33 diarios a partir del 1º de julio de 1970, hasta cuando se verifique el pago total de las prestaciones sociales.

"Cuarto. No se decreta la reconvención solicitada.

"Quinto. No se hace condenación en salarios por incapacidad médica, ni asistencia hospitalaria ni farmacéutica.

"Sexto. Las condenaciones del 2º y 3º puntos se hacen en forma suspensiva y sólo serán exigibles una vez la justicia penal sobresea o absuelva al demandante Castro Rondón.

"6º (Sic). Con costas. Liquídense".

Por apelación que interpusieron los apoderados de los litigantes el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, reformó la sentencia del a quo, así:

"Primero. Condénase a la empresa de Transportes 'Rápido Tolima S. A.', representada por su Gerente Germán Agudelo Gómez, o por quien haga sus veces, a pagar al demandante señor Dagoberto Castro Rondón, mayor y vecino de Armero, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de dieciséis mil quinientos veintisiete pesos con setenta y tres centavos ($ 16.527.73) moneda corriente, por concepto de vacaciones, excedente de dominicales, festivos y compensatorios, auxilio monetario por la incapacidad por enfermedad no profesional e indemnización moratoria, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. Dedúzcase de la condena anterior, la cantidad de once mil cuatrocientos dieciséis pesos con diecinueve centavos ($ 11.416.19) moneda corriente, que fue depositada por la parte demandada a órdenes del Juzgado Civil del Circuito de Armero, el día 19 de febrero de 1971, la cual debe ser entregada al señor Dagoberto Castro Rondón, demandante.

"Tercero. Condénase a la empresa de Transportes 'Rápido Tolima S. A.' representada por su Gerente Germán Agudelo G., o por quien haga sus veces, a pagar al señor Dagoberto Castro Rondón, mayor y vecino de Armero, la cantidad de quince mil quinientos treinta y un pesos con veintiún centavos ($ 15.531.21) moneda corriente, por concepto de indemnización por despido, cesantía y prima de servicios. Esta condena queda condicionada al resultado de la investigación penal que en definitiva se profiera en el respectivo proceso que contra el demandante señor Castro R., se instauró, y de acuerdo con los considerandos de este fallo.

"Cuarto. Absuélvese a la empresa 'Transportes Rápido Tolima S. A.' de los demás cargos formulados en la demanda.

"Quinto. Declárase probada parcialmente la excepción de prescripción, en relación a los dominicales, festivos y compensatorios impetrados desde el 15 de abril de 1966 hasta el 5 de noviembre de 1967.

"Sexto. Declárase no probada la excepción de prescripción de las demás pretensiones de la demanda, conforme lo dicho en la parte motiva de ésta sentencia.

"Séptimo. Declárase no probada la excepción de compensación, propuesta por la parte demandada.

"Octavo. Deniéganse las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención propuesta por la empresa demandada.

"Noveno. Condénase en costas de la primera instancia a la parte demandada. En su oportunidad y por el juzgado de origen, tásense.

"Décimo. No se hace condenación en costas para ninguna de las partes en ambas instancias, por la demanda de reconvención.

"Undécimo. Condénase en costas de esta instancia, a la parte demandada, pero solamente en un cincuenta (50%) por ciento. Liquídense".

El recurso extraordinario

Recibido en legal forma persigue el quebranto parcial de la sentencia del ad quem, "en los aspectos o puntos que precisaré (dice el acusador) al formular y sustentar los cargos contra ella" para que la Corte, en sede de instancia, modifique la del a quo en el sentido de condenar a la sociedad demandada en el juicio a pagarle al promotor del mismo, en forma incondicional, la indemnización por despido, el auxilio de cesantía y la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1970, liquidados estos derechos con base en los respectivos salarios que establecen los autos, y confirme la misma sentencia de primer grado en cuanto condenó por indemnización moratoria pero modificando esta condena en los sentidos de proferirla en forma incondicional, reajustarla con base en el último salario promedio mensual —que fue de $ 58.93 diarios— y disponer que ella se causará hasta cuando se efectúe el pago de las prestaciones y de los salarios debidos. Para estos efectos se formulan cuatro cargos, tres principales y el último subsidiario, los cuales se estudian en lo pertinente. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo

Acusa violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 65 y 250 del Código Sustantivo del Trabajo, que el recurrente transcribe para significar que el Tribunal aplicó el primero de ellos, en su numeral 1º, cuando condenó a la sociedad a pagar indemnización moratoria hasta el 19 de febrero de 1971, sobre la base de un salario de $ 43.33 diarios y no de $ 58.93 diarios que sí tuvo en cuenta para la liquidación de las prestaciones a cuyo pago condenó, y el numeral 2º del mismo precepto cuando el fallador afirmó que la indemnización corría hasta aquel día de febrero de 1971, en que el patrono consignó lo que creyó deber, en cantidad de $ 11.416.19, y por tal razón cesó la mora en que había incurrido la parte demandada en el pago de excedente de dominicales, festivos, compensatorios, vacaciones y auxilio monetario por incapacidad; así como aplicó el numeral 2º del artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo al disponer que la condena, en cuantía de $ 15.531.21 por los conceptos de indemnización por despido, cesantía y prima de servicios del punto tercero de la sentencia, quedaba condicionada al resultado de la investigación penal que se instauró contra el demandante Castro Rondón.

Para el recurrente el artículo 65-2 del Código Sustantivo del Trabajo era inaplicable, porque en la misma sentencia acusada se declaró que la sociedad debe al demandante tanto salarios (excedente de dominicales, festivos y compensatorios, en cantidad de $ 3.086.15) como prestaciones sociales ($ 866.58 de auxilio monetario por incapacidad temporal, $ 9.123.75 por cesantía definitiva y $ 851.17 por prima de servicios), y la consignación que hizo la sociedad, en suma de $ 11.416.19, además de ser incompleta, pues no incluye los salarios insolutos, y de comprender únicamente la mitad de la prima de servicios no tiene poder liberatorio porque fue hecha expresamente en forma condicionada (para el caso de que la sentencia le fuera adversa) y no equivale a una confesión de deber. Y el 250-2 del Código Sustantivo del Trabajo tampoco era aplicable porque la denuncia penal de la empresa —contra Castro— no fue formulada concomitantemente con la terminación del contrato sino un mes y 25 días después de haberle sido notificado el auto admisorio de la demanda laboral y porque la facultad del dicho precepto no existía en el caso de autos pues, según jurisprudencia, la imputabilidad no queda al arbitrio del patrono.

Todo lo cual condujo al Tribunal a absolver a la empresa demandada de la obligación de pagar al demandante indemnización moratoria desde el 19 de febrero de 1971 en adelante y autorizarla para que continúe absteniéndose de pagar el auxilio de cesantía debido.

Se considera

Este cargo impugna que la sentencia del ad quem hubiese condenado por cesantía dejando condicionado su pago al resultado de la investigación penal que se adelanta contra el demandante Castro y que la indemnización moratoria se hubiese limitado al 19 de febrero de 1971, conforme a las consideraciones del Tribunal y sus concreciones en los ordenamientos 1º y 3º de la parte resolutiva.

De estas decisiones, la última —sobre limitación de la indemnización moratoria a la fecha señalada— reposa en el poder liberatorio que le reconoció el fallador a la consignación efectuada por la empresa. Para el acusador, en esto consiste el yerro. Pero tal censura proviene de la forma condicionada como el patrono hizo la consignación, lo cual sólo puede examinarse a través de la prueba o pruebas que la hubiesen establecido para el juicio del ad quem. Y como no es ésta la vía escogida por el recurrente, en el cargo, que afirma aplicación indebida de modo directo, el asunto no puede examinarse aquí y habrá que aplazarlo para cargo que se ocupe, a través de error de hecho, de la demostración de que la consignación que efectuó el patrono fue condicionada y como tal carecía de poder liberatorio. Por el momento, pues, ante el soporte de la validez de la consignación no destruido por la vía del error de hecho, no cabe afirmar aplicación indebida, por la vía directa, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En cuanto a la condena condicional por cesantía, según los considerandos del fallo, a que se remite su ordenamiento 3º, se trata de una autorización al patrono para que se abstenga de efectuar su pago hasta que la justicia penal decida sobre el ilícito que se le imputa al trabajador, y como esto aparece contenido en el numeral 2º del texto citado no es fundada la acusación de su aplicación indebida en el caso de autos. Con todo, se recalca que el pronunciamiento judicial lo que significa es que Transportes Rápido Tolima S. A. puede abstenerse de efectuar el pago de la cesantía reconocida por el Tribunal ad quem hasta que la justicia penal decida sobre la responsabilidad de Castro en el hecho que se le imputó. Y en el entendimiento, que señaló el ad quem, de que si el extrabajador fuere absuelto la empresa deberá pagar la cesantía mencionada, perdiéndose en cambio tal derecho en el caso de que fuere hallado culpable.

Por lo expuesto no prospera este cargo.

Segundo cargo

Por la vía indirecta acusa falta de aplicación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y aplicación indebida del 65 del mismo estatuto, a consecuencia de errónea apreciación de la inspección judicial, que establece que durante el último año de servicios Dagoberto Castro devengó un promedio mensual de $ 1.767.79, esto es, $ 58.93 diarios, como fue aceptado por el Tribunal para otros efectos. Y sin embargo, la condena por mora la produjo con base en $ 1.300.00 mensuales o $ 43.33 diarios.

Se considera

El cargo ha de estudiarse en el concepto de aplicación indebida, como consecuencia del error de hecho que señala, pues la falta de aplicación que se afirma del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la casación laboral tiene que examinarse, por esa razón, según el concepto dicho.

Lo que se censura es que como el artículo 127 constituye como salario todo lo que implique retribución de servicios y la inspección ocular estableció como promedio mensual uno mayor que el ordinario de que se valió el fallador, con aquél ha debido liquidarse la indemnización moratoria, como lo hizo el fallador para otras condenas. Pero el artículo 65 impone como base para la dicha indemnización el último salario diario, y el promedio a que aspira el recurrente no responde a lo devengado por Castro en el último mes de la vinculación contractual, que sólo fue de $ 1.300.00 según la pieza que se pretende erróneamente apreciada. En consecuencia, el salario de ese último mes era el que debía tomarse para la condena en cuestión, a diferencia del que sirvió para los otros efectos a que alude el recurrente. La diligencia de inspección ocular no aparece apreciada con error, ya que, en el caso de autos, la condena moratoria no debía hacerse por el promedio del último año sino por el último salario diario y éste fue el apreciado y aplicado por el fallador. El cargo no prospera.

Tercer cargo

Acusa aplicación indebida de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de la certificación o constancia expedida el 19 de febrero de 1971, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armero, que obra al folio 99 del cuaderno primero.

El acusador manifiesta que los preceptos citados establecen la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y la prestación, denominada prima de servicios, respectivamente, y concreta que el error de hecho del Tribunal consistió en dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada estaba facultada para abstenerse de pagar al demandante aquellos derechos de la litis, con base en la pieza singularizada, de la que ha debido apreciarse que la denuncia penal que formuló la empresa contra su extrabajador fue extemporánea, casi dos meses después de haberle sido notificada la demanda laboral, no pasó de ser un pretexto para abstenerse de pagar las dichas indemnización y prima, así como la cesantía. Por todo lo cual se debe casar el fallo recurrido y, en sede de instancia, con-

firmarse el del a quo sobre tales extremos, pero con la modificación de que las condenas respectivas sean incondicionales y liquidadas conforme a los salarios que aparecen probados en autos.

Se considera

Este ataque versa sobre la indemnización por despido injusto y por prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1970, a las cuales condenó el fallador pero condicionándolas, como lo había hecho también con la cesantía, a las resultas del proceso penal que se instauró contra el extrabajador Castro en virtud de la denuncia que le formuló la empresa y de que da cuenta la pieza del folio 99 del cuaderno primero, que se afirma apreciada con error evidente.

Mas la decisión que se impugna (el condicionar el pago de estos derechos a las resultas del proceso penal) no provino solamente de la apreciación de la constancia del juzgado penal sobre la existencia de la denuncia, pieza que propiamente no contiene error ya que ella sí regístra tal hecho, sino de consideraciones que el fallador estimó pertinentes en el campo del derecho, acerca de que compete a la justicia penal definir si Castro cometió o no el ilícito que se le imputa y que sólo en el último caso proceden las dichas condenas, pues, en el otro, resultaría la justa causa del despido y no se causarían los derechos indemnizatorios y de prima de servicios. La facultad que se reconoció, pues, al patrono, para abstenerse de pagarlos, hasta que se definiera el asunto penal, en que se concreta el error de hecho de este cargo, no radica solamente en la apreciación de la prueba singularizada, que en sí misma expresa la existencia del hecho de la denuncia penal, como se ha dicho, sino también en consideraciones de derecho, que, acertadas o no, escaparon a los reparos del ataque y que no pueden examinarse por la vía del error de hecho, ni están contenidas en la probanza a que se contrae la acusación.

Ha de anotarse, además, que el juicio del ad quem, en este punto, aparece igualmente informado en "las manifestaciones de varios declarantes y de la propia parte demandada", relativas a que, por ser el actor hermano de un directivo de la empresa y exgerente de la misma, no se formuló la denuncia penal inmediatamente terminó el contrato laboral, sino que se trató de obviar la situación del faltante por medio de varias notas que obran en el proceso y "que fueron presentadas por el mismo actor". Y de estos aspectos probatorios no se ocupa el ataque. El cual, en fin, tampoco contiene nada "sobre los respectivos salarios que aparecen probados en autos", para los efectos de la liquidación de las condenas, en aspiración que versaría ya no sobre el carácter condicionado de ellas, sino sobre la cuantía de las mismas.

Por todo lo expuesto, el cargo no puede prosperar.

Cuarto cargo

Acusa violación indirecta de los artículos 249, 127 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de la certificación o constancia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armero, expedida el 19 de febrero de 1971, de la confesión del apoderado de la demandada en audiencia de la misma fecha al contestar la enmienda y aclaración de la demanda inicial, de la confesión en posiciones del representante legal de la sociedad en audiencia del 17 de febrero de 1972 y de la inspección ocular de 14 de marzo de 1972.

Los errores evidentes de hecho consistieron:

"1º En dar por demostrado, no estándolo, que la empresa demandada estaba facultada para abstenerse de hacer el pago de la cesantía definitiva a su extrabajador Dagoberto Castro Rondón.

"2º En dar por establecido, siendo todo lo contrario, que la sociedad demandada pagó o consignó válidamente el 19 de febrero de 1971 la suma que adeudaba al demandante por concepto de trabajo en días domingos y festivos, y compensatorios.

"3º En tener como probado, no estándolo, que la sociedad demandada pagó o consignó válidamente el 19 de febrero de 1971 el valor del auxilio monetario que debía al demandante en razón de haber permanecido éste incapacitado para trabajar des-

de el 1º hasta el 30 de junio de 1970, por enfermedad.

"4º En dar por establecido equivocadamente, estando demostrado lo contrario, que el patrono demandado en este proceso cumplió sus obligaciones referentes a pago de salarios y prestaciones sociales debidos el día en que terminó el contrato de trabajo, con la consignación que de la suma de $ 11.416.19 hizo el 19 de febrero de 1971, a órdenes del Juzgado Civil del Circuito de Armero".

En la demostración del cargo el recurrente manifiesta que el Tribunal apreció erróneamente el primer documento reseñado porque de él dedujo que la empresa quedaba autorizada para abstenerse de pagar la cesantía a que había condenado: la segunda probanza, porque no recogió la forma condicionada como el patrono hizo la consignación de autos aceptando, en cambio, su poder liberatorio: la tercera, porque no apreció que la sociedad estaba en mora de pagar el auxilio monetario por incapacidad y la última porque no condenó a la indemnización moratoria con base en el salario promedio mensual de $ 1.767.79, de la dicha inspección judicial, sino con el inferior de $ 1.300.00 mensuales o $ 43.33 diarios.

Se considera

Este cargo persigue, como lo resume también el acusador, que se case la sentencia recurrida "en cuanto condenó condicionalmente a la sociedad demandada al pago del auxilio de cesantía, en cuanto condenó a la misma sociedad al pago de la indemnización moratoria sobre un salario diario de $ 43.33 y en cuanto dispuso que esta última indemnización solamente se causó hasta el 19 de febrero de 1971", para que la Corte, como tribunal de instancia, modifique el fallo del a quo en el sentido de que la condena por cesantía sea incondicionada y la indemnización moratoria se reajuste con base en un último salario promedio de $ 58.93 diarios, sin limitarla al 19 de febrero de 1971, fecha de la consignación que se cuestiona, sino extendiéndola hasta cuando se efectúe el pago de los salarios y prestaciones debidos. (El recurrente indica, además, que la condena moratoria se modifique haciéndola en forma incondicional, pero el ad quem no la condicionó a las resultas del proceso penal, según aparece al folio 31 del cuaderno número 3, como tampoco condicionó las condenas por vacaciones, excedentes de festivos, dominicales y compensatorios, para un total, con lo de la mora, de $ 16.527.73, de la cual ordenó deducir lo consignado para que la diferencia sea cubierta por el patrono dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. No hay, pues, que considerar esta petición del acusador a la cual, de otra parte, no se refieren las pruebas del cargo).

En lo que se relaciona con la cesantía, la constancia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armero sí contiene la existencia de la denuncia apreciada por el fallador, y, como se dijo al resolver el cargo tercero, en sí misma no fue apreciada equivocadamente. Si el Tribunal condicionó el pago de esa prestación a las resultas del proceso penal, ello obedeció a consideraciones en derecho y a otras probanzas que el recurrente no impugna, y a soporte legal en el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo que el presente ataque no incluye en su proposición jurídica. En consecuencia, la decisión del ad quem, en este punto, no puede quebrantarse.

Del salario que sirvió de base para la condena indemnizatoria de que se ocupa el cargo mediante indicación, como mal apreciada, de la diligencia de inspección ocular, lo que ocurre es que en el último mes de la vinculación laboral, Castro sólo devengó el básico de $ 1.300.00; y como el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ordena liquidar tal indemnización moratoria con el último salario diario, así lo hizo el fallador, sin que hubiese incurrido, por lo tanto, en error en la apreciación de la prueba mencionada, que arroja el dicho sueldo de $ 1.300.00, o sea $ 43.33 como último salario diario. No hay lugar, pues, a modificar este otro punto de la decisión.

En cambio, es evidente que la consignación apreciada por el Tribunal, en cantidad de $ 11.416.19 no comprendió el extremo de auxilio monetario por incapacidad, a que condenó el ad quem y por cuya falta de pago, con las de sus otras condenas, sancionó por mora al patrono. Como

es ostensible asimismo que la dicha consignación, referida a los derechos de cesantía, vacaciones y prima de servicios fue condicionada a las resultas del pleito, según aparece de las piezas singularizadas por el acusador en segundo y cuarto lugar de su reseña. En estas condiciones, la consignación carecía de poder liberatorio respecto de las condenas que produjo el fallador en forma incondicional. Y como acerca de estos extremos no se encontró razón que justificara la mora del patrono, y no aparece después ninguna consignación que le ponga término a la misma (ya que la considerada se refiere a otras prestaciones y se hizo en forma condicionada, además) aparecen demostrados los errores segundo, tercero y cuarto que singulariza el acusador y el fallo deberá casarse, en este punto, esto es, para disponer, en consideraciones de instancia, que la condena por mora correrá hasta cuando se verifique el pago total de lo debido, como lo dispuso el a quo.

Prospera el cargo en los términos expresados.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia objeto del presente recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el ordinario de trabajo promovido por Dagoberto Castro Rondón contra Transportes Rápido Tolima S. A., en cuanto por su ordenamiento primero condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de $ 9.923.32 por concepto de indemnización moratoria, y, en sede de instancia, confirma la decisión del a quo sobre ese extremo, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Armero el 11 de agosto de 1972 y conforme a la cual la condena moratoria mencionada se impone a razón de cuarenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 43.33) moneda corriente diarios a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos setenta (1970) y hasta cuando la sociedad demandada efectúe el pago de los valores restantes a que fue condenada por los conceptos de vacaciones, excedente de dominicales, festivos y compensatorios y auxilio monetario por incapacidad por enfermedad no profesional, conforme al ordenamiento primero de la dicha sentencia del Tribunal. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

El contratista independiente no deja de serlo porque ejecute la labor contratada en las instalaciones de la empresa que lo ha contratado, ni porque use en ocasiones equipos de la misma, además de los suyos propios, ni porque solicite los materiales necesarios para realizar las obras correspondientes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintiocho de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Hernando Torres, por procurador judicial, instauró demanda contra Compañía de Transportes Terminales S. A., la que fue repartida al Juzgado Quinto del Circuito Laboral de Cali, con el fin de que fuese condenada a pagar a aquél "las siguientes sumas: a) La que resulte por concepto de cesantía, vacaciones y primas de servicio; b) La que resulte por concepto de salarios de días domingos y festivos liquidados de acuerdo al promedio de lo devengado en cada una de las semanas en que se prestó el servicio; c) La que resulte por concepto de indemnización derivada del rompimiento unilateral del contrato de trabajo efectuado por la Compañía; d) La que resulte por salarios caídos; e) A cualquiera otro derecho o prestación que resulten probados dentro del juicio; f) Honorarios de abogado y costas del juicio".

Como hechos sustentantes de esa pretensión sostuvo que el demandante entró al servicio de la demandada el día 5 de septiembre de 1966 "y lo hizo ininterrumpidamente hasta el dos (2) de febrero de 1971, fecha en la cual, de acuerdo con la comunicación del dos de diciembre de 1970, se le canceló en forma unilateral su contrato de trabajo"; que sus labores consistieron en la ejecución "de trabajos de soldadura en beneficio exclusivo de Transportes Terminales S. A., percibiendo por ello un salario de acuerdo a la obra ejecutada"; que "le correspondió laborar habitualmente los días domingos y festivos sin que por ello hubiese percibido remuneración alguna" y que "tampoco le fueron canceladas las remuneraciones correspondientes a los días domingos y festivos", como lo establece el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, "puesto que su trabajo correspondía al comúnmente denominado a destajo"; que "nunca recibió suma alguna por concepto de primas de servicio o vacaciones"; que se le adeuda lo correspondiente a cesantía y "lo pertinente a la indemnización derivada del rompimiento unilateral del contrato de trabajo"; que la Compañía "durante la existencia del contrato de trabajo de mi poderdante, le impartió órdenes e instrucciones relativas a la forma, cantidad y urgencia en la ejecución de las labores propias del soldador, las cuales las realizó siempre en los talleres e instalaciones de la empresa, con implementos de la misma y en la cantidad exigida"; que el salario promedio mensual que devengó fue el de $ 12.125.83.

La empresa, al descorrer el traslado de la demanda, se opuso a las pretensiones del actor, sosteniendo que no tuvo con él contrato de trabajo, pues era una contratista independiente, sin subordinación jurídica. Propuso las excepciones de prescripción, carencia de acción y de derecho y cobro de lo no debido.

Tramitado el proceso en legal forma, lo decidió el a quo con sentencia de 4 de octubre de 1973, mediante la cual resolvió "absolver a la Compañía de Transportes Terminales S. A., representada por el señor Luis Eduardo Correa, de todos los cargos hechos en la demanda por el señor Hernando Torres Daza", a quien condenó en costas.

Este, interpuso recurso de apelación y para resolverlo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fallo de 13 de mayo de 1974, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Recurrió en casación el mismo demandante y por su apoderado plantó la respectiva demanda, replicada en su oportunidad por el de la empresa en la que solicita la casación total del fallo del ad quem, para que esta Sala, "convertida en tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado proferido por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Cali, de fecha 4 de octubre de 1973, y en su lugar acceda a las pretensiones contenidas en la parte petitoria de la demanda que dio origen a este juicio...".

Para conseguir este fin formula un solo cargo del tenor siguiente:

"Acuso la sentencia del Tribunal de violar indirectamente y por falta de aplicación, a causa de errores de hecho provenientes de falta de apreciación de unas pruebas y por apreciación errónea de otras, las siguientes normas de derecho sustancial: artículos 5º, 22, 23, 24, 176, 186 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 8º ordinal 4º literal b) del Decreto 2351 de 1965, adoptado como ley por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y por aplicación indebida de los artículos 1501, 1494, 1602, 1603 del Código Civil y artículo 3º del Decreto 2351 de 1965".

Los errores de hecho que imputa a la sentencia impugnada los expresa, así:

"1º Dar por demostrado sin estarlo, que entre Hernando Torres y la Compañía de Transportes Terminales S. A. existió un contrato de obra que se ejecutó entre el 5 de septiembre de 1966 y el 2 de febrero de 1971.

"2º Dar por demostrado sin estarlo, que el contrato de obra celebrado entre Hernando Torres y la empresa demandada de fecha 28 de agosto de 1968, fue el mismo que rigió las relaciones en el lapso comprendido entre el 5 de septiembre de 1966 y el 2 de febrero de 1971.

"3º No dar por demostrado, estándolo, la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre el demandante recurrente y la Compañía Transportes Terminales S. A. que se desarrolló durante el lapso comprendido entre el 5 de septiembre de 1966 al 2 de febrero de 1971".

Las pruebas respecto de las cuales se cometieron dichos errores, las singulariza diciendo:

"Las pruebas erróneamente apreciadas que llevaron al sentenciador de segunda instancia a incurrir en los errores de hecho antes mencionados, son las siguientes:

"a) Contrato 'de obra' celebrado entre Hernando Torres y la Compañía de Transportes Terminales S. A. suscrito en la ciudad de Cali el 20 de agosto de 1968 y que obra a folio 22 del expediente;

"b) Comunicación dirigida por el señor Hernando Torres al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Departamento Jurídico, de fecha febrero 15 de 1969, que obra a folio 23 del expediente;

"c) Interrogatorio de parte absuelto por el representante de la empresa demandada señor Luis Eduardo Correa, que obra a folios 84 y ss. del cuaderno principal;

"d) Interrogatorio de parte absuelto por el demandante Hernando Torres que obra a folios 78 y ss. del expediente.

"Las pruebas que se acompañaron con la demanda y dejadas de apreciar por el Tribunal, son las siguientes:

"a) 19 comprobantes de pago de salarios comprendidos entre el 10 de septiembre de 1966 y el 31 de diciembre del mismo año, efectuados por la empresa demandada al recurrente por medio de cheques girados contra los Bancos Cafetero, Colombia, National de París, del Comercio, de Bogotá, de la ciudad de Cali, por concepto de los trabajos ejecutados de soldadura;

"b) Cincuenta y tres (53) comprobantes de pago efectuados por la empresa al señor

Torres por salarios entre el 13 de enero de 1967 y 29 de diciembre del mismo año, con los cuales se le pagaron al señor Torres, sus salarios;

"c) Sesenta y cuatro (64) comprobantes de pago efectuados por la Compañía de Transportes Terminales S. A. a mi poderdante entre el 9 de enero de 1968 y el 27 de diciembre del mismo año, los cuales se llevaron a efecto por medio de cheques de diferentes bancos de la ciudad de Cali;

"d) Sesenta y cuatro (64) comprobantes de pago efectuados por la Compañía demandada a mi mandante, entre el 4 de enero de 1969 y el 31 de diciembre del mismo año;

"e) Noventa y cinco (95) comprobantes de pago efectuados por la empresa demandada a mi poderdante entre el 2 de febrero de 1970 y el 26 de enero de 1971, realizados por medio de cheques de bancos de la ciudad de Cali".

Para demostrar el cargo efectúa el análisis de las probanzas anteriores, a fin de tratar de establecer que el actor estuvo ligado a la demandada por contrato de trabajo, aportando diversos argumentos que estudiará la Sala posteriormente, junto con la réplica del opositor, quien a su vez las examina para sacar la conclusión contraria, a fin de sostener la legalidad de la sentencia impugnada.

Para resolver, la Sala considera

El apoyo fundamental del ad quem para afirmar la existencia de un contrato de obra y no trabajo, es el siguiente:

"1. Visible a folio 22 el 'contrato de obra' en que el señor Hernando Torres Daza se llama 'el contratista', cuyas cláusulas primera, segunda y cuarta rezan:

"Primera. El Contratista acepta ser un patrono independiente, que contrata con la empresa la ejecución de obras sucesivas en su especialidad por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlas por sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Segunda. El contratista, contrata con la empresa la ejecución de soldadura, utilizando para ello sus propias herramientas y trabajadores a su servicio, a los cuales el contratista les reconocerá sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones sin que la empresa por ningún motivo y en ningún caso responda ante esos trabajadores por ninguno de los derechos que le reconoce la ley, que son de cargo del contratista. ... Cuarta. Queda entendido que no es esencial requisito de este contrato la prestación personal de los servicios del contratista en las obras que le encomiende la empresa, pudiendo utilizar la actividad de terceros para la ejecución de las mismas, pero siempre bajo su responsabilidad.

"En la nota de terminación del convenio que contiene las estipulaciones que anteceden (fl. 8), se cita el 'contrato de obra en la especialidad de soldadura', alude a 'faltas continuas del personal a su servicio', y, finalmente, se le pide al contratista 'presentarnos los paz y salvos en los cuales conste que no tiene nada pendiente en los diferentes departamentos de la empresa, así como las liquidaciones de prestaciones sociales de trabajadores a su servicio'.

"Los documentos de folios 10, 11 y 12 se refieren a pagos anuales 'por concepto de trabajos varios en su especialidad de soldadura y lámina', a la vez que se advierte un saldo como 'retención para atender pago de prestaciones sociales a sus trabajadores'.

"Suscrita por el contratista, corre a folio 23 la comunicación dirigida por él al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, del siguiente tenor literal:

"Cali, febrero 15 de 1969

"Señores

"Instituto Colombiano de Seguros Sociales

"Departamento Jurídico

"Ciudad

"Estimados señores:

"En atención a la solicitud formulada por ustedes a Compañía de Transportes Terminales S. A. sobre mi afiliación a ese Instituto, con todo respeto les manifiesto que no encuentro razón valedera para esa solicitud, por cuanto no soy trabajador al servicio de Compañía de Transportes Terminales S. A. sino un contratista independiente vinculado a esa empresa por un contrato distinto al de trabajo.

"Atentamente,

"(Fdo.) Hernando Torres D.

"Cédula de ciudadanía número 2.418.629 de Cali".

"Los folios 24 a 48 y 57 a 60 corroboran la inscripción, por cuenta del demandante, en calidad de patrono, de varios trabajadores a su servicio, especialmente los expresados en el segundo de tales documentos, donde, al final, se lee: 'El señor Hernando Torres Daza no ha figurado afiliado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales como trabajador asalariado'; y entre ellos también aparece la suscripción de una póliza de seguro colectivo, a cargo del mismo, con la Aseguradora del Valle S. A., que ordena cancelar como 'contratista independiente', según carta de folio 39.

"Los testigos de folios 61 a 63 y 72 a 73, aunque empleados de la demandada, afirman, igualmente, el carácter de contratista independiente del señor Torres, quien ejecutaba las obras contratadas por un precio determinado, mediante utilización de equipo de soldadura y herramientas propias, y lo 'podía hacer... por intermedio de sus trabajadores, pues no era necesario que lo hiciera personalmente'.

"Asimismo, los declarantes de folios 94 a 97 y 100 a 102 aportan datos sobre que la materia prima corría a cargo del contratista, por deducción que hacía la empresa de su valor; que un vehículo de propiedad de éste lo puso a disposición del beneficiario de las obras; que para realizarlas intervenían a veces, otras personas, y que el señor Torres también podía hacer trabajos a terceros.

"El interrogatorio de parte absuelto por el actor (fls. 78 a 80) confirma toda la verdad contenida en la mayoría de pruebas que se vienen analizando y agrega elementos tipificantes del contratista independiente, cuales son libertad, autonomía, técnica y directiva, precios y forma de cancelación, y hasta acepta, en la última pregunta, que no se le exigía la actuación personal, aunque sostiene haber entendido que siempre estaba vinculado bajo 'contrato de trabajo común'.

"Desde luego, el representante del demandado mantiene idéntica posición (fls. 84 a 86) y explica:

"... La empresa en sí no tiene sección de soldadura pues de tenerla no hubiera contratado al señor Torres para que ejecutara los trabajos u obras que necesitara la empresa hacer en sus vehículos. Los trabajos de soldadura menores eran ejecutados por el señor Arquimedes Saavedra asistente de mantenimiento y posiblemente por uno u otro mecánico trabajador directo de la empresa que tuviera algún conocimiento en eso'.

"Constan a folios 131 a 132 y 138 a 139, más el 154, las diligencias de inspección judicial y dictamen pericial, donde se recogen aseveraciones y puntos de importancia, así:

"... El señor Hernando Torres no tiene hoja de servicio o de vida porque él no era trabajador o empleado directo de la empresa...'

"... Revisadas las planillas y demás documentos relacionados con pagos de empleados, como sueldos y salarios, primas, cesantías y demás prestaciones, no figura el señor Hernando Torres recibido por tales conceptos ni tampoco su nombre en tales planillas'.

"Con el experticio se acompañaron fotocopias de órdenes de pago y facturaciones con el precio de cada obra (fls. 140 a 147).

"2. Entonces, como conclusión del análisis probatorio, se tiene que los medios de convicción que procuraron favorecer al actor, no alcanzaron a desvirtuar la calidad de contratista independiente, según las voces del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, y que la intervención de ayudantes o terceros en la prestación del servicio prometido, constituye la excepción a los artículos 22 y literal a) del 23 de la obra citada, siempre que de todas maneras se desempeñe una actividad personal, sin la posibilidad de que ésta llegue a excluirse, como ocurre en el presente caso, desde el comienzo de la contratación, lo que en la práctica o en la realidad ha pesado en la relación laboral examinada".

El impugnante opone a las razones anteriores, estas:

"**Primera.** No ha existido jurídicamente entre Hernando Torres y la empresa demandada un contrato de la naturaleza a que se refiere el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (Art. 3º Decreto 3165 de 1968), puesto que en el pretendido documento se consagró para Hernando Torres la obligación de ejecutar obras sucesivas en la especialidad de soldadura, teniendo en

cuenta las correspondientes órdenes de reparación dadas por la empresa y en las cuales se le especificaba la obra y su cantidad que debía realizarse. Asimismo, no aparece en el mal apreciado contrato, estipulación referente a un requisito esencial en esta modalidad de convención, cual es la fijación de un precio determinado, pues bien se sabe que en ese tipo de contrato se trata de una obligación de resultado y no de medio, o sea, que lo prometido por el señor Hernando Torres tal como aparece demostrado en el proceso, no fue una obra determinada sino la energía directa de su trabajo. Si consideramos que el demandante recurrente desde el 5 de septiembre de 1966 venía ejecutando una labor subordinada como operario, mal puede dársele el alcance jurídico que se pretende al documento tantas veces indicado y conocido en autos como contrato de obra, porque ello atenta contra el principio general que rige nuestra legislación sustantiva laboral las relaciones o contratos de trabajo, puesto que el demandante desde un principio y a partir del 28 de agosto de 1968 continuó prestando sus servicios bajo la subordinación de representantes de la empresa y la firma o suscripción de un documento en nada puede desvirtuar la verdadera relación laboral que lo ligó a la empresa Compañía de Transportes Terminales S. A. y por ello el inciso 2º del artículo 23 tiene su correcta aplicación en este caso al decir: 'Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo, y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se lo agreguen'.

"La prueba escrita que se pretendió hacer valer por la parte demandada y que erróneamente apreció el Tribunal en su sentencia, tenía como finalidad, la realización de obras sucesivas en la especialidad de soldadura, situación ésta que en la práctica dio lugar indudablemente a que ese tipo de contrato se extinguiera para darle paso a la situación anterior reinante, generando el auténtico contrato de trabajo con el principal elemento característico, cual es la subordinación, pues así lo ha entendido esa honorable corporación cuando en sentencia de casación del 16 de febrero de 1954, dijo:

(Copia parte de dicha sentencia y continúa):

"Asimismo pretende el Tribunal en su sentencia, que en razón de la cláusula cuarta del contrato de obra desapareció por completo la posibilidad de la existencia del elemento subordinación porque se permitió la intervención de ayudantes o terceros en la prestación del servicio prometido constituyendo así la excepción a los artículos 22 y literal a) del 23 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual es totalmente errado y contrario a la jurisprudencia reiterada de ese alto tribunal, máxime si se tiene en cuenta que el señor Hernando Torres fue contratado en razón de su especialidad de soldador facultándolo en virtud de esas capacidades para que en la ejecución de sus labores pudiera utilizar la actividad de terceros".

El opositor arguye a su turno, diciendo:

"1º El contrato celebrado entre Hernando Torres y Compañía de Transportes Terminales S. A. el día 28 de agosto de 1968 (folio 22 del cuaderno Nº 1), constituye la demostración plena de la calidad de contratista independiente, y, como tal, exento de subordinación laboral y verdadero patrono de sus trabajadores, que tuvo Torres en la ejecución de las obras en beneficio de la empresa demandada. Este documento de manera clara e inequívoca establece que Hernando Torres es un patrono independiente, organizado como unidad de explotación económica, que contrata la ejecución de obras sucesivas de soldadura por un precio determinado (operaciones de resultado), asumiendo todos los riesgos, realizándolas con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y directiva y utilizando trabajadores a su servicio bajo su directa y exclusiva responsabilidad, es decir, configura una relación diametralmente opuesta a la que se requiere para la existencia de un contrato de trabajo de acuerdo a las normas legales y a la interpretación jurisprudencial de las mismas.

"Un documento de tal claridad mal puede ser erróneamente interpretado, como no sea en el sentido de pretender derivar de él la existencia de un contrato de trabajo.

"2º La comunicación dirigida por Hernando Torres al Instituto Colombiano de Seguros Sociales el 15 de febrero de 1969 (folio 23 del cuaderno Nº 1) es la confesión

plena y total de su verdadera calidad de 'contratista independiente vinculado a esa empresa (Compañía de Transportes Terminales S. A.) por un contrato distinto al de trabajo', prueba ésta de una claridad tal que tampoco admite ser erróneamente interpretada".

Vese con claridad de las transcripciones que anteceden que es el texto inequívoco de las cláusulas del contrato transcrito por el sentenciador y el de la carta dirigida por el demandante al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el fundamento del fallo recurrido y contra esos textos no opone el censor sino afirmaciones suyas, ni presenta pruebas que las desvirtúen. Cuando un contrato es claro en su tenor literal y a él se atiene el juzgador, para que aparezca error de apreciación ostensible, como ha de ser el que conduzca a casar una sentencia, es indispensable que el impugnante muestre con pruebas fehacientes que ese tenor encubre un contrato distinto o simula uno que no corresponde a la realidad de lo sucedido, pues aun respecto de cláusulas ambiguas u oscuras "el error de hecho manifiesto o evidente en materia de estimación o interpretación del contrato, según reiterada doctrina de la Corte, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato, como prueba del proceso se le hace decir lo que no dice, o cuando el juzgador llega a desvirtuarlo o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas". (Casación de 17 de junio de 1964 G. J. T. CVII Nº 2272).

Y en el punto a estudio no ocurre cosa alguna de lo indicado, ya que el contrato, complementado con la carta del actor al Instituto Colombiano de Seguros Sociales expresa inequívocamente que era un contratista independiente, no ligado por contrato de trabajo. Y que no puede argüirse que el convenio mencionado fue apreciado parcialmente por el ad quem, sin relacionar unas cláusulas con otras, ya que él consta de sólo seis, las cuatro primeras trasladadas por aquél, y las otras dos no contradicen las anteriores, pues la quinta se limita a autorizar a la empresa para exigir garantías de cumplimiento al contratista, si lo estima conveniente, y la sexta fija el término de duración del contrato.

Sostiene el impugnante en el punto cuarto de la demostración del cargo que "la sentencia de segunda instancia al hacer alusión a la declaración del señor Luis Eduardo Correa, representante de la Compañía de Transportes Terminales S. A., sólo contempla aspectos superficiales dejando por fuera planteamientos trascendentales que fueron motivo de confesión, con los cuales se prueba plenamente la relación laboral que a lo largo de la vinculación del señor Torres llegó a tipificar un auténtico contrato de trabajo" y para probar este aserto, cita algunas respuestas al interrogatorio correspondiente, según pasa a analizarse:

"Preguntado: Exprese el absolvente si las obras y trabajos ejecutados de soldadura por el trabajador Hernando Torres fueron en beneficio único y exclusivo de la Compañía? Contestó: Efectivamente, los trabajos realizados por el señor Torres como empresario independiente o contratista de la empresa y los cuales efectuó en los equipos de la misma, sí fueron en beneficio de la empresa, puesto que no se iba a beneficiar por trabajos que el señor Torres realizara en otro u otros vehículos y para otros propietarios".

Nótese que en esta respuesta no existe confesión sobre existencia de contrato de trabajo, y, por el contrario, lo que se afirma es que se trata de un "empresario independiente o contratista de la empresa". Y en cuanto a que los trabajos los efectuaba en beneficio de ésta, tampoco implica admitir la existencia de dicho contrato, ni la subordinación jurídica.

En la otra respuesta citada por el recurrente, manifiesta el representante de la demandada: "El señor Torres al elaborar su trabajo o cotizarlo pasa una relación de los materiales necesarios para tal o cual obra, los cuales eran conseguidos por la empresa para que él pudiera ejecutarlos. El señor Torres usaba sus propios equipos y herramientas para ejecutar esas obras y con alguna frecuencia, por necesidad o intensidad en los trabajos a realizar por él y sus trabajadores era necesario facilitarle la herramienta y equipo de propiedad de la Compañía. En cuanto a que esos trabajos se hicieran en las instalaciones de la empresa, es correcto, pues las necesidades de

estas obras y su ejecución debían hacerse en las instalaciones de la empresa y ocasionalmente ejecutaba algún trabajo a los equipos de la empresa, con previa autorización de ésta, fuera de sus instalaciones".

Tampoco permite esta respuesta configurar el elemento subordinación, fundamental en el contrato de trabajo, pues el contratista independiente no deja de serlo porque ejecute la labor contratada en las instalaciones de la empresa que lo ha contratado, ni porque use en ocasiones equipos de la misma, además de los suyos propios, ni porque solicite los materiales necesarios para realizar las obras correspondientes. Todas estas circunstancias, tanto pueden darse respecto de un contrato de confección de obra material, como de uno de trabajo, y de allí, que por sí solas, no dan base para sostener la existencia del segundo y no del primero, frente a otras pruebas, como las indicadas al principio, que permitieron deducir lógicamente al ad quem que el actor actuó en calidad de contratista independiente.

Otra respuesta de la que el censor deduce la subordinación jurídica es la siguiente: "La persona encargada de ordenar o de aprobar al señor Torres tal o cual trabajo u obra, era el jefe de mantenimiento o su asistente, pero en realidad no había una programación definida, pues esos trabajos había que hacerlos a medida que se iban presentando y se ocasionaban daños en los equipos o vehículos de transportes de la empresa". Pero en esta contestación no se refiere el representante de la demandada a la facultad general de dar órdenes al contratista, sino sólo la de ordenar o aprobar tal o cual trabajo", pues "en realidad no había una programación definida y esos trabajos había que hacerlos a medida que se iban presentando" y es claro que tratándose de quien estaba contratado para "la ejecución de soldadura", como reza el contrato, sin una singularización en el mismo de las obras por ejecutar, debía recibir instrucciones sobre ellas por parte de algún empleado de la sociedad. Por eso, la cláusula tercera de dicho convenio establece: "La empresa, cada vez que requiera los servicios del contratista le entregará a éste una orden de reparación; en la cual se especificará la obra que debe ejecutar el contratista, orden que debe adjuntarse a la cuenta de cobro que semanalmente deberá presentar a la empresa el contratista". No existe, por tanto, en esta respuesta confesión de que el actor estaba jurídicamente subordinado, es decir, personal y subjetivamente; lo que aparece de tal respuesta y de la cláusula citada del contrato es un sometimiento de orden estrictamente objetivo respecto del trabajo por realizar, con relación al cual bien podía actuar independientemente y por sí mismo o por sus trabajadores.

La cuarta contestación señalada por el impugnante como demostrativa del contrato de trabajo, en cuanto de ella se desprende el pago de un salario, dice: "Es verdad que al señor Torres se le cancelaban semanalmente sus cuentas o facturas por trabajos elaborados ordenados por el jefe de mantenimiento o su asistente, mas no por el gerente o jefe de personal, quienes no tenían ninguna incumbencia en cuanto a los trabajos del señor Torres, que eran trabajos técnicos de los cuales se encargaba el jefe de mantenimiento o su asistente".

Lo que resulta de esta respuesta es la aceptación por la empresa de que semanalmente se le pagaba el valor de los trabajos ejecutados, según lo previsto en la cláusula tercera, arriba transcrita, y es obvio que en el contrato de confección de obras materiales también existe la remuneración del contratista de acuerdo con el trabajo o trabajos efectuados. Dicha aceptación, por tanto, no constituye confesión de que se le cubría un salario como elemento fundamental de contrato de trabajo.

En síntesis, comparadas estas respuestas con el tenor literal del contrato suscrito entre las partes y las varias citadas cartas del contratista al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, no surge error de hecho con carácter de manifiesto o evidente por haber estimado el juzgador esas pruebas como demostrativas de que el actor era un contratista independiente y no un trabajador subordinado. Y aún teniéndolas como dudosas, es decir, que tanto sirvan para dar por establecido uno u otro contrato, es sabido que donde hay duda no puede existir yerro manifiesto de apreciación probatoria, pues como ha expresado la Sala en reiterada y uniforme jurisprudencia, el error que tenga tal carácter es de naturaleza

objetiva y no subjetiva, de manera que de la simple comparación entre lo afirmado en la sentencia y lo que consta en la prueba respectiva, "surja una discrepancia o disconformidad ostensible, de bulto, para emplear una locución corriente, y no sea el fruto de elucubraciones más o menos lógicas en que según el criterio de quien las analice permite dar la razón ya a la sentencia, ora al impugnador".

En cuanto a las otras pruebas que el censor indica como estimadas con error resulta lo siguiente:

"... la declaración o confesión de Hernando Torres..." no es prueba de confesión, ya que las afirmaciones por él expresadas son en su favor y es sabido que dicha prueba requiere, como condición esencial, que produzca efectos jurídicos adversos al confesante. Es una declaración de parte, según la denomina el Código de Procedimiento Civil cuyo carácter favorable a quien la hace le resta mérito probatorio.

El dictamen pericial es probanza excluida de la casación laboral, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, en razón de lo cual la Sala no puede reexaminarlo.

Y por lo que hace a las pruebas dejadas de apreciar, que son "los documentos referentes al pago semanal y periódico de salarios efectuados por la empresa demandada al señor Hernando Torres", no tienen fuerza probatoria para establecer la equivocación del ad quem al estimar las otras pruebas analizadas, pues esos documentos demuestran solamente que aquélla cubrió el valor de las obras ejecutadas de acuerdo con el contrato celebrado entre las partes. Así, por ejemplo, en el cuaderno número dos, en que están glosados esos documentos, hallamos lo siguiente: "Número 10417, septiembre 10 de 1966. A favor de Hernando Torres por concepto de avance sobre trabajos en lámina, como contratista... $ 250.00". "Número 11310, septiembre 20 de 1966. A favor de Hernando Torres, por concepto de trabajos de lámina en semana del 12 al 18 del presente mes, como contratista soldador... $ 1.730.00". De parecido tenor son los otros recibos de los primeros folios de dicho cuaderno. Y en cuanto a los que obran en los folios siguientes, algunos dicen simplemente: "Trabajos varios de soldadura, según cuenta adjunta" o "cuenta por trabajos varios de lámina y soldadura" o "pago cuenta del contratista como soldador del 1º al 7 de julio". Y "cuenta por trabajos varios de soldadura del 2 al 8 de septiembre de 1968... $ 1.595.00, menos: reserva para prestaciones sociales... $ 200.00". Y el del folio 157, dice: "A favor de Hernando Torres. Reintegramos parte reserva para atender pago prestaciones sociales de sus trabajadores... $ 712.50". Lo mismo ocurre con los de folios 159, 164, 169.

Vese, pues, que estos recibos, si bien establecen pago regular y periódico de retribución de servicios, también permiten confirmar el aserto del sentenciador en el sentido de que el demandante era contratista independiente, ya que en esta calidad están redactados muchos de ellos y en otros consta retención para prestaciones sociales de sus trabajadores o devolución de esas mismas retenciones.

Lo que ocurre es que el recurrente pretende, según lo sostiene en la parte final de la sustentación del cargo, "que el presunto contrato de obra sólo tuvo apariencia formal, puesto que en la práctica y de acuerdo a la forma y términos como se realizó la labor de Hernando Torres, sólo existió un típico y auténtico contrato de trabajo"; pero esta tesis requería ser demostrada con pruebas fehacientes distintas de los propios elementos de convicción en que, sin violentarlos, fundó el ad quem su convencimiento racional de la inexistencia de este último contrato, pues ya se ha indicado que cuando unas mismas pruebas pueden ser estimadas lógicamente en uno u otro sentido, el que les dé el sentenciador prevalece en casación, por imposibilidad de configurarse en tal caso error con carácter de ostensible o manifiesto.

En consecuencia, el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvanse los autos.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

La Corte, por providencia de 11 de diciembre de 1974,

FALLA:

Primero. Declárase inexequibles el artículo 18 y el parágrafo del artículo 23, del laudo arbitral de 26 de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferido por el tribunal especial de arbitramento que resolvió el diferendo laboral entre el Banco Popular y el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A.

Segundo. Homológase en todo lo demás el dicho laudo arbitral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre once de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Esta providencia resuelve el recurso de homologación interpuesto por el representante legal del Banco Popular contra el laudo arbitral de 26 de julio de 1974, proferido por el tribunal especial de arbitramento convocado para dirimir el diferendo laboral existente entre la nombrada entidad bancaria y el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A.

Antecedentes

I. El Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A., con personería jurídica número 00439 de 1960, presentó a la consideración del Banco Popular, entidad bancaria domiciliada en Bogotá, un pliego de peticiones compuesto de 38 artículos, que corre a los folios 25 a 46 del cuaderno número 1 y 1 a 25 del mismo cuaderno, en copia.

El pliego fue aprobado por la XXV Asamblea de Delegados del Sindicato mencionado, realizada durante los días 11, 12 y 13 de octubre de 1973.

Las conversaciones durante el arreglo directo, etapa ésta que tuvo algunas prórrogas, se llevaron a cabo entre el 13 de noviembre de 1973 y el 22 de enero de 1974 (fls. 47 a 82 del cuaderno Nº 1), y durante ellas se llegó a algunos acuerdos que recogió la sentencia arbitral.

En la segunda fase del conflicto, la conciliación, obraron como amigables componedores por parte del Banco el señor Daniel Manrique y por el Sindicato Aquiles Romero Trejos, pero los conciliadores no llegaron a ningún acuerdo para proponer a los representantes de las partes fórmulas de arreglo y así esta etapa que comenzó el 28 de enero de 1974, terminó el 20 de febrero del mismo año (fls. 83 a 116) sin resultado alguno.

II. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó por medio de la Resolución número 00511 de 27 de febrero de 1974 un tribunal de arbitramento obligatorio para que dirimiera el diferendo laboral entre las partes; dispuso que éste sesionaría en Bogotá y conforme a la ley estableció que el Banco y su Sindicato designaran cada uno un árbitro, siendo el tercero escogido de común acuerdo por aquéllos, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, pero que en caso de que no se llegare a tal acuerdo, lo nombraría el Ministerio tomándolo de la

lista de árbitros elaborada por la Sala de Casación de la Corte (fls. 118 y 119).

III. El Banco Popular designó como árbitro al doctor Ignacio Reyes Posada y el Sindicato al doctor Alfonso Romero Buj, siendo reconocidos como tales por medio de la Resolución número 00910 de 29 de marzo de 1974.

En la misma resolución se ordenó a estos árbitros tomar posesión del cargo y dentro de las 48 horas siguientes a tal acto designar el tercero, o si no se ponían de acuerdo, enviar una copia del acta con la constancia del caso, para los efectos legales consiguientes (fls. 120 y 121).

IV. Aparece de la Resolución número 01227 de 18 de abril de 1974, que el árbitro designado por el Banco, no aceptó el encargo o renunció (la resolución sobre el particular no es clara), por lo que el Banco designó en su reemplazo al doctor Hernando Franco I., (fls. 122 y 123), quien se posesionó el 25 de abril siguiente, un día antes de que lo hiciera el árbitro designado por el Sindicato (fls. 124 y 125).

V. Según la Resolución número 01328 de 9 de mayo de 1974, los árbitros designados por las partes no se pusieron de acuerdo en el nombramiento del tercero, por lo cual el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social escogió como tal al doctor Rafael Baquero Herrera, tomándolo de la lista a que se hizo referencia en el punto II, (fls. 126 y 127).

VI. El doctor Baquero Herrera tomó posesión del cargo el 21 de mayo de 1974 y el tribunal se instaló el 27 del mismo mes y nombró como secretario al doctor Simón Rodríguez Rodríguez (fl. 130).

VII. El tribunal deliberó durante 28 sesiones (fls. 1 a 83 y 192 del cuaderno Nº 8); oyó separadamente a las partes; decretó y practicó pruebas y el 26 de julio de 1974, después de varias prórrogas que solicitó y le fueron concedidas, profirió en tiempo y por unanimidad la sentencia correspondiente que corre de folios 138 a 158 del cuaderno número uno y consta de 32 artículos.

El laudo, en su artículo trigesimosegundo, negó las solicitudes del pliego a que hizo relación en la parte considerativa de aquél.

El recurso

El 30 de julio de 1974 el secretario del tribunal procedió a notificar personalmente la sentencia arbitral al Presidente del Banco y le hizo entrega de una fotocopia de la misma legalmente autenticada y el notificado manifestó "que hace entrega de un memorial en el que interpone el recurso de homologación". Tal memorial que corre a los folios 159 y 160 del cuaderno número 1, contiene los puntos que el Banco en razón del recurso considera que deben anularse.

Posteriormente, el representante legal del Banco solicitó en memorial de 2 de agosto la corrección de algunos errores aritméticos en que dice incurrió el tribunal en el artículo 4º, segundo parágrafo de la parte resolutiva del fallo y en el literal c) del artículo 5º, lo mismo que "al determinar como mínimo para el segundo año en la curva de cargos ejecutivos y/o técnicos la suma de $ 3.426.00 cuando el verdadero era de $ 2.840.00".

Anuncia el peticionario que si el tribunal no puede proceder a tal corrección interpone contra los "textos anteriormente citados" el recurso de homologación.

El mismo día 2 de agosto, el Presidente del Banco en memorial que obra al folio 167, limita el recurso propuesto a los siguientes artículos del laudo:

"1. Artículo undécimo".

"2. Artículo duodécimo y su parágrafo 1º".

"3. Parágrafo 1º del artículo decimotercero".

"4. Artículo decimoquinto y su parágrafo transitorio".

"5. Artículo decimosexto y sus dos parágrafos".

"6. Artículo decimooctavo".

"7. Artículo decimonoveno".

"8. Artículo vigesimotercero y su parágrafo".

"9. Artículo vigesimosexto".

"10. Artículo vigesimoséptimo, y

"11. Artículo trigésimo".

Termina el escrito manifestando:

"En los términos anteriores modifico lo que expresé en la diligencia de notificación del laudo, que se verificó el 30 de julio pasado, acerca del objeto del recurso de ho-

mologación por lo cual, para todos los efectos legales respectivos, deberá entenderse como materia de dicho recurso los once aspectos relacionados anteriormente, sin perjuicio de lo señalado en el memorial adicional sobre corrección de los errores aritméticos, si a ello hubiere lugar".

El tribunal en auto de 3 de agosto siguiente hizo las correcciones aritméticas que estimó pertinentes y sobre el recurso interpuesto dijo:

"Segundo. Concédese el recurso de homologación para ante la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia contra el laudo arbitral de fecha 26 de julio del corriente año y en los términos propuestos por el representante legal del Banco Popular en su escrito de fecha dos (2) de los cursantes".

Finalmente, en memorial fechado el 5 de agosto de 1974, el representante legal del Banco modificó su escrito anterior de 2 del mismo mes, limitando el recurso a lo dispuesto en el artículo 18 y en el parágrafo del artículo 23 de la parte resolutiva de la sentencia arbitral.

El tribunal en auto de 9 de agosto modificó la parte pertinente de su providencia de 3 del mismo mes y dispuso que el recurso interpuesto se contraería "únicamente a los artículos decimooctavo (18º) y el parágrafo del artículo vigesimotercero del laudo arbitral del veintiséis (26) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974)".

Esta providencia no fue impugnada, y por tanto se halla en firme, por lo cual la Corte procede al estudio del recurso, únicamente en relación con estos dos puntos, pues a través de los memoriales presentados por el Presidente del Banco se ve implícita la aceptación de los demás que sólo importan al interés particular de la entidad recurrente y por ello, en este preciso caso, no es procedente el examen de los mismos por haber sido sustraídos válidamente del recurso.

El Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A., no interpuso recurso contra el laudo arbitral.

La impugnación

El Banco Popular constituyó apoderado y éste, una vez reconocida su personería, sustentó el recurso impugnando, el artículo 18 del laudo y el parágrafo del artículo 23 del mismo para obtener que tales ordenamientos fueran declarados inexequibles. Se procederá a estudiar las dos acusaciones en el orden en que fueron formuladas.

Primer cargo

Sobre el ordenamiento 18 del laudo arbitral manifiesta el recurrente que "so pretexto de reiterar apenas lo acordado por las partes en una antigua convención", en realidad los árbitros intentan resucitarla, pues ya había sido sustancialmente modificada por acuerdos y laudos posteriores, para reemplazarla por una nueva norma de derecho que el Banco ha venido rechazando siempre: la adopción del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, sobre estabilidad, indemnizaciones, acción de reintegro y reinstalación en el empleo, tratándose de trabajadores oficiales.

El recurrente transcribe el artículo 18 de la sentencia arbitral y también el 8º de la convención colectiva de 1960, haciendo resaltar algunas de sus frases.

Se pregunta por qué se pactó en esos términos la simple sujeción a "lo preceptuado" sobre estabilidad por el Código Sustantivo del Trabajo y dice que ello obedece a que el Banco Popular, según la propia Corte, "es una entidad de crédito oficial, calificación que le dio el Decreto 2061 de 1954 (Art. 3º) y, a la vez un servicio descentralizado, dotado de personería jurídica, dirigido y administrado con independencia del Estado. Su función fue autorizada por el Decreto extraordinario 2143 de 1950 y es la ley la que gobierna su actividad. Entre otras basta citar la 7ª de 1961" (casación mayo 9 de 1962. Armando Carbonell Vs. Banco Popular). Agrega que este concepto lo ratificaron los Decretos extraordinarios 1050 y 3130 de 1968 y el ejecutivo 2186 de 1969, aprobatorio de las últimas reformas estatutarias. Concluye en esta parte expresando que los trabajadores del establecimiento bancario son oficiales, y por tanto, no se rigen por el "Código Sustantivo del Trabajo (Arts. 3º y 4º del mismo Código) sino por las leyes anteriores (6ª de 1945 y su reglamento del mismo año, etc.) y las especiales que para ellos se dicten. Ni siquie-

ra la hipotética adopción unilateral, por el Banco, del citado Código, por ejemplo en su reglamento interno de trabajo, porque "la Corte no puede aceptar conflicto entre un simple estatuto interno de trabajo, y la ley. Aquél es de rango inferior a ésta y por tanto, si sus previsiones pugnan con la ley, se aplicarán de preferencia los mandatos de ésta" (casación de octubre 31 de 1972, William Ramírez Pita vs. Banco Cafetero). Continúa el apoderado del Banco exponiendo que tanto la Ley 6ª de 1945 y sus reglamentos, como el Código de 1950 consagraban el plazo presuntivo de seis meses, y la cláusula de reserva, con preaviso no inferior a un período de pagos del salario; pero a partir de 1954 (D. 616), el preaviso del Código tuvo un mínimo de cuarenta y cinco días. Afirma que de ahí el empeño del Sindicato en remitirse al código, y la renuencia del banco a aceptar la remisión, hasta el acuerdo de 1960. Pero aun entonces, dice, obsérvanse la precisión idiomática, la cautela, el énfasis cuidadoso con que el banco se abstuvo de aceptar una letra en descubierto hacia el futuro, como habría sido el acoger de antemano, a ciegas, cualesquiera modificaciones ulteriores de la legislación sobre estabilidad de empleados particulares y sólo aceptó estipular "mientras esté vigente, lo preceptuado (en 1960) al respecto (de estabilidad) por el Código Sustantivo del Trabajo".

Sobra decir, manifiesta que en 1965 dejó de estar vigente "lo preceptuado" en 1960 por el Código y fue sustituido para los trabajadores particulares por la escala progresiva del artículo 8º del Decreto 2351 de dicho año la estabilidad postdecenal, la acción de reintegro y la reinstalación.

Expone que "la expresión restrictiva": "mientras esté vigente", no podía referirse a cualquier precepto legal futuro y por lo mismo incógnito e impresumible, pues siempre habrá de estar vigente alguna norma sobre estabilidad en el empleo y por tanto tuvo que referirse, lógicamente, como allí se dice, a "lo preceptuado al respecto" en 1960.

También manifiesta el recurrente que la remisión, pura y simple, a lo preceptuado al respecto de la estabilidad en el Código, sólo tuvo vigencia un año, hasta el 1º de septiembre de 1961, y para demostrar su aserto transcribe parcialmente el punto 9º de la convención de aquel año que sustituyó la de 1960.

Se pregunta si después "de este convenio de 1961, y con invocación de la cláusula o "artículo" 8º de 1960, tan claramente reiterado en cuanto a la vigencia de la cláusula de reserva y modificado en cuanto al preaviso fijo de 45 días, podrá sostenerse que al **eliminar la cláusula de reserva**, al modificar la escala de 10 días por año en la indemnización y eliminar el tope de 150 días y de cuatro mil pesos, y al consagrar la estabilidad postdecenal, la acción de reintegro y la reinstalación en el empleo, apenas se está **reiterando** lo acordado por las partes en 1960?"

Más adelante expresa, que en ninguna de las convenciones colectivas suscritas por el Banco, ni en los laudos arbitrales que han puesto fin a conflictos colectivos con su sindicato, aquél ha renunciado a la cláusula de reserva ni ha adoptado el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por lo que tal cosa es suficiente para demostrar "que el fundamento invocado por los árbitros en 1974 para condenar al Banco, en su artículo decimooctavo del laudo, a renunciar a la cláusula de reserva y a adoptar el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, es inane. Pues no se reitera un convenio que jamás existió entre las partes, en 1960, ni después".

Ni se diga, continúa, que los árbitros de un conflicto colectivo entre una empresa oficial o de economía mixta, y sus trabajadores oficiales, aunque la empresa no haya cejado un momento de oponerse a la supresión de la cláusula de reserva y a la adopción del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, tienen potestad para obligarla a ello. Porque si, en tratándose de trabajadores particulares, la Corte viene sosteniendo de modo constante, desde 1961 hasta ahora, con apoyo en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, que los tribunales arbitrales de conflictos colectivos no pueden afectar los derechos patronales que emanan de la Constitución o de la ley, "aunque sí las situaciones económicas que ésta y aquélla no limitan por lo alto en favor de los trabajadores, seguramente mantendrá su jurisprudencia en el sector oficial".

Se considera

El Sindicato del Banco, en el pliego de peticiones presentado a la consideración de la entidad, solicitó en el punto 20 y bajo el rubro "estabilidad".

"A partir del 1º de enero de 1974 el Banco Popular, al trabajador que hubiere cumplido más de un (1) año de servicios, únicamente podrá cancelarle el contrato de trabajo por justa causa, comprobada, entendiéndose por tal, las señaladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 por parte del patrono, a excepción de los ordinales 7º, 9º, 10, y 14".

"En la cancelación de todo contrato de trabajo el Banco Popular debe señalar claramente el motivo legal del despido y sin el lleno de este requisito es nulo el despido, la empresa debe proceder al reenganche del trabajador al mismo cargo o a uno superior, con el pago de prestaciones y salarios dejados de percibir".

"Parágrafo 1º A los trabajadores con tiempo de servicio inferior a un año a quienes el Banco termine su contrato de trabajo con base en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, se les reconocerá el triple de las indemnizaciones establecidas en el mencionado artículo y decreto".

"Parágrafo 2º A efectos de la terminación del contrato de trabajo, por justa causa, el Banco Popular se abstendrá de considerar el numeral 7º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965". Esta petición fue reformada en la etapa de arreglo directo (fl. 51) sin que se hubiera llegado a acuerdo alguno.

El laudo resolvió la petición de la siguiente manera:

Artículo decimooctavo. "Se reitera en materia de estabilidad en el cargo de los trabajadores, lo pactado por las partes en la convención colectiva de mil novecientos sesenta (1960, Art. 8º) y, en consecuencia, dicho régimen de estabilidad se regulará por los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965".

En el pliego de peticiones presentado al establecimiento bancario en 1960, el Sindicato había solicitado en el punto octavo: "El Banco Popular S. A., no dará por terminado (sic) los contratos de trabajo celebrados con sus trabajadores por causales distintas a las justificativas de despido por justas causas" (fl. 5, cuaderno Nº 2) y esta petición fue resuelta en la convención colectiva celebrada entre las partes el 26 de octubre de 1960, así:

"Estabilidad. Tanto el Banco Popular como el Sindicato de sus trabajadores, aceptan, mientras esté vigente, lo preceptuado al respecto por el Código Sustantivo del Trabajo".

De lo anterior se deduce en forma clara que lo aceptado por Banco y Sindicato, respecto a la estabilidad, era lo preceptuado sobre el particular por el Código de 1950, pero mientras las normas respectivas estuvieran vigentes. Obsérvese que cuando las partes pactaron lo dicho, el Código de la materia a más de las regulaciones sobre justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, establecía como modos especialísimos de terminación de aquél "la cláusula de reserva" y la expiración del "plazo presuntivo del contrato".

La cláusula de la convención de 1960, que fue transcrita, no se reprodujo en las posteriores convenciones, como puede observarse de su lectura (cuaderno Nº 2), pero en ellas se modificaron en favor de los trabajadores del Banco lo referente a la cláusula de reserva y terminación del plazo presuntivo, estableciendo una escala de indemnización de acuerdo a la antigüedad del trabajador.

No obstante su no reproducción, puede aceptarse que mientras no existió modificación del Código sobre la estabilidad en el empleo, el ordenamiento convencional de 1960 rigió las relaciones de las partes.

Pero en 1965 el gobierno como legislador extraordinario, expidió el Decreto-ley 2351 de ese año y tal estatuto cambió, sustancialmente lo relativo a estabilidad de los trabajadores particulares, modificando y adicionando las justas causas de despido, lo mismo que estableciendo una nueva noción sobre contratos a término indefinido que derogó las instituciones conocidas como cláusula de reserva de que podía hacer uso el patrono para poner fin al contrato y la determinación del mismo por expiración del plazo presuntivo.

Con toda seguridad puede decirse entonces, que el 4 de septiembre de 1965 —fecha de vigencia del decreto—, se cumplió la

condición establecida en el artículo 8º de la convención colectiva de 1960, y dejó de regir para el Banco y el Sindicato lo preceptuado en ella.

Y como ninguna convención posterior ha establecido norma semejante a la convencional de 1960, que expiró en 1965, mal podían los árbitros en este conflicto reiterar lo dicho allí, pues tal reiteración sería en este evento la creación de una norma de derecho. Tampoco podían los árbitros, como consecuencia, según dijeron de aquel ordenamiento de 1960, establecer que la estabilidad se rigiera por los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965 que como se sabe modificó el Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto los trabajadores del Banco Popular son "trabajadores oficiales", y el laudo arbitral que reconoce esto no puede establecer para ellos una legislación distinta a la que por tener ese carácter les corresponda.

Los árbitros, por lo tanto, violaron en lo referente a la estabilidad lo preceptuado en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y el ordenamiento 18 del laudo se declarará inexequible.

Segundo cargo

Sobre el parágrafo del artículo 23 del laudo arbitral manifiesta el recurrente:

"En lo que concierne al **parágrafo único** del artículo **vigesimotercero** del laudo cuestionado, que intenta prorrogar por tres meses más de lo previsto en la ley el fuero sindical, seré mucho más breve:"

"El fuero sindical es una institución de orden público, cuyo nacimiento, ámbito de aplicación, duración, excepciones, condiciones, etc., son señalados explícitamente por la ley. También la ley otorga a determinados jueces la potestad soberana de conocer de los litigios que la violación de aquel fuero suscite, y marca el procedimiento especial de los correspondientes juicios".

"No son, pues, los particulares, ni tampoco un banco oficial y su sindicato de base, quienes podrían modificar a su arbitrio, ampliándolo o reduciéndolo, aquel instituto; ni podrían ensanchar la órbita jurisdiccional de los funcionarios del Estado, ni modificar el respectivo procedimiento en los litigios. Mucho menos cabe suponer tamaños despropósitos en los jueces económicos de un conflicto colectivo de trabajo.

"El tribunal arbitral del Banco Popular se dio cabal cuenta de ello, y al motivar su decisión sobre el artículo 31 del pliego dijo: "su función **no le permite entrar en el campo de modificar** el ordenamiento laboral". Pero agrega: "De otra parte, **se decide ampliar** el término del fuero sindical en tres meses más de lo contemplado en la ley, con el argumento (sic) de procurar una mayor estabilidad a los encargados de la dirección sindical". En otras palabras: No podemos hacerlo, pero lo hacemos".

Se considera

El Sindicato en el pliego de peticiones presentado a la entidad bancaria solicitó en el punto 31:

"**Artículo 31.** El Banco Popular reconoce y acepta fuero sindical a diez miembros de la Junta Directiva de la Subdirectiva de Cundinamarca de **Sintrapopular** y a dos (2) miembros de la Comisión de Reclamos de esta Subdirectiva".

"**Parágrafo 1º** El Banco dará todas las facilidades y garantías necesarias para la creación y funcionamiento de esta Subdirectiva; la cual funcionará en Bogotá".

"**Parágrafo 2º** El Banco Popular reconoce el amparo de fuero sindical, al trabajador que habiendo sido protegido por esta garantía deje de ser directivo del Sindicato, hasta por dos años más después de cesar la responsabilidad sindical".

"**Parágrafo 3º** El Banco Popular asimismo reconoce y acepta el fuero sindical a los cinco miembros de los comités seccionales que funcionen en aquellas oficinas que tengan menos de 25 trabajadores y que sean constituidas de acuerdo a los estatutos del Sindicato de Trabajadores del Banco Popular".

En el laudo se resolvió esta petición, así:

Artículo vigesimotercero. "En los términos de la ley el Banco reconoce y acepta fuero sindical a las Subdirectivas creadas o que se creen por el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular".

"Parágrafo. El Banco reconoce el amparo de fuero sindical al trabajador que habiendo sido protegido por esta garantía, deja de ser directivo del Sindicato, hasta por tres (3) meses más después de cesar la responsabilidad sindical".

La sentencia arbitral lo que dispuso en consecuencia, en el parágrafo del artículo copiado fue establecer la garantía del fuero sindical por un término de tres meses más del legal. Así aparece en la parte motiva del laudo.

Pero como la ley da esta garantía en forma temporal a los trabajadores aforados, según distintos casos y situaciones, el patrono no tiene la facultad de terminar el contrato de trabajo, ni trasladar, ni desmejorar al trabajador durante este período legal, sin sujetarse a las regulaciones del fuero sindical. El derecho del patrono fuera de tales límites no puede desconocerse por los árbitros excediendo los señalados en el capítulo VIII del título I del derecho colectivo del trabajo, aplicable a los trabajadores oficiales conforme al artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo.

Como los árbitros afectaron la dicha facultad del Banco vencidos los períodos legales de protección, infringieron el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y por tanto este ordenamiento del laudo se anulará.

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,

Falla:

Primero. Declárase inexequibles el artículo 18 y el parágrafo del artículo 23, del laudo arbitral de 26 de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferido por el tribunal especial de arbitramento que resolvió el diferendo laboral entre el Banco Popular y el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A.

Segundo. Homológase en todo lo demás el dicho laudo arbitral.

Tercero. En el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social depósitese con el respectivo fallo arbitral una copia de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FIJACION DEL SALARIO PROMEDIO MENSUAL, COMO BASE DE LIQUIDACION

Las vacaciones satisfechas en dinero al finalizar la relación laboral, tienen un carácter compensatorio que no es salario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. —Sección Primera. — Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por ambas partes litigantes contra la sentencia que dictó el 27 de agosto de 1973 el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, en el ordinario de trabajo promovido por **Francisco Luis Mejía O.** contra **Cementos Argos S. A.**, de las condiciones que, con las de sus apoderados, contiene el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número de la referencia.

En la litis el demandante impetró el reintegro al cargo que desempeñó en la empresa durante más de diez años, con los salarios y prestaciones desde cuando se le desvinculó hasta cuando se opere aquél y, en subsidio, la indemnización por el despido injusto, liquidada conforme a la convención colectiva celebrada entre la dicha sociedad y su Sindicato, la jubilación-sanción prevista por la ley y el reajuste de las prestaciones de cesantía, vacaciones y primas, más la indemnización moratoria en el pago de esos derechos.

El juzgado del conocimiento sintetizó los hechos del escrito inicial así:

"Que la empresa Argos S. A., se benefició de mis servicios como trabajador y a ella estuve subordinado durante dieciocho años aproximados, hasta que ella me despidió injustamente. Que el despido ocurrió así: tuve una calamidad doméstica y el patrono estuvo obligado a darme la licencia de que trata el artículo 57, regla 6ª, porque una hija se me murió y mi mujer estuvo grave de salud; mi jefe inmediato doctor Jorge Vega optó por suspenderme como lo venía haciendo con reiterada frecuencia sin causa alguna pretextando una llegada tarde que en razón de mi oficio no existe pues ejercí actividades de dirección; posteriormente se me imputan hechos que no se cometieron en la empresa y que tampoco existen porque no fueron ciertos en la forma como me los imputó la empresa. Que indudablemente mal podía haber ejecutado actos de indisciplina en la ejecución de labores en épocas en que en razón de la regla contenida en el artículo 57, numeral 6º, yo estaba en uso de licencia por grave calamidad doméstica. Que el patrono a través de mi inmediato jefe incurrió en mentiras, en incomprensiones, y hasta en irrespetos, lo que rechazo con énfasis y hasta indignamente (sic), cuando mediante una serie de comunicaciones escritas trató de preconstituir una documentación escrita para pretextar un despido injusto (sic), cuando en realidad estaban incurriendo en una tremenda injusticia, pues a diario se me obligo a ejecutar actos a mí inoponibles en razón de mi oficio, pues yo era directivo, lo que explico así: mi jefe inmediato no se dignó concederme la licencia en el caso de la grave calamidad doméstica cuando gravemente murió (sic) mi hija, y cuando mi esposa fuertemente enfermó durante el tiempo suficiente a la recuperación moral de tan duros golpes; fue así como el día de mi despedida teniendo derecho a no trabajar por la grave calamidad doméstica padecida, me suspendió del trabajo por haber

llegado tarde lo que hizo verbalmente, y estando fuera de la empresa, esto es en la calle, pretendió imputarme como faltas hechos que a ella le eran inoponibles pues estaba en la calle y no en la empresa, y estos hechos son indiferentes moralmente tomándolos no desde el punto de vista de la empresa sino como ciudadano ordinario. Que inició labores el 28 de junio de 1959 y que terminó en abril 10 de 1972".

Y el mismo juez a quo recogió la posición defensiva de la demandada de la siguiente manera:

"Que no son ciertos los hechos de la demanda y que se atiene a las pruebas que presente el actor en el transcurso del juicio. Que la terminación unilateral del contrato de trabajo se hizo con justa causa. Que por esta razón se comunicó al demandante tal determinación el 5 de abril de 1972, a partir del día 10 de dicho mes, con fundamento en los numerales 2º, 6º, 9º, 10 y 11 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Que pese a ello, y en atención a una carta del trabajador, la empresa accedió a no hacer efectivo el despido razón por la cual se advirtió al demandante que si posteriormente reincidía en las faltas que se le ha venido imputando, sería sancionado con el despido definitivo. Que, en consecuencia, se opone a las pretensiones del actor y propone las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de acción, pago de prestaciones y cualquiera otra que se pruebe o aparezca probada".

Tramitada la controversia el juzgador de primer grado resolvió:

"1º No se accede a la petición principal formulada por la parte actora en este juicio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"2º Condénase, en consecuencia, y subsidiariamente, a la empresa denominada "Compañía de Cementos Argos S. A.", representada por el doctor Adolfo Arango Montoya, a pagar al señor Francisco Luis Mejía Ocampo las siguientes cantidades:

"a) Ochenta y cinco mil doscientos setenta y nueve pesos con setenta y seis centavos ($ 85.279.76) M/cte., por concepto de indemnización por despido injusto e ilegal;

"b) Dos mil ciento veinticuatro pesos con treinta y tres centavos ($ 2.124.33) M/cte., por reajuste de auxilio de cesantía.

"3º Condénase, asimismo, a la 'Compañía de Cementos Argos S. A.' a pagar al señor Francisco Luis Mejía Ocampo una pensión especial de jubilación equivalente a $ 3.112.96 M/cte. mensuales, exigible a partir de la fecha en que éste cumpla los cincuenta (50) años de edad, de acuerdo con la partida de nacimiento que obra a folio 70 del juicio y al tenor de lo expresado en la motivación de este fallo.

"4º Absuélvese a la 'Compañía de Cementos Argos S. A.' de los demás cargos formulados por el demandante en su libelo demandatorio.

"5º Declárase parcialmente configurada la excepción de pago en cuanto se refiere al reajuste de vacaciones y primas de servicio.

"6º Decláranse no probados los demás medios exceptivos propuestos.

"7º Con costas rebajadas en un cincuenta por ciento (50%)".

Esta providencia fue apelada por los apoderados de los litigantes y el Tribunal ya mencionado de Medellín la confirmó en la suya de 27 de agosto de 1973, "con la sola modificación de que el reajuste de cesantía tiene un monto de ciento ochenta y cuatro pesos con noventa y ocho centavos ($ 184.98)". Impuso las costas de ambas instancias a la demandada en un cincuenta por ciento (50%).

El recurso extraordinario

Por los propósitos de los recurrentes y las modalidades del pleito se estudiará, en primer término, la demanda de casación de Cementos Argos S. A.

Impugnación de la demandada en el juicio

Persigue el quebranto parcial de la sentencia del ad quem en cuanto confirmó el ordinal a) del numeral 2º y el numeral 3º de la de primer grado, sobre condenas por indemnización por despido injusto y pensión-sanción respectivamente, y en cuanto gravó a la sociedad demandada con el cincuenta por ciento de las costas de

ambas instancias para que, en la sede subsiguiente, la Corte revoque las dichas condenas y en su lugar absuelva a Cementos Argos S. A. de las respectivas peticiones de la litis e imponga las costas al actor. El recurrente advierte que, por lo anterior, sólo deberá mantenerse la condena del Tribunal "en lo referente al pequeñísimo reajuste de cesantía a favor del señor Mejía, por la suma de $ 184.98".

Para estos efectos en cargo único de la causal, 1ª acusa interpretación errónea del numeral 2º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con la causal A) 6º del artículo 7º de Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, y en relación con el artículo 107 de aquel estatuto, interpretación errónea que condujo al Tribunal a la aplicación indebida del ordinal d) numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Para sustentar su ataque el recurrente concreta que el Tribunal, luego de desechar las otras causales de despido que manifestó la empresa, respecto de la de embriaguez estimó que aunque el trabajador se presentó a las oficinas e instalaciones de la fábrica el 5 de abril de 1972 en estado de embriaguez, de ello no resultó ningún perjuicio ni el más leve asomo de irrespeto para con cualquiera de los superiores o los compañeros de trabajo, por lo cual no calificó como justificado el despido. Mas, para el recurrente, el numeral 2º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo prohibe al trabajador presentarse al trabajo en estado de embriaguez, sin atenuantes ni agravantes de ninguna clase, y mucho menos sin agregarle el concepto de perjuicios, por lo cual constituye una interpretación errónea el darle un alcance distinto a la norma transcrita, como lo hizo el fallador, violando también el numeral 6º del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y, consecuencialmente, en razón de las condenas que impuso, los textos arriba citados sobre indemnizaciones por despido injusto y pensión-sanción.

Agrega el acusador que la empresa abundó en razones para despedir a Mejía e invocó para ello varios numerales de ley, pero que basta comprobar uno solo para que se considere lícita su actitud; que el demandante aceptó que el día del despido no estaba en uso de licencia, por lo que no tendría eficacia su posible alegación de que estaba en licencia y fuera del trabajo cuando fue despedido, observación que hace el acusador a título complementario pues el Tribunal no la tuvo en cuenta y, por ende, no constituye soporte de su fallo; que el reglamento de trabajo fue observado plenamente para el despido, lo que manifiesta también de modo complementario, y que no hace análisis de la prueba testimonial porque de ella se apreció que Mejía no causó con su actitud perjuicios a la empresa ni hizo escándalo ni irrespetó a los compañeros, que es lo que se considera erróneo en la interpretación del fallador.

El apoderado del trabajador no formuló escrito de oposición.

Se considera

El recurso de la empresa se concreta a las condenas por indemnización por despido injusto y jubilación-sanción, en su fundamento del despido injusto que apreciaron los falladores de instancia. Para el Tribunal, en razón de que, si bien el trabajador incurrió en la causal de presentarse a las oficinas e instalaciones de la empresa en estado de embriaguez, con ello ni ocasionó perjuicios ni cometió escándalo ni irrespetó al patrono o a sus compañeros de trabajo. De lo cual concluyó que Mejía no había incurrido en violación grave de la prohibición que contiene el numeral 2º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo tanto el despido que le produjo la empresa no fue justo.

El acusador sostiene que este juicio implica una interpretación errónea del texto citado que sanciona dicha falta sin exigir que ella produzca perjuicio o esté rodeada de las otras circunstancias anotadas por el ad quem.

Para la Sala, sin embargo, no hubo interpretación errónea del texto en cita, pues con base en él se fijó la comisión de la falta que el precepto 60 consagra como prohibición para los trabajadores, esto es, presentarse al trabajo en estado de embriaguez. Pero el numeral 6º del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 lo que sanciona como justa causa es esa fal-

ta con el carácter de grave, y para el juzgador la de autos no tuvo ese carácter en razón de la ausencia de las circunstancias anotadas. Y esto lo apreció de la prueba testimonial que configuró el hecho respectivo. En otras palabras, no se desconoció el texto 60-2 en su contenido de prohibición, sino que, conforme al 7º del decreto citado se decidió que para que hubiese justa causa era necesario que la falta fuese grave.

El asunto no es, pues, del concepto que formula el acusador, sino de calificación conforme a las pruebas de la gravedad de la falta, lo cual sólo podría estudiarse por la vía del error de hecho.

Estas consideraciones hacen inestimable el ataque, ya que no hubo interpretación errónea de los textos examinados sino aplicación de los mismos en el entendimiento de que la falta, según las probanzas, no revistió el carácter que obligase a la calificación necesaria para justificar el despido.

El recurso del trabajador

Expresa su alcance así:

"Pretendo la casación parcial del fallo recurrido en cuanto confirma la absolución de primer grado referente a la solicitud de reajuste de las prestaciones sociales de cesantía, primas y vacaciones, en cuanto confirma la absolución moratoria, y en cuanto confirma la condenación hecha por el a quo a la indemnización por despido y jubilación sin modificación alguna, para que convertida esa suprema corporación en sede de instancia revoque la sentencia del Juzgado haciendo la condenación correspondiente por los reajustes de cesantías, primas y vacaciones, condenando además a la indemnización moratoria, y además para que en sede de instancia esa altísima corporación confirme las condenaciones por indemnización por despido y jubilación pero con la modificación de que tanto la indemnización por despido como la jubilación son de un valor económico considerablemente superior al deducido en la sentencia, imponiendo las costas en ambas instancias y en el recurso si hubiere oposición".

Para estos efectos formula dos cargos, de la causal primera de casación laboral, que se estudian en su orden así como las réplicas del opositor.

Primer cargo

Acusa aplicación indebida de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo; 253, 254 y 249 del mismo estatuto en relación con los textos 17 del Decreto 2351 de 1965 y 8º del Decreto 1373 de 1966; 186 y 189 de la dicha obra, 14 del decreto mencionado, 187 en relación con el 5º de la Ley 73 de 1966, 5º, del Decreto 13 de 1967, 13 del Decreto 995 de 1968 y 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta, a consecuencia de errores de hecho manifiestos, por equivocada apreciación de unos documentos y por falta de apreciación de otros.

Los documentos mal apreciados son:

"Primero. Documento de folio 12 frente recibo fechado el 10 de abril de 1972; $ 1.458.00 por sueldos; vacaciones $ 1.738.87, prima de servicios $ 1.220.91; cesantías $ 10.999.62. Segundo. Documento de folio 20 en que consta la duración del servicio y además que el total liquidado para pagar a Mejía asciende a $ 10.999.62. Tercero. Documento de folio 21 en que aparece la única prueba sobre el pago de primas de servicio y vacaciones, sueldos y cesantías. Cuarto. Documento de folio 94 frente, contiene recibo fechado en el año de 1963 de diciembre 28 por cesantías $ 2.997.38, cita resolución que no aparece demostrada. Quinto. Documento de folio 96, contiene resolución que autorizó préstamo de $ 20.000.00 sobre salarios. Sexto. Documento de folio 97, contiene recibo del año 1965, fechado el 30 de enero para cesantías. Séptimo. Documento de folio 101, contiene recibo por $ 5.106.65 del 19 de febrero de 1968 por cesantías. Octavo. Documento de folio 102, contiene recibo por $ 2.959.00, fechado el 28 de junio de 1968 por cesantía. Noveno. Documento de folio 103, contiene recibo por $ 1.500.00, fechado en febrero 6 de 1969, a título de cesantía. Décimo. Documento de folio 104 contiene recibo por $ 12.725.38 fechado en enero 29 de 1971 por cesantías. Decimoprimero. Documento de folio 105, contiene petición de autorización de liquidación parcial de cesantías.

Decimosegundo. Documento de folio 7 y siguientes contiene contestación de la demanda".

Y los dejados de apreciar:

"Folio 61 y siguientes se refiere a todos los salarios recibidos por el trabajador durante el último año de servicios. Folio 23 acápite salarios, en que consta que el trabajador devengaba la suma de $ 4.860.00 mensuales sin contar los otros conceptos que constituyen salario. Folio 37 que contiene la convención entre el Sindicato y la empresa. Folio 51 se refiere al certificado de deducción de salarios para el Sindicato. Folio 62, en que constan los presupuestos de hecho para ser extensiva a terceros la convención vigente. Folio 21, en que aparece la única prueba de pagos por primas de servicio, cesantías, vacaciones y sueldos".

El recurrente señala los errores de hecho así:

"a) No dar por demostrado estándolo (folio 61) que el salario promedio mensual devengado por el demandante durante el último año de servicio fue de $ 5.386.48 o en subsidio el que liquide esa honorable Sala; b) No dar por demostrado estándolo que en el salario base de liquidación de prestaciones deben estar incluidos los conceptos de vacaciones, sueldos, auxilio escolar, prestación adicional, subsidio por maternidad, el exceso de lo pagado por deudas legales de primas de servicios (folio 61); c) Dar por demostrado sin estarlo (folio 22) que el salario base de liquidación de prestaciones es exclusivamente la suma de $ 4.439.67 mensuales en promedio como lo observa solamente a folio 22 pero sin relacionarlo con los folios 61 y siguientes; d) Dar por demostrado sin estarlo el último salario semanal devengado por el trabajador a 31 de diciembre de 1962; e) Dar por demostrado sin estarlo la totalidad de los respectivos aumentos salariales a 31 de diciembre de 1972 hacia atrás, hasta el 28 de junio de 1954 para efectos de liquidación de cesantías; f) No dar por demostrado estándolo que el valor total de las cesantías liquidadas según el salario del último año durante el período de 28 de junio de 1954-9 de abril de 1972 a $ 5.386.48 anuales vale la suma total de $ 95.790.95; g) No dar por demostrado estándolo que la parte demandada únicamente pagó al terminar el contrato la suma de $ 10.999.62 a cuenta de cesantías y que en consecuencia debe la diferencia entre lo pagado y lo que liquide esa honorable Sala (folio 21); h) Dar por demostrado sin estarlo que la parte demandada estaba autorizada para pagar como anticipo de cesantías la suma de $ 2.997.38 el 28 de diciembre de 1963; i) No dar por demostrado estándolo que la empresa no tenía esa autorización para pago anticipado de la cesantía (folio 94); j) Dar por demostrado sin estarlo que el patrono pagó $ 20.000.00 el 24 de septiembre de 1962 por cesantías no exigibles por el mero hecho de ser autorizado para hacer un préstamo sobre salarios de $ 20.000.00, (folio 96); k) Estimar como prueba del pago a cuenta de cesantías una simple autorización para hacer un préstamo; l) No estimar que un pago de cesantías anticipado requiere autorización del Ministerio del Trabajo (folio 96); m) Dar por demostrado sin estarlo que la parte demandada estaba autorizada para pagar un anticipo de cesantías por valor de $ 4.013.70 el 25 de enero de 1965 (folio 97); n) Dar por demostrado sin estarlo que la parte demandada estaba autorizada para pagar un anticipo de cesantías por la suma de $ 5.106.65, el 19 de febrero de 1968 (folio 101); ñ) Dar por demostrado sin estarlo que la parte demandada estaba autorizada para pagar la suma de $ 2.959.00 el 28 de junio de 1968 (folio 102) como cesantías anticipadas; o) Dar por probado sin estarlo que la parte demandada estaba autorizada para pagar la suma de $ 1.500.00 el 6 de febrero de 1969 a cuenta de anticipo de cesantías; p) Dar por probado sin estarlo que la empresa estaba autorizada por el Ministerio del Trabajo mediante resolución debidamente motivada para hacer el pago de $ 12.725.38 a cuenta de cesantías anticipadas el 29 de enero de 1971 (folio 104); q) No dar por probado estándolo que la única y exclusiva prueba que la empresa quiso aportar sobre la cancelación de vacaciones consiste en el pago de la suma de $ 1.738.87 (folios 12, 21 y 61); r) No dar por probado estándolo que la única y exclusiva prueba sobre el pago de primas que quiso aportar la empresa consiste en la suma total de

$ 5.524.24, pero fuera de ese pago no existe prueba de otro (folio 61); s) Dar por probado sin estarlo que la empresa canceló la totalidad de las primas de servicio causadas en el período total de duración del contrato; t) Dar por comprobado sin estarlo que la empresa pagó la totalidad de las vacaciones que se causaron durante los 17 años, 9 meses y 11 días de servicio; u) Dar por probado sin estarlo atentando contra la evidencia de autos que la demandada únicamente adeuda la suma de $ 184.98 a título de reajuste de cesantías; v) No dar por establecido estándolo que la empresa debe al demandante a título de primas de servicio la suma de $ 90.266.71, esto es liquidadas conforme al artículo 306 del Código y según el último salario por cuanto el patrono no comprobó que el salario era inferior y deducidas las primas cuya prueba de cancelación se comprobó (folios 12 y 21); w) No dar por establecido estándolo que la empresa demandada debe al demandante la suma de $ 46.166.60 o en subsidio lo que liquide esa honorable Sala, a título de vacaciones compensadas en dinero liquidadas conforme al inciso 2º del artículo 14 del Decreto 2351 de 1965 y según el artículo 186 del Código, conforme al último salario porque el patrono no probó salario inferior y deducido el valor de lo que la empresa comprobó haber pagado (folios 12 y 21); x) Dar por probado sin estarlo que el patrono lleva el 'registro especial de vacaciones' con que él pudo haber comprobado la cancelación de vacaciones; y) Estimar como soporte de la decisión absolutoria por indemnización por mora que la demandada haya probado sin ser cierto que pagó la totalidad de las cesantías; z) Estimar como soporte de la absolución por la indemnización moratoria que la demandada comprobó en el juicio sin haberlo hecho el pago de todo lo debido a título de primas de servicio; aa) Fundamentar la absolución por la mora en la prueba que nunca se produjo, del pago total de lo debido por concepto de vacaciones; bb) Dar por establecido sin estarlo el pago oportuno de las prestaciones sociales y con base en este manifiesto error de hecho absolver a la entidad demandada de la indemnización moratoria; cc) No dar por establecido estándolo que el patrono confesó el sueldo mensual de $ 5.386.48, cuando a folio 61 dijo que pagó por primas de servicio la suma de $ 5.524.25 durante el último año de servicios; dd) Haber dado por probado sin estarlo que el patrono debía un sueldo mensual por primas de servicio, inferior al que la demandada pagó por concepto de primas de servicio; una suma distinta a un sueldo mensual; ee) Haber estimado documentos que no fueron anunciados como prueba por la parte demandada ni en la contestación de la demanda, ni en la audiencia primera de trámite; y haber permitido que estos documentos (92 y ss.) entraran al proceso irregularmente, sin haberse concretado como es de rigor legal y especificado y sin haberse decretado siquiera como prueba de oficio o en auto para mejor proveer".

Para sustentar sus acusaciones el recurrente manifiesta, en forma extensa, que el Tribunal apreció que el actor trabajó para la demandada durante 17 años, 9 meses y 11 días con un salario final de $ 4.439.67 mensuales, en promedio, cuando la pieza del folio 61 discrimina distintos factores que han debido imputarse para los efectos del salario promedio del último año de servicios, que el recurrente afirma de $ 5.386.48 o lo que, en subsidio, liquide esta Sala; que lo único que la empresa demostró como pagado, a título de cesantía, fue la suma de $ 10.999.62, por lo que el reajuste a que condenó el Tribunal en monto de $ 184.98 no responde al salario promedio devengado durante el último año, incluyendo los factores arriba mencionados, y, por otra parte, descuenta unos anticipos y un préstamo que no aparecen debidamente autorizados; y que las primas de servicios y vacaciones no aparecen pagadas, por lo que la condena al reajuste de cesantía mencionado y la absolución por primas y vacaciones son violadoras de los textos reseñados en el cargo. Asimismo se violó el texto de indemnización por mora, pues la demandada adeudaría enormes cantidades de dinero por cesantía, primas y vacaciones, de no haber sido por los citados errores del Tribunal.

Para el opositor el cargo ha debido incluir, en su proposición jurídica, el artículo 57-4 del Código Sustantivo del Trabajo por ser ésta la norma sustancial pertinen-

te de la obligación patronal de pagar la remuneración pactada, así como el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que adoptó el Decreto 2351 de 1965. Y en cuanto a los errores de hecho analiza a su vez las probanzas para concluir que aquéllos no ocurrieron señalando, finalmente, que el ataque, en lo relacionado con los recibos de cesantías parciales constituye un medio nuevo en casación, porque esta circunstancia no fue discutida en el juicio y la estimación de documentos que no fueron decretados en la primera audiencia del trámite tendría que ver con un error de derecho, en razón de la ritualidad de la prueba.

Se considera

Para los fines que persigue este ataque no era necesario, como lo reclama el opositor, incluir en la proposición jurídica sometida a estudio de la Corte el ordinal 4º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que aquéllos no comprenden la obligación patronal de pagar la remuneración pactada, sobre que versa este precepto, sino el de que se tengan como salario algunos factores que el fallador no apreció de ese modo, para lo cual bastan los textos 127 y 128 del mismo estatuto, que sí fueron relacionados en la forma debida. La Sala tampoco ha considerado necesaria la cita del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 en casos como el presente, en que no se trata de controvertir el carácter provisional del Decreto 2351 de 1965 ni su vigencia, ni su conversión en legislación permanente por el último precepto citado, sino del contenido mismo de los tales ordenamientos. No se acogen, por lo expuesto, estos reparos técnicos del opositor.

En cuanto a la cuestión de fondo del cargo, a través de sus 32 errores de hecho y 18 probanzas, relativos a las decisiones sobre reajustes de cesantías, primas de servicio y vacaciones y sobre indemnización moratoria aparece:

a) Respecto de los reajustes mencionados: La acusación los procura, por varios motivos, así:

De las cesantías, por no haberse imputado algunos factores salariales conforme al documento de folio 61 y por haberse aceptado liquidaciones anticipadas y un préstamo, que no fueron autorizados legalmente, así como el salario en 31 de diciembre de 1962, para la congelación correspondiente a esa fecha.

De la fijación por el ad quem del salario promedio mensual como base de liquidación, es cierto que señaló la cifra de $ 4.439.67. Sin embargo, sus operaciones y la confirmación de las condenas del a quo revelan que tuvo como promedio, en el último año, la cantidad de $ 4.668.72 que comprende lo devengado por sueldos y por bonificación, factores ambos que son correctos en su estimación salarial. No incluyó lo que se presenta como vacaciones, en cantidad de $ 1.738.87, porque pagadas como aparece al folio 23, como correspondientes al período comprendido entre el 28 de junio de 1971 y el 9 de abril de 1972, fecha esta última de la vinculación laboral, tienen un carácter compensatorio que no es salario: como tampoco lo tienen los valores pagados, según el mismo documento en examen, por primas de servicio y por prestación adicional. El auxilio escolar y el subsidio por maternidad, por sus conceptos y por sus cuantías se muestran como prestaciones extralegales sin que nada indique en los autos naturaleza salarial. En estas condiciones los dos únicos factores a que debió atenderse fueron los apreciados por el a quo, de sueldos y bonificación, que resultaron asimismo aplicados por el ad quem en razón de su fallo confirmatorio. Por este aspecto no hay lugar a reajuste alguno.

En cuanto a la consolidación en 31 de diciembre de 1962 y a los descuentos, para la liquidación final, de las cesantías anticipadas y el préstamo, la demanda inicial no presenta los fundamentos de hecho. Podían los juzgadores, en consecuencia, entender que el reajuste solicitado sólo obedecía a los factores salariales de que se ha hecho mención y cualquier entendimiento distinto tendría que proponerse por equivocada apreciación del dicho escrito inicial, cosa que el recurrente no ha hecho. Por lo demás, la aceptación por el actor de tales consolidación y deducciones se halla en la declaración de paz y salvo suscrita por Mejía Ocampo al folio 20, contra la cual no ha argüido falsedad, como tampoco la ha

expresado de las fotocopias de las resoluciones aportadas en la segunda instancia y que el Tribunal resolvió tener como pruebas. Nada de todo lo anterior permite considerar estos planteamientos del ataque.

Los reajustes por primas de servicio y vacaciones tampoco se afirmaron en hechos de la demanda inicial; los recibos expedidos por el trabajador a la terminación del contrato no contuvieron salvedad alguna y nada autoriza suponer que habiendo declarado Meiía su conformidad con lo correspondiente a esos últimos pagos hubiese quedado pendiente lo que el patrono debiera por tiempo anterior o por descanso no disfrutado.

No son atendibles estos otros aspectos de la acusación.

b) Respecto de la indemnización por mora basta atender, con los falladores de instancia, a que no siendo debidos los reajustes considerados, salvo en los $ 184.00 resultantes de operaciones aritméticas, lo pagado por la empresa correspondió a lo que creyó deber y no incurrió en la mora que sanciona el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

No prospera por lo expuesto el cargo.

Segundo cargo

Acusa aplicación indebida de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, 8º de la Ley 171 de 1961 y 21 del Decreto 1611 de 1962, en relación con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, violaciones que produjeron la falta de aplicación de los artículos 37, 38 y 39 de aquel decreto de 1965, en relación con el artículo 12 del Decreto 1373 de 1966 y con la cláusula 24 de la convención colectiva que obra a folio 37 del expediente. Estas violaciones acontecieron, por vía indirecta, a consecuencia de haber apreciado mal la liquidación de prestaciones de folios 22, 23 y siguientes y de no haber apreciado la dicha convención colectiva, el certificado sobre deducción de salario del actor para el Sindicato, de folio 51, y los documentos de folios 61, 62 y 63 sobre presupuestos de hecho para la extensión a terceros de la convención y certificado del salario devengado durante el último año de servicio.

Para el acusador los errores de hecho consistieron:

"Primero. No dar por demostrado estándolo que el actor devengaba un salario promedio mensual de $ 5.386.48 o en subsidio el que se liquide por esa honorable Sala (fl. 61). Segundo. Dar por demostrado sin estarlo que el actor sólo devengaba $ 4.439.67. Tercero. Dar por demostrado sin estarlo que el valor de la indemnización por despido y la jubilación-sanción es el mismo que dedujo el a quo. Cuarto. No dar por demostrado estándolo que la convención colectiva se le aplicaba al demandante especialmente en lo que toca a la indemnización por despido para el efecto de liquidación del valor de ella. Quinto. Dar por demostrado sin estarlo que la liquidación de la indemnización por despido correspondiente al señor Francisco Meiía en este caso se hace con base en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

Para el opositor el cargo adolece de los errores de técnica que anotó con ocasión del ataque primero, respecto de la falta de cita de los artículos 57-4 del Código Sustantivo del Trabajo y 3º de la Ley 48 de 1968; de mezclar la falta de aplicación, que sería infracción directa, con violaciones de la vía indirecta y de no incluir en la proposición jurídica el artículo 476 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se considera

Los dos primeros reparos técnicos no fueron acogidos por la Sala al estudiar el ataque anterior del acusador. El tercero tampoco es fundado, pues la falta de aplicación que afirma el cargo se presenta como modalidad de la aplicación indebida a consecuencia de error de hecho, por lo cual no se incurre en el defecto de mezclar acusaciones por las dos vías. La cita, en fin, del artículo 476 del Código Sustantivo del Trabajo, no era indispensable en el presente caso, por cuanto lo que pretende el acusador aparece fundado en los textos 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, que sí fueron incluidos en la proposición jurídica sometida al estudio de la Corte. No se acogen, por lo tanto, los reparos técnicos formulados por el opositor.

El cargo versa sobre las condenas por despido injusto y pensión de jubilación pa-

ra que, mediante su prosperidad, se las liquide con base en el salario que se pretendía demostrado en el juicio conforme al cargo primero, y no con el que las liquidó el Tribunal, de una parte, y, de otra, que la indemnización se ordene conforme a la cláusula veinticuatro de la convención colectiva y no en la forma que establece el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Lo primero carece de todo fundamento, pues el cargo anterior de la demanda de casación no prosperó, habiéndose mantenido la sentencia recurrida, que no imputó como factores salariales los que pretende el recurrente y que son los mismos a que se refería el dicho ataque primero.

En cuanto a la apreciación de la convención colectiva, para que la indemnización por despido injusto se ordene con aplicación de su cláusula vigesimocuarta, la pieza de folio 51, con la que se pretende fundamentalmente la demostración del error de no extenderle al extrabajador Mejía los beneficios de la dicha convención, no evidencia que él hubiese pagado las cuotas que ordena, para el dicho beneficio, el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965. En efecto, ella sólo registra la retención de $ 210.24 en los últimos cuatro años, sin expresar la causa de la tal retención ni, menos, atribuirla al señalado propósito de ley, ni que, en su caso, el descuento correspondiera a la convención cuya aplicación pretende; a más de que su cuantía, referida al dicho tiempo de cuatro años, no indica que sirviese para el fin pretendido respecto de un salario del monto del devengado por Mejía Ocampo. No se configura, en consecuencia, el error afirmado por el recurrente y menos que él revista el carácter ostensible que la ley requiere para la prosperidad de un cargo de la naturaleza del examinado. Por último, nada muestra que se trate de la extensión de la convención colectiva al trabajador Mejía en razón del artículo 38 del citado Decreto 2351.

El cargo no prospera.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 29 de agosto de 1973, en el ordinario de trabajo promovido por Francisco Luis Mejía O. contra Cementos Argos S. A., que fue recurrida en casación por las dichas partes litigantes.

Sin costas en el presente recurso, por no haber prosperado ninguna de las dos demandas de casación.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ANALISIS DE PRUEBAS PRESENTADAS AL JUICIO Y QUE CON BASE EN ELLAS SE CONDENO A LA DEMANDADA

La crítica del impugnador sobre la gran diferencia entre el monto de la condenación por mora y la relativa al despido injusto, no es atendible porque la indemnización por falta de pago en la legislación laboral, no está formada por intereses, no hace relación al monto de lo no pagado sino que se determina por la cuantía del salario diario y por el tiempo de la mora, sin que exija relación de proporcionalidad entre lo dejado de pagar y el valor de la sanción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre doce de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Néstor Jaramillo Gutiérrez. vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 102503 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S. A. para que fuera condenada a pagarle lo correspondiente a lucro cesante por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo, a la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria no suministrada, a la indemnización de perjuicios por esa falta de suministro, y en subsidio, a la indemnización por enfermedad no profesional, a las bonificaciones y prima causadas en el segundo semestre de 1963, a la indemnización por mora y a las costas del juicio.

Los hechos que sirvieron de apoyo a la demanda, fueron:

"1º El señor Néstor Jaramillo Gutiérrez trabajó al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 29 de noviembre de 1957 hasta el 24 de octubre de 1963, habiendo devengado durante los últimos meses de servicio un salario promedio mensual de dos mil diez pesos ($ 2.010.00).

"2º La institución demandada prescindió de los servicios del trabajador demandante sin previo aviso, ni causa legal justificativa.

"3º El demandante fue despedido sin habérsele permitido presentar descargos, ni se oyó a ningún miembro del "Sindicato de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero". Su despido se produjo sin el lleno de las formalidades reglamentarias para imposición de sanciones.

"4º El demandante ingresó al servicio de la entidad demandada sin hacer renuncia alguna de prestaciones por concepto de 'blastomicosis pulmonar y cutánea'."

"5º Estando al servicio de la entidad demandada, el trabajador demandante una blastomicosis pulmonar y cutánea contrajo o adquirió, que lo incapacita para trabajar.

"6º Al demandante se le prescribió por parte del doctor Humberto Ibáñez un tratamiento a base de fungizona y por orden y cuenta de la Caja Agraria. El tratamiento principió a hacérsele en la Clínica de Marly, habiéndose tenido que internar para tal efecto. Según prescripción médica el demandante debía permanecer en ese tratamiento por espacio no menor de cien días. La institución demandada no dio

cumplimiento al tratamiento prescrito por los médicos.

"7º Debido a la falta del tratamiento adecuado y oportuno, la enfermedad se agravó y no le ha permitido al trabajador procurarse empleo remunerativo siquiera igual al que tenía en la Caja de Crédito Agrario.

"8º Cuando el trabajador demandante fue despedido de la entidad demandada tenía cuarenta y tres años de edad.

"9º La institución demandada no ha pagado al demandante ninguna suma por concepto de lucro cesante por despido, ni la prima de Navidad o de servicios del tiempo trabajado en el segundo semestre de 1963, ni las bonificaciones correspondientes a ese segundo semestre.

"10. El establecimiento o entidad demandada tampoco suministró al trabajador demandante la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que se reclama en esta demanda, ni auxilio alguno por incapacidad permanente parcial, ni suma alguna por indemnización de perjuicios por la falta de adecuada y oportuna asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria.

"11. Por la falta de la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria oportuna y adecuada, la enfermedad del trabajador se le agravó y reprodujo, ocasionándole perjuicios consistentes en no poder procurarse siquiera una remuneración igual a la que devengaba en la Caja cuando fue despedido.

"12. La entidad demandada es un establecimiento público creado por la ley con autonomía y personería propias, que presta un servicio público".

El apoderado de la demandada manifestó que el señor Jaramillo trabajó con la Caja en tres épocas distintas, la última de ellas desde el 29 de noviembre de 1957 hasta el 24 de octubre de 1963; que el salario devengado desde el 1º de enero hasta el 24 de octubre de 1963, fue de $ 1.440.00 como sueldo básico y $ 144.00 como prima de antigüedad; que la Caja canceló el contrato de trabajo por haber incurrido el señor Jaramillo en faltas contempladas en el ordinal g) del artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo, lo cual se le comunicó oportunamente y se cumplieron todos los trámites previstos en el mismo Reglamento y en la convención colectiva vigente; que las varias veces en que el actor incurrió en faltas, fue sancionado después de haberse cumplido todos los trámites de rigor; que en cuanto a la salud del trabajador se atenía al examen médico de admisión y a la renuncia de prestaciones de fechas 6 y 7 de noviembre de 1957, respectivamente; que no le consta que Jaramillo hubiese contraído enfermedad al servicio de la demandada; que la falta de tratamiento no se produjo por culpa de la empresa, sino porque el trabajador no volvió a presentarse y de allí que no haya en ese punto responsabilidad de la demandada; que ignora la edad del actor; y que el demandante no tiene derecho a indemnización por despido ni a prima de servicios, por haber sido despedido con justa causa.

La parte demandada se opuso a todas las súplicas de la demanda y propuso excepciones de prescripción, pago e inexistencia de las obligaciones.

Después de varios incidentes y de algunas nulidades que obligaron a repetir la tramitación, se dictó en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, sentencia de 16 de septiembre de 1971, por la cual se condenó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S. A. a pagar a Néstor Jaramillo Gutiérrez $ 2.345.00 por concepto de lucro cesante, $ 67.00 diarios por concepto de indemnización moratoria, desde el 12 de febrero de 1964 hasta el día en que se satisfaga la deuda laboral; y al 40% de las costas de la instancia, y se absolvió a la demandada de las demás peticiones. De la providencia apeló el apoderado de la demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 28 de febrero de 1974, confirmó la sentencia apelada e impuso las costas al apelante. Contra dicha providencia interpuso el apoderado de la Caja, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con base en la causal primera de casación laboral, se presenta un solo cargo, que será estudiado junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Fue expresado así:

"Con la presente demanda se pretende que la Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia de segunda instancia en su numeral 1º, en cuanto por él se confirmó el punto primero, aparte b), y el punto 3º del fallo de primer grado que condenó a la entidad demandada a pagar al actor la suma de $ 67.00 moneda corriente diarios desde el 12 de febrero de 1964 por concepto de indemnización moratoria, y el 40% de las costas de primera instancia, y en su numeral 2º por el cual impuso las costas de la apelación a la demandada. Una vez constituida la honorable Corte como tribunal de segunda instancia, se servirá revocar el punto primero, aparte b) de la resolución proferida por el a quo y el punto tercero de esa misma providencia y en su lugar, absolverá a la demandada de la súplica relativa a la indemnización moratoria, disponiendo no haber lugar a condenación en costas en la primera instancia, o sea sin costas en ambas instancias".

El cargo

Se acusa la sentencia "a causa de la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que subrogó al artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 3º y 2º de la Ley 64 de 1946, este último que modificó el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 y en relación también con los artículos 47, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, y 3º, 104, 107, 116 y 122 del Código Sustantivo del Trabajo y 252 del Código de Procedimiento Civil".

Dice el recurrente que la aplicación indebida se produjo en forma indirecta, por haber incurrido el sentenciador en errores de hecho que hace consistir en no dar por demostrado, estándolo, que la demandada actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato de trabajo que la vinculó con el actor, al existir motivos serios y razonables para entender que tenía justa causa para despedirlo en forma unilateral; que existía duda razonable acerca de la justificación de los motivos que sirvieron de base para la cancelación unilateral del contrato de trabajo del demandante; que a la terminación de la relación, la demandada pagó al actor las sumas que de buena fe estimó o creyó adeudarle en ese momento, por concepto de acreencias laborales causadas a favor de aquél; que el pago de la indemnización por lucro cesante al actor era una obligación incierta al momento de la terminación del contrato de trabajo, y por ende, que existían razones atendibles para que la demandada se abstuviera de cancelarla; y que la no justificación del despido no fue un hecho claro para la entidad patronal al momento de la terminación del contrato de trabajo, y que sólo se estableció durante el curso del proceso; como también en dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada procedió de mala fe al no pagar la indemnización de lucro cesante al actor; y que por el solo hecho de no haber encontrado probada la justicia del despido unilateral, ello conlleva necesariamente que la demandada actuó de mala fe al no pagarle al actor el lucro cesante.

El censor señaló como pruebas equivocadamente apreciadas, los documentos de los folios 6, 7, 33 a 54, y 193 a 210.

En la demostración del cargo, el impugnador reclama que el sentenciador no haya hecho un análisis detenido de las cuestiones impugnadas del fallo de primer grado, ni un estudio que guarde relación con el monto de las condenas, pues se obliga a la demandada a pagar aproximadamente $ 250.000.00 por la mora en el pago de poco más de $ 2.000.00; afirma que el ad quem aceptó la mala fe sin dar argumentos sobre la viabilidad de la condena; invoca jurisprudencia sobre el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y sobre el Decreto 797 de 1949, transcribe algunos párrafos de sentencias y cita otras; deduce que el Tribunal ha debido atender el aspecto de la buena fe para analizar la súplica de indemnización moratoria; hace un recuento del examen probatorio y de las conclu-

siones de las sentencias de primera y segunda instancias; se extiende el acusador en consideraciones sobre las pruebas que considera mal apreciadas, para indicar la apreciación que lo lleva a estimar demostrada la buena fe al no pagar la indemnización por despido.

El opositor anota como defecto de técnica, el ataque por aplicación indebida, pues considera que el planteamiento del impugnador es el de una interpretación errónea; advierte que el recurrente se limita a enfrentar su personal apreciación de las pruebas con la del juzgador; analiza el alcance probatorio de algunos documentos y concluye que no se han destruido los soportes jurídicos del fallo y que no se demostró la buena fe de la demandada en el no pago de la indemnización por despido.

Se considera

El reparo de técnica que el opositor hace consistir en que el ataque ha debido hacerse por interpretación errónea, no se configura, ya que el acusador no reclama entendimiento equivocado de la norma, sino falta de análisis de la buena fe que considera demostrada en el juicio, lo cual es propio dentro de un cargo por aplicación indebida.

La crítica del impugnador sobre la gran diferencia entre el monto de la condenación por mora y la relativa al despido injusto, no es atendible porque la indemnización por falta de pago en la legislación laboral, no está formada por intereses, no hace relación al monto de lo no pagado sino que se determina por la cuantía del salario diario y por el tiempo de la mora, sin que exija relación de proporcionalidad entre lo dejado de pagar y el valor de la sanción.

No puede afirmarse que el ad quem hubiese admitido la mala fe de la demandada en la falta de pago, pues no contiene el fallo tal concepto, sino que la condenación se determina por el precepto legal y la falta de prueba de la buena fe.

El sentenciador no concede valor probatorio a los documentos de folios 33 a 39 y 40 y 41 del primer cuaderno, porque el primero es una simple copia de documentos internos de la Caja, sin reconocimiento y emanado de la demandada y presentado por ella; y el segundo no reúne los requisitos que sobre la microfilmación establecen los artículos 4º y 6º del Decreto 2527 de 1950, ni fue reconocido por quien lo afirma.

El acusador asevera que el primer documento es copia fiel de su original, que no fue desconocido en el juicio, que el demandante se refiere a él cuando lo contesta, y que ambas piezas provienen de las partes, por lo cual se presume su autenticidad, salvo impugnación en el proceso. Agrega el censor que por tratarse de documentos emanados de entidad oficial, se presume su autenticidad, ya que son expedidos por empleado público.

Las copias de los documentos tienen el mismo valor que el original cuando han sido autorizadas por un notario o funcionario público en cuya oficina se encuentra el original, cuando hayan sido autenticadas por juez o notario, previo el respectivo cotejo, o cuando han sido compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial. Para que los documentos privados puedan ser aportados en copias, es necesario que el original haya sido protocolizado, o se encuentre en un proceso del cual no pueda ser desglosado, o que no teniendo el aportante el original, la copia haya sido autenticada por juez o notario o reconocida expresamente por la parte contraria o cotejada.

Las dos copias mencionadas no reúnen esos requisitos, ni puede afirmarse que han sido reconocidas implícitamente, porque no fueron presentadas por el demandante en el juicio, ni están firmadas o redactadas por él. Tampoco puede tenerse como reconocimiento el que en la segunda copia haya referencia a la primera, porque el documento que se dice provenir del demandante no fue presentado original como lo exige la ley. El que las copias provengan de las partes, solamente hace que no puedan ser impugnadas por la que la presente y que se tengan por reconocidas si la parte contra quien se oponen y que aparecen redactadas o suscritas por ella, no las tacha. Pero la copia del segundo documento no reúne esos requisitos en cuanto no aparece redactada ni firmada por el trabajador, ya que en sí misma no llena estas circunstancias, aunque las tenga el origi-

nal, que si hubiera sido presentado, sí podría tenerse por conocido, fuera de que la copia en el caso presente, como ya se vio, no tiene el valor del original.

En cuanto a que las copias fueron expedidas por un empleado público, ha de advertirse que ese simple hecho no hace auténtico el documento, porque es necesario que ello ocurra en ejercicio de las funciones o porque el documento original se encuentra en el archivo de ese funcionario, circunstancias que no aparecen acreditadas en el proceso.

Por lo que hace a la microfilmación de los documentos, también faltan para la validez de las copias, las condiciones previstas en los artículos 4º y 6º del Decreto 2527 de 1950.

El mismo análisis puede hacerse del escrito de folio 42 a 53, que es copia de un concepto del doctor Jesús Nivia Quiroga, pero que no tiene las condiciones de validez requeridas según lo dicho en los párrafos anteriores, ni puede considerarse como reconocida por el demandante en el juicio, ya que no fue redactado ni firmado por él, y la otra parte fue quien aportó la copia. También está en iguales condiciones la copia del memorando de Auditoría que aparece al folio 54.

Por lo que hace a la carta del folio 7, el sentenciador la encontró como prueba de la terminación, sin que el documento demuestre que la demandada en el juicio, obró de buena fe al no pagar la indemnización por despido injusto.

En cuanto a la convención colectiva, el sentenciador observó que no se habían probado las circunstancias que determinan el que el demandante en el juicio, estuviera comprendido dentro del campo de aplicación del convenio, lo cual es correcto, y el acusador no destruyó ese soporte, pues apenas manifestó que la demandada no había negado el hecho y lo había aceptado en la contestación de la demanda, lo cual no es suficiente, porque el actor no afirmó el hecho y la otra parte no podía con su afirmación crear la prueba que le favorece.

El acusador pretende deducir del cumplimiento de todos los trámites legales y reglamentarios previos al despido, la buena fe en el no pago de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa. Fuera de que los dos fenómenos ocurren en momentos diferentes, no tienen relación de causalidad y el primero se endereza a establecer la legalidad del despido, mientras el segundo corresponde a razones sobre la justa causa de terminación, pues nada se opone a que un despido sin justa causa se haya hecho con todos los requisitos formales que consagran la ley y el Reglamento o la convención.

La prueba del folio 6, liquidación de prestaciones, es documento firmado por la parte contraria a la que lo aportó y no ha sido tachado de falso, por lo que ha de tenerse como reconocido por la demandada. Pero ese documento no demuestra lo que pretende el acusador, la buena fe de la parte demandada en el juicio, sino simplemente que pagó oportunamente el auxilio de cesantía, pero no establece el pago de la indemnización reclamada por el despido, ni es demostrativa de razones atendibles que pudiera tener el patrono para no pagar esa indemnización.

No fue presentado al juicio el Reglamento de Trabajo con la certificación de que hubiese sido aprobado por el Ministerio del ramo, y la copia aportada fue certificada por el Secretario de la Caja, pero no hay constancia de su publicación. Tampoco aparece que el trabajador lo hubiera conocido en la forma que señaló el Tribunal. Con relación a esta falta de prueba del Reglamento de Trabajo, el acusador trata de fundar la buena fe en el no pago, sobre las gestiones que hizo la parte demandada en el juicio, para que se obtuviera la copia del Ministerio, pero no se puede confundir la actividad procesal, muy posterior a la terminación del contrato, con las razones que hubiera podido tener el patrono para no pagar la indemnización por despido. El comportamiento procesal no implica la existencia de la buena fe en el no pago de lo debido.

De lo anterior, se concluye que la apreciación que el sentenciador hizo de las pruebas, no fue indebido sino precisamente la correcta, y que no se demostraron los errores evidentes de hecho que el censor presenta.

Mediante el examen de la causal invocada por el patrono para la terminación unilateral del contrato con justa causa, y

de los hechos que configuraron la realización de esa causal, se podría encontrar la buena fe patronal en el no pago de la indemnización por despido, porque la valoración del juez sobre esos extremos podría llevar a la conclusión de que a pesar de no configurarse la justa causa invocada, los hechos demostrados se relacionan de tal manera con el motivo, que pueden constituir razones atendibles para la mora, por admitir un entendimiento distinto pero no malicioso o de mala fe. En el caso presente, en que no se demostró la causal invocada, que era necesario probar por no ser legal sino reglamentaria, y tampoco fueron debidamente establecidos los hechos comprendidos en el motivo de terminación, no fue posible encontrar demostrada la buena fe alegada.

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 veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Néstor Jaramillo Gutiérrez contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA DE CASACION CIVIL

PAGO DE MEJORAS. — Causal 1ª. El impugnante debe rebatir los fundamentos del fallo. Seguir trámite inadecuado es causal de nulidad y no ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma. — Sentencia de 24 de enero de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Jaime Pinto frente a los herederos de Natividad Ospina viuda de Aya. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION. — Presupuesto procesal y legitimación en causa: diferencias. La confesión del demandado es prueba válida de la posesión. Técnica de casación. — Sentencia de 24 de enero de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Teodosia Osorio viuda de Castro frente a José Alonso Castro O. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REPOSICION. — No repone el que declaró desierto el recurso por extemporaneidad de la demanda. Enfermedad grave, cuándo constituye caso fortuito. — Auto de 29 de enero de 1974. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

QUEJA. — Es sólo procedente contra el auto que concede o niega el recurso, no contra el que lo declara desierto. — Auto de 30 de enero de 1974. Niega la reposición solicitada. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

NULIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO. Sentencia sustitutiva. — Sentencia de 10 de febrero de 1974. Se confirma la proferida por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ibagué, en el proceso de Alfonso Yara contra María Luz Báez de Obregón y otras. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — En juicio de alimentos. — Providencia de 14 de febrero de 1974. Decide que el juez civil de Armenia es el competente para conocer de este proceso, iniciado por Holanda Arias de Botero contra Raúl Botero Rivera. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Técnica de casación. El artículo 2409 no es norma sustancial. Proposición jurídica completa. — Sentencia de 15 de febrero de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario instaurado por "Ferretería Cida Ltda." contra "Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A. (Almacenar)". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

NULIDAD DE CONTRATO DE DACION EN PAGO POR FALTA DE CAUSA (servicios profesionales no prestados). — Sentencia de 15 de febrero de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Nelly Montealegre Arias frente a Carlos Patiño Ospina. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

QUEJA. — No es procedente contra la providencia que declara desierto el recurso. Los portes de correo deben pagarse en la secretaría judicial respectiva. — Providencia de 19 de febrero de 1974. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — Corresponde ejecutar el fallo al juez que lo dictó. — Providencia de 25 de febrero de

1974. Decide que es el Juez 1º Civil de Menores de Cali el competente para continuar el trámite y conocimiento de este proceso interpuesto por Carmen Londoño contra Dagoberto Garcés López. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

RETENCION DEL EXPEDIENTE. — Auto de 26 de febrero de 1974. Señala la multa que debe pagar el abogado por este motivo.

NULIDAD DEL PROCESO. — Cuando se adelanta ocurrida causal de interrupción, oportunidad para alegarla. — Auto de 26 de febrero de 1974.

COMPETENCIA. — Es el Tribunal el competente para declarar la decisión del recurso, cuando el recurrente no suministra oportunamente lo necesario para la expedición de copias (Art. 371 C. de P. C.). — Auto de 27 de febrero de 1974. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REVISION. — Presupuestos de la causal primera. Característica de fuerza mayor o caso fortuito. Anomalía psíquica se demuestra con prueba pericial. — Providencia de 27 de febrero de 1974. Recurso de revisión propuesto por Manuel Ventura Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SIMULACION. — Técnica de casación. — Sentencia de 27 de febrero de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Ligia Jaimes de Arias frente a Graciela Jaimes Gómez. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

AUTO. — La Corte se abstiene de decidir el recurso de casación por no existir sentencia definitiva de 2ª instancia. Auto de 8 de marzo de 1974. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

AUTO. — Declara desierto el recurso por no llenar la demanda los requisitos de forma, que ordena la ley. Auto de 8 de marzo de 1974. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL. — Casación: recurso extraordinario sometido al principio dispositivo; su técnica. — Sentencia de 11 de marzo de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario instaurado por Klaus Adolf Koch frente a Irmgard Sehrt. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

AUTO. — No repone el de 8 de los corrientes que declaró desierto el recurso, propuesto por Gerardo Médicis y otra. Providencia de 21 de marzo de 1974.

REVISION DE SENTENCIA DE JUEZ DE MENORES. — La prueba científica del artículo 7º de la Ley 75 de 1968 nada tiene que ver con la causal 4ª del artículo 6º de dicha ley. — Sentencia de 12 de marzo de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Hernán Alzate Sánchez frente al menor Alvaro de los Dolores Morales, representado por su madre natural Cecilia Morales. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

RESOLUCION DE PROMESA DE CONTRATO. — Distintas especies de arras. — Sentencia de 21 de marzo de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Campo Elías Casallas frente a Elvira Rey de Grillo. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — La sucesión no es persona jurídica, los herederos representan la persona del testador. La Corte no puede enjuiciar la sentencia sino dentro de los límites que le indique el impugnante. — Sentencia de 25 de marzo de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Gladys Medina Peña de Peñalosa frente a Luis Medina Gutiérrez y otro. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

Fallo de instancia en el proceso de filiación natural, instaurado por Hernando de Jesús, Luis Carlos Alvarez y otros contra Benjamín Alberto, María Graciela Navarro Jaramillo, herederos de Eduardo Navarro

Jaramillo. Sentencia de 25 de marzo de 1974. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIA PENAL. — **Técnica de casación.** — Sentencia de 17 de abril de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por José Domingo Pulido frente a Julio Eduardo Lozano Vera. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — Sentencia de 17 de abril de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario iniciado por Margarita Jaggi de Mosimann frente a Walter Friebe. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

QUEJA. — **Se abstiene de estudiar el recurso por formularse extemporáneamente.** Auto de 22 de abril de 1974. Proceso ordinario promovido por Lillia Covelli de Martínez frente a Jorge y Milton Covelli, a conocimiento del Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REIVINDICACION. — **Fallo inhibitorio, es pertinente por defectos de forma y no de fondo.** — Sentencia de 24 de abril de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Canteras San Diego Ltda. frente al municipio de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SIMULACION. — **Error de derecho en el nuevo Código de Procedimiento Civil. Error en la apreciación de la prueba indiciaria. Proposición jurídica completa en el caso de rescisión por lesión enorme. Jueces y magistrados deben buscar la verdad real. Los sucesores del simulante gozan de libertad probatoria.** — Sentencia de 29 de abril de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario de Marcelo Marulanda y otra (herederos del finado Jesús María Cedeño Salamando), frente al menor adulto Jesús María Cedeño Gordillo. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — **Técnica de casación.** — Sentencia de 29 de abril de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por María Amparo Vanegas de Bermúdez y otras frente a los herederos de Ricardo Arroyave Henao. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SIMULACION. — **Cosa juzgada, identidad jurídica de las partes. Los legitimarios pueden actuar jure hereditario o jure proprio. Norma procesal, su aplicación en el tiempo.** — Sentencia de 9 de mayo de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Montería en este proceso ordinario instaurado por Simón Gómez de Lavalle y otros frente a Miguel H. de Lavalle. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

NULIDAD DE PARTICION Y ADJUDICACION DE BIENES. — Sentencia de 9 de mayo de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario de Mercedes Gutiérrez de Moncada frente a Miguel Antonio Moncada Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — **Error de hecho.** — Sentencia de 16 de mayo de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en este proceso ordinario que, frente a los herederos de Joaquín Zapata, suscitó Fabiola Valencia de Buitrago. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

QUEJA. — **Interés para recurrir en casación.** — Providencia de 29 de mayo de 1974. Proceso ordinario iniciado por Dulcelina Pinzón viuda de Delgado, Zoraida Delgado, Jorge Enrique y Sandra Delgado Muñoz. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — Sentencia de 29 de mayo de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en este proceso ordinario instaurado por Nayid Rivera Falla frente a "Soto y Mejía Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. — **Excepción al principio de la reformatio in pejus.** — Sentencia de 7 de junio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal de Pasto, en este proceso ordinario instaurado por Eduardo Enrique Ortega contra Daniel Salazar Pantoja y Juan Ruales Arévalo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

NULIDAD. — **Técnica de casación.** — Sentencia de 10 de junio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en este proceso ordinario iniciado por Abel Gómez frente a Julio Calvache y otros. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

REVISION. — **Las causales son taxativas y debe probarlas quien las alegue.** — Sentencia de 18 de junio de 1974. Deniega la revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el incidente de excepciones propuesto en el proceso de ejecución de Angel María Martínez Rojas y otros contra Francisco y Fernando Botero Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — Auto de 20 de junio de 1974. Decide que el Juez Segundo Promiscuo de Menores de Pereira es el competente para conocer de este proceso, iniciado por Humberto Salazar G. contra Haydée Rincón. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. — **Técnica de casación. Causal 1ª** — Sentencia de 24 de junio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en este proceso ordinario de Arturo Rafael Bula Gómez frente a los herederos de Arturo Bula Carpintero. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

QUEJA. — No procede contra el auto del Tribunal que declara desierto el recurso de casación. Auto de 25 de junio de 1974. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

RECUSACION. — **Las causales son taxativas.** — Auto de 4 de julio de 1974. Estima bien denegado el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal de Medellín, en el proceso ordinario de "González Hermanos Ltda." contra el Banco de Bogotá.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. — **Los perjuicios por el incumplimiento deben probarse.** — Sentencia de 10 de julio de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en este proceso ordinario adelantado por el Vicariato Apostólico de Sibundoy frente a María de Jesús Campo de Bastidas. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — **Error de hecho y error de derecho, cuándo ocurre éste con la actual legislación.** — Sentencia de 10 de julio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Walter Camilo Cámaro frente a los herederos de Camilo Mutis Daza. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. — **Técnica de casación: reformatio in pejus.** — Sentencia de 16 de julio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario promovido por Luis Leonardo Guerrero frente a Adolfo, Marcos Aurelio y José Luis Guerrero Henríquez. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

AUTO. — Admite la demanda en cuanto a un cargo y la declara desierto en cuanto a otros por no reunir éstos los requisitos formales exigidos por el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, providencia de 17 de julio de 1974. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

AUTO. — Declara desierto el recurso por no reunir la demanda los requisitos legales. 25 de julio de 1974.

RESOLUCION DE LA VENTA. — **Las obligaciones de comprador y vendedor, en principio, son simultáneas.** — Sentencia de 18 de julio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario suscitado por Rafael Jiménez Montenegro contra Uldarico Barragán. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

AUTO. — Declara desierto el recurso por no reunir la demanda los requisitos legales. 18 de julio de 1974. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. — **No todo incumplimiento de normas procesales engendra nulidad.** — Sentencia de 18 de julio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso ordinario suscitado por José Ignacio Gómez frente a Salvador del Carmen Cano. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL. — Sentencia de 19 de julio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por Alodia Ramírez de Quimbaya frente a María Eugenia, Florentino y María Ofelia Ramírez Preciado. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — **Prescripción de la acción.** — Sentencia de 25 de julio de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por Siervo Gallo Ramírez contra la sociedad denominada "Colombian Cities Service Petroleum Corporation". Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. — **Nulidad por trámite inadecuado. Causal 5ª de casación.** Sentencia de 29 de julio de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en este proceso ordinario promovido por Jorge Enrique Potes y otros contra los sucesores de José Isaías Beltrán. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

CALIFICACION PREVIA DE LA DEMANDA DE CASACION. — Auto de 30 de julio de 1974. Declara desierto el recurso interpuesto en el proceso de Ciro Alberto Montáñez Rincón contra Antonio Angarita Vargas. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

EXEQUATUR. — **Requisitos.** — Auto de 1º de agosto de 1974. Resuelve no dar curso a la solicitud formulada por Otmar Herrgott. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

NULIDAD POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO. — **Técnica de casación.** — Sentencia de 1º de agosto de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso ordinario promovido por Gonzalo Gualteros Fajardo contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

CESION DE DERECHO HERENCIALES. **Técnica de casación.** — Sentencia de 6 de agosto de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario promovido por Jorge Enrique Velasco contra Jorge Sarria y otros. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — **El nuevo Código solamente reglamenta la colisión negativa o declinatoria.** — Auto de 12 de agosto de 1974. Declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso de Olga Leonor Mieles contra Camilo Antonio Ustariz. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — **Error de derecho en el nuevo Código de Procedimiento Civil. Proposición jurídica completa. Posesión legal de la herencia.** — Sentencia de 23 de agosto de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por Helí Fabio Alvarez frente a Sara Castellanos viuda de Saldaña. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA. — **Prescripción de este último derecho.** — Sentencia de 26 de agosto de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Antonio Edgar Bautista Clavijo contra Ruperto Clavijo y otros. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

AUTO de 28 de agosto de 1974. Reivindicatorio de Ciro A. Montáñez contra Antonio

Angarita Vargas. Niega la reposición del auto que declaró desierto el recurso de casación por no reunir la demanda los requisitos formales. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. — Posesión notoria de este estado. Acción de reforma del testamento y preterición de un legitimario. Sentencia de 31 de agosto de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Rosa María Gómez de Lozano frente al heredero de Alejandro Quijano Camacho. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

SIMULACION. — Rescisión por lesión enorme; sus elementos configurantes. Reformatio in pejus. — Sentencia de 12 de septiembre de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en este proceso ordinario promovido por Juan a Martínez C. de Betancourt frente a Cristóbal Rozo. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — Causal de relaciones sexuales. Apreciación de la prueba testifical. — Sentencia de 20 de septiembre de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario interpuesto por Aída Lucía Díaz frente a Jacinto o Jacib Chujfi Saad. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — Suspensión de la decisión civil por proceso penal. Responsabilidad directa e indirecta. — Sentencia de 23 de septiembre de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario suscitado de una parte Hipólito Galindo y Refugio Buitrago y, de otra Marco Naranjo López y Domingo Romero, frente a Jaia Volovitz y la Cía. "González & Volovitz - Taxi Imperial Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

AUTO de 26 de septiembre de 1974. Declara desierto el recurso y ordena investigar la conducta del apoderado. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

QUEJA. — Auto de 26 de septiembre de 1974. No procede contra el auto que declara la deserción. El inferior carece de facultad para opinar siquiera sobre el recurso. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

AUTO de 1º de octubre de 1974. Declara desierto el recurso. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — Valor probatorio de documentos privados emanados de terceros. — Casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en los procesos ordinarios promovidos por Oscar Polanco Valencia, el uno y por Alberto Velásquez Saldarriaga, el otro, contra Alfonso Villa Londoño y otro. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO. — Técnica de casación. — Sentencia de 4 de octubre de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso ordinario promovido por Rafaela Castro viuda de Perea contra "presuntos interesados". Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO. — Pago al dueño del predio sirviente. — No casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso ordinario promovido por Lucrecia Rodríguez de Mesa contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — Técnica de casación. — Sentencia de 7 de octubre de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario de Carmen Lida Holguín frente a Matilde Quintero viuda de Brand y otra. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

INADMISION DE LA DEMANDA EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — Providencia de 12 de noviembre de 1974. Niega la reposición. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

AUTO de 12 de noviembre de 1974. No repone el que declaró admisible el recurso. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

COMPETENCIA DE LA CORTE. — Privilegio de los agentes diplomáticos. — Auto de 14 de noviembre de 1974. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — Técnica de casación. — Sentencia de 18 de noviembre de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en este proceso iniciado por María Esther Quintero contra Amèlia Fajardo Acosta. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. — Petición de herencia, su prescripción ordinaria y extraordinaria. Heredero putativo, cuando es poseedor regular. — Sentencia de 18 de noviembre de 1974. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Benjamín Pinzón contra Alfredo e Ignacio Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REGISTRO DE MARCA. — El error de hecho en casación ha de ser manifiesto. Apreciación de indicios. — Sentencia de 21 de noviembre de 1974. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso suscitado por el departamento del Tolima frente a Carlos E. Castro Escobar, para la cancelación del registro de la marca "Tapa Roja". Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

PROMESA DE CONTRATO. — Error de hecho. El derecho a pedir la resolución corresponde al contratante cumplido. — Casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario de Pedro Antonio Sarria frente a Jaime Cartagena Moreno. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — (en proceso de alimentos). — Perpetuatio jurisdictionis. — Auto de 7 de diciembre de 1974. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

AUTO de 7 de diciembre de 1974. Declara desierto el recurso por ausencia de los requisitos formales de la demanda. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SALA DE CASACION LABORAL

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de enero 22 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Brígido Antonio Ríos Villa contra Impresit Girola Londigiani "Impregilo S. P. A." (Sucursal de Colombia). Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de enero 25 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan de J. Galindo Arenas contra Jorge Mendoza Plazas. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de enero 30 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Manuel Humberto García Gómez contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

ALCANCE DEL DECRETO 2497 DE 1963. La Corte por sentencia de enero 31 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Otálora Acosta contra Laboratorios Undra S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCILIACION. — La Corte por sentencia de febrero 1º de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Juan R. Pino Ayala contra Esso Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de febrero 8 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Bertha Chica Velásquez contra Compañía Colombiana de Tejidos S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

SALARIOS VARIABLES. — La Corte por sentencia de febrero 11 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Arturo Betancourt Insignares contra Talectro Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

VIOLACION DIRECTA. — La Corte por sentencia de febrero 18 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Jorge Enrique Lozano Liévano contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca). Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de febrero 18 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Alvaro Navia Monedero contra Caja de Compensación Familiar Interamericana del Valle. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

REQUISITOS FUNDAMENTALES EN EL RECURSO DE CASACION. — La Corte por sentencia de febrero 21 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio del Sindicato de Trabajadores de Química Proco S. A. contra Química Proco S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de febrero 21 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Darío de Jesús Arroyave Rúa contra Octavio Adarve Lara. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

PETITUM DE LA DEMANDA. — La Corte por sentencia de marzo 8 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Ramón Adán Jurado Mejía contra Agustín Tobón y Pastora Vallejo. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de marzo 14 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis E. Aguilar contra Fábrica de Muebles Artecto S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de marzo 15 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Lindo Ortiz contra Gustavo Rojas Pinilla. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de marzo 15 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Francisco Pinzón Vargas contra el municipio de Nemocón. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

EXAMEN DE PRUEBAS. — La Corte por sentencia de marzo 25 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de César Castro Jerez contra Fábrica de Discos Fuentes S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de marzo 25 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Tarsis Orrego Manzano contra Fábrica de sombreros de fieltro Ltda. (Fieltrosa). Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de marzo 27 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Misael Antonio López Gallego contra Eliázar Montoya Marín. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de marzo 27 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alfonso Jaramillo Arango contra Distribuidora Colombina Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de marzo 28 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jake Haime contra Distribuidora Textilera Ltda. "Distex". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de abril 1º de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Guillermo Giraldo Arboleda contra Cartón de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de abril 5 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Liborio Guzmán Bretón contra la Sociedad Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. — La Corte por sentencia de abril 5 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Eusebio Emilio Zambrano Martínez contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario "Idema". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

VIOLACION DE DISPOSICIONES CIVILES. — La Corte por sentencia de abril 18 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Andrés Piñeros contra Frigoríficos San Martín de Porres. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

PERDIDA DEL DERECHO AL AUXILIO DE CESANTIA. — La Corte por sentencia de abril 18 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Adalberto Choperena Ospino contra Comercial Madeflex. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TRANSACCION Y COMPENSACION. — La Corte por sentencia de abril 23 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Felipe Cabarcas Carranza contra Andian National Corporation Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ALIMENTACION Y HABITACION EN EL CASO DE LAS COMPAÑIAS PETROLERAS. — La Corte por sentencia de abril 26 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Emilio Uribe Restrepo contra Chevron Petroleum Company of Colombia. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de mayo 7 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo en el juicio de Lily Sierra viuda de Anaya contra las Compañías Colombiana de Capitalización, Seguros de Vida Patria y Seguros Patria. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de mayo 7 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lucía Villamarín viuda de Tonelly contra la Fundación Abbodd A. Shaio. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

DECRETO LEGISLATIVO Nº 426 DE 1966. — La Corte por sentencia de mayo 7 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luciano Ramírez Gasca contra la nación (Ministerio de Obras Públicas). Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

ERROR EVIDENTE DE HECHO. — La Corte por sentencia de mayo 13 de 1974, casa la proferida por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Julio Luján Suárez contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de mayo 16 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Orozco Aristizábal contra Empresa Colombiana de Curtidos S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de mayo 29 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Samuel Tapias Montoya contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de mayo 31 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Gómez Villamizar contra Urbanizaciones Martínez Cárdenas y Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION.— La Corte por sentencia de junio 6 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Argelio Parra Jaramillo contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION.— La Corte por sentencia de junio 6 de 1974, no casa, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nepomuceno Leal Durán contra departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de junio 7 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos A. Bhenals Agudelo contra el Banco Cafetero. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de junio 7 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Néstor Grajales Cardona contra Textiles Pepalfa S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA. — La Corte por sentencia de junio 14 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Josefina Gómez Rivera contra Universidad Inca de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION.— La Corte por sentencia de junio 14 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio del Sindicato de Trabajadores de Manuelita S. A. contra el Sindicato de Trabajadores Cultivadores y Procesadores de Caña de Azúcar del departamento del Valle del Cauca (Sintracañaval). Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de junio 17 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Omaldo Quintero Quintero contra Textiles Modernos S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

PENSIONES VOLUNTARIAS DE JUBILACION. — La Corte por sentencia de junio 27 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Julio César Alvarez Londoño contra Industrial Hullera S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

DECRETO 2127 DE 1945 Y LEY 6ª DEL MISMO AÑO. — La Corte por sentencia de julio 4 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el juicio de Elsa Leonor Zúñiga Sarria contra el Instituto de Crédito Territorial, seccional de Popayán. Magistrado ponente: Miguel Angel García B.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de julio 23 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali én el juicio de Pedro Pablo Castro Ramírez contra Gases del Pacífico Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de julio 30 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Alberto Saldías Acevedo contra Roberto Ocampo Mejía y la sociedad denominada Inversiones Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — La Corte por sentencia de julio 30 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jorge Artel contra la Universidad del Atlántico. Magistrado ponente: Doctor Alejándro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de agosto 6 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jesús Antonio Beltrán Bonilla contra el Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena". Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

INCISO 2º DEL ARTICULO 8º DE LA LEY 171 DE 1961. — La Corte por sentencia de agosto 9 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Emma Hernández de Torres contra Compañía Colombiana de Tabaco S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de agosto 12 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Avendaño A. contra la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de agosto 23 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Carvajal Molina contra el Banco Cafetero. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

HONORARIOS PROFESIONALES. — La Corte por sentencia de agosto 23 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Tulio Pinilla Andrade contra Alberto Marulanda Grillo. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de agosto 27 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Leonidas López David contra la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

RECTO ENTENDIMIENTO DEL ARTICULO 210 DEL CODIGO DE COMERCIO. La Corte por sentencia de septiembre 4 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José J. Duque Hoyos contra Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de septiembre 10 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Omar Hurtado contra Banco de Construcción y Desarrollo. Magistrado ponente: Doctor: Miguel Angel García B.

LAS CLAUSULAS DE UNA CONVENCION COLECTIVA FRENTE AL RECURSO DE CASACION. — La Corte por sentencia de septiembre 12 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Enrique Barrera Restrepo contra Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena). Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de septiembre 16 de 1974, no casa

la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Aurelio Villa Escorcia contra Esso Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — La Corte por sentencia de septiembre 16 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Alfredo Neira contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

TECNICA DE CASACION.— La Corte por sentencia de septiembre 19 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Abel Morales G. contra Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TRABAJADORES DE LOS FERROCARRILES. — La Corte por sentencia de septiembre 26 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gabriel Cely M. contra la empresa Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

RECTO ENTENDIMIENTO DEL ARTICULO 7º DEL DECRETO 2351 DE 1965. La Corte por sentencia de septiembre 27 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rogelio Saavedra contra la Beneficencia de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y DEMAS DIAS DE FIESTA. — La Corte por sentencia de septiembre 30 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gustavo Díaz Sierra contra Carlo Erba de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CONFIGURACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — La Corte por sentencia de octubre 10 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Marco Aurelio Carvajal de la Hoz contra Industria Lechera Polar S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

VALIDEZ DE LA CONVENCION COLECTIVA. — La Corte por sentencia de octubre 10 de 1974, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio Cañón Rodríguez contra Empresa Distrital de Servicios Públicos. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

RECTO ENTENDIMIENTO DEL ARTICULO 141 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Humberto Rodríguez Orozco contra la Sociedad Curtiembres Búfalo Minski y Gilinski Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

OBLIGACION SOLIDARIA. — La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1974, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Eduardo Zapata Osorno contra Gonzalo Caro C. y Gonzalo Caro B. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de noviembre 14 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Israel Riascos Vallejo, contra Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION.— La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Iván Gómez Botero contra Manufacturas Vanidad S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de noviembre 25 de 1974, no casa la

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Francisco Bermúdez Rosas contra Jardines del Recuerdo de Bogotá S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

BUENA FE PATRONAL E INDEMNIZACION POR MORA. — La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Leonor Esther Díaz-Granados contra Universidad Autónoma del Caribe S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

DERECHOS ATINENTES A LOS TRABAJADORES DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL. — La Corte por sentencia de noviembre 29 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Marco Tulio Díaz Loaiza contra Empresas Públicas de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

HECHO NUEVO EN CASACION. — La Corte por sentencia de noviembre 29 de 1974, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Camilo Eduardo Monroy contra la Universidad Autónoma del Caribe. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

COMISIONES. — La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mario Paredes Varona contra Sociedad Graff y Cía. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. — La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Carlos Colmenares Rincón contra Víctor Manuel Vargas Abril y Manuel Vargas Marrero. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

RECONOCIMIENTO DE HONORARIOS Y REMUNERACIONES POR SERVICIOS PERSONALES DE CARACTER PRIVADO. La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael A. Rivera Sacristán contra el departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TECNICA DE CASACION.— La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Martín Cruz Duque contra Almacenes de Depósito del Comercio S. A. (Almadelco). Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y Banco Popular. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION. — La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Edmundo Vergara Nieto contra Compañía Colombiana de Empaques Bates S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA DE CASACION.— La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Pedro Pablo Caraballo Jiménez contra "Puertos de Colombia", Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de diciembre 12 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Aníbal de Castro Castañeda contra Asociación Colombiana de Empleados Bancarios A. C. E. B. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de diciembre 12 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Guzmán Herrera contra Industria Colombiana de Llantas S. A. Icollantas. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

EL SERVICIO PUBLICO. — La Corte por sentencia de diciembre 12 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Uribe Prada contra Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (Inderena). Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de diciembre 12 de 1974, casa totalmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gonzalo Díaz Olano contra Nacional de Seguros. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

TECNICA DE CASACION. —La Corte por sentencia de diciembre 13 de 1974, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Pascual Fernández Hurtado contra Acerías Paz del Río. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

Págs.

FILIACION NATURAL. — *Pruebas: el juez debe intervenir decididamente en busca de la verdad. Demanda: debe contener los hechos sustanciales en que sustenta su petición y de los cuales no puede salirse el fallador. No se requiere precisar las fechas entre las cuales existieron las relaciones sexuales.* Sentencia de 22 de enero de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso ordinario promovido por Lucrecia, Olga Cecilia y Blanca Nubia Castaño frente a los herederos de Marco Tulio Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 7

RECURSO DE REVISION. — *Finalidad del recurso. Presupuestos de la causal 1ª del artículo 542 del Código Judicial.* Providencia de 31 de enero de 1974. — Se declara infundado el recurso interpuesto por Leopoldo Pulido Rodríguez contra la sentencia de 28 de junio de 1967, proferida por la Corte en el proceso ordinario que, contra el recurrente y Rafael Pulido, había instaurado Teodosio Pulido Bulla. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 14

FILIACION NATURAL. — *Petición de herencia: no puede considerarse implícita en la investigación de paternidad natural, pero sí acumularse las dos pretensiones.* Sentencia de 8 de febrero de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Blanca Libia Suárez frente a los herederos de Arturo Velásquez Escobar. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 22

Págs.

SIMULACION. — *Cosa juzgada: excepción de mérito que puede proponerse también como previa; el auto que resuelve ésta no tiene autoridad de cosa juzgada. Cuando la sentencia no falla sobre la perentoria, hay incongruencia por citra petita. Acumulación de pretensiones: el juez al fallar, debe seguir el orden propuesto por el actor.* — Sentencia de 15 de febrero de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario seguido por Emilio Cardona frente a Germán Zafra Gómez. — Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda .. 28

RECURSO DE REVISION. — *No es una tercera instancia para suplir deficiencias u omisiones del desfavorecido por el fallo recurrido.* Providencia de 18 de febrero de 1974. — Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el 9 de febrero de 1967, en el proceso ordinario promovido por Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas contra Alfonso Mendoza Moreno. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 41

SALVAMENTO DE VOTO. — Del Magistrado Doctor Humberto Murcia Ballén al fallo anteriormente publicado 51

SEGUROS. — *Cancelación unilateral del contrato. — Prueba literal de terceros.* Sentencia de 25 de febrero de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por "Compañía Pesquera Arango Hermanos Ltda." contra "Compañía de Seguros Skandia S. A.". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 54

Págs.

NULIDAD DE TESTAMENTO. — *Por inhabilidad de los testigos: incompatibilidad entre lo dispuesto por el artículo 1119 del Código Civil y el 1083 ibídem, reformado por el 11 de la Ley 95 de 1890; dependencia que inhibe para ser testigo testamentario.* — Sentencia de 14 de marzo de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso ordinario promovido por Laureano Londoño Gómez contra María Josefa Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 66

REIVINDICACION. — *Incongruencia, no se requiere conformidad literal entre la sentencia y las pretensiones y excepciones, ni que el pronunciamiento se haga en la parte resolutiva y no en la motiva. Prueba de la identidad del bien por declaración de parte. Propiedad y derecho real de herencia. Posesión legal de la herencia y posesión material.* — Sentencia de 24 de abril de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario promovido por Leonel Sarmiento contra Manuel Loreto Jiménez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 76

SEGUROS. — *Contratos de adhesión, sus características; distintos criterios interpretativos de sus cláusulas. Estipulación para otro.* — Sentencia de 8 de mayo de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por José Lopera Monsalve y otros, contra la Internacional de Seguros S. A. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas 87

SALVAMENTO DE VOTO. — Del Magistrado Doctor Humberto Murcia Ballén al fallo anteriormente publicado 101

RESOLUCION DE PERMUTA. — *Reformatio in pejus. — Causal 4ª de casación del nuevo Código de Procedimiento Civil. — Pago de perjuicios.* — Sentencia de 29 de mayo de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el proceso ordinario promovido por José Ricaurte Márquez contra Luis Alejandro Tovar Otálora y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 103

DESHEREDAMIENTO. — *Prueba de las causales.* — Sentencia de 7 de junio de 1974. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario promovido por Guillermo Edmundo Salas Benavides frente a Carlos César Salas. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 120

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR AEREO POR HECHOS ACAECIDOS ANTES DE LA VIGENCIA DEL NUEVO CODIGO DE COMERCIO. — *Derecho aeronáutico actual; presunción de culpa del transportador. La obligación del transportador aéreo no es de medio sino de resultado. Aeronáutica Civil: sus certificaciones e informes son documentos públicos. Responsabilidad contractual y extracontractual del transportador.* Sentencia de 11 de junio de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso ordinario suscitado por Esther Gómez de Arango y otros contra la sociedad "Taxi Aéreo Sabanero (Tass) Limitada". Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 126

PROMESA DE CONTRATO. — *Error de hecho.* — Sentencia de 20 de junio de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario instaurado por Francisco y Fernando Botero Jaramillo frente a Angel María Martínez R. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 148

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda y Ernesto Escallón Vargas al fallo anteriormente publicado 162

OBJECIONES A LA PARTICION. — *(División material de comunidad con objeto múltiple). Comunidad: derecho de los comuneros.* — Sentencia de 17 de julio de 1974. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Inés Mariño de Cabrera fren-

Págs.

te a Ana Francisca Mariño Herrera y otros. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas 163

RECURSO DE REVISION. — *Requisitos para la ocurrencia de la causal 1ª. — La causal 6ª puede alegarla también el tercero que sufra perjuicios con la sentencia y su invocación no requiere que preceda investigación penal. Causal 8ª.* — Providencia de 18 de julio de 1974. Declárase infundado el recurso interpuesto por Gonzalo Prieto y Jesús Barrera contra la sentencia de 15 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por los recurrentes frente a la sociedad "Automotores Colombia R. A. Pérez e Hijos Limitada". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 180

FILIACION NATURAL. — *De las relaciones sociales se pueden inferir las sexuales.* — Sentencia de 19 de julio de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en este proceso ordinario que, frente a los herederos de Jesús Antonio Mancera Norzagaray promoviera el menor Edgar Hidalgo. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 187

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO *Obligaciones puras y simples, a plazo y condicionales. En la promesa de compraventa la obligación es siempre condicional o a plazo. Cumplida la condición ha de requerirse a la contraparte para constituirla en mora; no así vencido el plazo, cuando dies interpellat pro homine.* Sentencia de 8 de agosto de 1974. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en este proceso ordinario suscitado por Luis José Silva y Margarita Valdés Brochero frente a Hernando Obando Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 192

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO *(Venta de vehículo con reserva de dominio). Requisitos de la acción.* — Sentencia de 12 de agosto de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por Carlos Enrique Roa Ardila frente a Silverio Hernández. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 199

REIVINDICACION. — *Aplicación de la ley procesal en el tiempo. Nulidad procesal: principio de la especificidad; la por trámite inadecuado es insaneable. Incongruencia: infra petita y minima petita.* — Sentencia de 22 de agosto de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por la "Compañía Eléctrica de Doima S. A.", frente a Honorio Pérez Salazar y otra. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 207

PROMESA DE CONTRATO. — *Incumplimiento de las partes. Técnica de casación, causal 2ª.* — Sentencia de 28 de agosto de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por Gilberto Sarmiento Rico frente a Luis Gerardo Macías Herrera. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 221

REVISION. — *Preclusión por interposición del recurso en forma inepta.* — Providencia de 20 de septiembre de 1974. — La Corte declara precluida la procedencia del recurso de revisión que el Banco del Comercio pretende para la sentencia de 8 de septiembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso de quiebra de "Industria de Refrigeración Cold Sea Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 231

COMPRAVENTA MERCANTIL. — *Venta sobre muestras. Desistimiento tácito por mutuo disenso.* — Sentencia de 23 de septiembre de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de "Inversiones Industriales Ltda." contra "Industria de Herrajes Ltda. (Indurrajes)". Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas 235

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — *Daño moral subjetivo y objetivado. Perjuicio material. Evaluación*

Págs.

del daño moral subjetivo sin la limitación del artículo 95 del Código Penal. — Sentencia de 27 de septiembre de 1974. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en este proceso ordinario promovido por Alberto González Robles contra el Instituto de Crédito Territorial. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 248

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER al fallo anteriormente publicado 256

ESTADO CIVIL. — *(Transacción sobre derechos patrimoniales derivados de éste). Las acciones de impugnación del estado civil no son absolutamente irrenunciables.* — Sentencia de 3 de octubre de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por Inés Restrepo Gutiérrez viuda de Escobar frente a los herederos de Amelia Mejía Callejas. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 268

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER al fallo anteriormente publicado 279

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO. — *Confesión extrajudicial: sus requisitos y mérito probatorio en el nuevo Código de Procedimiento Civil; prueba de la prueba.* — Sentencia de 8 de noviembre de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Hermencia Gutiérrez y otra contra Luis Eduardo Cortés Correa. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 283

Págs.

NULIDAD DE TESTAMENTO. — *Prueba de la calidad de heredero ab intestato y del interés para impugnar el testamento. Dictamen pericial: su valor frente a las partes que intervinieron en su formación.* — Sentencia de 28 de noviembre de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario que frente a Sara de las Mercedes Venegas Andrade promovieron Marina Torres de Gaitán y otros. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 290

FILIACION NATURAL. — *Efectos de la sentencia cuando se inicia el proceso muerto el padre.* — Sentencia de 5 de diciembre de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario instaurado por Nelsy Chicué, representada legalmente por su madre Elena Chicué, contra Priscila Hernández de Reyes. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper ... 301

FILIACION NATURAL. — *Nulidades procesales: sus principios básicos; quién puede invocarlas. Muerto el padre la competencia para demandar la filiación natural corresponde al juez civil del circuito. Cuando las partes en el juicio son mayores de edad no es necesaria la intervención del Ministerio Público y del defensor de menores. Causal 5ª de casación. Reconocimiento como natural del hijo de mujer casada; evolución histórica.* — Sentencia de 5 de diciembre de 1974. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por Camilo Arnoldo Farieta Caipa frente a Luis Felipe Farieta Guerrero. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 312

SALA DE CASACION LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO. — Es legalmente imposible establecer la existencia de un contrato de trabajo entre dos sociedades. — La Corte por sentencia de enero 22 de 1974, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Antonio Gutiérrez Jaramillo contra Tejidos de Punto Lindalana Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 323

Págs.

AUTENTICIDAD DE UN DOCUMENTO. — La autenticidad de un documento consiste en la certeza (convicción que excluye toda duda) de que proviene de la persona a quien se atribuye el haberlo manuscrito, firmado o elaborado. — La Corte por sentencia de enero 25 de 1974, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José María Rodelo contra Heinz Cohn B. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 334

LAUDO ARBITRAL. — La Corte, por providencia de 1º de febrero de 1974, FALLA: 1º Es INEXEQUIBLE el artículo 1º del fallo arbitral proferido el veintisiete de agosto de mil novecientos setenta y tres, que decidió el conflicto colectivo surgido entre la Beneficencia de Armenia y su Sindicato de Trabajadores, en cuanto dispone que "La Beneficencia de Armenia, procederá a ampliar el punto "SEXTO" de la convención colectiva de trabajo suscrita el primero de octubre de 1971, en lo relacionado con la asistencia a cursos de cooperativismo". — Es exequible en lo demás. 2º HOMOLOGANSE las demás decisiones del fallo arbitral acusado. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 342

SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. — El Decreto 3041 de 1966 (diciembre 19) aprueba el "Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, expedido por el consejo directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, mediante el Acuerdo Nº 224 de 1966", aprobación indispensable para que dicho Reglamento adquiriese validez, tal como lo dispone el artículo 9º inciso 2º de la Ley 90 de 1946. No es un decreto reglamentario, sino que se dictó en ejercicio de la facultad que dicha ley le concede al Presidente de la República para darle validez al Acuerdo mencionado, que es en realidad el estatuto que contiene las normas que reglamentan los riesgos a que él se refiere. La Corte por sentencia de febrero 21 de 1974, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Julia Ochoa viuda de Moreno contra Celanese Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. .. 350

LAUDO ARBITRAL. — La Corte, por providencia de 21 de febrero de 1974, DECLARA INEXEQUIBLES los artículos segundo y tercero de la parte resolutiva del laudo arbitral proferido por el Tribunal de arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el departamento del Huila y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de las Obras Públicas Departamentales del Huila y HOMOLOGA sus ordenamientos primero, cuarto y quinto. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 360

DICTAMEN PERICIAL. — El dictamen pericial está excluido de examen en casación laboral por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que limitó las facultades de la Sala respecto del error de hecho a "la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular", y si bien es cierto que su jurisprudencia ha admitido la posibilidad de revisar la estimación de pruebas destinadas de las enumeradas por dicha norma, se requiere para ello que en alguna de éstas resulte manifiesto error de hecho y que haya conexidad estrecha con alguna de las pruebas excluidas. La Corte por sentencia de febrero 21 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Enrique Marulanda Aguirre contra Texas Petroleum Company. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 363

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. El recurrente pretende la absolución que impartió el juzgado por este extremo jubilatorio. Pero a ese tiempo establecido no corresponde tal resolución, por cuanto supera 10 años de servicios, que, con los

Págs.

otros requisitos mantenidos, confieren derecho al trabajador a una pensión vitalicia de jubilación, desde la fecha de su despido, si para entonces tenía cumplidos sesenta años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido, de cuantía directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de una pensión plena, a voces del artículo 8º de la Ley 171 de 1961. La Corte por sentencia de febrero 25 de 1974, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José de Jesús Sánchez contra Iván de Bedout. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 367

SEMINARIOS. — Es pues a la luz de esta doctrina diáfano que, como el Seminario explotaba económicamente, en su propio provecho, esa finca rural en donde se conjugaban naturalmente el capital y el trabajo, y aun cuando esa institución por sus fines no tuviera ánimo de lucro, *era una empresa* para el estatuto laboral. Y como el trabajador demandante vinculó su actividad a las labores propias del agro en la explotación de ese fundo, al servicio del Seminario, tenía en consecuencia derecho para reclamar las prestaciones atinentes a su caso particular. La Corte por sentencia de febrero 25 de 1974, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan Clímaco Cifuentes Orozco contra Seminario Conciliar de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B. .. 375

HONORARIOS PROFESIONALES. — Tener como honorarios valores que no retribuyen servicios personales sino que responden al precio de cosas y de la mano de obra de terceros, constituye error evidente que impone, sin más, el quebranto de la decisión judicial por cuanto las normas que la fundamentan en primer término se refieren a la retribución de aquellos servicios personales y no al precio de las otras. La Corte por sentencia de marzo 8 de 1974, CASA PARCIALMENTE la

Págs.

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Carlos A. Tello Marulanda contra Oscar López Carvajal. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 400

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 407

PREAVISO. — 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". La Corte por sentencia de marzo 22 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alberto Villegas Botero contra Comestibles La Rosa S. A. y Distribuciones Grace y Cía. (Colombia) S. A. o Grace y Cía. (Colombia) S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 413

INDEMNIZACION MORATORIA. — Para los fines de la misión primordial de la Corte, como tribunal de casación, ha de expresarse, respecto de la cuestión de fondo del cargo y —del recurso en general— que la indemnización moratoria que se señala como violadora del artículo 64 de la Constitución Nacional no constituye, total ni parcialmente, una "asignación" del trabajador, incompatible como tal con la pensión de jubilación a que también fue condenado el instituto en el negocio de autos, pues no es "cantidad señalada por sueldo" o por concepto retributivo de trabajo o relativo a él, sino resarcimiento de la demora patronal en satisfacer, sin razón atendible, la prestación debida o sanción para esa mora, en la concepción inicial del Decreto 2127 de 1945, modificado por el Decreto 797 de 1949, en su contemplación de las entidades de derecho público. La Corte por sentencia de abril 4 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Fidel Castro Rodríguez contra Instituto de Crédito

Págs.

Territorial. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 427

EXTRA Y ULTRA PETITA. — El *ad quem* aplicó indebidamente el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo en cuanto sólo faculta al juez de primer grado para proferir fallo *ultra o extra petita* y, mediante la violación de esa norma, el 5º del Decreto 435 de 1971 relacionado con reajuste de pensiones, y las sustanciales que regulan las de jubilación e invalidez, ninguna de las cuales corresponde al caso deducido por el Tribunal de una "pensión voluntaria", vale decir, que "no se causó por el cumplimiento del tiempo y edad, a título de sanción o por causa de invalidez", según sus propias expresiones. La Corte por sentencia de abril 25 de 1974, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Carlos García C. contra Industrial Hullera S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 431

DICTAMEN MEDICO. — El recurrente señala como prueba erróneamente apreciada el dictamen Médico del Trabajo de la Sección de Medicina, Seguridad e Higiene del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este medio probatorio es una prueba pericial o peritación, no incluidas en las relacionadas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que por su errónea apreciación o inapreciación dan origen al error de hecho. Sin embargo, de acuerdo con jurisprudencia de esta Sala de la Corte, es posible examinarla en el recurso de casación cuando por la falta de apreciación o errónea apreciación de las pruebas que contempla la norma en referencia, surge el error de hecho. La Corte por sentencia de abril 26 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Luisa Salgado de Pulido contra departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 435

EL ELEMENTO SUBORDINACION EN EL CONTRATO DE TRABAJO. — El censor juega con el verbo "subordinar", dándole el sentido de que por razón de las obligaciones recíprocas resultantes de un contrato, la voluntad del uno se subordina a la del otro. Pero no es ese el contenido de la subordinación jurídica que diferencia el contrato de trabajo de otros similares y que consiste en que el trabajador se coloca bajo la autoridad del patrono, quien tiene el derecho o facultad de darle órdenes en la ejecución de su trabajo, de vigilarlo y de imponerle sanciones por faltas disciplinarias. La Corte por sentencia de abril 30 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Calixto Ochoa Campo contra Fábrica de Discos Fuentes S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 440

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA. — El inciso 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 expresa claramente que si el trabajador es quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al patrono una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. No dice la norma que cuando el trabajador renuncia simplemente o para dedicarse a otras actividades, no hay ruptura intempestiva del contrato de trabajo. Cierto es que la renuncia cuando es aceptada por el patrono llana y simplemente conduce a una terminación del contrato por mutuo consentimiento, pero el Tribunal Superior no se fundamenta en la existencia de esa situación, sino en la renuncia como acto unilateral del trabajador. En consecuencia interpreta erróneamente la norma. La Corte por sentencia de mayo 8 de 1974, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Ramón Murillo Rendón contra Iván y Jairo López & Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 446

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — No puede confundirse la terminación por vencimiento del plazo con el despido. La Corte por sentencia de mayo 15 de 1974, NO CASA la proferida por el

Págs.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Walter Kaemmerer contra la sociedad Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 455

MANDATO. — No es el mandato en sí el que da derecho a remuneración, sino el cumplimiento del encargo conferido y en la medida en que haya sido ejecutado. Es la acción del comisionista que hace posible la negociación correspondiente, la que le permite cobrar el estipendio pactado o el usual. De otra manera, resultaría lucrándose por la realización de negocios en que no tuvo parte, sin razón jurídica que lo justifique. La Corte por sentencia de mayo 16 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Vásquez Plata contra Carlos Rey y Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 460

INTERES PARA RECURRIR. — No habiendo sido apelado el fallo de primer grado el demandante lo consintió, limitando su interés al valor de las pretensiones que le fueron reconocidas. Si al resolver la consulta el Tribunal Superior disminuyó las condenas, la cuantía del interés para recurrir en casación es equivalente a la diferencia entre el valor de lo reconocido en la sentencia de primer grado y el valor de la condena de segunda instancia. No es posible tener en cuenta la cuantía total de las pretensiones contenidas en la demanda inicial, porque, se repite, al no apelar el demandante, el ad quem no podía aumentar el valor de las condenas, sino apenas confirmarlas o disminuirlas en favor de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, pues de lo contrario incurriría en la reformatio in pejus. La Corte, si fuere quebrantada la sentencia de segundo grado, tendría en sede de instancia, igual limitación. Por esta razón no se tendrá en cuenta, como lo pretende el recurrente, un salario más alto o un número mayor de días de los que tomó el fallador de primera instancia para liquidar las indemnizaciones por despido injusto ni mayor salario ni otra fecha inicial para determinar la cuantía de la indemnización por mora. La Corte por providencia de 17 de mayo de 1974, estima BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por Joaquín Ocampo Alvarez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario seguido contra el municipio de Itagüí. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 471

CONFESION. — Nó contestación de la demanda. Manifestaciones que hacen las partes en conciliación ante juez o inspector. Sistema de valoración de la prueba en derecho laboral. La Corte por sentencia de mayo 29 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Adolfo Coronado Rivera contra Luis A. Tamayo y Cía. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 474

RENUNCIA Y POSTERIOR RETIRO DE ELLA. — *(Capacidad recepticia)*. — La capacidad recepticia se refiere al "pacto disolutorio (del contrato), cuando, sin revocación previa de quien la hace es aceptada por la persona a quien va dirigida". La Corte por sentencia de junio 6 de 1974, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Luis Ignacio Melo contra Electrificadora del Atlántico S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 479

CORRETAJE. — Según el artículo 1341 del Código de Comercio, el corredor tiene derecho a su remuneración cuando se celebra el negocio en que interviene. La Corte por sentencia de junio 12 de 1974, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Lázaro Restrepo contra Luis Felipe Ortiz Arango. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 494

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — Respecto de la prueba consistente en la resolución del Ministerio del Trabajo, que declaró ilegal el cese de actividades en el Sena, no es forzoso admitir, que por haberle ser-

Págs.

vido al sentenciador para fundar en la falta de notificación de la misma la condena al lucro cesante, debió servirle también para condenar a cubrir indemnización moratoria, pues se trata de situaciones distintas: la primera, es la validez de tal resolución para despedir al trabajador y, la segunda, el que el instituto creyera que, declarando ilegal dicho paro, estaba facultado para prescindir de los servicios del trabajador. Lo cierto es que el demandado produjo el rompimiento del contrato, apoyado en una resolución de autoridad competente que declaraba ilegal la huelga. Si ante este hecho, el Tribunal dedujo buena fe en el patrono, no aparece que incurriera en error con carácter de manifiesto o evidente, como es el que se requiere para casar una sentencia. La Corte por sentencia de junio 26 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Héctor Jamaica contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena). Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia . 505

TERRITORIALIDAD DE LA LEY. — Sujetar al extranjero en Colombia, en todo caso, a la ley local y en cambio exigir que el colombiano en el extranjero no se rija por la ley local es perfectamente ilógico. Este sistema atenta contra un derecho esencial de las naciones, como es el de la igualdad jurídica. La Corte por sentencia de julio 23 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Ricardo Pérez P. contra "Viacao Aérea Riograndense - Varig". Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B. 510

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de agosto 2 de 1974, DECLARA NULO y, por tanto INEXEQUIBLE, el laudo arbitral pronunciado el 4 de abril del año en curso por el tribunal de arbitramento obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los municipos del departamento de Antioquia y el municipio de San Carlos. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B. 521

Págs.

SALARIOS VARIABLES. — Una cosa es, el período que las partes convengan para la liquidación y pago de los salarios variables (semanas, quincenas, meses) y otra, la obligación del actor de demostrar lo devengado en cada semana inmediatamente anterior al dominical cuya solución reclama. La Corte por sentencia de agosto 6 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Antonio Escobar Stevenson contra The National Cash Register Co. of Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 525

COMISION ESPECIAL PACTADA CON UN VENDEDOR, FUERA DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO, PARA UN NEGOCIO DETERMINADO. — La Corte por sentencia de agosto 30 de 1974, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Guillermo Potes Hurtado contra Tracey & Cía. S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 533

UNIDAD DE EMPRESA. — No es lo mismo encontrar que entre dos sociedades hay mayoría de socios comunes y suponer que los demás tienen entre sí algún nexo, que establecer la dependencia económica de dos unidades de explotación respecto a una misma persona natural o jurídica. La Corte por sentencia de agosto 30 de 1974, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Napoleón Coronel de la Hoz contra Droguería Blanco & Roca de Cartagena Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 540

LAUDO ARBITRAL. — La Corte, por providencia de 13 de septiembre de 1974, declara que no es competente para conocer del recurso de homologación contra el laudo dictado para decidir el conflicto colectivo surgido entre Industrias Don Félix Limitada de Pereira y su Sindicato de Trabajadores. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 546

Págs.

REINTEGRO O INDEMNIZACION. — Para decidir entre el reintegro o la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio. Cuando la norma se refiere al juez del trabajo, no está distinguiendo entre el a quo y el Tribunal. Tanto el uno como el otro son "jueces del trabajo", y por tanto el ad quem en los juicios de dos instancias, tiene plena competencia. La Corte por sentencia de septiembre 19 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Julio Roberto Gómez Carrero contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 549

ACTOS DELICTUOSOS COMETIDOS POR LOS TRABAJADORES. — No puede confundirse el hecho mismo consagrado como causa justa, con la responsabilidad penal que pueda surgir de la comisión del mismo acto. La Corte por sentencia de septiembre 20 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Pablo R. Vanegas Mejía contra el Banco de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 559

LA PARROQUIA, COMO PERSONA JURIDICA.— Dijo el Tribunal: "La demanda se dirigió contra una persona inexistente (La Parroquia), ya que el representante legal en este caso sería el Administrador Apostólico, puesto que la Parroquia en sí, no está considerada como persona natural o jurídica. Es evidente el yerro cometido por el sentenciador al negar la calidad de persona jurídica a la Parroquia, entidad que la posee de manera plena, así como al desconocerle a su párroco la representación de la misma. La Corte por sentencia de octubre 3 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lilia Aura Garzón Rodríguez contra la Parroquia de Nuestra Señora de Lourdes. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 565

REGIMEN JURIDICO DE LOS TRABAJADORES DEL "INCORA". — La clasificación que hace el artículo 57 de los estatutos, no es contraria al Decreto 3135 de 1968, sino que cumple de antemano una función atribuida por la norma a los estatutos. Por no ser contraria esa norma estatutaria a la del decreto, no fue derogada por éste. La Corte por sentencia de octubre 9 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Orlando R. Bermúdez Lozano contra Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 571

LAUDO ARBITRAL. — La Corte, por providencia de 12 de noviembre de 1974, DECLARA: 1º INEXEQUIBLES el ordenamiento retroactivo al 1º de enero de 1974, de los aumentos de salarios de las letras a) de los ordinales 1º y 2º del artículo 1º del laudo objeto del presente recurso de homologación y las letras b) de los mismos ordinales 1º y 2º del dicho artículo 1º del laudo, así como el párrafo final de estos ordenamientos, sobre pago de los aumentos de 1975 en forma adicional a los establecidos para 1974; los artículos décimo y decimoprimero del laudo, sobre "atención médica para el trabajador y sus familiares" y "fondos de préstamos", respectivamente; el artículo decimoquinto, sobre "descuento especial"; en su aplicación a trabajadores de la Fundación A. Shaio no afiliados al sindicato de la misma, y la retroactividad ordenada por el artículo decimosexto, sobre vigencia del laudo. 2º EXEQUIBLES el artículo 1º del laudo, en las letras a) de sus ordinales 1º y 2º, sobre aumento de salarios en diez y nueve pesos, respectivamente, pero a partir de la fecha de expedición del laudo y hasta el 31 de diciembre de 1975; y exequible asimismo el artículo decimocuarto en su aplicación a los trabajadores afiliados al Sindicato de la Fundación. 3º SE HOMOLOGAN los demás artículos del laudo recurrido. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 580

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES: José Enrique Arboleda Valencia,

Págs.

Miguel Angel García B. y José Eduardo Gnecco C. 588

PERDIDA DEL DERECHO AL AUXILIO DE CESANTIA CUANDO SE INVOCA LA EXISTENCIA DE UN DELITO. — Cuando se invoca la existencia de un delito como hecho constitutivo de la pérdida del derecho al auxilio de cesantía, tal calificación debe hacerla el juez penal y no el laboral, quien no tiene competencia para determinar la existencia de un ilícito penal. Y para poder hacer uso del derecho a retener la cesantía el patrono debe presentar la correspondiente denuncia, ante el funcionario penal, y sólo después de que éste se pronuncie en el sentido de que el trabajador ha incurrido en el delito, se pierde el auxilio de cesantía porque si se demuestra su inocencia, cesa el derecho del patrono para retener la prestación que en consecuencia se hace exigible. La Corte por sentencia de noviembre 15 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Américo Mikly contra Benito Chacón Pirabán. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 591

MOTIVOS DE TERMINACION DEL CONTRATO INVOCADOS EN LA CARTA DE DESPIDO. — La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Beatriz García contra Almacén Parker Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 598

INDEMNIZACION MORATORIA. — La condena por mora debe efectuarse tomando como base el último salario diario y no el promedio del último año. La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1974, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de Dagoberto Castro Rondón contra Transportes Rápido Tolima S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 604

CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. — El contratista independiente no deja de ser-

Págs.

lo porque ejecute la labor contratada en las instalaciones de la empresa que lo ha contratado, ni porque use en ocasiones equipos de la misma, además de los suyos propios, ni porque solicite los materiales necesarios para realizar las obras correspondientes. La Corte por sentencia de noviembre 28 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Hernando Torres contra la Compañía de Transportes Terminales S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 612

LAUDO ARBITRAL. — La Corte, por providencia de 11 de diciembre de 1974, FALLA: Primero. Decláranse inexequibles el artículo 18 y el parágrafo del artículo 23, del laudo arbitral de 26 de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferido por el tribunal especial de arbitramento que resolvió el diferendo laboral entre el Banco Popular y el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular S. A. Segundo. Homológase en todo lo demás el dicho laudo arbitral. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 620

FIJACION DEL SALARIO PROMEDIO MENSUAL, COMO BASE DE LIQUIDACION. — Las vacaciones satisfechas en dinero al finalizar la relación laboral, tienen un carácter compensatorio que no es salario. La Corte por sentencia de diciembre 11 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Francisco Luis Mejía O. contra Cementos Argos S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 627

ANALISIS DE PRUEBAS PRESENTADAS AL JUICIO Y QUE CON BASE EN ELLAS SE CONDENO A LA DEMANDADA. — La crítica del impugnador sobre la gran diferencia entre el monto de la condenación por mora y la relativa al despido injusto, no es atendible porque la indemnización por falta de pago en la legislación laboral, no está formada por intereses, no hace relación al monto de lo no pagado sino que se determina por la cuantía del salario diario y por el tiempo de la mo-

ra, sin que exija relación de proporcionalidad entre lo dejado de pagar y el valor de la sanción. La Corte por sentencia de diciembre 12 de 1974, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Néstor Jaramillo Gutiérrez contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 636

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra fue impresa en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.

(Una empresa editorial y humana al servicio de la Rehabilitación del Recluso).

BOGOTA, D. E. 1977