REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLII

PRIMERA PARTE

SALAS CIVIL Y LABORAL



BOGOTA, D. E. - TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA - 1980

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

SALA PLENA

Doctor Alejandro Córdoba Medina, *Presidente*
Doctor José María Esguerra Samper, *Vice-presidente*
Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*



SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Aurelio Camacho Rueda, *Presidente*
Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda
Ernesto Escallón Vargas, hasta 15 de abril de 1976
Ricardo Uribe Holguín
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén
Alfonso Peláez Ocampo, hasta 24 de agosto de 1976
Alberto Ospina Botero

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Julio Salgado Vásquez, *Presidente*
Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario Di Filippo
Humberto Barrera Domínguez, hasta 13 de julio/76
Pedro Elías Serrano Abadía
Jesús Bernal Pinzón
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Salgado Vásquez
José María Velasco Guerrero

SALA DE CASACION LABORAL

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

MAGISTRADOS: Doctores:

Jerónimo Argáez Castello
Jorge Gaviria Salazar, hasta julio 5 de 1976
Hernando Rojas Otálora
José Eduardo Gnecco C.
Alejandro Córdoba Medina
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture
Juan Hernández Sáenz

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Guillermo González Charry, *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
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral
María Teresa G. de Angel, Sala Constitucional

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMO CLII — Bogotá — Colombia — Enero a Diciembre de 1976 — Número 2393

SALA DE CASACION CIVIL

FILIACION NATURAL

Presupuestos procesales. — Fallo inhibitorio, cómo atacarlo en casación. — Independencia de la paternidad y maternidad naturales.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por demandante y demandado contra la sentencia de 11 de diciembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso ordinario instaurado por María Carmenza González de Rodríguez frente a Ricardo Cuevas Silva.

I

Antecedentes

Por su trascendencia en él, son relevantes en el presente litigio los siguientes tres hechos:

1º Según lo dice la copia del acta eclesiástica expedida por el cura Párroco de Santa Bárbara de Tunja el 3 de mayo de 1953 se bautizó allí "una niña que nació el siete de abril de ese año, hija de Dolores Fonseca, a quien se llamó María Carmenza. Abuelos maternos: Epifanio Fonseca y Carlota Pineda. Padrinos: Juan de Dios y Dolores González";

2º Por petición escrita de Carlos Germán Rodríguez, cónyuge de la demandante, el 11 de enero de 1972 se presentó al Juzgado Promiscuo Municipal de Boyacá (Boyacá) María Lourdes Bautista, y bajo la gravedad del juramento declaró que había prestado sus servicios como doméstica en casa de Ricardo Cuevas Silva y su esposa Carmen de Cuevas; que por razón de esta vinculación mantuvo relaciones sexuales con aquél durante los años comprendidos entre 1948 y 1964; que fruto de tales relaciones fue el nacimiento de dos hijos, el segundo de los cuales se llama María Carmenza, nacida el 7 de abril de 1953; y que "como a los tres días de nacida" ésta, Carmen de Cuevas, cónyuge del demandado, "se la regaló a la señora Dolores González viuda de González", quien la mandó bautizar; y

3º Posteriormente, mediante escrito de 20 de enero del mismo año de 1972 y que fue reconocido como auténtico por su otorgante ante el notario Primero de Tunja, la citada María Lourdes Bautista expresó que la paternidad por ella atribuida a Cuevas Silva en relación con su hija María Carmenza ante el Juez de Boyacá no era cierta; que había rendido la declaración en ese sentido por coacción que sobre ella ejercieron ésta, su esposo Carlos Germán Rodríguez y "un tal Nebardo".

"Todas estas personas —se lee en dicho documento— me dijeron que tenía que decir que María Carmenza era hija natural del señor Ricardo Cuevas, que yo debía sostener era eso porque el señor Ricardo Cuevas ya había dicho que era hija suya". Añade la declarante que "yo les dije que cómo iba a ser eso, que yo no podía afirmar eso porque el papá estaba ya muerto, era el señor Francisco Páez, asesinado en Tibaná y quien me ofreció que la iba a reconocer. Germán se sublevó y me dijo que los muertos ya no hablaban; yo le dije que tenía que haber conciencia y por eso no podía afirmar que el señor Ricardo Cuevas era el papá"; y agrega que "fui llevada en forma obligada, y por medio de amenazas, a un juzgado en la población de Boyacá, y en el despacho tenían ya un escrito y como yo no sé escribir ni leer, llamaron a un hombre, desconocido mío y firmó tal documento".

II

El Litigio

1. Mediante libelo repartido el 7 de marzo de 1972 al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, María Carmenza González o Fonseca o Bautista de Rodríguez demandó a Ricardo Cuevas Silva, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la demandante "es hija natural del señor RICARDO CUEVAS SILVA y de MARIA LOURDES BAUTISTA SUÁREZ, declaración que deberá hacerse para todos los efectos civiles señalados en la ley"; y

b) Que, consecuencialmente, "se ordene al señor Notario Primero de este Círculo, que con arreglo a las disposiciones vigentes, se extienda y suscriba el acta de registro civil del nacimiento de la menor María Carmenza González o Fonseca o Bautista de Rodríguez, como hija natural del demandado".

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

Que Ricardo Cuevas Silva y María Lourdes Bautista mantuvieron, durante los años comprendidos entre 1948 y 1964, en forma continua e ininterrumpida relaciones sexuales estables "y hasta cierto punto públicas"; que fruto de esas relaciones fue el nacimiento de la demandante, ocurrido el 7 de abril de 1953 en casa del demandado, en donde la Bautista trabajaba a la sazón como empleada del servicio doméstico; que "como a los tres días de nacida" la niña María Carmenza, Carmen de Cuevas, cónyuge del demandado, la entregó para su crianza a Dolores González viuda de González; y que fue así como ésta hizo bautizar a la menor en la Iglesia Parroquial de Santa Bárbara de Tunja, en donde, al asentar el acta correspondiente, la hizo figurar supuestamente como hija de Dolores Fonseca.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones deprecadas en ella; en cuanto a los hechos, negó los atinentes a la paternidad que se le enrostra y afirmó no constarle los demás.

Y apoyado en la última declaración de la Bautista Suárez, expresada ante el notario de Tunja, en esa misma oportunidad el demandado aseveró que la demanda incoada contra él "es temeraria", por lo que pidió que su demandante fuese condenada a pagarle "no sólo las costas que el proceso ocasione sino también los perjuicios que lleguen a producirse por el inicio de dicha acción judicial".

4. Replicada así la demanda, con la práctica de las pruebas pedidas por las partes y las que oficiosamente se decretaron surtióse la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento lo puso fin con su sentencia de 16 de julio de 1974, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demandante e impuso al demandado las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por esta última parte contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el que, mediante sentencia proferida el 11 de diciembre del mismo año, luego de infirmar la apelada, decidió lo siguiente:

a) Se declaró inhibido para resolver en el fondo la pretención de maternidad deducida por la demandante en relación con María Lourdes Bautista, "por falta de los presupuestos procesales de demanda en forma y capacidad procesal"; b) declaró, frente a la acción de paternidad natural instaurada contra Cuevas Silva, probada oficiosamente "la excepción perentoria temporal o dilatoria de fondo, petición de modo indebido o petición antes de tiempo"; c) dispuso que la demandante quedaba en libertad "de iniciar nuevamente la acción con los requisitos de forma expuestos anteriormente y una vez que se resuelva sobre la maternidad disputada"; y d) finalmente impuso a la demandante las costas causadas en las dos instancias del proceso.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de compendiar el desarrollo del proceso, en el inicio de las motivaciones de su sentencia advierte el Tribunal que, según se infiere de la primera súplica deducida en la demanda, la demandante acumula en ésta dos acciones de reclamación de estado: la de su paternidad natural en relación con el demandado Ricardo Cuevas Silva; y la de su maternidad respecto de María Lourdes Bautista.

2. Hecho por él este discernimiento inicial, acomete en seguida el ad quem el estudio separado de las dos pretensiones que encuentra agregadas en la demanda incoativa del proceso.

Y así, refiriéndose a la maternidad suplicada en relación con la Bautista, observa el sentenciador que como la demandante omitió dirigir su demanda contra ésta, por lo que del libelo incoativo del proceso no se le dio traslado, ni se le vinculó en su tramitación, no es posible hacer la declaración de maternidad deprecada pues que ello implicaría una evidente transgresión del principio del debido proceso, consagrado en el artículo 26 de la Carta Política.

Advierte el Tribunal que la deficiencia observada en la demanda adquiere aquí indiscutible trascendencia, puesto que, dice, sin embargo de que María Lourdes Bautista reconoció ser la madre de la demandante, según los documentos probatorios aducidos por las partes, ésta figura como hija de Dolores Fonseca.

Tomando apoyo en estas consideraciones, el Tribunal concluye en que "la demanda adolece de un vicio formal y que por lo tanto se configura por este aspecto el presupuesto procesal de demanda en forma", en cuya ausencia estriba su resolución inhibitoria en el punto.

3. Estima además el ad quem que en el presente caso falta también el presupuesto atinente a la capacidad procesal de la demandante, y que ello corrobora su abstención para decidir la maternidad suplicada. Deficiencia esta que hace derivar del hecho de que, según el poder conferido por ella, su apoderado solamente estaba facultado para demandar su paternidad.

"Se infiere de esto —dice la sentencia— que el apoderado obró sin personería para pedir la declaración de maternidad y el juez pasó inadvertido este hecho cuando su deber era haber rechazado la demanda o

por lo menos haberse declarado inhibido para resolver sobre el fondo del negocio al momento de proferir su fallo".

4. Acomete en seguida el fallador de segundo grado el análisis de la pretensión de paternidad natural que encuentra también incoada en la demanda.

En esta tarea primeramente observa que, "de los hechos, de las peticiones y de las pruebas allegadas al proceso, se deduce que existe una controversia sobre la maternidad de la demandante", puesto que, añade, si bien es cierto que María Lourdes Bautista reconoce ser la madre de ésta, también lo es que según el acta de bautismo María Carmenza, figura como hija natural de Dolores Fonseca; y que como no hay "prueba demostrativa de que se hubiera impugnado" la maternidad de la última, no es dable declarar aquí que "la demandante María Carmenza es hija de María Lourdes Bautista porque ella no puede tener dos madres".

Proyectando estos razonamientos a la paternidad suplicada, asevera el Tribunal que para definir esta pretensión de la demandante "se requiere como cuestión previa e indispensable que se establezca primero la maternidad, y luego sí sabiendo quién es la verdadera madre se inicie el juicio de paternidad".

De todo lo cual concluye que se configura una excepción que denomina "petición antes de tiempo", la que, nota el ad quem, tiene carácter temporal "y por lo tanto no mata la acción", o "excepción perentoria temporal o dilatoria de fondo 'de la petición de modo indebido', porque como ya lo dijimos cuando hay una controversia sobre la maternidad de una persona no se puede solicitar la paternidad mientras no esté definida la maternidad que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa".

IV

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron casación tanto la demandante como el demandado. Ambas partes buscan que se quiebre el fallo inhibitorio por ellas impugnado para que, en su lugar, se dicte sentencia de mérito: estimatoria de la maternidad y de la paternidad suplicadas, la primera; y desestimatoria de esta última, el segundo.

A. Recurso de la demandante

1. Esta, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Mediante él la acusa "por violación directa" del artículo 1º, numeral 4º de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación; y de los textos 335 y 336 del Código Civil, por aplicación indebida.

2. En desarrollo del cargo por el primero de los conceptos del quebranto que denuncia, el censor, después de transcribir el texto de la norma que él estima inaplicada, expresa que en el cuaderno de pruebas decretadas oficiosamente por el juzgado obra la declaración rendida por María Lourdes Bautista ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Boyacá, en la cual ella reconoce ser la madre natural de la demandante María Carmenza de Rodríguez, y que tal manifestación tiene, según el precitado artículo de la Ley 75 el valor jurídico de reconocimiento de maternidad natural.

"Si el honorable Tribunal hubiera aplicado dicho texto, —dice el impugnador— necesariamente habría tenido que confirmar la sentencia proferida por el a quo, ya que no existe discrepancia en cuanto a la identidad de la verdadera madre de la demandante, máxime cuando quien figura como madre de la citada es una persona completamente inexistente, tal como lo anoté en la demanda que dio comienzo a este litigio".

3. Pasa en seguida el acusador a demostrar el quebranto de los artículos 335 y 336 del Código Civil que por aplicación indebida denuncia. Asevera al efecto que en dicha violación incurre la sentencia puesto que, contrariando lo preceptuado por el Decreto 1003 de 1939 en punto de prueba del estado civil, pretende que "la verdadera madre de mi poderdante es quien figura en el acta de nacimiento, de origen eclesiástico, no obstante estar plenamente es-

tablecido en autos tanto la maternidad de María Lourdes Bautista con respecto a María Carmenza, como la posesión notoria del estado de hija natural ostentado por más de diez años".

Y después de transcribir los dos preceptos legales citados, expresa el impugnante que "no atino a establecer cómo el Tribunal de Tunja ha pronunciado un fallo inhibitorio, declarando oficiosamente una excepción temporal que condiciona la reanudación del proceso en contra de Ricardo Cuevas Silva a la previa impugnación de la maternidad".

Estima el recurrente que la condición exigida en la sentencia para demandar la paternidad natural es de imposible cumplimiento en el presente caso, porque, dice, en primer lugar "está sin identificar, por inexistencia absoluta, la persona física de la madre supuesta, cuyo nombre (Dolores Fonseca) fue producto de la imaginación de quien la bautizó"; en segundo, porque siendo la demandante hija natural no hay padres legítimos para que ejerciten la impugnación; y, finalmente, por cuanto dicha acción, según esas normas, a más de que estaría prescrita no la podría instaurar la propia hija.

Se considera

1. Por cuanto con el proceso se busca sacar de la incertidumbre las relaciones jurídicas, la sentencia, que es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe en principio proveer sobre el fondo de la controversia que se le ha presentado para su composición, ora acogiendo las súplicas deprecadas en la demanda (sentencia estimativa); o ya rechazándolas (sentencia desestimatoria). En cualquiera de estas dos hipótesis, tratándose de procesos contenciosos, el fallo generalmente hace tránsito a cosa juzgada material y por ende impide un nuevo proceso entre las mismas partes y por razón del mismo objeto.

Mas, para que el fallador pueda arribar a esta meta que es ciertamente la deseada, es preciso que la relación jurídico-procesal se haya trabado regularmente, o sea, que en ésta se den cita todos los presupuestos indispensables al efecto.

2. De acuerdo con la doctrina, ha dicho la Corte que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso, deben hallarse presentes para que el juez pueda proferir sentencia de mérito; que su ausencia lo conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa juzgada formal pero no material; y que como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador, dado el carácter jurídico público de la relación procesal, el deber de declarar oficiosamente, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes si existen o no los presupuestos del proceso.

Corresponde pues pronunciar sentencia inhibitoria cuando en el proceso faltan los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma; no los referentes a la competencia del juez o a la capacidad procesal, pues estos dos aspectos, por extructurar también causales de nulidad, conducen preferencialmente a invalidar la actuación.

3. Cuando el sentenciador, por incorrecta interpretación de la esencia estructural de todos o de uno cualquiera de estos presupuestos previos, deduce erradamente la ausencia de uno o de algunos de ellos en el proceso y por tanto dicta sentencia inhibitoria en cambio del procedente fallo de mérito; o por considerar equivocadamente que se hallan presentes profiere fallo de mérito y no la sentencia de forma que corresponde, su conducta en ambas hipótesis lo conduce a infringir la ley sustancial. En la primera, porque con ella deja de aplicar al caso del litigio el precepto o preceptos sustanciales correspondientes, debiendo haberlos aplicado en el fallo; y en la segunda, porque hace actuar en la sentencia con la cual decide la controversia normas de esa estirpe que no deben aplicarse.

En tales eventos para el restablecimiento del derecho sustancial quebrantado, es posible acusar la sentencia por la causal primera de casación, ya que la misión de la Corte, en el ámbito de ella, es la de velar por el recto discernimiento y la debida aplicación de la ley sustancial.

La sentencia inhibitoria puede ser el resultado, ora del análisis equivocado que el

sentenciador hace de la naturaleza jurídica de los presupuestos del proceso; o ya de la errada apreciación de los elementos de prueba, aducidos para la demostración de tales presupuestos. En el primer evento es claro que el ataque de esa sentencia en casación debe hacerse por la vía directa, puesto que el error jurídico del sentenciador ha ocurrido con absoluta prescindencia del análisis del material probatorio, incluyendo en éste la demanda inicial; en el segundo, en cambio, lo procedente es acudir a la vía indirecta, pues la inhibición es la consecuencia del yerro en que ha incurrido el juez al deducir, con base en el examen de las pruebas, la ausencia de un presupuesto procesal.

4. Y como el falló de instancia ingresa al recurso extraordinario amparado por la presunción de que las probanzas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente discernido por el sentenciador, para la eficacia de la casación frente a una sentencia inhibitoria es deber ineludible del recurrente el de impugnar, primera y fundamentalmente, la conclusión que en torno a los presupuestos procesales sacó el fallador, alegando y demostrando que contrariamente a lo que la sentencia dice en el punto tales presupuestos sí se hallan presentes.

Cuando en concreto el cargo contra la sentencia inhibitoria está formulado por violación directa de la ley sustancial, escuetamente, ello significa sin hesitación alguna que ante la Corte permanece incólume la cuestión de hecho que a través de las pruebas consideró el sentenciador para deducir la ausencia de los presupuestos procesales.

Para advertir la juricidad del anterior postulado basta recordar que, como exhaustivamente lo ha dicho la Corte, en la demostración de un cargo por quebranto directo del derecho sustancial el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el fallador: en este evento su actividad dialéctica tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que considere infringidos con la sentencia, pero con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas.

5. En el caso de este proceso el Tribunal de Tunja analizó el poder conferido por la demandante y la demanda con lo cual se inició, y de dicho examen dedujo la ausencia de dos presupuestos procesales, a saber: el de demanda en forma, por cuanto, dijo, habiéndose incoado en ella la acción de reclamación de la maternidad de María Carmenza González o Fonseca o Bautista en relación con María Lourdes Bautista, en dicho libelo no se indicó a ésta como demandada, ni el proceso se ventiló con la presencia de la misma; y el referente a la capacidad procesal de la demandante, puesto que ésta sólo autorizó a su apoderado para instaurar la acción de paternidad y no la de maternidad.

La acusación se presenta por razón de que el ad quem dejó de aplicar en su sentencia el numeral 4º del artículo 1º de la Ley 75 de 1968. Pero como en su demanda de casación la recurrente omite absolutamente impugnar las dos conclusiones básicas del fallo, cuales son la falta de los presupuestos de demanda en forma y capacidad procesal tales deducciones siguen amparadas por la presunción de acierto y por tanto, quedando ellas en pie, no puede decirse que no hubo quebranto por inaplicación, de normas sustanciales que no procedía aplicar por impedirlo la ausencia de los presupuestos del proceso.

6. Por lo demás, si como con indiscutible evidencia fluye de los términos en que fue concebida la demanda introductoria del proceso, sin embargo de instaurarse en ella la acción de reclamación de la maternidad de la demandante en relación con María Lourdes Bautista, ésta no aparece como demandada, ni como tal compareció en el trámite de la causa, craso error sería hacer la declaración pretendida, pues tratándose de un negocio contencioso la falta del sujeto pasivo de la acción no permite afirmar siquiera que el proceso exista como tal, ni menos que se haya desarrollado en la forma que es debida.

De otra parte, cabe advertir que si en el fondo la censura quiere significar que el fallo no vio la declaración de María Lourdes Bautista, en la cual ella reconoce como hija suya a María Carmenza González, la

presunta violación de la norma sustancial indicada no sería directa, como la plantea el recurrente, sino indirecta, por ser la consecuencia de presuntos errores del sentenciador en la apreciación de ese elemento de prueba.

A más de que no es exacto sostener, como lo hace el censor, que el Tribunal no apreció dicha declaración en su sentencia; sino que viéndola en la realidad que ella demuestra, estimó que mientras no se impugne la maternidad de la demandante que de acuerdo con el acta de su bautismo corresponde a Dolores Fonseca, no es posible declarar la maternidad deprecada en la demanda.

7. Según se desprende claramente del extracto que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal consideró, y así lo resolvió, que mientras no se impugne la maternidad de María Carmenza que según el acta de bautismo corresponde a Dolores Fonseca, no se puede reconocer a aquélla como hija legítima ni natural de ninguna otra mujer; y que en tanto no esté definida la mujer que sea la verdadera madre de la demandante, ésta no se puede declarar como hija natural del demandado Cuevas Silva. Lo cual significa que no aplicó, ni en todo ni en parte, los artículos 335 y 336 del Código Civil.

Al respecto se limitó pues el ad quem a manifestar que previamente a la definición de la maternidad y paternidad deprecadas en la demanda, debía procederse a instaurar la acción de impugnación contemplada en dichos dos textos legales. Y si no aplicó en su sentencia ninguna de las normas citadas, es errado acusar el fallo, como aquí lo hace el recurrente, por aplicación indebida de ellas, puesto que, como es apenas obvio e inconfutable este concepto de violación supone necesariamente que los preceptos hayan sido aplicados.

8. Corolario de lo expuesto es el de que la defectuosa formulación del cargo lo torna ineficaz; y en consecuencia la Corte lo rechaza.

B. Recurso del demandado

1. En su demanda éste, con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Mediante él la acusa de ser directamente violatoria, por inaplicación, de los artículos 1º de la Ley 45 de 1936, 6º, ordinal 4º de la 75 de 1968; y 401, 402 y 403 del Código Civil.

2. En desenvolvimiento de la censura el recurrente, después de recordar que a juicio del sentenciador no puede decidirse en el fondo la acción de paternidad, sin antes resolverse sobre la de maternidad, o sea declarar quién es la verdadera madre de la demandante, con citas doctrinarias y jurisprudenciales acomete el estudio de la naturaleza declarativa de la acción de reclamación de estado y de la sentencia que la decide. Dice, al punto, que la pretensión de dicha estirpe es positiva o estimatoria cuando, prosperando ella, da lugar a un fallo que declara la existencia del estado civil que se reclama; y negativa o desestimatoria cuando, por no prosperar, da origen a una sentencia que declara la inexistencia del estado civil que se pretende.

"Tanto la acción como la sentencia de carácter declarativo —afirma en efecto el recurrente— tienen la finalidad primordial de disipar la duda o la incertidumbre sobre la existencia o la inexistencia de un estado o relación jurídica concreta. Si el fallo reconoce y declara la existencia de tal estado o relación jurídica, se lo califica de sentencia declarativa positiva, la cual favorece al demandante; si, por el contrario, el fallo desestima la acción y deniega la existencia del estado o de la relación jurídica pretendida, se lo reputa como sentencia declarativa negativa, la cual beneficia al demandado, porque lo libera de las supuestas pretensiones del actor. De ahí que, —añade el censor— cuando en un proceso, se ventila una acción declarativa, tanto el demandante como el demandado están asistidos del derecho de que se resuelva en el fondo, positiva o negativamente, sobre la relación jurídica que se pretende en la demanda".

Guiado por este razonamiento, asevera el recurrente que en el presente caso el demandado Cuevas Silva tiene derecho a que se le dicte una sentencia de fondo, de carácter negativo, o sea a que se declare la inexistencia de la paternidad que se le atribuye respecto de la demandante; y que este derecho que asiste al citado Cuevas le

fue desconocido en la sentencia impugnada, pues ésta resuelve declarar probada una excepción perentoria temporal que llama petición antes de tiempo o de modo indebido, derivada de la circunstancia de que en este proceso no se sabe cuál es en realidad la madre de María Carmenza González o Fonseca o Bautista.

3. Continuando en el desarrollo de la acusación que formula a la sentencia, advierte el censor que "en punto de filiación natural la litis sobre maternidad es en absoluto independiente del litigio sobre paternidad"; que entre tales fenómenos no existe continencia de causa, ni unidad jurídica o "litis consorcio necesario para el efecto de no poder decidir la de paternidad sin estar presente la madre o viceversa".

Para demostrar su aserto, el impugnador cita el artículo 403 del Código Civil que a juicio suyo pone de presente la autonomía de tales acciones al estatuir que el legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo; y agrega que la preceptiva contenida en los numerales 2º y 3º del artículo 335 *ejusdem* ponen de manifiesto la predicada independencia, el primero al exigir que en el supuesto allí contemplado "tienen que intervenir ambos padres legítimos en el proceso de la impugnación de la supuesta paternidad"; y el segundo, porque en ese caso sólo se "confiere la misma acción de impugnación a la verdadera madre, esto es, a la madre natural".

4. Rematando la formulación del cargo, expresa el recurrente que siendo independientes absolutamente las cuestiones de maternidad y paternidad naturales, el fallo impugnado no podía considerar como una interferencia el hecho de no estar definida la maternidad de la demandante para abstenerse de resolver sobre la paternidad que se le imputa a Cuevas Silva.

Y que si aquí se ha demandado a éste con base en que tuvo relaciones sexuales con María Lourdes Bautista, supuesto de hecho que no sólo no se ha demostrado sino que contrariamente aparece que la demandante es hija de Dolores Fonseca, Cuevas Silva tiene derecho a que se dicte sentencia de mérito desestimatoria de la pretensión; que al no hacerlo así el Tribunal "dejó de aplicar en sentido negativo las disposiciones citadas, incurriendo así en quebranto de las mismas".

Se considera

1. La filiación, que es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal.

La maternidad y la paternidad constituyen pues la doble fuente de la filiación: consiste la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. Al respecto ha dicho la Corte que "el parto dice que la mujer es madre, pero no dice jamás con la misma evidencia quién es el padre. Débese ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de tal cohabitación" (LXXXVII, 84).

La vinculación de sangre entre el hijo y su padre o su madre puede tener origen en relaciones sexuales lícitas o ilícitas, esto es, en el matrimonio o en uniones extramatrimoniales: si lo primero, la filiación es legítima; si lo segundo, ésta es ilegítima, sin que tal categoría dependa de la voluntad del hijo o de la de sus padres, puesto que es la ley la que impone ésta o aquella filiación independientemente del querer del uno o de los otros.

2. La filiación constituye un estado civil. Y como éste es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles, para su protección se han consagrado las acciones de estado, de las cuales emergen con singular relevancia 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 aparentemente.

En punto de filiación, que como está dicho constituye un estado civil, la acción de reclamación se contrae a obtener judicialmente el reconocimiento de hijo legítimo o natural, cuando el demandante se halla privado de una de estas calidades que es la que en derecho le corresponde. Y como la filiación, ora sea la legítima o ya la natural, vincula al hijo con una mujer y un hombre determinados que son sus progenitores, esta acción de reclamación puede tener como objetivo inmediato y propio la investigación de la maternidad o de la paternidad.

3. Sucede, empero, que como el hijo, para que tenga la categoría de legítimo tiene que serlo necesariamente de los dos progenitores, la filiación legítima resulta inequívocamente indivisible con respecto al padre y a la madre; la maternidad del hijo legítimo decide y determina su paternidad legítima, desde luego que por presunción legal el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre. Todo lo cual significa que la acción de reconocimiento de hijo legítimo se reduce, en últimas, a una investigación de la maternidad legítima, puesto que probado por el hijo que tal mujer casada es su madre automáticamente acredita su filiación legítima completa.

No ocurre lo propio en la filiación natural, la que, por ser individual existe separadamente con relación al padre y a la madre; en ella, precisamente por la falta de vínculo jurídico entre los progenitores del hijo, la prueba de la filiación con respecto a la madre no produce ningún efecto sobre la filiación paterna. Lo cual ha conducido a la doctrina a predicar el principio de la independencia de la paternidad y de la maternidad naturales, y por consecuencia la de las acciones para reclamar la una o la otra, a virtud del cual el hijo puede investigar su maternidad natural sin que la paternidad sea por ello prejuzgada; o reclamar y probar aquélla cuando ésta sea completamente desconocida y por ende indeterminada.

4. Pero si en frente de la acción de investigación de la maternidad natural el principio indicado no parece tener límites, tratándose de la reclamación de la paternidad natural ese postulado no tiene, ni pueden reconocérsele, efectos absolutos. En efecto:

Según lo estatuído por los numerales 4º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, a la investigación judicial de la paternidad natural puede acudirse en los casos en que "entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales" en la época en que tuvo lugar la concepción; o cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo. Si la acción reclamatoria de una paternidad natural se funda en esta última presunción no hay necesidad de que la filiación materna se halle definida, pero ni siquiera es indispensable dar el nombre de la madre o la prueba de quién es ésta, sencillamente porque en tal supuesto la paternidad se infiere del hecho de que el presunto padre haya dado al pretendido hijo el tratamiento de tal. Así lo tiene dicho la Corte, entre otras, en las siguientes sentencias: 11 de agosto de 1954, T. LXXVIII, 295; 29 de enero de 1962, T. XCVIII, 12; 2 de septiembre de 1964, T. CVIII, 229; y 5 de febrero de 1970, T. CXXXIII, 48.

Por chocar abiertamente con la naturaleza misma de las cosas, afirmación semejante a la anterior no cabe hacer, ciertamente, en el caso de que la acción de investigación de paternidad natural venga apoyada en la segunda de las dos presunciones dichas, esto es, en relaciones sexuales, desde luego que éstas, para que funden la declaración judicial de esta filiación, tienen que haber existido entre una mujer y un hombre determinados, o, como lo dice el precepto legal pertinente, "entre el presunto padre y la madre" (subraya la Sala). Como cuando se afirma que un hombre es el padre de tal hijo, lo que en el fondo se imputa a aquél es una cohabitación con la madre que produjo la concepción de éste, inútil resultaría la acción de filiación fun-

dado en relaciones sexuales sin indicar entre quiénes se tuvieron, puesto que, como lo ha dicho la Corte, "esas relaciones suponen los dos extremos procreadores" (CVIIII, 229).

Lo que significa, en suma, que tratándose de relaciones sexuales se requiere, para definir judicialmente la paternidad natural, que previamente se haya establecido la filiación con respecto a la madre, o cuando menos, que en el mismo proceso de investigación de la paternidad se compruebe la filiación materna. Injurídico a todas luces sería definir en sentencia esa paternidad con base en relaciones sexuales, sin vincular con estas al padre así declarado y a una mujer determinada.

Por lo demás, este ha sido en el punto el criterio de la jurisprudencia. En efecto, determinando el contenido de esta específica presunción de paternidad, dijo la Corte en sentencia de 25 de abril de 1965: "Como es obvio y se cae de su peso, el primero y cardinal de los factores constitutivos de esta causal es la existencia de relaciones sexuales, entre la mujer que figura como madre del hijo y el varón señalado como padre presunto. Ninguna explicación requiere este elemento, desde luego que toda persona es fruto de la relación o cópula sexual entre un hombre y una mujer. Importa sí advertir que la invocación de esta misma causal, impone la necesidad de probar también quién es la madre del hijo que, por sí mismo o por mediación de otra persona, demanda la declaración judicial de paternidad natural con relación a determinado hombre. La causal exige que el demandante acredite quién es su madre y que ésta tuvo relaciones sexuales con el varón a quien señala como su padre natural" (CXI y CXII, pág. 88).

5. Como se dijo al despachar el recurso de casación que la demandante propuso contra el fallo del ad quem, a los litigantes en la acción de investigación de la filiación natural, como ocurre en todo caso, les asiste el derecho a que la justicia defina la controversia mediante el pronunciamiento de una sentencia de mérito, ora estimativa o ya desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda, pero solamente en el supuesto de que el proceso respectivo se haya trabado en legal forma y desarrollado regularmente; no tienen por tanto ese derecho cuando el juez al fallar advierte fundadamente la existencia en el proceso de impedimentos que son óbice insalvable para proferir esa providencia de fondo, y que en cambio lo impulsan, dado el carácter de orden público de la relación jurídico-procesal, a dejar sin solución de fondo la contienda.

Y como en el caso de este proceso María Carmenza González o Fonseca o Bautista de Rodríguez, invocando exclusivamente la existencia de relaciones sexuales entre María Lourdes Bautista y Ricardo Cuevas Silva, viene suplicando que se la declare hija natural de éste, su pretensión no puede definirse porque, como lo expresa el fallo recurrido en conclusión que ha quedado en pie y que por lo mismo la Corte debe respetar, es indispensable primeramente establecer qué mujer es la verdadera madre de la demandante. En este orden de ideas se impone concluir afirmando que la sentencia recurrida no ostenta el quebranto de las normas de derecho sustancial que por inaplicación denuncia el impugnador.

6. Consecuencia lógica de lo dicho es la de que el cargo que se estudia resulta infundado, y así habrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva de este fallo.

V

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

Sin costas en el recurso extraordinario por aparecer compensadas.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SALVAMENTO DE VOTO

Disentimos del anterior fallo sólo en la parte en que declara la improsperidad del cargo formulado por el demandado recurrente, pues lo acogemos íntegramente en cuanto rechaza los ataques de la recurrente demandante.

Las razones de nuestro disenso se resumen en lo siguiente:

Cuando se solicita declaración judicial de paternidad natural; la relación sustancial debatida es la paternidad, el hecho de que el hombre demandado sea el progenitor de la parte demandante. Lo que se discute, pues, no es propiamente la causal o causales de paternidad que se aleguen como fundamento de hecho; el tema preciso de litigio es indudablemente la paternidad misma. Por ello la Corte con razón ha dicho y sigue sosteniendo que cuando se impetra esa declaración de paternidad, el demandante debe alegar en la demanda la totalidad de los hechos que tenga a su favor y que de conformidad con la ley, por constituir presunción o presunciones de paternidad natural, permitan al juez hacer ese pronunciamiento. Por lo cual, si apoyado en determinadas causales o presunciones no triunfa en el proceso, ya no podrá el presunto hijo iniciar otro litigio contra el mismo adversario aunque se funde en causales distintas a las alegadas, por el poderoso motivo de que el tema debatido y resuelto en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada fue la paternidad y no las causales específicas que se hubieren invocado en la demanda como hechos que hacían presumir la paternidad alegada.

De la misma manera, si no se demuestra plena y legalmente en el proceso alguno de los hechos que, de conformidad con el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, dan lugar a presumir la paternidad natural y, por tanto, a declararla judicialmente, menester es absolver al demandado. Así si quien reclama la paternidad natural con base en que, durante la época de su concepción, existieron relaciones sexuales entre quien lo dió a luz y el presunto padre, olvida probar quién es su madre, porque, por ejemplo, deja de aducir la copia respectiva del acta civil de nacimiento irremediablemente perderá el litigio, aunque pruebe las relaciones sexuales alegadas, ya que no probándose quién es la madre, no puede decirse que el trato carnal haya sido realmente con éste. La Corte ha desatado en consecuencia con tal doctrina innumerables casos, puesto que no se puede olvidar que la seguridad jurídica de los asociados es principio del mismo abolengo que el de la justicia. La inseguridad es la mayor de las desgracias en un estado organizado dentro de los marcos del derecho.

En el caso de este litigio, encontramos que la demandante no sólo no probó plenamente las relaciones sexuales alegadas, sino que tampoco acreditó que su madre fuera María Lourdes Bautista. De consiguiente, si el tema litigado frente a Ricardo Cuevas Silva era el de que éste es el progenitor de la demandante, debió haberse dictado sentencia absolutoria en el punto, pues no se demostró ninguno de los episodios que taxativamente ha señalado la ley con virtud para hacer presumir la paternidad natural.

Juzgamos entonces que debió haber salido airoso el cargo único que el demandado recurrente lanzó contra la sentencia del Tribunal, y que, por ende, la Corte, como Tribunal de instancia, debía haberlo absuelto, desde luego que el hecho de no haberse demostrado que María Lourdes Bautista es la madre de la demandante, debía generar la absolución de Ricardo Cuevas Silva y no la abstención para decidir en el fondo la pretensión de paternidad natural. Tal es la conclusión que se impone frente a las doctrinas transcritas en el fallo de que nos separamos.

Invocada, pues, la presunción de relaciones sexuales, para salir victorioso en su

declaración de paternidad natural, el demandante debe acreditar indispensablemente quién es su madre y, que ésta, durante el período de su concepión, tuvo relaciones carnales con el varón a quien señala como presunto padre natural. La falla probatoria en cualquiera de estos dos campos genera la absolución del demandado, no una sentencia inhibitoria.

Por lo expuesto nos separamos de la sentencia.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper.



PERTENENCIA

Error de hecho. — Prescripción adquisitiva extraordinaria: sus presupuestos.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 4 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por María Torres viuda de Franc's frente a los herederos de Jorge Silva Wilches.

I

Antecedentes

1. Mediante la Escritura pública número 2.757 de 30 de septiembre de 1949, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, Gregoria, Irene Aracely e Isabel Julia Rodríguez Vargas enajenaron a favor del presbítero Jorge Silva Wilches, a título de compraventa el siguiente inmueble:

"Un lote de terreno que hace parte de mayor extensión situado en el área del municipio de Fontibón, distinguido con los números siete cincuenta (7-50) y siete cincuenta y dos (7-52) de la calle doce (12) de dicho municipio, teniendo el lote que venden una extensión de quince metros (15 mts.) con frente a la carrilera del ferrocarril de Cundinamarca por trece (13 mts.) de fondo, con una extensión aproximada de cuatrocientos treinta y una varas cuadradas con veinticinco centésimos de vara cuadrada (431.25 V2), al cual corresponderá en la nomenclatura el número siete cero cero (7-00) y queda alinderado así: Por el norte, con propiedad de Adolfo Vargas y Humberto Hernández; por el sur, con línea del ferrocarril de Cundinamarca; por el oriente, con propiedad del señor Arcadio Burgos; y por el occidente, con propiedad de las vendedoras".

Según certificados de la Tesorería de Fontibón que aparecen insertos en el texto de dicha escritura, la finca a que ésta se refiere estaba inscrita allá con el número "dos, cero, cuatro, seis y dos (20462), denominada casa y lote calle doce número siete veinte (12 Nº 7-20)" y a ella correspondería "en la nomenclatura de este Municipio el número siete cero cero (7-00)".

La sobredicha escritura fue inscrita el 26 de octubre del mismo año "en el Libro 1º, página 392, número 14.733" de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Bogotá.

2. Ocurrido el óbito del presbítero Silva Wilches, mediante auto de 9 de julio de 1955 el Juzgado Octavo Civil del Circuito de esta ciudad abrió el correspondiente proceso sucesorio, en el cual se han reconocido como interesados en la mortuoria a Darío Jordán Silva, Evangelina Silva y José Hilario Martínez.

Prosiguiendo el trámite de dicho sucesorio, el juzgado del conocimiento practicó, el 27 de septiembre siguiente, la diligencia de inventario y avalúo de bienes en la cual se enlistó, como activo del causante, entre otros, el inmueble descrito en el numeral anterior, haciéndolo figurar allí con las mismas nomenclatura, extensión, alindación y demás especificaciones que consigna la precitada Escritura número 2.757 de 30 de septiembre de 1949. Agregóse, sin embargo, que para entonces dentro del inmueble estaba construída "una casita de dos pisos de ladrillo y cemento", y se dijo, además, que "esta finca fue adquirida por el causante es decir el lote alinderado, por

compra que de él hizo a las señoritas Gregoria, Irene Aracely e Isabel Julia Rodríguez Vargas, según consta en la Escritura pública número 2.757 de fecha 30 de septiembre de 1949, otorgada ante el notario Tercero de Bogotá".

3. Dentro del mismo proceso de sucesión se procedió a practicar, el 15 de julio de 1955, el secuestro provisional de bienes, y entre éstos el inmueble comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, con propiedad de Adolfo Vargas y Humberto Hernández; por el sur, con la línea del ferrocarril de Cundinamarca; por el oriente, con la carrera 7ª de Fontibón; y por el occidente, con propiedad de las señoritas Gregoria, Irene Aracely e Isabel Julia Rodríguez Vargas".

El juzgado que practicó este secuestro observó, y de ello dejó constancia en el acta correspondiente, que "en el lote mencionado existe una casita en construcción de ladrillo y teja metálica y un caedizo cubierto con teja de zinc"; y sin embargo de que el lindero oriental no concuerda con el descrito en la escritura de venta y en la diligencia de inventario, su depósito se buscó por considerar que era el mismo.

Al secuestro de dicho bien se opuso entonces la aquí demandante, quien manifestó a la justicia "el doctor Jorge Silva la posesionó por un dinero que él le debía y que invirtió en la compra de este lote y que las mejoras son de ella y que el lote es de ella porque fue comprado con dineros de ella y que él le había asegurado que en agosto le haría la escritura". Su oposición fue aceptada en principio, y por tanto le dejaron "en su poder el inmueble en calidad de secuestro".

4. La anterior decisión fue infirmada luego por el Tribunal Superior de Bogotá, el que, mediante auto de 25 de julio de 1959, dispuso practicar el secuestro del inmueble "en la forma prevista por el artículo 1020 del Código Judicial", para lo cual comisionó al Juzgado Municipal de Fontibón.

Este, en cumplimiento de la comisión así conferida, procedió a practicar el depósito judicial el 8 de marzo de 1960, diligencia en la cual dejó constancia que el inmueble estaba ubicado en la calle 12 de allí, "sin nomenclatura", y comprendido dentro de estos linderos: "SUR, en quince metros, con frente a la carrilera del ferrocarril de Cundinamarca; ORIENTE, en trece metros, con la carrera 8ª de Fontibón; OCCIDENTE, en trece metros, con propiedad de Gregoria Vargas y Aracely Vargas; NORTE, en quince metros, con propiedad de Enrique Alonso"; y que en él se encontró a María de Franc's.

III

El litigio

Mediante libelo de 8 de diciembre de 1971 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, la citada María Torres viuda de Franc's demandó a Darío Jordán Silva, a Evangelina Silva y a José Hilario Martínez, señalándolos como herederos de Jorge Silva Wilches, y "a todas las demás personas que se crean con derecho al inmueble", para que con su citación y audiencia se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) que pertenece a la demandante, por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, el dominio del inmueble "distinguido actualmente en la nomenclatura urbana" con el número 7-10 de la calle 12 de Fontibón, y comprendido "en la actualidad por estos linderos: Por el norte, en quince metros cuarenta y cinco centímetros aproximadamente con propiedad de Enrique Alonso; por el sur, aproximadamente en la misma longitud, con zona del ferrocarril; por el oriente, en diez y nueve metros con cuarenta y tres centímetros aproximadamente con la carrera séptima de Fontibón; y por el occidente, en diez y nueve metros con cuarenta y tres centímetros con propiedades de Rubén Prieto, tapias por medio"; y

b) que se ordene la inscripción de la sentencia en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad.

2. Además de los que fluyen de algunos de los antecedentes relatados, la demandante invocó como hechos constitutivos de la causa petendi los que sustancialmente quedan sintetizados así:

a) que desde el año de 1948 sus antiguos dueños entregaron a ella la posesión material del terreno atrás especificado, como

consecuencia de una promesa de compraventa que se acordó entre aquéllos y el presbítero Silva Wilches, a quien la demandante le había conferido poder al efecto;

b) "Dada la confianza que existió siempre entre mi mandante y el padre Jorge Silva Wilches, —dice el hecho 3º de la demanda— la escritura de compraventa que se hizo por los antiguos dueños, se otorgó en cabeza de dicho sacerdote que, al aceptarla actuó como mandatario oculto o sin representación de la verdadera adquirente del inmueble; pero como éste falleció sin haberle traspasado el dominio que adquirió para ella por Escritura 2757 de 30 de septiembre de 1949, en el registro aparece como poseedor inscrito del inmueble no su verdadera dueña y poseedora material de más de 20 años sino dicho sacerdote";

c) Que desde entonces y sin reconocer dominio ajeno la demandante ha detentado materialmente, por un período superior a veinte años y sin oposición de persona alguna, el fundo atrás referido, "sembrándolo con cultivos de maíz; lo cercó de ladrillo en todo su perímetro";

d) Que a partir del año de 1950 comenzó a edificar, con dineros de su propiedad, una construcción "consistente en una casucha de tres piezas y un patio con corredor"; y

e) Que la posesión por ella invocada ha sido pública, pacífica, continua e ininterrumpida.

3. Por cuanto en su demanda la demandante afirmó bajo juramento que desconocía el domicilio y la residencia de sus demandados, en el auto admisorio del libelo el juzgado dispuso el emplazamiento de éstos y de "todas las demás personas indeterminadas con se consideren con algún derecho" sobre el respectivo bien, en la forma que lo establecen los artículos 318 y 413, numeral 6º del Código de Procedimiento Civil.

No se presentó al proceso dentro del término de los emplazamientos ordenados, ni posteriormente, persona alguna, consiguientemente el juzgado designó, tanto a los demandados concretos como a los indeterminados, curador ad litem, quien, una vez posesionado del cargo, recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda habiendo guardado entonces y durante todo el trámite absoluto silencio.

4. Con aducción de pruebas de la demandante y sin oposición alguna se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 20 de agosto de 1973, mediante la cual despachó favorablemente a aquélla las súplicas de la demanda e impuso a los demandados las costas procesales.

5. Como efecto de la consulta que el a quo ordenó para su fallo, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de haber practicado oficiosamente algunas pruebas, pronunció su sentencia de 4 de febrero de 1975 mediante la cual, luego de haber infirmado en todas sus partes la consultada, decidió denegar las peticiones deducidas en su demanda por María Torres viuda de Franc's.

III

Motivación del fallo impugnado

1. En el inicio de su proveído el Tribunal se refiere a los antecedentes de la cuestión litigada y relata todo el desarrollo del proceso; enumera, discriminándolas, las pruebas aducidas por la demandante para extractar, con base en ellas, los hechos que estima demostrados.

Y dice que como en la demanda se solicita la declaración de pertenencia "respecto del inmueble número 7-10 de la calle 12 de Fontibón", al paso que el certificado del Registrador acompañado a ella alude al predio "7-50 y 7-52 de la calle 12" de la misma ciudad, para despejar la duda que en torno a su nomenclatura encontró el Tribunal ordenó la práctica oficiosa de estas pruebas: a) copias de la diligencia de secuestro practicado en la sucesión de Silva Wilches, las cuales acreditan, dice el ad quem, que el inmueble depositado y al cual se opuso la aquí demandante es "el distinguido con los números 7-50 y 7-52 de la calle 12 de Fontibón, que es el que menciona el certificado del Registrador"; y b) el certificado de la Sección de Nomenclatura del Catastro de Bogotá, "según el cual el inmueble distinguido con los números 7-50 y 7-52 de la calle 12 de Fontibón no

es el mismo distinguido con el número 7-10 de la calle 12" de esa ciudad.

2. Hecha pues por él dicha labor de parangón, el sentenciador de segundo grado deduce que "no hay coincidencia en el objeto" descrito en la demanda introductoria del proceso, y el referido en el certificado del Registrador que a ella se acompañó.

"Si se comparan —dice— los linderos del bien descrito en dicho certificado se encuentra que no coinciden con los relacionados en la demanda. El visto en la inspección judicial —agrega— puede coincidir con el que cita la demanda. Pero ninguna prueba hay de que aún discrepando los linderos la cosa sea una misma; por el contrario, del informe del catastro aparece que son diferentes".

Para reforzar su conclusión, asevera el Tribunal que según las copias respectivas en el sucesorio de Silva Wilches se secuestró, el inmueble "descrito en el certificado del Registrador y al denunciado en ese proceso es al que pretende la demandante, sin que haya identidad entre el secuestrado y el que se vió en la inspección judicial".

3. Conclusión de su análisis probatorio es, para el Tribunal, la de que "si la función del ad quem en virtud del grado de consulta es primordialmente velar por el imperio de las normas, en este caso se encuentra que no se demostraron todos los elementos de la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio que intentó la demandante y, como consecuencia, que no se habrían observado las reglas que garantizan el derecho de defensa, ya que los citados como interesados no lo fueron con relación al inmueble que debía ser".

IV

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil le formula cinco cargos, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 413 del Código de Procedimiento Civil; 762, 981, 2512, 2518, 2517, 2531 y 2532 del Código Civil a causa del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal por la errónea apreciación de algunas pruebas y por la falta de apreciación de otras.

2. Concretando el acusador el yerro que le enrostra al ad quem, dice que consistió en que éste no tuvo por "demostrada, estándolo, como lo está del haz probatorio que el proceso trae, la identidad del inmueble cuya declaración de pertenencia se solicita".

Como pruebas que a juicio del censor fueron indebidamente apreciadas por el Tribunal, aquél indica las siguientes: a) el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá, que se acompañó a la demanda; b) la certificación de la Sección de Nomenclatura de la División de Catastro de este Distrito; c) las actas contentivas de los secuestros practicados en el proceso sucesorio de Silva Wilches; y d) la diligencia del inventario practicado en éste.

Y como pruebas no apreciadas, el impugnador singulariza éstas: a) la copia de la Escritura número 2757 de 30 de septiembre de 1949, otorgada en la notaría 3ª de esta ciudad: b) la inspección judicial que sobre el predio materia de la litis se practicó en la primera instancia del proceso; y c) las declaraciones testimoniales recibidas.

3. En desenvolvimiento del cargo, refiriéndose al certificado del Registrador y a las actas de secuestro, asevera el impugnante que leyéndolas detenidamente para cotejar su contenido con el de la precitada escritura y el de la demanda, "resulta que es una y la misma cosa lo que en la demanda se señala como distinguido con el número 7-10: en la escritura de adquisición se dice vender con los números provisionales 7-50 y 7-52 pero que le 'corresponderá en la nomenclatura el número 7-00'; en la diligencia de inventarios con los números 7-50 y 7-52".

Añade el impugnador que en la diligencia de secuestro practicado en julio de

1955, al inmueble "solo se lo alinderó sin citarse qué número tiene"; que en la de marzo de 1960 se dijo, "expresamente que es un lote sin nomenclatura de la calle 12"; que el certificado del Registrador expresa que el inmueble fue inscrito como adquirido por Silva Wilches "según Escritura 2757, con la nomenclatura 7-50 y 7-52 'que le corresponderá en la nomenclatura el número 7-00'; que el jefe de la Sección de Nomenclatura", si bien certifica que el inmueble 7-50 y 7-52 no es el mismo distinguido con el número 7-10 de la misma calle de Fontibón, agrega sin embargo que la primera numeración "no figura en los planos ni cédulas catastrales de la División de Catastro"; que en la escritura de adquisición del inmueble se aseveró que "era parte de una propiedad de mayor extensión, parte que no tenía edificación alguna"; y, finalmente, que la identidad del fundo a que alude el certificado del Registrador y el referido en la demanda la establecen la inspección judicial practicada en el proceso y los testimonios en él recibidos a petición de la demandante.

4. Rematando la formulación de la censura para relievar la transcendencia que le atribuye al yerro fáctico que denuncia, asevera el casacionista que si en él no hubiera incurrido el fallador de segundo grado "habría confirmado la sentencia del **a quo**; se habrían aplicado las disposiciones sustanciales transcritas, aceptándose por el honorable Tribunal, como lo aceptó el **a quo**, la identidad de lo que es objeto de la demanda de pertenencia con lo que es materia de la posesión inscrita de que da razón el certificado del Registrador, materia de las diligencias de secuestro y la nomenclatura en el Catastro".

V

Consideraciones de la Corte

1ª **El error hecho en casación, lo tiene dicho la doctrina de la Corte en sentencias que son muchedumbre, se configura cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en los autos o ignora la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el fallador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.**

Se ha dicho, igualmente, que dicho error sólo tiene virtualidad para quebrar una sentencia cuando, a más de ser ostensible, resulta trascendente en casación, es decir, que haya sido la causa determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal.

2ª En el caso de este negocio el Tribunal de Bogotá, tomando apoyo en el certificado del Registrador de esta ciudad, expedido en noviembre de 1971 y que se acompañó a la demanda incoativa del proceso; en las actas de los secuestros practicados en el sucesorio de Jorge Silva Wilches; y en la certificación del jefe de la Sección de Nomenclatura del Distrito de Bogotá, dedujo, y es esta la conclusión que sustenta su fallo desestimatorio, que no hay identidad entre el inmueble a que dichos medios se refieren y el descrito en la demanda introductoria del proceso, pues que, dijo, ésta se refiere al demarcado con el número 7-10 de la calle 12 de Fontibón, y aquéllos al 7-50/52 de las mismas calle y ciudad.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador **ad quem** habría incurrido en su sentencia en manifiesto error de hecho por haber apreciado erróneamente las mencionadas pruebas, y no haber estimado otras, todas las cuales conducen a demostrar inequívocamente la identidad que el Tribunal hechó de menos.

3ª La Corte, luego de considerar en toda la realidad objetiva que ostentan las pruebas analizadas por el Tribunal en su fallo, y de apreciar también el contenido de las que éste no estimó, sin hesitación alguna llega a la conclusión de que el fundo a que se contrae la demanda es el mismo a que alude el haz probatorio practicado en el proceso. En efecto:

A) — La Escritura pública número 2757 de 30 de septiembre de 1949, contentiva del contrato de compraventa ajustado entonces entre Jorge Silva Wilches y las hermanas Rodríguez Vargas, dice que éstas enajenaron a aquél un lote de terreno de 431,25

varas cuadras, comprendido dentro de los linderos que allí se consignan, predio "que hace parte de mayor extensión situado en el área del municipio de Fontibón, distinguido con los números siete cincuenta (7-50) y siete cincuenta y dos (7-52) de la calle 12 de dicho Municipio... al cual corresponderá en la nomenclatura el número siete cero cero (7-00)".

Los claros términos contenidos en dicho documento escriturario permiten afirmar que el fundo adquirido en 1949 por Silva Wilches, no fue el demarcado con los números 7-50 y 7-52 de la calle 12 de Fontibón sino una parte de éste; porción a la cual le correspondería, en la nomenclatura de allí, el número 7-00. Deducción ésta que la confirman los certificados de la Tesorería de dicho municipio, insertos en el cuerpo de la escritura, según los cuales el predio materia de la enajenación se le puso la demarcación provisional de "calle 12 número 7-20", aclarándose que "le correspondería el número siete cero cero".

Y si la sobredicha escritura fue inscrita en el Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá el 26 de octubre siguiente, con anotación de los términos en que ella fue concebida, como se infiere del respectivo certificado expedido el 9 de noviembre de 1971, no hay lugar a vacilación alguna en punto a la identidad del objeto especificado en los dichos escritura y certificado.

B) — En el inventario de bienes hecho en el proceso sucesorio del mentado Silva Wilches el 27 de septiembre de 1955 se enlistó, como activo herencial, el inmueble que, por coincidir exactamente con los linderos, cabida y demás especificaciones y aclaraciones que allí se consignaron, corresponde con estrictez al relacionado en la escritura pública y certificado atrás mencionados.

Y si bien para entonces se denunció, además del lote, "una casita de dos piezas de ladrillo y cemento, edificadas dentro de él", la advertida identidad no puede ponerse en duda, desde luego que allí se expresó que el predio inventariado "fue adquirido por el causante, por compra que de él hizo a las señoritas Gregoria, Irene Aracely e Isabel Julia Rodríguez Vargas".

Es pues de toda evidencia que el fundo adquirido por Silva Wilches en 1949, es el mismo que se enlistó en la partida primera del activo de su mortuoria.

C) — Según lo dice el acta correspondiente, en dicho sucesorio se secuestró el 15 de julio de 1955 el inmueble consistente en un lote de terreno y "una casita de ladrillo construida" en él, al cual no se le encontró entonces nomenclatura alguna, y que sin embargo de que su lindero oriental no coincidió por esa época con el que relaciona el acta del inventario, la consonancia reinante en los demás permite identificarlos, si además se considera que fue ese el que por pertenecer a la sucesión se secuestró, no obstante la oposición que a la medida cautelar formuló la aquí demandante, alegando ser dueña y poseedora material.

Y luego, en diligencia de 8 de marzo de 1960, para consumar el secuestro iniciado cinco años atrás, se depositó judicialmente el predio ubicado en la calle 12 de Fontibón, "sin nomenclatura", que ocupado por aquella opositora, se identificó por los linderos que por su extensión coinciden con los de la escritura de adquisición, si bien para entonces ya dos de sus colindantes no eran los mismos.

No parece evidente, por las razones dichas, que el fundo secuestrado en el referido sucesorio el inventariado en él y el adquirido por Silva Wilches sean distintos; contrariamente es palmar la identidad de ellos.

D) — Ciertamente, en la demanda con la cual se inició el proceso se determina el predio como ubicado en la calle 12 de Fontibón, "distinguido **actualmente** en la nomenclatura urbana con el número 7-10", y comprendido **"en la actualidad"** por los linderos que en parte discrepan con los de la tantas veces citada Escritura 2757 de septiembre de 1949 (se subraya).

Si se repara, empero, que a más de que por la dicha escritura se enajenó solamente una parte del lote número 7-50/52; y que en la demanda se determina el fundo por su nomenclatura y linderos "actuales", no es acertado pretender encontrar diferencia entre el adquirido por Silva Wilches en 1949 y el que es objeto de la pretensión de pertenencia deprecada.

Corroboran este aserto, en primer lugar, los testimonios de Alberto Ruiz Domín-

guez, Leoncio Díaz Perdomo, Laura Ruiz viuda de Zubieta y Bertha Rubiano, quienes concorde y razonadamente aseveran que conocen el inmueble de la calle 12 número 7-10 de Fontibón, comprendido dentro de los linderos descritos en la demanda (los que se les leyeron), que es el poseído por la demandante; y que es el mismo que a nombre de ésta compró el presbítero Silva Wilches en 1949. Y en segundo lugar, la inspección judicial practicada el 23 de mayo de 1973 en el predio de la litis, marcado entonces con el número 7-10 de la calle 12 de Fontibón, diligencia con la cual el juzgado que la practicó, después de haber constatado sus alindaciones de entonces, expresó que "en cuanto a los linderos se puede percibir que ellos en el curso de los años, y con relación a la escritura primitiva han sufrido una variación entre otras cosas, por la existencia de vías de comunicación nuevas en el municipio anexado, y por otra parte, por el cambio natural y obvio de las personas que poseyeron los predios circundantes". Además, en esa misma diligencia la demandante hizo dejar constancia "de que el predio identificado es el mismo que se alindó en la demanda".

E) — Ciertamente, como lo nota la sentencia recurrida, el jefe de la Sección de Nomenclatura de la División de Catastro del Distrito Especial de Bogotá, en certificación expedida el 8 de abril de 1974, dice que "la nomenclatura de la calle 12 número 7-50 y 7-52 no es el mismo predio distinguido con la nomenclatura calle 12 número 7-10 de Fontibón"; pero omitió ver el Tribunal que el certificado añade que el inmueble últimamente descrito, es decir el número 7-10, figura en la cuenta catastral correspondiente "inscrito a nombre de Jorge Silva", lo que evidencia que dicho fundo es el adquirido por éste, o sea, el que la demandante pretende haber usucapido.

Y omitió ver también el ad quem que en ese mismo certificado, el funcionario que lo expidió agrega que "los números 7-50 y 7-52 no figuran en los planos ni cédulas catastrales de la División de Catastro", expresión esta que de suyo impide afirmar que se trata de la existencia de dos predios distintos: si los números 7-50 y 7-52 de la calle 12 de Fontibón no figuran en las cédulas catastrales de allí, y en cambio sí aparece el inmueble 7-10 de la misma calle "inscrito a nombre de JORGE SILVA", fuerza es aceptar que este fundo corresponde al adquirido por él en 1949.

4ª De todo lo anterior se concluye que el Tribunal sentenciador apreció erróneamente algunas de las pruebas practicadas en el proceso, dejó de apreciar otras, incurriendo con ello en manifiesto error de hecho que lo condujo a no dar por establecida la identidad del bien materia del litigio.

Y como éste yerro fue la determinante de su fallo desestimatorio de la pretensión de la demandante, tal decisión debe casarse por quebrantar, por inaplicación, las normas de derecho sustancial que la censura señala.

VII

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 Bogotá, ante el cual se formuló la demanda, era el legalmente competente para la tramitación y decisión, en primera instancia, del conflicto de intereses de mayor cuantía a él presentado para su composición, por tratarse de una cuestión de jurisdicción contenciosa entre particulares domiciliados en uno de los municipios integrantes de este circuito judicial, en donde además se halla ubicado el bien materia del litigio; el escrito mediante el cual la demandante suplica otorgamiento de tutela 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 está también presente, desde luego que las personas naturales que figuran en éste como demandante y demandados tienen existencia jurídica; y, finalmente, la capacidad procesal de estos sujetos emana de su mayor edad a más de que han estado asistidos por abogados inscritos.

2º La pretensión deducida y las pruebas practicadas

1. En el presente caso según se infiere claramente tanto el petitum de la demanda como de la causa petendi en ella invocada se deduce la acción de declaración de pertenencia o petitoria de dominio, que consagra el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil.

2. Según dicha norma y según también los preceptos que en el Código Civil regulan la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, ésta requiere para su prosperidad de la confluencia de los siguientes tres presupuestos, a saber: a) Que verse sobre una cosa prescriptible legalmente; b) Que sobre dicho bien se ejerza por quien pretende haber adquirido su dominio una posesión pacífica, pública e ininterrumpida; y c) Que dicha posesión haya durado un tiempo no inferior a 20 años (Arts. 2512, 2518, 2531 del C. C. y 1º de la Ley 50 de 1936).

En el caso que aquí se estudia se trata de la posesión de un bien inmueble, cuyo dominio constituye un derecho esencialmente patrimonial y como tal objeto de actos jurídicos, susceptible por lo mismo de adquirirse por usucapión, por lo cual se presenta el primero de los requisitos indicados. Y como de otra parte María Torres Vda. de Franc's ha demostrado haber poseído materialmente el predio objeto de esta querella, en forma pública, pacífica e ininterrumpida desde el año de 1948, debe aceptarse que los otros dos elementos también se encuentran presentes; y que, por consiguiente, la prescripción por ella invocada está llamada a prosperar.

3. Esta conclusión la saca la Corte con fundamento en lo que fluye de los siguientes medios de prueba, aducidos todos al proceso oportuna y legalmente:

a) Las actas de las diligencias de secuestro practicadas en el proceso sucesorio de Silva Wilches; la primera en julio de 1955 y la segunda en marzo de 1960, en las cuales se comprobó que la citada Torres Vda. de Franc's ocupaba, sin reconocer dominio ajeno, el inmueble referido; que vivía en él junto con su familia; y que se opuso al depósito alegando desde entonces ser dueña y poseedora del fundo;

b) La inspección judicial que en la primera instancia del presente proceso practicó el 23 de mayo de 1973 el juzgado de la causa, diligencia en la cual se comprobó que el predio inspeccionado, sin embargo de que sus linderos actuales no coinciden exactamente con los descritos en la Escritura 2757 de 1949, es el que describe y especifica la demanda; que en él existen construídas "tres alcobas en ladrillo y teja de zinc situadas en su costado nor-occidental... y una enramada en madera y teja de zinc, en donde funciona la cocina... Se encuentran algunas plantaciones silvestres y algo en vegetales caseros como tallos, moras, duraznos. El lote en toda su extensión se encuentra cercado por una pared de ladrillo, con una altura aproximada de 3;50 mts.". Se comprobó, además, que en el inmueble inspeccionado "viven cuatro personas: la peticionaria en el proceso, María Torres de Franc's, su hija Mercedes Franc's, y los dos hijos de esta última, Rafael Franc's y María Eugenia Franc's"; y que "en el sitio de la diligencia no se hizo presente ninguna persona que pretendiera por algún concepto discutir el hecho de la posesión material que la peticionaria ha ejercido sobre el bien objeto del proceso";

c) Los testigos Bertha Rubiano de Moreno, Leoncio Díaz Perdomo, Laura Ruiz Vda. de Zubieta y Alberto Ruiz Domínguez, personas todas éstas mayores de 50 años, residentes en dicho municipio de Fontibón y vecinas del sitio donde se encuentra el inmueble materia de este proceso, dando diferentes razones, concordemente expresan que el referido fundo es el mismo que en 1949 adquirió el presbítero Jorge Silva Wilches por cuenta de María Torres Vda. de Franc's; que desde entonces ésta lo ha ocupado "sin pedir consentimiento a nadie"; que primero lo explotó con cultivos de diferentes clases y que luego, a partir del año de 1950, con dineros de su propiedad

y por su cuenta construyó la edificación allí existente, la cual ha ocupado siempre e ininterrumpidamente para su vivienda personal y familiar.

4. Si, como reiteradamente lo ha dicho la doctrina, la posesión se integra por un elemento objetivo, que consiste en la tenencia de la cosa, y otro subjetivo traducido en la pretensión de ser dueño del bien que se detenta, con fundamento en los medios de prueba referidos debe la Corte aceptar que en este caso se ha demostrado la existencia de aquélla, puesto que todos ellos conducen a justificar que entre la demandante y el predio a que se contrae la demanda se ha establecido una relación de hecho, por virtud de la cual aquélla ha ejercido sobre éste actos materiales de uso, conservación y transformación, sometiéndolo al ejercicio del derecho real de propiedad, que es al que ordinaria y normalmente corresponden dichos actos.

Los testimonios atrás referidos, que reúnen los requisitos de forma y de fondo exigidos legalmente para apreciarlos como prueba, adicionados con lo advertido en la inspección judicial, constituyen elementos de demostración que analizados en conjunto y según las reglas de la sana crítica, son suficientes para llevar a la Sala el convencimiento de que la demandante María Torres Vda. de Franc's ha detentado el bien materia de la controversia, sin reconocer dominio ajeno, ejecutando públicamente en él diferentes actos posesorios, a tal punto que sus vecinos y relacionados la han considerado como dueña.

Y como además la realización de dichos actos posesorios ha sido, según se infiere de las mismas pruebas, pública, pacífica e ininterrumpida durante un período de tiempo superior a los veinte años, debe concluirse afirmando, como lo dedujo el juez de la primera instancia, que la prescripción adquisitiva extraordinaria invocada por la demandante ha quedado suficientemente justificada; y que por lo consiguiente procede su reconocimiento.

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 fecha cuatro (4) de febrero de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por María Torres Vda. de Franc's frente a los herederos de Jorge Silva Wilches, y actuando en sede de instancia

Resuelve:

Primero. Confírmase la sentencia de veinte (20) de agosto de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá y que ha sido materia de consulta; y

Segundo. Declárase que no hay lugar a condenación en costas en la consulta ni en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La concurrencia de culpas reduce pero no libera de responsabilidad. La diligencia y cuidado del automovilista no lo exonera de responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de 18 de marzo último, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Consuelo Londoño viuda de Londoño y otros contra Avelino Hincapié.

I

El litigio

1. En demanda que fue admitida por el Juez Civil del Circuito de Rionegro mediante auto de 7 de junio de 1973, Consuelo Londoño viuda de Londoño, obrando en su propio nombre como viuda de Horacio Londoño y como representante de sus menores hijos legítimos José Milagros, Luis Horacio, María de Jesús, Gladys del Socorro, Luz Mary, John Jairo y Rosalba Londoño Londoño, y además María Graciela Ospina viuda de Gil, quien, a más de obrar en nombre propio, como viuda de Efrén Gil, actúa como representante legal de sus hijos no emancipados John Jairo, Berta, Mario de Jesús y Piedad del Socorro Gil Ospina, pidieron que, con citación de Avelino Hincapié, se declarase que éste es civilmente responsable de los perjuicios que se les ocasionaron a los demandantes con la muerte trágica de Horacio de J. Londoño y Efrén de J. Gil quienes fueron arrollados por el vehículo K-15258, de propiedad del demandado, automotor que, en el momento de acaecer el insuceso, era piloteado por un hijo suyo, por lo cual el demandado debe resarcirles ese daño.

2. La causa para pedir radica en que a eso de las 11 de la noche del 11 de julio de 1971, Horacio y Efrén caminaban por la vía llamada autopista Medellín-Bogotá con dirección a sus respectivas residencias, situadas en aquellos contornos, e intempestivamente fueron atropellados por el vehículo antes descrito que, en ese momento era conducido por Pablo Hincapié, hijo del propietario del mismo, Avelino Hincapié. A consecuencia de este accidente, los dos lesionados fallecieron inmediatamente. Sus familias derivaban íntegramente su subsistencia de lo que, respectivamente, cada uno de los difuntos devengaba como retribución de su trabajo, que era la suma aproximada de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales.

3. Con oposición del demandado, quien alegó que el accidente se debió a culpa exclusiva de las víctimas quienes "en avanzado estado de embriaguez se acostaron en la mitad de la vía", "a descansar o a dormir", se adelantó la primera instancia del proceso que terminó con fallo condenatorio, el cual, apelado por el demandado, recibió revocación del Tribunal respectivo por medio de la sentencia de 18 de marzo de este año, en la que se absuelve al demandado. Entonces los demandantes interpusieron el recurso de casación contra ella.

III

La sentencia del Tribunal

Luego de recordar cuáles son las peticiones de la demanda y los hechos en que ésta descansa, el sentenciador expresa que este proceso versa sobre la responsabilidad extracontractual que cabría al demandado Avelino Hincapié en su calidad de propietario del automotor con que su conductor, Pablo Hincapié, quien era hijo suyo además, produjo la muerte de Horacio J. Londoño y Efrén de J. Gil. Dice que para la prosperidad de pretensión basada en culpa aquiliana, deben establecerse, en principio, el daño de la víctima, la culpa del demandado y la relación de causalidad entre uno y otra; pero que la culpa no debe ser probada siempre, ya que ella se presume legalmente cuando quien causó el daño lo hizo al ejercitar una actividad peligrosa, como es la de conducir automotores, pues es él quien voluntariamente hace correr a los demás asociados el riesgo de ser lesionados. Que, en tratándose de accidente ocurrido en la explotación de actividad peligrosa, cual acaece en el presente litigio, el demandante le basta demostrar el daño sufrido y que éste tuvo origen en acción u omisión del demandado; que la persona que sufre el detrimento, en la hipótesis contemplada por el artículo 2356 del Código Civil, "está relevada de demostrar la existencia del factor culpa, y será el demandado para liberarse de responsabilidad, quien corre con la carga de probar una causa eximente como sería el caso fortuito, la intervención de un elemento extraño, o la culpa exclusiva de la víctima". Agrega el Tribunal que cuando el lesionado concurrió con actos culposos suyos a la producción del daño, la Corte, interpretando el artículo 2357 del Código Civil, ha dicho que si el perjuicio se ha originado en la culpa conjunta de víctima y victimario, la responsabilidad del demandado puede ser atenuada y aún borrada o suprimida totalmente, para lo cual el juez goza de amplios poderes para valorar el hecho y las circunstancias en que se produjo el daño. "En síntesis, —dice el ad quem— cuando se presentan aquellos casos en que ambas partes participan de culpa en el hecho causante del daño, si bien la responsabilidad del autor del mismo, como principio general, no queda eliminada sino apenas atenuada, excepcionalmente, según la magnitud o grado de culpa del ofendido, puede el juzgador dentro de su prudencia, considerar liberado de responsabilidad al ofensor".

Luego expresa el fallador de segundo grado que "entrando en el análisis de los medios de convicción, de ello resulta lo siguiente:

"a) Que el 11 de julio de 1971, en las horas de la noche, Pablo Hincapié Flórez conducía un vehículo automotor de placas K-15258, de propiedad de Avelino Hincapié, y cuando se desplazaba por la carretera denominada 'Autopista Medellín-Bogotá', atropelló a Horacio de J. Londoño y Efrén de J. Gil, causándoles la muerte. Así se infiere de los testimonios rendidos por Darío Sánchez Vargas, Mario de J. Londoño Zapata, Luciano Rúa Tabares, Tulio Vargas Sánchez y de la prueba de confesión contenida en la contestación de la demanda y en interrogatorio de parte rendido por el demandado (fls. 2º vto. a 4º vto. cuaderno número 2; 16 vto., 25 vto., cuaderno principal);

"b) Que el automotor con el cual se causó la muerte de Horacio de J. Londoño y Efrén de J. Gil, fue entregado por su propietario Avelino Hincapié a su hijo Pablo, para que éste último lo condujera. Esto se pone de manifiesto con la prueba de confesión de la contestación de la demanda y del interrogatorio de parte;

"c) Que el insuceso se presentó cuando el vehículo era maniobrado a velocidad aceptable, en horas de la noche, bajo fenómenos de lluvia y neblina. Esto lo exteriorizan los testimonios de Luciano Rúa, Tulio Vargas y Alfonso Sánchez;

"d) Que las víctimas habían ingerido licor. De esto da fé la prueba practicada en el proceso penal e incorporada al proceso civil (fls. 10 a 58 cuaderno número 4);

"e) Que las víctimas, vencidas por los efectos del licor se acomodaron, o mejor, se sentaron sobre el piso de la autopista, poniendo en peligro sus vidas, a pesar de estarles prohibida semejante conducta por el Código Nacional de Tránsito Terrestre (Arts. 120 y ss. Decreto 1344 de 1970). Es-

to se deduce de toda la investigación penal adelantada sobre el hecho, la cual dio lugar a que los falladores penales, ante la marcada imprudencia de las víctimas, declararan la inexistencia del delito, pues los sentenciadores de primera y segunda instancia coincidieron en afirmar que todo se debió a la imprudencia de los occisos, quienes sin parar mientes en la peligrosidad de una vía, como es una autopista, se sentaron en ella "borrachos y sin tener el más mínimo cuidado con los vehículos que transitaban en la vía";

"f) Que el conductor del vehículo, afectado en su visibilidad por factores tales como estar de noche, lloviznando y con algo de neblina, al observar la presencia en la autopista de "un bulto", maniobró el sistema de frenos, a pesar de lo cual siempre causó la muerte a las dos personas, que cómodamente y por efectos del licor se habían ubicado en el piso de la autopista. Esta reflexión se saca del conjunto de toda la prueba incorporada al proceso.

"Entonces, de la forma como se presentaron los hechos, sólo puede llegarse a la clara conclusión de que la imprudencia o culpa de las víctimas en el insuceso fué superior a la del autor del daño. Por tanto, como aquélla resulta ser en mayor grado, no se le puede derivar responsabilidad civil al autor del daño. Así las cosas, habrá de revocarse la decisión recurrida, a efecto de absolver a la parte demandada. Por esta circunstancia, es supérfluo analizar el medio exceptivo propuesto por dicha parte".

III

La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales la Corte despachará sólo el último, por encontrarlo fundado.

Cargo segundo

En él denúnciase infracción directa de los artículos 2341, 2356 y 2357 del Código Civil por interpretación errónea, lo que condujo al Tribunal a violar, por falta de aplicación, los artículos 1613 y 1614 de la misma obra.

Como premisa de su ataque expresa el recurrente que el Tribunal encontró tanto prueba de que existía culpa atribuíble al demandado, como de que las víctimas también habían obrado negligentemente. Más concluyó que por cuanto la culpa de las víctimas "fue superior a la del autor del daño, como aquella resulta ser en mayor grado, no se le podía derivar responsabilidad civil al autor del daño". Arguye entonces el censor que si hubo concurrencia de culpa, al tenor del artículo 2357 citado sólo podía el Tribunal reducir la indemnización que debería pagar el demandado, más no declararlo exento totalmente, pues ésto sólo es posible, cuando a pesar de que inicialmente se presume la culpa del autor del daño originado en el desarrollo de actividad peligrosa, el agente comprueba que el perjuicio dimana de culpa exclusiva, no concurrente, de la víctima. Que, por consiguiente, si el Tribunal concluyó que tanto el demandado como las víctimas eran reos de culpa, por existir negligencia concurrente o simultánea del autor del daño y de los lesionados, debía solamente haberse reducido la valoración del daño que habría de resarcir el demandado y no haberlo declarado exento totalmente de la obligación de indemnizar.

IV

Consideraciones de la Corte

Quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo; y quien demande la indemnización ha de comprobar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado, y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido.

Cuando el daño se causa, empero, en el desarrollo de una actividad de las que la jurisprudencia ha calificado como peligrosas, porque con ellas se pone a los demás asociados en inminente peligro de recibir lesión aunque se desarrolle empleando toda la diligencia y el cuidado que por su naturaleza exija, entonces la víctima que reclama indemnización no tiene qué de-

mostrar la culpa del demandado, pues ésta se presume en tal evento por ser él quien con su obrar ha creado la inseguridad de sus conciudadanos.

Concluyese de lo anterior que en el estado actual de la jurisprudencia, los daños ocasionados en el ejercicio de una actividad peligrosa, cual es la de conducir vehículos automotores, se presumen causados por culpa del conductor. Mas como esta presunción no es de derecho, sino simplemente legal, aquél sobre quien pesa la dicha presunción, puede liberarse de ella acreditando que el perjuicio provino de culpa exclusiva de la víctima, de fuerza mayor o de la intervención de un elemento extraño.

Pero como el daño no siempre tiene su origen en la culpa exclusiva de la víctima, o en descuido único del demandado, sino que, en muchas ocasiones, tiene su manantial en la concurrencia de culpas de uno y otro, en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, entonces, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser obligado, sin quebranto de la equidad a resarcir íntegramente el daño sufrido por la víctima. Si la acción o la omisión culposa de ésta fué motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, su propio victimario. Y si él ha contribuído a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien solo coadyuvó a su producción, quien, realmente, no es su autor único, sino solamente su copartícipe.

Tal es el fundamento racional y lógico del artículo 2357 del Código Civil que expresa:

"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Pero reducir, según la inteligencia que a esa voz le da el Diccionario de la Real Academia en el texto transcrito, es equivalente de disminuir, mas no de liberar o eximir del pago de la obligación.

La total reparación del daño producido tanto por negligencia de la víctima como del demandado, no puede exigirse judicialmente de éste, pues habiendo contribuído también a su producción la propia persona que lo padece, entonces la solución equitativa es la de reducir su monto. Solo cuando el perjuicio se ocasiona por culpa exclusiva de la víctima, vale decir cuando el demandado no contribuyó a su producción, entonces sí puede declararse que éste queda exento de la obligación de indemnizar.

Habiendo encontrado, pues, el Tribunal que la muerte de Horacio de J. y de Efrén de J. se debió no sólo a la imprudencia notoria de ellos, sino también a la culpa del demandado Avelino, a pesar de que la negligencia de aquéllos fué mayor, no podía liberar a éste de responsabilidad, sino reducir el monto de la condena apropiada para satisfacer el perjuicio sufrido por los demandantes. No habiendo obrado así, quebrantó ciertamente el artículo 2357, pues entendió que por cuanto a la producción de la muerte de Horacio de J. y Efrén de J. contribuyeron tanto éstos mismos, como el demandado Hincapié, podía declarar totalmente libre a éste de la obligación de resarcir el daño, apoyándose especialmente en haber encontrado que la imprudencia de los interfectos era mayor o superior a la del demandado.

Por lo dicho se casará la sentencia recurrida.

IV

Bases del fallo sustitutivo

Fuera de las anteriores consideraciones, menester es tener de presente las siguientes:

a) Están satisfechos los presupuestos procesales;

b) Los demandantes, como cónyuge y herederos de Horacio de J. Londoño y Efrén de J. Gil, respectivamente, están legitimados para demandar el daño que padecieron por la muerte violenta de éstos;

c) El demandado confesó ser el propietario del vehículo con que fueron atropellados Horacio y Efrén y de la misma manera aceptó que quien conducía el automóvil en el momento del accidente era hijo suyo, quien lo piloteaba con su beneplácito; por ende, aquél es persona frente a la cual se puede reclamar la reparación del detrimento sufrido;

d) En la contestación al escrito de demanda, Avelino Hincapié acepta los hechos en que se funda la causa petendi, más arguyendo en su pro que la muerte de Londoño y de Gil "ocurrió por la exclusiva imprudencia de éstos, quienes borrachos se acostaron a descansar o a dormir sobre todo el ancho de la autopista";

e) La actividad desarrollada (la de conducir automotores por Pablo Hincapié con el automóvil de su padre y con el expreso asentimiento de éste, es una verdadera actividad peligrosa;

f) El demandado en este proceso fué Avelino Hincapié, propietario del vehículo arriba descrito y quien tenía autorizado a su hijo para explotarlo. Por tanto, como el daño que se demanda fué producido en el desarrollo de actividad peligrosa, por la propia naturaleza de esta actividad y por cuanto quien piloteaba el vehículo estaba autorizado por su propietario, se presume la culpa de Avelino Hincapié al tenor de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil, presunción que no se destruye con la mera demostración de que se obró diligentemente, que se puso todo el cuidado requerido en el desarrollo de la respectiva actividad. Es decir, el demandado no puede exonerarse de la obligación de resarcir el daño con la sola demostración de lo que la doctrina jurisprudencial de la Corte ha denominado "prueba de la diligencia y cuidado", pues como ya se expresó, por cuanto con el funcionamiento de ciertas máquinas se crea la inseguridad de los conciudadanos por el riesgo palmar que ofrecen, y por cuanto sería difícil, por no decir imposible, que las víctimas de una actividad peligrosa pudieran demostrar la negligencia o el descuido, la jurisprudencia ha levantado a cargo del guardián de esas máquinas, cual lo es el propietario que por sí o por medio de otras personas las explota, una presunción de culpa que sólo puede desvanecerse con la plena prueba del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño o de culpa exclusiva de la víctima. Tal especie de presunción, pues, no se aniquila con sólo acreditar el empleo de diligencia y cuidado;

g) Con la prueba de confesión y con lo declarado por Julio Vargas a solicitud de los demandantes (fls. 3 vto. y 4 del cuaderno de pruebas de éstos) queda acreditado que Pablo Hincapié, quien con autorización de Avelino, su padre, explotaba un automóvil de propiedad de éste, en el momento que piloteaba tal vehículo causó la muerte de Horacio de J. Londoño y Efrén de J. Gil, por lo cual y en virtud de lo dicho arriba se presume que el daño se causó por culpa del demandado Avelino.

Y como no aparece la prueba de que la muerte haya sobrevenido a consecuencia de un caso fortuito, de culpa exclusiva de las víctimas o de la intervención de un elemento extraño, necesariamente habrá de declararse que el demandado es civilmente responsable de los daños causados a los demandantes con la muerte de Horacio y Efrén.

Y a pesar de que al proceso se adujo copia de los autos de sobreseimiento definitivo con que el conductor Pablo Hincapié fue favorecido por el Juzgado 11 Superior de Medellín y por el Tribunal Superior respectivo, no se podrá eximir de responsabilidad al demandado y propietario Avelino, pues de tales providencias judiciales sólo surgiría prueba de que el piloto Pablo Hincapié obró con diligencia y cuidado, y ya se vió que la simple prueba de esta diligencia cuidadosa no libera de la presunción establecida por el artículo 2356 del Código Civil. Por este motivo no puede prosperar la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado y que se hizo consistir en que la justicia penal había declarado exento de culpa al conductor Pablo Hincapié;

h) Pero como está demostrado con la misma declaración de Tulio Vargas que las víctimas se expusieron imprudentemente a recibir el daño, pues se situaron en mitad de una vía destinada especialmente al tránsito de automotores, sólo se condenará al demandado a pagar el 30% del daño;

i) Por contera, como no está demostrado el quantum del perjuicio y, fundamentalmente, como de otro lado, en las peticiones segunda y tercera se expresó que la cuantía tanto de los daños morales como de los materiales, sería la que "se demostrase en incidente posterior", la condenación se hará en forma genérica y no concreta.

Por lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, pero con

la reforma de que el demandado Avelino Hincapié sólo pagará el 30% de los perjuicios ocasionados a los demandantes con la muerte de Horacio de J. Londoño y Efrén de J. Gil.

A mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 18 de marzo de 1975, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario en que Consuelo Londoño viuda de Londoño y otros demandaron a Avelino Hincapié y, en su lugar, actuando ya como tribunal de segunda instancia,

Falla:

Confírmase la sentencia condenatoria de primer grado, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Rionegro, calendada el 7 de febrero de 1974, pero con la reforma de que el demandado sólo se le condena al pago de un treinta por ciento (30%) de los perjuicios que los demandantes demuestren haber sufrido.

Las costas de primera y segunda instancia las pagará el demandado, más solo en un treinta por ciento (30%), sin costas en casación porque el recurrente triunfó.

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



SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

El concubinato no crea sociedad.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 12 de mayo de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Circuito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario instaurado por Olga Ortiz frente a Julio Rojas Núñez.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 20 de noviembre de 1973, la citada Olga Ortiz demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Espinal al mentado Julio Rojas Núñez, en procura de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que se declarase la existencia entre ellos, desde marzo de 1956 y hasta el 24 de octubre de 1972, de una sociedad de hecho formada para la explotación de actividades agrícolas y ganaderas, dentro de la cual se adquirieron los bienes que la demanda relaciona;

b) que, consecuencialmente, se ordenase la liquidación y distribución del patrimonio social entre los dos socios, por partes iguales; y

c) que se condenase al demandado a entregar a la demandante la cuota parte que de dichos bienes y sus frutos corresponde a ella en la liquidación.

En subsidio de las anteriores súplicas, solicitó la demandante que se declarase que el demandado le debe: "a título de retribución por su trabajo y en virtud de la actio in rem verso", la mitad de los bienes expresados, más los intereses de la suma que se liquide y hasta que el pago se efectúe.

2. Como hechos constitutivos de la causa petendi la demandante invocó, en síntesis, los siguientes:

a) por el mes de marzo de 1956, Olga Ortiz y Julio Rojas convinieron unir su capacidad de trabajo y aunar sus esfuerzos, para incorporarlos en labores agrícolas y ganaderas que emprenderían inicialmente en la sección "Llano de la Virgen" en la jurisdicción municipal de Coello;

b) como consecuencia de tal acuerdo, la primera fue a vivir desde entonces a la casa que el segundo tenía en dicha comarca, habiéndose establecido entrambos "un verdadero estado de concubinato pues llevaron una vida sexual normal, de mutuo respeto y fidelidad", a tal punto que durante su vigencia, extendida hasta el 24 de octubre de 1972, procrearon seis hijos, que el demandado ha reconocido como suyos;

c) paralelamente a dicha unión sexual, mediante el esfuerzo de ambos iniciaron cultivos de algodón que les produjeron beneficios representados al principio en un pequeño capital, el que invirtieron luego en la compra de la finca rural denominada "Bellavista", adquirida en el año de 1962;

d) esa serie coordinada de actividades comunes, desarrollada por ellos "en un pie de igualdad" y con el objeto propuesto originalmente, la continuaron luego, extendiéndola a otras labores de campo, negocios de ganadería, compra de inmuebles y de maquinaria para la explotación de éstos, con tan buena suerte que alcanzaron considerable éxito económico;

e) robustecido, pues, el capital inicial y buscando siempre el enriquecimiento mutuo, con los ahorros de su esfuerzo conjunto adquirieron estos otros bienes: las fincas "San Bonifacio" en 1965, "Paraguay" en 1966, "La Esperanza" en 1967, "Olini" en 1969; dos casas ubicadas dentro del área urbana de Ibagué; maquinaria agrícola, equipos y un automotor para la explotación de las fincas; y 200 cabezas de ganado vacuno;

f) dice la demandante en el hecho 22 de su libelo que sus actividades en la sociedad, las que realizaba "en forma paralela y simultánea con la de su socio", consistieron "en trabajos hogareños, preparación de alimentos para los trabajadores, vigilar y controlar el ordeño, vender la leche, dirigir los trabajos de los peones, controlar el cumplimiento de las labores a éstos encomendadas, actuando siempre como verdadera ama y de común acuerdo con Julio Rojas";

g) la sociedad de hecho surgida de la actividad común de los amantes funcionó de modo continuo desde el mes de marzo de 1956 hasta el 24 de octubre de 1972, fecha en que se separaron; y

h) después de aseverar que cuando se inició la compañía el demandado "no tenía bienes de fortuna", a través del hecho 29 de su demanda expresa la demandante que "durante los 16 años 7 meses que duró la sociedad de hecho ella trabajó en forma ininterrumpida, eficaz y necesaria para la producción de la riqueza, y por la mutua confianza y amor que existía entre los dos permitió que los bienes constitutivos de esa riqueza figuraran a nombre y en cabeza de su socio y por eso figuran aparentemente como patrimonio personal de éste".

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda oponiéndose expresamente a los pedimentos deprecados por su demandante. Y en cuanto a los hechos en ella afirmados, salvo el atinente al concubinato, el cual aceptó, negó todos los demás.

En esa misma oportunidad propuso, como previa, la excepción de inepta demanda, la que hizo consistir en que a juicio suyo las pretensiones de reconocimiento de sociedad de hecho y de enriquecimiento sin causa que en dicho libelo se agregan no podían acumularse. Tramitada esta excepción, no alcanzó sin embargo prosperidad puesto que el juzgado de la causa la declaró infundada.

4. Trabada así la relación procesal, con aducción de pruebas de ambas partes surtióse la primera instancia, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 18 de enero de 1975, mediante la cual denegó todas las súplicas impetradas en 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 del Distrito Judicial de Ibagué, el que, por sentencia de 12 de mayo del mismo año, confirmó la apelada con costas de la instancia a cargo de la recurrente.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, acomete el Tribunal de Ibagué, separadamente, el estudio de las dos pretensiones que acumuladamente encuentra deducidas en la demanda incoativa.

2. En esta tarea, el sentenciador ad quem inicia sus consideraciones con el análisis de la petición principalmente deprecada, referente al reconocimiento de la existencia de una sociedad de facto entre los sujetos del litigio.

En torno a ella, con cita de alguna jurisprudencia de la Corte en el punto, el sentenciador determina en seguida los presupuestos de hecho indispensables para que la justicia declare la existencia entre concubinos de una sociedad de hecho; elementos que estima no justificados en el caso sub judice.

3. En apoyo de su deducción, el Tribunal se refiere en primer lugar a los testimonios de Antonio Macías, Hernando Ochoa, José A. Lozano, Alfredo Núñez, Leonidas Montealegre, Manuel Ochoa, Marco Bocanegra, Florentina Núñez, Ramón Oliveros, Luis Charry, Isidro Iruja, Luis E. Calderón, Mardoqueo Quimbaya, Evaristo Núñez, Bernardino Gavilán, Agustín To-

rres, Samuel María Trujillo, Liborio Rojas, Marcelino Montaña, Félix Torres, Etelvina Barrero y Tulio Bocanegra, los ocho primeros recibidos a instancia de la demandante y los diez siguientes a petición del demandado.

En la labor ponderativa que de estas declaraciones hace en conjunto, asevera el ad quem que ellas en lo único "que están acordes es que Olga Ortiz y Julio Rojas fueron concubinos, pero ninguno de los testigos afirma siquiera la existencia de la sociedad de hecho; algunos de ellos aseveran que la primera ayudaba a veces a pesar algodón y entregarles lonas a los trabajadores, lo mismo que ella ordeñaba las vacas". No obstante, agrega, dichas afirmaciones, "que están contradichas por numerosos testigos que explican que ella no ordeñaba porque en la hacienda había ordeñadores y que el administrador era el que ordenaba todos los trabajos cuando no estaba Julio Rojas, no sirven para dar por sentada la existencia de la sociedad, pues no dejan ver ni la affectio societatis, ni que ella ejerciera una acción paralela y simultánea con Julio Rojas tendiente a la consecución de beneficios; por parte alguna exponen los testigos que Olga Ortiz interviniera en siquiera algún negocio que fuera a beneficiar a la presunta sociedad de hecho; puede verse, que más que todo las declaraciones que se refieren a trabajos realizados por Olga son referentes a los propios de una ama de casa y esto, hace imposible el reconocimiento de la sociedad de hecho, porque ... 'no se puede distinguir claramente lo que es común actividad de los concubinos en una determinada empresa con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de bienes de uno y otro o de ambos' ".

Añade el Tribunal, para imprimirle fuerza a su conclusión, que "las personas más enteradas de Julio Rojas", como lo son su socio Eduardo Estrada, su contador Ramón Oliveros y su comisionista Isidro Uriza en sus deposiciones afirman que Olga no tuvo ingerencia en los negocios de Julio.

En segundo lugar alude el sentenciador a las diferentes escrituras públicas allegadas al proceso; "a los documentos visibles a folios 24 a 92 del cuaderno 1"; y finalmente a los interrogatorios absueltos por la demandante y el demandado. Y dice que estos medios de prueba son corroborativos de su conclusión, puesto que "en ninguna de las escrituras aparece siquiera nombrada Olga Ortiz, ni en su declaración de renta y patrimonio resulta declarando sociedad de hecho alguna, ni participaciones de cualquier tipo".

4. Emprende en seguida el Tribunal el análisis de la pretensión subsidiaria, o sea la atinente al enriquecimiento sin causa, la que tampoco encuentra demostrada.

Al efecto, luego de precisar los elementos que, según la jurisprudencia, estructuran dicho fenómeno jurídico, dice el ad quem que si bien se ha demostrado un enriquecimiento del demandado, no aparece probado el correlativo empobrecimiento de la demandante, "pues no se demostró que fue precisamente por el trabajo de Olga Ortiz que se enriqueció Julio Rojas, ni que ella interviniera decisiva o por lo menos tangencialmente en el perfeccionamiento de los negocios de éste, ni aparece probado que el patrimonio de Olga sufriera algún detrimento en favor de Julio Rojas".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia extractada interpuso recurso de casación la demandante. En su respectiva demanda le formula dos cargos, ambos dentro de la órbita de 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. Denúnciase en él violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 2081 y 2083 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de algunos de los testimonios producidos en el proceso.

2. En desenvolvimiento de la censura al recurrente, luego de compendiar las moti-

vaciones del fallo que él impugna, asevera que el Tribunal incurrió en evidente error fáctico al desconocer en su sentencia "la existencia de trabajos realizados por Olga Ortiz, ignoró la actividad desplegada por ésta consistente en hechos, en actos positivos, tendientes a producir riqueza y que surgen de modo palmario de las declaraciones de ocho personas, hechos consistentes en: ordeñar vacas, vender y cuajar leche, arreglar en una máquina lonas para empacar algodón, ayudar al pesaje del algodón, entregar empaques y lonas para empacar ajonjolí y algodón, entregar herramientas a los trabajadores, hacer de comer a los peones y aparceros, dirigir los cortes de los cultivos, ayudar a pesar algodón, hacer cumplir las órdenes de Julio Rojas, pagar a los trabajadores".

Y después de transcribir algunos pasos de las declaraciones de Hernando Ochoa, José Apolonio Lozano, Alfredo Núñez, Manuel Ochoa, Leonidas Montealegre, Florentina Núñez de Devia, Tomás Oviedo y Etelvina Barrero, de cuyo contenido infiere la ejecución de los hechos por él referidos, el censor afirma que al ser ellos desconocidos por el Tribunal éste ignoró la realidad procesal, incurriendo en la falencia que lo condujo a quebrantar los artículos 2081 y 2083 del Código Civil: el primero, dice, "porque al desconocer estos hechos constitutivos de actividad creadora de riqueza, le negó a Olga Ortiz el haber aportado servicios y labores apreciables en dinero, puesta esta actividad en común para engendrar riqueza"; y el segundo, ya que "se privó a Olga Ortiz de su derecho, de su facultad a que se le liquidara dicha sociedad de hecho, y a sacar lo que hubiere aportado, en la proporción pedida en la demanda".

3. Continuando en el desarrollo del cargo, estima el impugnador, y así lo asevera en su demanda, que aquilatada toda la actividad desplegada por Olga Ortiz, de ella se infiere la existencia de la sociedad de hecho, por confluir en el caso todas "las exigencias de la jurisprudencia nacional" para la cabal estructura de dicho fenómeno jurídico.

Explanando su aserto, afirma que se trató "de una serie coordinada de hechos de explotación común", traducida en la "unión de cuatro brazos para operar en la ganadería, en la agricultura, para la adquisición de beneficios"; del ejercicio "de una acción paralela y simultánea entre los asociados", pues que, añade, mientras Julio "actuaba según su condición de hombre de campo, de fuerte campesino, Olga cumplía con sus funciones de compañera que ayudaba a su marido, funciones propias de mujer campesina"; y, finalmente, que tal actividad común se desarrolló "en un pie de igualdad", puesto que Olga "no le arrendó servicios a Julio, ni pactó salario ni sueldo con él".

Se considera

1. El concubinato, que es la resultante de relaciones sexuales permanentes y ostensible entre un hombre y una mujer no casados entre sí, como situación de hecho que es, desde el punto de vista jurídico ha sido diversamente apreciado por los sistemas de derecho positivo: en algunos aparece repudiado enérgicamente; en otros admitido con definitiva y total eficacia; y, en los más, se lo recibe y regulan sus efectos con determinadas restricciones.

Estas diversas posiciones se apoyan, no obstante, en el mismo fundamento: la moral. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres o un ataque a la familia legítima, lo estiman contrario a la moral y por tanto lo rechazan, negándole eficacia jurídica a las consecuencias que de él dimanan; quienes, en cambio, propugnan su defensa, aseveran que lo inmoral es desconocer en forma absoluta validez a las obligaciones y derechos que son efecto del concubinato.

Los partidarios de la tesis ecléctica ven en la circunstancia del concubinato dos aspectos diferentes: de un lado, las relaciones sexuales que, por no estar legitimadas por el vínculo matrimonial, consideran ilícitas; y de otro, las consecuencias de orden económico que, en rigor jurídico, no están cobijadas por presunción de ilicitud y que, por lo tanto, estiman que deben ser objeto de regulación por el derecho.

2. De acuerdo con ella el concubinato no genera, como sí ocurre con el matrimonio, una sociedad de bienes que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar. Con

base en la equidad, empero, se sostiene que una conjunción de intereses, deliberada o no por los amantes, un largo trabajo en común puede constituir una sociedad de hecho, producto casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria.

Fue pues así como la doctrina, en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, comenzó a mostrarse accesible al reconocimiento de ciertos derechos que se vinculan y nacen del concubinato: se abrió la puerta inicialmente a la actio in rem verso, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego, para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagró la actio pro socio.

3. La legislación colombiana no regula positivamente las relaciones económico-jurídicas nacidas del concubinato. Inicialmente tampoco lo hizo la jurisprudencia de la Corte, quizás por considerar que no podía reconocerse a éste efecto semejantes a los reconocidos legalmente al matrimonio.

Pero a partir del año de 1935 (sentencia de 30 de noviembre), fundada en los postulados de la equidad, consideró la Corte que bien posible es reconocer la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos.

Para ello comenzó a recordar que las llamadas sociedades de hecho son de dos clases: las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que por omisión de las solemnidades legales propias no alcanzan la categoría de las de derecho; y las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de una serie de operaciones que efectúan en común y de las cuales se induce el consentimiento implícito. Dada la naturaleza de esta segunda clase de sociedades de hecho, la jurisprudencia consagró pues la posibilidad de encontrarla constituída entre los sujetos relacionados entre sí por la unión libre.

4. De acuerdo con la doctrina de la Corte, para el reconocimiento judicial de una sociedad de hecho entre concubinos es indispensable que aparezcan los elementos propios del contrato en general, los que corresponden específicamente al de sociedad, y además los que exige la sociedad celebrada por dos sujetos unidos por relaciones sexuales estables y notorias.

Y así es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su consentimiento, que los mueva una causa lícita y que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito; y es menester, además, que los asociados hagan aportes, que persigan beneficios, que ostenten affectio societatis e intención de repartirse las ganancias o las pérdidas que resulten de la especulación.

No son suficientes, sin embargo, los anteriores presupuestos para reconocer una sociedad de hecho entre concubinos. A ellos jurisprudencialmente se han agregado los dos siguientes: a) que se trate de la actividad de esas dos personas en una actividad común, cuyo fin no sea fomentar el concubinato; y b) que esa común explotación de una empresa por los amantes aparezca nítidamente como tal, y no se presente como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de los bienes suyos.

Precisando el alcance de las llamadas sociedades creadas por los hechos, dijo la Corte en la sentencia citada que para su reconocimiento es indispensable: "1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3º Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualesquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o esté excluído de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios" (G. J., T. XLII, 479).

Y agregó la Corte en este mismo fallo que si la sociedad de facto se ha creado entre concubinos, para poderla reconocer

"será necesario que medien, además, estas dos circunstancias adicionales; 1ª Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuera así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante ... 2ª Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una actividad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

5. En el caso de este proceso el Tribunal de Ibagué, fundándose no solamente en los ocho testimonios que la censura ataca, sino también en trece de los recibidos a instancia del demandado, y además en toda la prueba documental aportada, dedujo que no existió entre Julio Rojas y Olga Ortiz sociedad de hecho, pues que el haz probatorio no deja ver "ni la affectio societatis, ni que ella ejerciera una acción paralela y simultánea con éste tendiente a la consecución de beneficios".

Singularmente, frente a la prueba testimonial, la que analizó en conjunto, dijo el ad quem que ella no demuestra que la Ortiz interviniera "en siquiera un negocio que fuera a beneficiar a la presunta sociedad de hecho"; que algunos declarantes, en oposición a otros, sostienen que ella "ayudaba a veces a pesar algodón, y entregarles lonas a los trabajadores, lo mismo que ordeñar las vacas", pero que dichos trabajos, que son "propios de una ama de casa", no permiten el reconocimiento de una sociedad de hecho.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en manifiesto error de hecho, por apreciación errónea de las ocho declaraciones testimoniales que ella indica; testimonios que, a juicio del censor, acreditan todos los elementos de la sociedad de hecho.

6. A más de que el recurrente no ataca todas las pruebas en que el Tribunal apoyó su fallo, lo que de por sí le infunde deficiencia al cargo, en lo que toca con los ocho únicos testimonios citados no aparece que el ad quem los hubiera visto de modo distinto a como obran en el proceso, ni que les hubiera cercenado su contenido. Ciertamente, si se lee con la debida atención el texto íntegro de ellos, y no solamente la parte que la censura cita, se tiene que son vagos e incoherentes algunos; deficientes e inexactos otros; y contradictorios los demás. En efecto:

José Apolonio Lozano después de sostener que Olga y Julio vivieron en concubinato de 1956 a 1973, afirma que por haber sido aparcero de éste, sabe que aquélla realizaba allí trabajos consistentes en arreglar y entregar lonas para empacar algodón y ajonjolí, vendía leche, "hacía cumplir las órdenes de don Julio"; pero al ser preguntado sobre las épocas de la aparcería dijo que "para no mentir no recuerdo desde qué año empecé a trabajar en compañía de don Julio, tampoco recuerdo hasta cuándo trabajé con él como aparcero"; y en punto de labores, contestando una repregunta, dijo que Olga le prestaba servicios a Julio "como señora" y que básicamente consistían en "hacerle de comer, ver los hijos y ver por la casa".

Alfredo Núñez Rendón depone, es verdad, que Olga Ortiz como concubina de Julio Rojas hacía algunos trabajos en las fincas de éste, tales como ordeñar vacas y vender la leche. Empero, al preguntársele en relación con las órdenes que ella daba para activar los trabajos, dijo: "a mí no me consta eso porque en realidad yo le trabajé a don Julio, pero ella a mí nunca me pagó ni me ordenó ningún trabajo"; y luego, aludiendo al control de los trabajos, expresó: "lo único que ella controlaba era lo de la cocina".

Manuel Ochoa, en lo único que es asertivo, es en la afirmación del concubinato de Julio y Olga; y si bien dice que ésta vendía la leche, agrega que "los oficios que tenía era en la casa, yo no la ví trabajando afuera".

Leonidas Montealegre Rivera, luego de

expresar que a él como trabajador le consta que Olga "nos pagó liquidaciones con cheques" y que ella era quien les hacía los alimentos, al ser repreguntado expresó: "a mí no me consta nada más"; "nos entregaban las herramientas los caudillos y nos hacía de comer la señora Rosa Ortiz que es la mamá de la señora Olga"; agrega, en abierta oposición a lo atrás depuesto que "todo el tiempo que le trabajé a él me llegó la plata en efectivo"; y al advertirlo de la contradicción en que incurrió, dijo: "Si pero yo no tengo nada más qué decir".

Florentina Núñez de Devia, a más de deponer sobre el concubinato, en relación con las actividades de Olga se limita a expresar que "ella hacía los oficios que hace uno en la casa, como velando por los hijos".

Tomás Oviedo Carvajal, en relación con las actividades de la concubina, dice que "yo iba distintas veces a la casa y la veía haciendo todo lo de hacer en la casa, como mujer de hogar"; que ella iba a la finca "a presenciar los pagos", "pero no la vi intervenir en la cogida del algodón".

Etelvina Barrero Ochoa, expresa: "yo le lavaba varias veces, no era que lo pasaba allá lavando, y lonas también le lavaba, lonas de algodón, eso lo hice desde cuando ellos empezaron a vivir y después le tocaba a ella o sea a la señora Olga porque no todas las veces le tenía lavadora", ella "lavaba la ropa del marido y la de los hijos".

Finalmente, si al momento de rendir su testimonio Hernando Ochoa, el juez ante el cual depuso dejó constancia que "si parece haber ingerido bebidas alcohólicas, antes de haberse presentado a declarar"; y si, de otra parte, dicho declarante, como también se hizo constar en el acta, "al ser repreguntado por el apoderado de la parte demandada, dio muestras de indignación", por lo que se abstuvo de responder razonadamente el interrogatorio, se impone aceptar que su declaración carece de la debida contradicción y que, además, proviene de persona inhábil relativamente para testimoniar, a términos de lo establecido por el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

7. Aún sin relacionarlas con lo que las demás pruebas ostentan en el punto, de las declaraciones testimoniales analizadas no aparece con la evidencia necesaria que durante la época en que los sujetos de este litigio cohabitaron extramatrimonialmente, hubieren emprendido y desarrollado una explotación común, mediante el ejercicio de la acción paralela y simultánea de ellos tendiente a buscar beneficios de orden económico; y en la que ambos hubiesen colaborado en el mismo pie de igualdad, interviniendo en la dirección de negocios comunes.

Concluyese entonces que no puede haber error de hecho manifiesto en la apreciación que el Tribunal hizo de las declaraciones testimoniales referidas en la censura, porque, como aparece de lo expuesto, leyó lo que dichos testigos dicen sin alterar su contenido objetivo. No podía admitir las afirmaciones de los que se contradicen, o las que se oponen a los hechos que otras pruebas sí demuestran; ni las de quienes manifiestan no constarles cuáles fueron las actividades que frente a los negocios de su concubinario realizó la concubina.

No prospera, pues, esta censura.

Cargo segundo

1. Mediante éste se acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por inaplicación, de las mismas dos disposiciones legales señaladas en la censura anterior, es decir, de los artículos 2081 y 2083 del Código Civil.

2. En desarrollo de este ataque, dice el impugnante, concretando así el quebranto directo que denuncia, que el Tribunal, no obstante "haber aceptado que sí se probó el concubinato, estimó que los solos actos materiales consistentes en pesar algodón, entregar lonas a los trabajadores y ordeñar vacas, no revelan ni la affectio societatis ni la acción paralela y simultánea tendiente a la consecución de beneficios"; pero que, añade, "partiendo de la base de que Olga Ortiz había desarrollado actividades relacionadas con la explotación agrícola y ganadera, y teniendo por cierto el concubinato, ha debido concluir en sana lógica que tal actividad debió de adelantarse con un fin determinado, porque los seres humanos obran siempre con un fin, y ese fin determinado no podía ser otro que la obtención de beneficios".

Se considera

1. Si, como quedó visto al despachar el cargo anterior, el concubinato por sí solo no crea sociedad de hecho entre concubinos, esta censura tiene que correr la misma suerte que la anterior: su improsperidad.

El Tribunal reconoció y así lo dedujo en su sentencia, que durante los años de 1956 a 1972 Julio Rojas y Olga Ortiz mantuvieron relaciones sexuales que calificó como concubinarias; pero añadió, y su agregado presenta absoluta congruencia con lo que la doctrina sostiene en la materia, que ellas, consideradas aisladamente, no traen aparejada entre sus sujetos sociedad de hecho.

2. Ciertamente, a diferencia del matrimonio, el concubinato no origina una sociedad que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar.

Si ello es así en principio, nada impide, empero, que la conjunción de los intereses de los amantes, su trabajo común, puedan constituir una sociedad de hecho que justifique, para la partición de los bienes adquiridos en común, la actio pro socio. Para su reconocimiento judicial es preciso, entonces, que se pueda distinguir claramente lo que es la explotación común de la empresa creada por los concubinos con propósito de realizar beneficios, de lo que es el resultado de una común vivienda.

La constitución de esa empresa para buscar beneficios fue la que no encontró el Tribunal, deslindada de lo que fue la vida en común que como concubinos llevaron Julio Rojas y Olga Ortiz. Dijo que si bien ésta realizó trabajos que son "propios de un ama de casa", de ello no puede deducirse la existencia de sociedad de hecho; y su juicio, por referirse a la cuestión fáctica, no puede atacarse por la vía directa sino por la indirecta, demostrando error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas que lo sustentan.

El cargo es, pues, ineficaz.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha doce (12) de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese 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 General.

ARRENDAMIENTO

Elementos esenciales. — Basta que el precio sea determinable. — Responsabilidad del arrendador.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I

Antecedentes

1. Dolores, María Luisa y Alicia Rebolledo, y Raquél Rebolledo de Lemos dieron en arrendamiento a Ramiro Rojas Jiménez una finca denominada "El Hatico", con cabida aproximada de 573 plazas, ubicada en la parte sub-urbana del municipio de Roldanillo, según documento que suscribieron en esa ciudad el 2 de octubre de 1969.

2. Como duración del contrato se estipuló el término de 6 años, contados a partir del 1º de los mismos mes y año, y en cuanto el precio, en la cláusula 2ª se pactó lo siguiente: $ 3.500.00 mensuales por el primer año; $ 4.000.00 por el segundo "y para el resto del plazo del contrato se acordará el precio entre las partes".

3. Expiraron los dos primeros años, sin que los contratantes hubieran convenido el nuevo precio que debía pagar el arrendatario.

4. Las arrendadoras requirieron judicialmente a Rojas Jiménez, los días 18 de agosto y 18 de septiembre de 1971, para que se procediese a convenir el nuevo precio del arrendamiento que se anticiparon a fijar unilateralmente en la cantidad de $ 30.000.00 mensuales o para que diga "que precio está dispuesto a pagar". El requerido invocó lo estipulado en la frase final de la cláusula 2ª del contrato y manifestó que de conformidad con ella "el acuerdo tiene que ser bilateral y no unilateral como se pretende... De manera que debemos entrar en conversaciones directas para fijar un precio razonables y comercial".

5. Las Rebolledo decidieron entonces vender la finca objeto del arrendamiento a Fernando, Ana Helda, Jaime y Ofelia Varela Plaza, y a Teresa Borja de Varela y Ana Mery Taborda de Varela, lo cual se verificó mediante Escritura número 540 otorgada ante el Notario de Roldanillo el 13 de octubre de 1971.

6. Los compradores de la finca arrendada promovieron contra las Rebolledo un proceso posesorio tendiente a obtener la entrega material de la finca que, aunque fué despachado favorablemente, no consiguió el fin perseguido, porque Rojas se opuso con éxito a la diligencia de entrega que decretó el juzgado del conocimiento. En tal virtud, optaron por promover un nuevo proceso, esta vez de lanzamiento contra el citado Rojas, alegando que no estaban obligados a respetar el arriendo, el cual culminó con sentencia en que se acogieron todas sus pretensiones y que no fué recurrida. En vista de ese resultado, el arrendatario les entregó la finca el día que se había señalado para que tuviese lugar la diligencia correspondiente.

7. Rojas Jiménez, apoyándose en los hechos relatados y alegando haber sufrido daños, demandó a las Rebolledo por la vía ordinaria para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas: a) que éstas incumplieron el contrato de arrendamiento antes mencionado; b) que como consecuencia, fuesen condenadas a indemnizar-

le los perjuicios correspondientes, que estimó en la cantidad de $ 940.662.00 y a pagar las costas del proceso.

8. Las demandadas se opusieron a las pretensiones de Ramiro manifestando, en síntesis, que era él quien había incumplido el contrato de arrendamiento al no haberse avenido a pactar el nuevo precio para el resto del término estipulado, con lo cual "se desvertebró el contrato jurídicamente y éste quedó inoperante": que las partes no habían contemplado "la indemnización de perjuicios por terminación del contrato de arrendamiento en el caso de darse por terminada la convención, por no ponerse de acuerdo los contratantes:... "sobre el nuevo precio que debía pagarse al expirar el segundo año; y finalmente, que fue el arrendatario "quien repudió la continuación del contrato al no aceptar el nuevo precio que fijaron las arrendadoras". Propusieron también las excepciones de fondo que denominaron "ineficacia del contrato" y "falta de causa legal para pedir indemnización de perjuicios" y "carencia de la pretensión indemnizatoria por rompimiento unilateral del contrato".

9. Luego de que ambas partes hicieron uso a plenitud de sus derechos procesales, culminó la primera instancia con fallo de 21 de mayo de 1974 en el que se declaró "probada la excepción de falta de causa legal para pedir indemnización de perjuicios", y como consecuencia se absolvió a las demandadas de los cargos formulados y se condenó en costa al demandante.

10. La apelación de Rojas contra el mencionado fallo fue resuelta, confirmándolo, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el suyo del 14 de abril de 1975, contra el cual aquél interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

II

Razones del Tribunal

El sentenciador considera que interpretando armónicamente las cláusulas 2ª y 3ª del contrato de arrendamiento, en éste hubo "tres fases": la primera, con un precio mensual de $ 3.500.00, del 1º de octubre de 1969 al 30 de septiembre de 1970; luego otra del 1º de octubre de este último año hasta el 30 de septiembre de 1971, en la que dicho precio se aumentó a $ 4.000.00 mensuales; y la última que comenzaba el 1º de octubre del mismo año, en la que dicho precio debía señalarse de común acuerdo entre las partes. De lo anterior concluye que como los contratantes "no se avinieron a estipular el nuevo precio para el resto del período... vino a faltar uno de los requisitos que son de la esencia del contrato de arrendamiento como lo es también en la venta, o sea la "determinación del precio" según el artículo 1973 del Código Civil.

"Tal es el caso del arrendamiento —agrega el *ad quem*— que si falta el precio o la renta, se convierte en uso o goce, es decir que sin precio determinado no existe contrato de arrendamiento". Hace enseguida breve alusión a lo dispuesto en los artículos 1976 y 1864 *ibidem*, para destacar que "los textos legales siempre se refieren al verbo determinar" el cual según el diccionario significa "fijar, señalar una cosa para algún efecto".

Afirma también que el contrato en cuestión en manera alguna podía interpretarse, como lo pretende el demandante, en el sentido de que si al expedir los dos primeros años de duración las partes no convenían el nuevo precio el término continuaba en vigor, ni menos aun que seguía rigiendo el precio estipulado para el segundo año, porque eso no fue pactado por ellas. "Es esencial para el acto jurídico —agrega el Tribunal— el consentimiento válidamente manifestado y para que éste tenga su expresión previamente debe mediar lo que los procesalistas llaman: 'declaraciones recepticias de voluntad'... La manifestación de la voluntad debe ser puesta en conocimiento de la persona a quien se dirige, para que ésta diga lo que tenga a bien".

Expresa enseguida que las Rebolledo utilizaron los dos requerimientos judiciales que hicieron a Rojas Jiménez a manera de oferta, en cuanto al nuevo precio que fijaron al arrendamiento, y que al no obtenerse respuesta de aquél "no hubo expresión de voluntad respecto a uno de los elementos esenciales del mismo contrato, como era la determinación de la renta y al faltar el consentimiento fallaba uno de los pilares que configuran dicho acto jurídico.

Entonces al no existir el acuerdo de voluntades sobre punto tan importante puede afirmar la Sala que a partir del primero de octubre de 1971 no existió contrato de arrendamiento entre las partes en litigio y por consiguiente cuando las demandadas vendieron la finca 'EL HATICO', ya no las ataba ninguna relación jurídica con el demandante".

Y como conclusión de todo ese razonamiento expresa que "no se extinguió el derecho de las arrendadoras 'por hecho o culpa suya', como lo alega el demandante citando el artículo 1019 (sic) del Código Civil, sino que el contrato terminó por faltar el consentimiento respecto al precio. De allí que las arrendadoras no tengan ninguna responsabilidad por culpa contractual, debiendo el Tribunal confirmar el proveído que declaró probada la excepción de falta de causa legal para pedir indemnización de perjuicios".

III

El recurso de casación

La acusación está ubicada dentro de la causal primera y consta de tres cargos, el primero de los cuales dice así: "Por la causal primera del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, acusó la sentencia de infringir directamente, por falta de aplicación, los artículos 1517 y 1518, 1602, 1982 inciso 3º, 1987, 2001, 2008 inciso 2º, 2019, 2341 del Código Civil, omisión de ley sustancial que se motivó en la interpretación errónea de los artículos 1973 y 1976 y que llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 1864, 1740, 1741, artículo 2º de la Ley 50 de 1936, 1534 y 1536 de nuestro estatuto civil".

En la sustentación del cargo comienza el recurrente por afirmar que no debe confundirse, como lo hizo el sentenciador, la falta de precio en el contrato de arrendamiento con la falta de determinación del mismo por parte de los que lo celebran. Que ocurre lo primero, cuando "los contratantes han coincidido en la voluntad de no pagar nada por el goce de la cosa, en cuyo caso faltará el precio y no habrá arrendamiento (1973) sino comodato (2200)". Que, en cambio, sólo falta la "determinación del precio cuando es incuestionable que el goce debe ser pagado, pero no han expresado las partes en qué cuantía, forma y condiciones".

Dice igualmente que el sentenciador cometió un nuevo error al considerar aplicable el artículo 1864 "que es norma propia de la compraventa y que no tiene cabida en el caso que nos ocupa" no obstante lo dispuesto por el artículo 1976, porque "en el contrato de arrendamiento el precio no necesariamente debe ser determinado por los contratantes, ni el hecho de su indeterminación afecta los elementos esenciales del arrendamiento y por consiguiente, existiendo de antemano especificación de la cosa, concesión del goce por parte de un contratante hacia el otro, obligación de pagar por quien la recibe un precio por su goce y entrega de la cosa, no hace que se desfigure el contrato ni que pierda vigor como dice el Tribunal que lo perdió a partir del segundo año, el que nos ocupa".

A renglón seguido hace referencia a los textos legales aplicables a la terminación por hecho o culpa del arrendador y a la obligación de indemnizar perjuicios que ello genera a favor del arrendatario, normas éstas que a su juicio eran precisamente las pertinentes para el caso sub júdice y que el Tribunal pasó por alto.

Para rematar la fundamentación del cargo arguye lo siguiente:

"Cuando el Tribunal expresa que de ninguna manera podrá afirmarse que el contrato en el caso sub-análisis continuaba en vigor al terminar el segundo año, no está calificando el contrato como existente, pero sí, tácitamente, le está atribuyendo una nulidad o una condición resolutoria potestativa, y habiendo explicado ya como el contrato cuenta con todos sus elementos perfectos... el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 1740, 1741, 2º de la Ley 50 de 1936, y los artículos 1534 y 1536, respectivamente".

IV

La Corte considera

1. Según el artículo 1501 del Código Civil, se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. "Son de la esencia de un contrato aque-

llas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente".

La definición que del contrato de arrendamiento trae el artículo 1973 ibídem indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, que es el que interesa en la litis de que ahora conoce la Corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.

Así el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y onerosa como lo es el de arrendamiento. A su turno, la concesión de uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso.

2. No obstante que el artículo 1973 expresa que en el contrato de arrendamiento el arrendatario debe pagar un precio determinado, es lo cierto que según su naturaleza y las normas legales que lo regulan, basta con que dicho precio sea determinable. Lo esencial es que haya precio, el cual puede consistir en dinero, y cuya fijación puede hacerse de los mismos modos que en el contrato de compraventa, vale decir, "por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen" (Art. 1864) o dejándola al arbitrio de un tercero, y si éste no la hiciera, al de cualquiera otra persona designada por los contratantes.

3. Nada se opone, según las normas del Código Civil, a que las partes que celebran un contrato de arrendamiento de cosas, estipulen un precio fijo por todo el término de su duración; o que convengan en que éste sea variable; que en uno u otro caso lo fijen de común acuerdo, o que opten por cualquiera de las formas de determinación antes mencionadas. La libertad de contratación, la libre autonomía de la voluntad que consagra la ley civil, les permiten convenir respecto del precio lo que a bien tengan, por cuanto sólo está de por medio el propio interés pecuniario y personal de los contratantes. Lo expuesto no rige desde luego para los contratos de aparcería o de arrendamiento de ciertas fincas urbanas que están sometidas a normas especiales.

4. Cuando las partes no han señalado desde un principio el precio del arrendamiento, en cantidad determinada de dinero durante todo el término de su duración, la ley prevé que pueda ocurrir una divergencia entre éllas, sobre la base indispensable de que el arrendatario ya tenga la cosa en su poder, y regula la manera de solucionarla. Al respecto, el artículo 2001 estatuye lo siguiente: "Si entregada la cosa el arrendatario hubiere disputa acerca del precio o renta, y por una o por otra parte no se produjera prueba legal de lo estipulado a este respecto, se estará al justiprecio de peritos (se subraya) y los costos de esta operación se dividirán entre el arrendador y el arrendatario por partes iguales". En ese caso, pues, la determinación del precio dependerá del avalúo pericial, que puede obtenerse a petición de cualquiera de los contratantes o de ambos.

5. En consecuencia, a términos del citado artículo, cuando ya el arrendador ha entregado la cosa al arrendatario a cambio de un precio, aunque éste no se haya determinado, el contrato queda perfecto, porque a no dudarlo existe acuerdo en cuanto a cosa y precio, y respecto de las prestaciones recíprocas, refrendado o confirmado con la referida entrega para que sea usada y gozada temporalmente por quien la recibe.

Empero, en ese evento, puede suscitarse disputa sobre la cuantía del precio, porque habiéndose estipulado que lo hubiere —se repite— las partes convinieron en determinarlo posteriormente en forma convencional y no lograron hacerlo. Pues bien, esa situación está prevista y regulada por el citado artículo 2001: disputa acerca del monto del precio o renta, para dirimir la cual es procedente la prueba pericial al tenor del precepto legal mencionado. La segunda situación que contempla el precepto

legal en cita o sea, la "falta de prueba legal de lo estipulado" no tiene operancia en el caso sub judice y por tanto sobra comentarla.

Don Fernando Vélez dice que "el precio es una de las cosas de la esencia del arrendamiento, de tal manera que si no lo hay, no puede haber contrato, pues en el caso del artículo 2001, no es que falte el precio sino que se duda cual sea". Y agrega más adelante: "sólo en el caso de que la cosa se haya entregado al arrendatario —puede decirse que materialmente— es aplicable el artículo 2001, porque en este caso no hay duda de la celebración del contrato (número 490). Luego si no se ha entregado, y las partes no están de acuerdo respecto del precio o renta, no hay contrato, ni por consiguiente motivo para fijar el precio como lo dispone aquel artículo". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2ª ed. imp. Paris - América, T. VII, Nos. 490 y 537).

Planiol y Ripert, a su turno, se expresan así: "desde que no hay duda sobre la existencia del arrendamiento, ora porque ya ha recibido un principio de ejecución, sea más generalmente porque esa existencia no se discute, puede ocurrir que una controversia se suscite sobre las condiciones del contrato, sobre el precio, por ejemplo, o sobre la duración. En el caso de que el debate se refiera al precio del arrendamiento, la prueba respectiva está regulada por el artículo 1716... El artículo 1716 —dicen más adelante— no deja desde luego al arrendatario a la discreción del arrendador" pues aquél puede solicitar "una estimación por expertos". (Traite Practique de Droit Civil Francais - Paris. T. X, Nº 491, con la colaboración de Hamel y Parreau).

Henry, León y Jean Mazeaud (Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, Vol. IV, Trad. española de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962, Nº 1055) sostienen que "al igual que para la compraventa, el precio (del arrendamiento) no tiene que estar determinado necesariamente en el contrato, es suficiente con que sea determinable (destaca el texto). Así las partes pueden remitirse a la costumbre del lugar... o designar un perito para que fije el alquiler". Pero, dicen enseguida, que se requiere que "sea cierta su voluntad de concertar un arrendamiento".

Arturo Allesandri Rodríguez, al comentar el artículo 1943 del Código Chileno (igual el 2001 del Colombiano) dice que su aplicabilidad sólo tiene lugar "en el caso de haber discrepancia sobre el monto (del precio) después de entregada la cosa". (Derecho Civil 2ª Ed., Libr. Zamorano y Caperán - Santiago, pág. 169).

Si se aplica todo lo hasta aquí expuesto al caso sub judice, se llega a la conclusión de que el Tribunal incurrió en varios de los quebrantos de ley sustancial que le achaca el recurrente (salvo el artículo 2341 del C. C., ya que la responsabilidad que aquí se debate es puramente contractual). Tales quebrantos son bastantes para la prosperidad del recurso.

En efecto:

A) Estimó que al no haber operado la forma convenida por las partes para señalar la cuantía del precio del arrendamiento de la finca "El Hatico" para el plazo posterior a la expiración del segundo año del término estipulado, significaba la ausencia absoluta del precio, elemento esencial del contrato, por lo cual "a partir del primero de octubre de 1971 no existió contrato de arrendamiento entre las partes". Violó entonces los artículos 1973 y 1976, y aunque no los haya mencionado en su fallo los artículos 1740, 1741 y 1536 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

B) Consideró, en consecuencia, no obstante que no había expirado aún el término a que se sujetó el contrato, que éste no fue violado por las arrendadoras a pesar de la venta del inmueble objeto del mismo que hicieron y que trajo como corolario que los compradores privaran al arrendatario del uso y goce de la cosa arrendada, con lo cual quebrantó los artículos 2008, 2º y 2019 del Código Civil.

C) Confundió, pues, falta de precio con falta de determinación del mismo para el término posterior a los dos primeros años, o mejor, con una disputa acerca de tal determinación, y por ello no aplicó el artículo 2001 y violó también el artículo 1973 ibídem. Esa disputa surgió ciertamente cuando las arrendadoras pretendieron elevar el precio del arrendamiento para el

resto del período a $ 30.000.00 mensuales, de los $ 4.000.00 estipulados para el segundo año, es decir en siete y media veces más, por cuanto el arrendatario no aceptó semejante aumento aunque manifestó estar dispuesto a "entrar en conversaciones directas para fijar un precio razonable y comercial".

D) Al haber negado que el arrendatario despojado de la cosa por hechos o culpa del arrendador durante la vigencia del término convenido tuviese derecho al resarcimiento de los perjuicios sufridos, no aplicó el artículo 2019 del Código Civil, que era el pertinente.

Estos graves errores in iudicando, son suficientes para que se case la sentencia impugnada y para que competa a la Corte proferir en instancia la que deba reemplazarla.

V

Sentencia de instancia

La situación fáctica del proceso que sería supérfluo exponer de nuevo por estar ya narrada en el capítulo I ("Antecedentes") de esta providencia, además de haber sido plenamente demostrada, no ha suscitado discrepancia alguna entre las partes.

Los presupuestos procesales están cumplidos y la actuación no adolece de ningún vicio. La legitimación en causa de las partes no admite la menor duda: demanda el arrendatario Ramiro Rojas Jiménez a sus arrendadoras las hermanas Rebolledo por haberse visto precisado a entregar la cosa antes de la expiración del plazo convenido, ya que éstas vendieron la finca arrendada, y los compradores, que al tenor del artículo 2020 no estaban obligados a respetar el arriendo, promovieron con éxito contra el primero un proceso de lanzamiento.

Este es precisamente el caso que regula el artículo 2019 del Código Civil, cuando en lo pertinente estatuye: "Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada... será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le suceda en el derecho, no esté obligada a respetar el arriendo".

Es, pues, indiscutible que el demandante tiene derecho a la indemnización que impetra y que las demandadas deben tener a su cargo la obligación de pagarla. Ese derecho que al arrendatario le confiere el artículo 2019, proviene del incumplimiento de la parte arrendadora de su obligación de mantener a aquél en el uso y goce de la cosa durante el término convenido. Se trata, pues, de una responsabilidad contractual, que impone inexorablemente a la parte que en ella incurrió el deber de indemnizar los daños ciertos que, como consecuencia del incumplimiento, haya sufrido su contratante.

Por consiguiente, las pretensiones del actor están llamadas a prosperar y las excepciones propuestas por las demandadas deben ser despachadas en forma desfavorable según se deduce de lo expuesto en el despacho del cargo que prosperó. En efecto, no hubo la pretendida "ineficacia del contrato" a consecuencia de haber faltado el acuerdo de las partes sobre el monto del precio una vez expirado el segundo año del término estipulado, porque en tal caso lo pertinente era acudir al sistema que establece el artículo 2001 del Código Civil. No existe tampoco la "falta de causa legal para pedir indemnización de perjuicios", porque esa causa es precisamente uno de los eventos previstos en el artículo 2019 ibídem. No sobra agregar a este respecto que la Corte ha expuesto infinidad de veces que la "carencia o falta de causa" no constituye una excepción. En cuanto a ésta, recuérdese que de vicia data, se ha dicho, que "es impropio, según los principios jurídicos, calificar de excepción la falta de acción del demandante" (XXXIII, pág. 292) y que "la inexistencia de acción o de derecho no puede configurar excepción, ya que, si el derecho no existe, mal puede ser desconocido ni extinguido". (CVIII, página 265).

Por último, si lo que la parte demandada denomina "carencia de pretensión indemnizatoria, por rompimiento unilateral del contrato", significa que ese rompimiento provino del arrendatario, como parece insinuarlo la parte demandada en el proceso, es lo cierto que la situación sub judice es exactamente la contraria: fueron las arrendadoras las que por haber vendido la finca antes del vencimiento del plazo del arrendamiento se colocaron en la situación

que regula el precepto antes mencionado. En consecuencia, éllas deben indemnizar al arrendatario, que se vio privado injustamente del uso y goce de la finca ya que los compradores de ésta, al no estar obligados a respetar el arriendo, le promovieron con éxito un proceso de lanzamiento.

Indemnizar significa resarcir un daño y ese resarcimiento en la litis que ahora se decide comprende, según los artículos 1613 y 1614, el lucro cesante y el daño emergente ocasionados al arrendatario Rojas por haberlo privado del goce de la cosa arrendada cuando aún faltaban casi cuatro años para que expirara el término estipulado para la duración del contrato.

El monto de esos daños, fue justipreciado pericialmente en el proceso, así: a) inicialmente por los expertos Camilo García Londoño y Omar Enciso Cabrera Campo; y b) más tarde por los peritos Jorge Zuluaga Monedero y Germán Coronado Leal, dentro del incidente de objeciones que por error grave formuló la parte demandada al primer dictamen. Sin embargo, esos avalúos no pueden ser tenidos en cuenta para señalar el valor de los perjuicios sufridos por el actor como necesaria consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales de las demandadas, porque ambos dictámenes, analizados a la luz de la sana crítica y en armonía con los demás elementos probatorios que obran en los autos, adolecen de las siguientes fallas:

1ª Al estimar los gastos de explotación de la finca, parten de la base equivocada de que el precio del arrendamiento por los cuatro años subsiguientes al primer bienio, habría sido el mismo que el que las partes fijaron para el segundo año, o sea $ 4.000.00 mensuales. Precisamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2001 del Código Civil, los expertos han debido justipreciar la renta durante el lapso arriba indicado, en atención a que los contratantes no lograron ningún acuerdo al respecto.

2ª Como no se trata del evento regulado por el artículo 964 del Código Civil, en que debieran pagarse no solamente los frutos percibidos, sino los que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado, los perjuicios de que se trata deben tener correspondencia con las utilidades que el arrendatario recibía año tras año en el período en que estuvo explotando la finca. No puede, pues, hacerse su fijación partiendo de una explotación técnica y científica de la finca, como lo hacen los peritos, sino teniendo de presente cómo era ésta explotada por el demandante.

3ª En uno y otro dictámenes se parte de una base irreal, vale decir, de fundamento no demostrados en el proceso como el atinente a la explotación lechera. De esta suerte, el avalúo de los perjuicios tiene que referirse necesariamente al negocio a que el demandante tenía destinada la mencionada hacienda.

4ª Es obvio que si se fracciona por partidas distintas todo el ganado de una misma finca, como lo hicieron los expertos García y Enciso, la tabla de mortalidad no puede ser aplicada a cada lote individualmente, sino al conjunto; de otra manera podría resultar que no hay mortalidad, lo cual es absurdo. Así, en un lote de 100 animales con tabla de mortalidad del 5% hay que restar 5, pero si se aplica la misma tasa en forma fraccionada, por ejemplo, a diez lotes de diez animales cada uno, resultaría que no hay muertes lo cual es muy improbable que ocurra en la realidad.

5ª La base para determinar el cupo de la finca, no es cual sería éste según su extensión, y partiendo de la hipótesis de una explotación técnica perfecta, sino precisamente, además de la cabida, de la naturaleza del terreno, la calidad de los pastos y el aprovechamiento de las aguas, y en especial, del cupo que ordinariamente mantenía en ella el demandante.

6ª El cupo de ganado no puede incrementarse indefinidamente año tras año con la totalidad de las crías, pues el acrecentamiento en esa forma podría llegar a hacer imposible el sostenimiento del ganado, por falta de espacio y de pastos suficientes para su normal desarrollo, y, por otra parte, se dañaría la finca por sobrecarga. Recuérdese que el artículo 2037 del Código Civil, impone al arrendatario la obligación de gozar del fundo como un buen padre de familia, es decir con diligencia y cuidado (artículo 63 ibidem). Es apenas lógico que al cabo de tres años, no pueden pastar en una misma finca, a menos que ésta esté sub-explotada, todo el ganado de cría existente el primer año más

los animales nacidos en los tres subsiguientes.

Las razones que acaban de exponerse en cuanto a los dictámenes producidos en el proceso, no permiten a la Corte tenerlos como prueba del valor de los perjuicios sufridos por el demandante, los cuales aparecen determinados en exceso con los documentos y los testimonios que adujo el demandante.

De esta suerte, la condena debe hacerse in genere para que mediante el procedimiento que indican los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, se determine el monto de la indemnización a que es acreedor el demandante. En todo caso, como lo ha dicho insistentemente la doctrina jurisprudencial, los perjuicios de que se trata tienen que ser ciertos, aunque actuales o futuros, y no simplemente hipotéticos o eventuales, y deben comprender, según el artículo 1613 del Código Civil, el daño emergente y el lucro cesante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 14 de abril de 1975 y en su reemplazo, actuando en instancia, resuelve:

1º Revócase el fallo de primer grado proferido por el Juez Civil del Circuito de Roldanillo el 21 de mayo de 1973.

2º Declárase que Raquél Rebolledo de Lemos, Dolores, María Luisa y Alicia Rebolledo Albán, incumplieron en su calidad de arrendadoras, el contrato de arrendamiento de la finca denominada "El Hatico" que celebraron con Ramiro Rojas Jiménez según documento suscrito en Roldanillo el 2 de octubre de 1969.

3º En consecuencia, condénase in genere a las citadas arrendadoras a pagar al arrendatario demandante todos los perjuicios materiales que éste sufrió con motivo de tal incumplimiento.

Parágrafo. El monto de tales perjuicios se determinará en la forma y términos que indican los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

4º Niéganse las excepciones propuestas por la parte demandada.

5º Condénese a las demandadas en las costas de primera y segunda instancias; sin ellas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, insértese 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 General.



INTERES LEGAL E INTERES CORRIENTE

Cosa juzgada.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario del Municipio de Ibagué frente a la Compañía Granadina de Seguros S. A.

Antecedentes.

Primero. Por medio de Escritura pública número 1199, de 4 de octubre de 1955, de la Notaría Primera de Ibagué, el municipio de éste nombre y la Diesel Motor Compañía Limitada, celebraron un contrato conforme el cual se obligó esta sociedad a suministrar al municipio algunos equipos y sus accesorios para la producción de energía eléctrica, por un precio de $ 3.550.000.00, pagaderos en forma cuotativa. La primera cuota, correspondiente al 20% de dicho precio, por un valor de $ 710.000.00, fue satisfecha una vez legalizado el contrato, lo mismo que la segunda, hecha constar en una serie de letras por valor de $ 887.500.00, avaladas por el Banco del Comercio; y en cuanto al saldo de la obligación, el municipio giró otras letras por la suma de $ 1.952.500.00, más una por la suma de $ 433.100.00, por presuntos intereses sobre las cuotas restantes.

Segundo. La Diesel Motor Compañía Limitada se obligó en la misma escritura a constituir caución "hipotecaria, prendaria, o por medio de una Compañía de Seguros, en la cuantía que le señale la Contraloría Municipal, para responder del anticipo, por las cuotas posteriores, por la cláusula penal y por la garantía de la obra y demás accesorios", y esta obligación la cumplió la prenombrada sociedad por medio de la Póliza número 2491 otorgada por la Compañía Granadina de Seguros S. A.

Tercero. Sucede que el Gobierno nacional improbó el contrato celebrado por el municipio de Ibagué con la Diesel Motor Compañía Limitada por lo cual éste declaró su caducidad por medio de la Resolución número 03 de 12 de julio de 1957; y como la sociedad en mención se negó a reintegrar los referidos anticipos fijados en la Escritura número 1199, y lo mismo hizo la Compañía Granadina de Seguros S. A., el Municipio incoó proceso ordinario contra ambas sociedades en solicitud de que se decretara la devolución o reintegro de las sumas de pesos y de las letras de cambio entregadas a la Diesel Motor Compañía Limitada, por el dicho concepto, con sus intereses corrientes, más un 5% a cargo de la compañía aseguradora, en forma personal, por el no pago oportuno del seguro.

Del dicho proceso conoció el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, el que, por sentencia de 5 de septiembre de 1960, declaró absolutamente nulo el contrato celebrado por el Municipio de Ibagué y la Diesel Motor Compañía Limitada; absolvió a la Compañía Granadina de Seguros S. A. y ordenó a la Diesel Motor devolver al Municipio demandante el anticipo recibido en dinero efectivo y todas las letras de cambio que le habían sido entregadas por razón del contrato cuestionado, con sus intereses legales desde la fecha de los respec-

tivos pagos. Apelada esta decisión por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al término de la segunda instancia y en sentencia de 21 de abril de 1966, falló así:

"1º Confírmase el numeral primero de la sentencia apelada.

"2º Revócase el numeral segundo, en cuanto absuelve de todos los cargos formulados en la demanda de la Compañía Granadina de Seguros y refórmase y adiciónase el mismo numeral en cuanto a las ordenaciones hechas a la Motor Diesel, numeral segundo que quedará así:

"a) Ordénase a las Compañía Granadina de Seguros S. A., con domicilio en Bogotá, y a la Diesel Motor Ltda., con domicilio en Cali, reintegrar solidariamente al Municipio de Ibagué, la suma de setecientos diez mil pesos $ 710.000.00 moneda legal colombiana, junto con los intereses legales sobre esta suma desde el 27 de octubre de 1955 hasta cuando se verifique el pago; y en forma individual a la Granadina de Seguros al recargo del cinco por ciento (5%) anual y de que trata el artículo 25 de la Ley 105 de 1927. Esto dentro de los treinta días siguientes a la firmeza de la sentencia;

"b) Ordénase a las mismas compañías Diesel y Granadina la devolución o cancelación de las letras de cambio 'avaladas', de acuerdo con lo previsto en la parte motiva de esta providencia y dentro de los términos allí fijados; y

"c) Ordénase individualmente a la Diesel Motor la devolución o cancelación de las letras de cambio comunes —las no avaladas— de acuerdo con lo previsto y dentro de los términos indicados en la parte motiva de esa misma providencia.

"4º.....

"5º....."

Cuarto. Contra esta sentencia se interpuso casación, pero la Corte no la casó y condenó en costas al recurrente.

Quinto. El Municipio de Ibagué, con base en dicha sentencia, inició proceso ejecutivo contra la Compañía Granadina de Seguros S. A.; y el Juzgado Décimo Sexto Civil Clase A., a quien correspondió su conocimiento, profirió mandamiento de pago. La sociedad ejecutada propuso excepciones cuyo reconocimiento fue denegado en sentencias de primera y segunda instancia, dictadas por el dicho Juzgado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial, y las mismas partes, entonces, por documento privado de 9 de septiembre de 1968, convinieron refiriéndose a la sentencia de segunda instancia cuya resolutiva quedó extractada precedentemente, lo siguiente:

"Tercero. Para zanjar la disparidad de la interpretación de la ameritada sentencia ustedes y los miembros del Concejo que asistieron a las conversaciones, han aceptado que la Compañía Granadina de Seguros S. A. pague, tal como en efecto lo hace, según ella entiende la condena, o sea que sus obligaciones principales y los intereses legales derivados de ellas, quedaron limitadas a la suma de un millón seiscientos cincuenta y dos mil pesos ($ 1.652.000.00) más la suma de ochenta y dos mil seiscientos pesos ($ 82.600.00) por concepto del recargo del cinco por ciento (5%); vale decir a un total de un millón setecientos treinta y cuatro mil seiscientos pesos ($ 1.734.600.00).

"Cuarto. Que dicho pago se haga en dos cheques, ambos a favor del Municipio de Ibagué, el uno por el noventa y cinco por ciento (95%) de dicha cantidad y el otro por el cinco por ciento (5%) de la misma; suma esta última que corresponde a los honorarios del doctor Hernando Devis Echandía, apoderado del Municipio de Ibagué en el referido juicio, y para facilitar a éste la cancelación de ellos.

"Quinto. Que el pago hecho, en la forma antes dicha por la Compañía Granadina de Seguros S. A., no coarta el derecho que tiene el Municipio de Ibagué para pedir, por la vía judicial, el saldo de los intereses legales que ustedes como funcionarios, consideren que les quede a deber la Compañía Granadina de Seguros S. A., de conformidad con la parte resolutiva de la comentada sentencia...".

El litigio

1. Así las cosas, el Municipio de Ibagué, en libelo demandatorio admitido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá,

en auto de 18 de octubre de 1971, citó a proceso ordinario a la Compañía Granadina de Seguros S. A., para que se declarara:

"Primera. Que la sociedad Compañía Granadina de Seguros debe pagar al Municipio de Ibagué, por concepto del saldo de los intereses a que fue condenada en sentencia en firme proferida en el anterior proceso ordinario seguido por el segundo contra la primera y 'Diesel Motor Ltda.', la diferencia que resulte entre lo pagado por la demandada al Municipio de Ibagué por concepto de intereses legales al 5% anual y la suma que resulte de liquidar esos intereses a la tasa de los intereses corrientes en Bogotá, así: a) desde el 27 de octubre de 1955 y hasta el 9 de septiembre de 1968, sobre la cantidad de $ 710.000.00; b) sobre la cantidad de $ 887.500.00 desde el 21 de noviembre de 1961, hasta el 9 de septiembre de 1968.

"Segunda. Que el interés corriente que debe tenerse en cuenta para liquidar la anterior condena, es el que se fija en la sentencia o en incidente posterior de liquidación.

"Tercera. Que, en consecuencia, la demandada debe pagar al Municipio de Ibagué en razón de la anterior condena, la suma que se determine en la sentencia o en subsidio en incidente posterior de liquidación de conformidad con el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

"Cuarta. Que el mencionado pago debe hacerlo la demandada, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

"Quinta. Que la demandada debe pagar las costas del proceso".

2. Como causa de este pedimento, el demandante afirma los hechos señalados antes, los apartes de la sentencia de 21 de abril de 1966 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pronunciada en el proceso ordinario seguido por el Municipio de Ibagué contra las sociedades Motor Diesel Compañía Limitada y la Granadina de Seguros S. A., que se refieren al pago de intereses legales de las sumas de pesos y al valor de las letras de cambio objeto de devolución al Municipio, y también al convenio transaccional pasado entre éste y la última de dichas sociedades, en cuanto a las sumas de pesos pagadas, por capital e intereses a aquél por la Granadina de Seguros S. A., y además los siguientes hechos:

"4) Hago constar que al liquidar el 5% del recargo de intereses, que repetidas veces el Tribunal dijo que era anual y también lo expresa claramente la ley citada por éste, se incurrió en un error aritmético que llevó a la cifra mencionada de $ 82.600.00, cuando la liquidación da $ 381.622.00 motivo por el cual la petición primera de esta demanda se limita a la diferencia entre esta suma y dicho abono.

"5) La sentencia del proceso ordinario dice en su parte motiva que los intereses que debe pagar la Granadina de Seguros, son los determinados en el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, sobre compañías de seguros, lo cual significa que son los intereses 'corrientes', adicionados con el 5% anual conforme a la aclaración hecha por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928.

"6) Sin embargo, en la parte resolutiva de la misma sentencia del proceso ordinario se mencionan genéricamente los 'intereses legales'.

"7) El suscrito, como apoderado del Municipio, adelantó proceso ejecutivo contra la Granadina de Seguros, para el cobro parcial de los intereses, ante el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, y para no complicar la claridad necesaria del título ejecutivo, se prefirió cobrar por esa vía únicamente el 6% que conforme a la ley civil son los intereses 'legales', más el 5% anual del recargo, reservándonos el cobrar la diferencia entre ese 6% anual y los intereses 'corrientes' que según la ley de seguros debe pagar la demandada, para el presente proceso ordinario.

"8) El proceso ejecutivo terminó con pago, una vez que el honorable Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia del a quo que rechazó las excepciones.

"9) En ese proceso ejecutivo se cobraron las siguientes sumas:

"a) $ 408.416.00 por concepto del saldo insoluto de intereses al 6% anual, sobre el capital de $ 710.000.00, a partir del 27 de octubre de 1955, hasta el 9 de septiembre de 1968 (fecha en que se hizo el arreglo atrás mencionado y se recibió el abono de la compañía demandada), descontando la

suma de $ 54.500.00 que se había recibido para abonar a tales intereses.

"b) La suma de $ 263.994.66, por intereses legales al 6% anual, que el Municipio pagó al Banco del Comercio por tres letras avaladas por dicho Banco.

"c) La suma de $ 362.099.88 correspondiente a intereses al 6% anual sobre el capital de dichas letras avaladas, desde la fecha del pago que hizo el Municipio al Banco del Comercio, el 21 de noviembre de 1961, hasta el 9 de septiembre de 1968, fecha del arreglo con la Granadina de Seguros. El Municipio recibió, además, un abono de $ 54.500.00 en el arreglo de 9 de septiembre de 1968.

"10) Por lo tanto, la Compañía Granadina de Seguros está debiendo al Municipio de Ibagué, la diferencia entre los intereses legales del 6% anual que pagó y los intereses corrientes del 24% anual, o los que se determinen en este proceso, sobre los siguientes capitales: a) sobre la suma de $ 710.000.00 valor que debía cancelar la demandada, a partir del 27 de octubre de 1955 y hasta el 9 de septiembre de 1968, fecha del mencionado arreglo; b) sobre la suma de $ 887.500.00, valor de las tres letras avaladas por el Banco del Comercio y pagadas a éste por el Municipio, desde la fecha en que el Municipio las pagó al Banco o sea el 21 de noviembre de 1961, hasta el día del arreglo el 9 de septiembre de 1968. No se cobra reajuste de intereses sobre el valor de las letras avaladas por el Banco del Comercio, pagados por el Municipio a dicho Banco, por considerar que en ese tiempo la demandada sólo tiene la obligación de pagar los intereses que al Municipio le correspondió pagar (ellos corresponden a los cobrados en la petición tercera de la demanda ejecutiva).

"11) Los intereses corrientes, por la época a que se contrae la liquidación, eran los que podían cobrar la Superintendencia de Cooperativas, y conforme a certificado de la misma, los correspondientes a la mora podían ser de 2% mensual o 24% anual; por tanto, como los que cobra en este proceso son intefeses moratorios, es el 24% anual la tarifa pertinente.

"12) El Municipio jamás ha renunciado al cobro completo de los intereses a cargo de la compañía aseguradora demandada, pues como antes expuse, en el arreglo firmado el 9 de septiembre de 1968 se dejó a la justicia la definición del punto y en el proceso ejecutivo se limitó el cobro a los intereses legales en razón de que era necesario que el título apareciera claro y en cuanto a los intereses corrientes es necesario entrar a interpretar la sentencia del proceso ordinario; pero, como es natural, en el presente proceso ordinario es procedente tal interpretación, para que se imponga la condena expresa y clara a la aseguradora demandada, por el saldo insoluto de dichos intereses corrientes.

"13) Además, los intereses 'legales' son en materia comercial los 'corrientes', por lo que aun prescindiendo de la clarísima referencia que en la motivación de la anterior sentencia ordinaria se hizo al artículo 25 de la Ley 105 de 1927, la conclusión sería la misma.

"14) La sociedad demandada está en mora de pagar los mencionados saldos de intereses, porque en la sentencia del anterior ordinario se fijó un plazo de treinta días desde su ejecutoria".

3. La sociedad demandada descorrió el traslado de la demanda y propuso en el libelo respectivo las excepciones de pago de lo debido, cosa juzgada y extinción de las obligaciones derivadas de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 21 de abril de 1966; y así, con la oposición por ella formulada, transcurrió la primera instancia del proceso, la cual terminó con la sentencia de 7 de febrero de 1974, en la que el juzgador declaró probada la excepción de cosa juzgada, denegó el pedimento y absolvió a la dicha sociedad de los cargos de la demanda. Esta providencia fue apelada por la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que conoció el recurso lo confirmó por sentencia de 29 de mayo de 1974, contra la cual, la misma parte interpuso casación.

Las razones del ad quem

1. Luego de historiar el sentenciador las incidencias del primer proceso ordinario pasado entre el Municipio de Ibagué y la Diesel Motor Compañía Limitada y la Granadina de Seguros, así como los distintos

pasos del presente, incoado contra la última compañía, expresa que el motivo que determinó al Municipio a impetrar las declaraciones y condenas de aquel proceso fue la celebración de un contrato con la Diesel Motor Compañía Limitada, para el suministro de equipos técnicos para la producción de energía eléctrica, por una suma de $ 3.550.000.00, pagaderos en varios contados, y la intervención de la Compañía Granadina de Seguros con una póliza de manejo para garantizar el cumplimiento de dicho contrato, el cual fue improbado por el Comité Nacional de Planeación y Consejo Nacional de Economía; por lo cual, dice, fracasadas las conversaciones entre el Municipio y el contratista para resolver el problema surgido, procedió el primero a declarar la caducidad del contrato, dado que era imposible su ejecución y a reclamar por la vía judicial la devolución del anticipo por valor de $ 710.000.00 y de las letras, avaladas unas y otras no, entregadas por el Municipio a la Diesel Motor Compañía Limitada, en concepto de pago de su obligación.

2. Refiriéndose a la sentencia de 21 de abril de 1966, pronunciada en el primer proceso ordinario, es de opinión que el Tribunal consideró a la Compañía Granadina de Seguros como aseguradora —no como fiadora— de las ogligaciones contraídas por la Diesel Motor Compañía Limitada en la cláusula 13 del contrato, relativa a la caución que ésta debía constituir —hipotecaria, prendaria o por medio de una compañía de seguros— para responder del anticipo, por las cuotas posteriores por la cláusula penal, y por la garantía de la obra y demás accesorios, por lo cual la Granadina de Seguros estaba obligada a devolver, solidariamente con la Diesel Motor la cantidad de $ 710.000.00, que ésta recibió como anticipo del Municipio, más "los intereses legales desde el 27 de octubre de 1965 hasta el momento del pago; b) las letras avaladas por un valor de $ 887.500.00, las cuales también quedaba obligada la Granadina a devolver solidariamente con la Diesel y en la misma forma que se determinó para esta última... junto con los intereses legales desde la fecha del pago hecho hasta cuando se le cancele al Municipio".

El sentenciador expresa, además, que en la mencionada sentencia de 21 de abril de 1966, el Tribunal "al hacer la síntesis recalcó que los intereses eran legales", que "el monto de las prestaciones a cargo de la Granadina de Seguros no podría ser superior al seguro contratado, esto es, hasta $ 1.652.000.00, exceptuando el recargo del 5% de intereses por el no pago oportuno del seguro", que "en la parte resolutiva expresamente se refirió a 'intereses legales' ", que "se observa así que la parte resolutiva guarda armonía con la motiva", y que "quedó, pues, resuelta la cuestión atinente a la devolución de suma de dinero más intereses legales y de letras de cambio o su valor y sus intereses legales".

3. "En la demanda con que se inició este ordinario que ahora se examina —continúa el sentenciador—, se pidió declarar que Granadina de Seguros debía pagar a Ibagué no los intereses legales a que se refirió la sentencia citada, sino los intereses corrientes y, por ende, que debía pagar el saldo que resultare descontando lo pagado al 6% anual. La demanda se dirige contra una de las personas que fue demandada y condenada en aquel ordinario. El motivo para solicitar la declaración es, aparentemente, distinto pues se presenta como tal la no claridad de la sentencia que en la parte motiva trataba de la Ley 105 de 1927 que regula intereses corrientes y en la resolutiva condenó al pago de intereses legales. Empero, el auténtico motivo es la obligación que contrajo la demandada al celebrar el contrato de seguro que fue la base para la condena en la sentencia de 21 de abril de 1966. Luego el motivo es también uno mismo", por lo cual estima el sentenciador que "se dan, entonces, los tres elementos que configuran el instituto de la cosa juzgada: sujetos, causa y objeto".

Refiérese el sentenciador, además, a la naturaleza de la cosa juzgada, según lo que de ella entienden la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera, y observa que "el demandante ha sostenido que no hay norma que prohiba aclarar una sentencia que ha alcanzado autoridad de cosa juzgada porque no se trata en tal supuesto de desconocer dicha autoridad sino, por el contrario, de hacerla vigente", pero que el artículo 332, del Código de Procedimien-

to Civil, como lo tiene dicho la jurisprudencia, impide cualquier pronunciamiento posterior que le sea contrario y también cualquier decisión que implique tratar lo ya juzgado aunque no sea contrario.

Aludiendo al demandante agrega que "ha sostenido que en materia comercial los intereses corrientes equivalen a los legales", pero que entrar a resolver si en materia comercial los intereses corrientes equivalen a los legales es entrar a un punto que conlleva a variar lo decidido, como que los legales son los que se causan por disposición legal cuando las partes en los actos jurídicos no han señalado unos distintos y es la misma ley la que fija su tanto por ciento anualmente. Mientras que los corrientes son los que rigen en una plaza dada y que se imponen a los contractuales cuando la ley expresamente lo manda, y que son fijadas por las entidades que menciona el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil. Mas aún, aceptando que por cuanto en ciertos casos la ley ordena que para determinadas operaciones los intereses sean los corrientes, y por lo mismo, es un interés legal por señalarlo la norma de derecho; es lo cierto que al entrar a examinar estos aspectos no se está simplemente aclarando la sentencia en que se haya impuesto la condena a pagar intereses legales, los cuales fueron los mencionados en la parte motiva, sino que se esté entrando al contenido de la sentencia y eso es lo que impide la autoridad de cosa juzgada: que se vuelva sobre lo ya resuelto, bien o mal, pero decidido en forma definitiva. Y con mucha mayor razón será imposible jurídicamente volver sobre cuestiones debatidas y resueltas si hubo la oportunidad de corregir el yerro en que el juzgador hubiera podido incurrir y no se aprovechó tal oportunidad. Porque reconocer intereses legales en forma expresa cuando el negocio jurídico los producía corrientes por mandato legal, implicaba violación de la ley que podía ser corregida a través de recurso extraordinario.

"El examen de la demanda y la sentencia en el proceso ordinario del Municipio de Ibagué contra 'Diesel Motor' y 'Granadina de Seguros', y la demanda que ahora presenta el Municipio de Ibagué contra 'Granadina de Seguros', no dejan duda que plantea una cuestión ya decidida en aquella sentencia, en que, de otro lado, en la parte motiva se habló de intereses legales y a éstos condenó en la parte resolutiva. No es, pues, como lo afirma el Municipio de Ibagué una simple aclaración, sino volver a discutir cuáles intereses debía pagar la demandada, cuestión que en definitiva resolvió la sentencia de 21 de abril de 1966, diciendo que debía pagar intereses legales".

Demanda de casación

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia, ambos por la causal primera, los cuales estudia la Corte en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Lo propone el recurrente por violación directa de ley sustancial, en razón de aplicación indebida de los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil y 473 del Código Judicial, y consecuencialmente por falta de aplicación de los artículos 219 del Código de Comercio derogado y 884 del actual, y del artículo 25 de la Ley 105 de 1927, aclarado por el artículo 38 de la Ley 89 de 1928.

En mira de fundarlo, alega:

a) Que para el honorable Tribunal, la sentencia dictada en el primer proceso ordinario entre las mismas partes, condenó en su parte resolutiva a pagar, por la Granadina de Seguros al Municipio de Ibagué, "intereses legales"; que también en la parte motiva de la misma sentencia se habló de "intereses legales"; que volver a discutir en este nuevo proceso si se trata de intereses "legales" o de intereses "corrientes" equivale a replantear el litigio ya definido y por lo tanto a desconocer la cosa juzgada;

b) Que "el honorable Tribunal acepta que en materia comercial el interés corriente 'es un interés legal' por señalarlo la norma de derecho (penúltima página de la sentencia) lo cual contradice todo lo dicho por el Tribunal en los anteriores párrafos de la sentencia; pues si el interés legal, en materia comercial es el corriente,

por mandato de la ley (C. Comercio anterior, artículo 219 y C. de Comercio actual Art. 884) es elemental y obvio que la condena impuesta en una sentencia, por actos comerciales, como es la actividad aseguradora en una compañía que ejerza funciones en Colombia, a intereses legales, debe entenderse que se refiere a intereses legales comerciales o corrientes. Y en caso de seguros a los legales especiales de la Ley 105 de 1927, artículo 25, aclarado por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928. Por lo tanto, cuando en la demanda del actual proceso se pide que se declare que los intereses 'legales' de que trata la parte resolutiva de la anterior sentencia, en el primer ordinario entre las partes, son los intereses legales comerciales, no se está reviviendo el litigio, ni pidiendo que se desate de nuevo, ni menos que se desconozca la cosa juzgada, sino, por el contrario, que se diga qué fue lo que se quiso decir en esa sentencia, respetando a plenitud la cosa juzgada';

c) Que "el error de la sentencia del honorable Tribunal está en no haber visto la enorme diferencia que existe entre replantear el litigio, para que se decida cuáles son los intereses a que se debe condenar (caso en el cual sí se violaría la cosa juzgada) y simplemente declarar cuál fue la condena anterior o sea qué es lo que constituye la cosa juzgada vigente, con lo cual se respeta y se acata la dicha cosa juzgada. En la primera hipótesis se trataría de una nueva pretensión de condena; en el segundo apenas se trata de una pretensión puramente declarativa de lo que fue la condena que con fuerza de cosa juzgada existe. Lo primero está prohibido por la ley procesal cuando consagra los efectos e inmutabilidad y definitividad de la cosa juzgada; lo segundo no está prohibido por ninguna norma legal y, al contrario, resulta totalmente procedente y legal porque se trata de respetar la cosa juzgada, precisamente cuál es su verdadero alcance";

d) Refiérese el recurrente a la "naturaleza de la pretensión incoada" y dice que en este proceso "se pide simplemente que se diga cuál es el verdadero sentido de la sentencia dictada en el primer ordinario y, por lo tanto, cuál es el derecho que en dicha sentencia se otorgó al Municipio", y que como ésta es "puramente declarativa", puede pedir que "se declare que, conforme a la sentencia del primer ordinario, tiene derecho a cobrarle a la Granadina de Seguros los intereses legales corrientes, sobre las sumas de capital mencionadas y durante el tiempo también mencionado y que se determine el valor del saldo de dichos intereses, dejado de cobrar";

e) Trayendo a cuento el casacionista algunas obras suyas (Tratado de Derecho Procesal Civil y Compendio de Derecho Procesal) y refiriéndose a la "procedencia de la llamada 'acción declarativa pura' ", califica de tal la por él incoada y dice que, en general, ella procede, en todos los casos en que "simplemente se busca la declaración de existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, tal como lo ha aceptado la Corte, respecto de algunos artículos del Código Civil que cita. Y además transcribe un aparte del "Compendio", sobre la materia del "proceso declarativo puro", que es aquel que busca la certeza jurídica del derecho, y que tiene lugar "cuando el interesado solicita al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento, ni pedir que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva...".

Respecto de lo dicho precedentemente agrega que "la declaración que se impetra contra la demandada, lleva implícita la simple declaración de que en la sentencia de 21 de abril de 1966, del proceso anterior, en realidad se impuso a aquélla el pago de los intereses corrientes, que son los legales para compañías de seguros. Pero —que— en el caso presente a esa pretensión puramente declarativa va conexa la de condena, para que se imponga a la demandada, de una vez, el deber de pagar el saldo insoluto de esos intereses lo cual tampoco afecta, sino cumple, la cosa juzgada";

d) Refiriéndose a la "interpretación de las sentencias", observa que éstas son actos jurídicos y que como tales deben ser interpretados para buscar cuál es en realidad la decisión en ellas contenida, vale decir, cuál es la voluntad del juzgador que se quiso expresar allí. Que las sentencias contienen la decisión, por regla general, en la parte resolutiva, inseparable de las moti-

vaciones que la fundamentan y explican, de tal modo que no pueden separarse éstas de aquéllas, pues lo contrario equivale a desvertebrar la decisión, a romper la armonía y unidad de la sentencia. Que, "en el caso presente, por ejemplo, tanto en la resolución, como en las motivaciones, que allí mismo se ordena tener en cuenta, se habló expresamente de que el punto estaba regulado por el artículo 25 de la Ley 105 de 1927 y que se debía aplicar éste para la decisión del litigio. Por lo cual es absolutamente imperativo tener en cuenta lo que dicho artículo dice, para entender lo que se quiso decir en la sentencia con la frase "intereses legales". Que hay varias clases de intereses: los puramente civiles, del 6% anual, según el artículo 1617 del Código Civil; los comerciales, que se regulan, en general por el artículo 219 del Código de Comercio anterior, para actos ocurridos antes del 1º de enero de 1972, como "el mayor interés corriente en la plaza, si el rédito procediere de mora en el pago del capital, y el término medio en todos los demás casos, salvas las disposiciones especiales que contenga este Código"; los de casos especiales según el Código de Comercio entre ellos los que corren a cargo de las compañías de seguros "por mora en el pago del capital asegurado", en los cuales obligan los intereses corrientes, según el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, aclarado por el 3º de la Ley 89 de 1928.

"Por consiguiente, no puede dudarse de que cuando el honorable Tribunal Superior de Bogotá impuso a la compañía demandada, en su anterior sentencia, el pago de intereses legales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 105 de 1927, obviamente se refería a los legales-corrientes que dicha ley determina expresamente";

e) En aparte del cargo que denomina "las peticiones de la demanda del proceso", dice que en éstas "apenas se reclama el saldo que la demandada está debiendo al Municipio, de conformidad con la condena impuesta en la sentencia de 21 de abril de 1966. No se pide absolutamente nada nuevo, no se pretende adicionar la condena impuesta en la primera sentencia, ni modificarla, ni desconocerla; sino apenas, que se cumpla la primera sentencia, obligando a la demandada a cancelar el saldo insoluto de lo que en tal sentencia fue condenada. Por parte alguna aparece oposición con la cosa juzgada, ni su desconocimiento; todo lo contrario ahora se pide que se respete y se cumpla esa cosa juzgada".

Transcribe el recurrente algunos pasos de la sentencia impugnada y observa que ellos ponen en evidencia que cuando la primera sentencia habla de intereses legales a cargo de la aseguradora, se refiere a los legales contemplados en el citado artículo 25 de la Ley 105 de 1927, y que, por consiguiente, cuando en la nueva demanda se pide la aplicación de esta ley, "no se está contrariando, ni desconociendo, ni modificando, ni burlando la cosa juzgada, sino, por el contrario, se persigue que se aplique la cosa juzgada pero en su verdadero sentido. Acción o pretensión puramente declarativa, que en nada se opone a dicha cosa juzgada, puesto que se basa en ella". Y agrega que el objeto de la demanda presentada en este proceso es el de "entrar a interpretar la sentencia del proceso ordinario anterior" sin tratar de desconocer la cosa juzgada, sino el de darle cumplimiento, es decir: que lo que se pide en el actual proceso es que se declare que en el primero se condenó, en realidad, al pago de los intereses legales contemplados en la Ley 105 de 1927 (artículo 25).

Se considera

1. Como con toda claridad se dejó expuesto en el extracto de la sentencia acusada, al presente proceso ordinario precedió otro entre las mismas partes, en el cual se condenó a la demandada, compuesta por la Diesel Motor Compañía Limitada y la Compañía Granadina de Seguros, a pagar o a "devolver" solidariamente a la demandante, o sea el Municipio de Ibagué, la suma de $ 710.000.00 con sus intereses legales desde el 27 de octubre de 1955, y además con una sanción del cinco por ciento (5%) anual sobre dicha suma a cargo de la segunda sociedad; "a la devolución o cancelación de las letras de cambio 'avaladas', de acuerdo con lo previsto en la parte motiva de esta providencia (sentencia de segunda instancia anterior) y dentro de los términos allí fijados"; y a la "devolución o cancelación de las letras de cambio comunes —las no avaladas— de acuer-

do con lo previsto y dentro de los términos en la parte motiva".

En este proceso, el Municipio de Ibagué, luego de afirmar que la Compañía Granadina de Seguros recibió la suma de $ 1.734.600.00, para imputarlos al capital, al 5% de la multa o recargo de intereses y a los intereses legales, agrega que dicha compañía, le "está debiendo... la diferencia entre los intereses legales del 6% anual y los intereses corrientes del 24% anual, o los que se determinen", sobre la suma de $ 710.000.00, objeto de la condena líquida de la sentencia proferida en el primer proceso, y sobre la suma de $ 887.500.00, valor de las letras avaladas por el Banco del Comercio. Y para lograr su pretensión expresa que la cuestionada sentencia dice que los intereses que debe pagar la Granadina de Seguros son los determinados en el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, "lo cual significa que son los 'corrientes', adicionados con el 5% anual conforme a la aclaración hecha por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928", y que estos intereses eran los que podía cobrar la Superintendencia de Cooperativas, y que corresponden a los de mora del 2% mensual o 24% anual, a cuyo cobro jamás ha renunciado el Municipio.

2. El sentenciador no accede a esta pretensión de la parte demandante y para así proceder aplica el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, que es sustancial y conforme al cual "la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes". Dice que en la sentencia de segunda instancia, del primer proceso, de 21 de abril de 1966, se hizo condenación al pago de intereses legales, no corrientes como ahora pretende el Municipio de Ibagué, y además el del 5% anual a cargo de la Granadina de Seguros, como multa, intereses legales dichos que constituyen "cuestiones debatidas y resueltas", sobre las cuales no es posible jurídicamente volver; que si se cometió un yerro, hubo oportunidad de corregirlo y no se aprovechó, aún con el recurso extraordinario: y que lo que se pretende no es una simple aclaración, "sino que se está entrando al contenido de la sentencia y eso es lo que impide la autoridad de la cosa juzgada".

3. "Para mantener el orden jurídico y garantizar los derechos ciudadanos —dijo la Corte en sentencia de 20 de febrero de 1975, aún no publicada— es incuestionablemente necesario que la sentencia firme, proferida en procesos contenciosos, sea inmutable. Sin esta especial calidad del fallo jamás tendrían certeza las relaciones jurídicas definidas judicialmente, puesto que si la sentencia dictada en un proceso de dicha estirpe se pudiera revisar en otro posterior, la de ésta en otra y así sucesivamente hasta el infinito, reinaría la incertidumbre en las pretensiones de los litigantes con desmedro del orden público y de la paz social. Es pues una necesidad política que los procesos se decidan definitivamente y que se cierre, en determinado momento, la discusión sobre un conflicto de intereses que previamente ha sido decidido.

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

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

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

4. Según el sentenciador, en la ocurrencia de autos operan la identidad del objeto, personas y de causas con el proceso que concluyera mediante sentencia de 21 de abril de 1966, pero sobre todo con la relativa al objeto, consistente en la identidad

de pretensiones, "clave esencial de la identidad objetiva de los procesos" (Jaime Guasp), como quiera que tanto en uno como en otro proceso se solicitó la condena al pago de intereses corrientes, con el resultado de que en el primero se le impuso a la parte demandada el pago de los legales, sin protesta de la parte ahora demandante, puesto que no acudió a los medios que la ley establece para enmendar los términos de la sentencia, como son la aclaración de ella (Art. 309 C. P. C.) o la postulación del recurso de casación. (Art. 336 Ib.), como lo hace notar el sentenciador. Además, implícitamente aceptó la resolución de condena a los dichos intereses legales, una vez que promovió trámite ejecutivo para el pago de ellos y de las sumas por capital fijadas en la sentencia de segunda instancia del primer proceso.

El acusador alega que como la sentencia de 21 de abril de 1966, "no quedó suficientemente clara para cobrar los intereses corrientes en proceso ejecutivo, el Municipio se limitó a exigir por dicha vía los legales, para que en el presente proceso ordinario se definiera cuál es el verdadero alcance de la primera condena"; y que por lo tanto, en el presente proceso ordinario se cobre la diferencia entre esos intereses corrientes el 6% anual que ya pagó la demandada al Municipio, y los intereses corrientes sobre las siguientes sumas...".

En el proceso ordinario que culminó con la sentencia de 21 de abril de 1966, proferida por el Tribunal Superior, contra la cual la codemandada sociedad Granadina de Seguros S. A., interpuso casación, con resultado negativo, se propusieron una acción declarativa y una de condena contra dicha sociedad y además contra la Diesel Motor Compañía Limitada. Exactamente las mismas propuestas en este procede, como explícitamente lo reconoce la acusación cuando expresa que lo que persigue es que "en el nuevo proceso sea simplemente interpretada" la sentencia, y que para lograr esa interpretación ha propuesto una acción declarativa pura, "en busca de la declaración o comprobación de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un derecho, exclusivamente", la cual "lleva implícita la de que en la sentencia de 21 de abril de 1966, del proceso anterior, en realidad se impuso a aquélla (la demandada) el pago de los intereses corrientes, que son los legales para las compañías de seguros", argumentación ésta que fija la naturaleza de la acción, lo que se confirma con lo que enseguida expresa: "Pero en el caso presente a esa pretensión puramente declarativa va conexa la de condena, para que se imponga la demandada, de una vez, el deber de pagar el saldo insoluto de esos intereses lo cual tampoco afecta, sino cumple la cosa juzgada".

Si, como afirma el acusador en el preámbulo de la demanda de casación, mediante proceso ejecutivo ya había obtenido la satisfacción de los intereses legales, a que la Granadina de Seguros fue condenada en la sentencia del proceso anterior, cuál es el saldo insoluto de esos intereses cuya declaración y condena busca en este proceso? Demasiado claro. El que, según el hecho décimo de la demanda incoativa afirma el Municipio de Ibagué que le está "debiendo" la Granadina de Seguros, respecto de los intereses y que en el primer proceso no obtuvo reconocimiento a su favor, esto es "la diferencia entre los intereses legales del 6% que pagó y los intereses corrientes del 24% anual, o los que se terminan en el proceso", diferencia ésta que el demandante cree encontrar con la pretendida aclaración o interpretación de la sentencia de 21 de abril de 1966, mediante las acciones declarativas y de condena cuyo alcance el propio recurrente indica.

5. Debidamente apreciados el nuevo proceso y el anterior, resalta en ambos la identidad de personas, de causas y de objetos, no obstante de que en el segundo solamente se citó a la sociedad Granadina de Seguros S. A., lo que se explica por la naturaleza solidaria de las obligaciones impuestas en el fallo de 21 de abril de 1966. Claramente se observa que las pretensiones del nuevo proceso se encaminan a la alteración de lo dispuesto allí, con evidente perjuicio de la cosa juzgada. Tiene dicho la Corte que la fuerza de ésta se halla limitada por el objeto y la causa de la sentencia y que el objeto lo constituye la relación jurídica sobre la cual versa el derecho que se reconoce judicialmente, y 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 juicio es cuestio-

nado el mismo derecho que se afirmó o negó en el proceso anterior, aun cuando ello haya sido realizado con el fin de deducir una consecuencia no contemplada en el primitivo juicio". (XLIV, 461).

En el caso de este proceso, se trata, precisamente de alterar lo dispuesto por la sentencia de 21 de abril de 1966, respecto de los intereses que debía pagar la sociedad Granadina de Seguros S. A. al Municipio de Ibagué, como consecuencia de la caducidad del contrato celebrado por ésta con la Motor Diesel Compañía Limitada, puesto que habiéndose resuelto en la dicha sentencia que esos intereses eran los legales, en el nuevo proceso se demanda el pago de intereses corrientes por el mismo concepto. Razonablemente, por tanto, el fallador expresó que "se está entrando al contenido de la sentencia y eso es lo que impide la autoridad de la cosa juzgada: que se vuelva sobre lo ya resuelto, bien o mal, pero decidido en forma definitiva", y que "con mucha razón será imposible jurídicamente volver sobre cuestiones debatidas y resueltas si hubo la oportunidad de corregir el yerro en que el juzgador hubiera podido incurrir y no se aprovechó tal oportunidad".

No violó el sentenciador, por tanto, las normas legales que se citan en el cargo, por lo cual éste no prospera.

Segundo cargo

Lo propone el acusador por vía indirecta, como resultado de errores de hecho en la apreciación de la demanda y de la sentencia del primer proceso, de los cuales extrajo el sentenciador la excepción de cosa juzgada, con violación de los artículos 473 del Código Judicial y 332 del Código de Procedimiento Civil, por indebida aplicación, y falta de aplicación de los artículos 219 del Código de Comercio anterior, 884 del actual y 25 de la Ley 105 de 1927.

1. Refiriéndose al primer error, lo hace consistir en la interpretación dada por el sentenciador a la demanda de este nuevo proceso "como si en ella se planteara un nuevo litigio, que desconociera la cosa juzgada contenida en la sentencia de 26 de abril de 1966, basado en que la sentencia hablaba de intereses legales, única y simplemente".

Dice que para llegar a ella, el Tribunal dejó de ver los párrafos de la sentencia citada, que transcribe, en los cuales se precisa que el interés especial que a modo de sanción grava el anticipo dado por el Municipio de Ibagué a la Diesel Motor Compañía Limitada y que afecta a la Compañía Granadina de Seguros, es del 5% y tiene su fundamento en el artículo 25 de la Ley 105 de 1927.

2. En relación con el segundo error de hecho el acusador lo radica, igualmente, en la interpretación de la demanda que hace el sentenciador, "al concluir que se estaba solicitando una condena distinta a la impuesta por la sentencia anterior de 26 de abril de 1966. Cuando es clarísima la demanda, tanto en los hechos como en las pretensiones, en el sentido de que lo pedido es el cumplimiento de la dicha sentencia del 21 de abril de 1966, correctamente interpretada".

El recurrente discrimina los hechos y las súplicas que integran la demanda en el presente proceso, y dice que, según la primera se pretende únicamente "que se cumpla la condena impuesta en la vieja sentencia de 1966", pero que "el Tribunal, en cambio, creyó que se había pedido una distinta condena a la impuesta en 1966", de lo cual dedujo "que se estaba desconociendo la cosa juzgada, cuando, por el contrario, se estaba pidiendo el cumplimiento de esa cosa juzgada", y que por estos motivos incurrió en la aplicación indebida y en la inaplicación de las normas que considera violadas.

Se considera

Está fuera de toda duda que el sentenciador contempló la demanda incoativa de este proceso tal como ella se presenta, sin adicionarle ni cercenarle algo de lo que contiene, sin hacerle decir nada distinto de lo que ella manifiesta, por lo cual no puede imputársele tergiversación alguna, que se base del error de hecho evidente según la técnica de casación. Lo que la acusación denomina como tal no es sino una contraposición de criterio del recurrente al del fallador, puesto que el primero alega que con la demanda no se pretende nada

distinto de lo que dispone la sentencia de 21 de abril de 1966 en relación con los intereses legales a cuyo pago fueron condenadas la Diesel Motor Compañía Limitada y la sociedad Granadina de Seguros S. A. El Tribunal sostiene lo contrario y que en la demanda se solicita el pago de intereses corrientes en la parte que no alcanzó a ser satisfecha en el proceso ejecutivo seguido por el Municipio de Ibagué contra la segunda de dichas sociedades.

En relación con el error de hecho que el acusador le imputa al Tribunal, por no haber visto los dos párrafos de la sentencia de 21 de abril de 1966, que transcribe en el primer cargo, se tiene que el fallador los vio y los apreció, precisamente en el aparte de la sentencia impugnada en que establece un paralelo entre los elementos de la cosa juzgada del fallo anterior y el presente proceso.

El sentenciador, por tanto, no incurrió en los errores de hecho que se le imputan y que, según el acusador, lo habrían llevado a la violación de las normas que indica.

No prospera el cargo.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 29 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario del Municipio de Ibagué contra la Compañía Granadina de Seguros S. A.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese 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 A., Secretario General.

RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE SU PROPIEDAD

Responsabilidad civil extracontractual: casos en que se genera; elementos que la configuran.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 20 de mayo de 1975 en el proceso ordinario de José Francisco Pereira contra Rosendo Baquero Gutiérrez.

I

Antecedentes

1. Conforme a la demanda inicial y su corrección, Pereira pide que se condene al demandado a indemnizarlo de los daños que varias reses de propiedad del segundo causaron en una sementera de maíz sorgo perteneciente al primero, y a pagarle los intereses corrientes de la cantidad en que se fije la indemnización, liquidados desde el día en que los daños se causaron hasta la fecha del pago, más las costas del proceso.

2. Los hechos en que se fundan estas pretensiones consisten en síntesis, en que "desde hace más o menos dos meses", más de cincuenta reses de propiedad de Baquero Gutiérrez que éste tiene en su finca denominada "Los Oraguatos", vienen penetrando diariamente en la sementera de Pereira en la finca "Titania", comiéndose el maíz sorgo y destruyendo las matas a su paso, con el resultado de que 10 hectáreas se perdieron ya totalmente y otras 20 hectáreas se han perdido en un 80%.

3. En su respuesta al libelo, el demandado negó algunos de los hechos, aceptó otros y dijo oponerse a todas las pretensiones del demandante. Manifestó igualmente que el cultivo de sorgo del demandante está en un potrero a orillas del río Guamal, que no está cercado, y que en verano "todos los ganados de diferentes dueños bajan al río porque no hay más bebederos, por lo cual las playas quedan en mancomún para los ganados porque el río no se puede cercar".

El juez Promiscuo del Circuito de Acacías, a quien correspondió el conocimiento del proceso en la primera instancia, lo falló el 4 de noviembre de 1974 de esta manera:

"1º Declárase que el señor Rosendo Baquero Gutiérrez es civilmente responsable de los daños que ganados de su propiedad causaron en el mes de enero de 1974 a los cultivos de maíz sorgo de propiedad de José Francisco Pereira, que éste tenía en su finca Titania, también de su propiedad, finca ubicada en jurisdicción del Municipio de San Carlos de Guaroa;

"2º Condénase en consecuencia a Rosendo Baquero Gutiérrez a pagar a José Francisco Pereira el valor de los perjuicios materiales que le causaron los animales del primero en el cultivo de sorgo del segundo, en cuantía de ciento treinta y tres mil novecientos pesos ($ 133.900.00) moneda corriente, más los intereses legales desde el día en que se causaron los daños;

"3º Costas a cargo de la parte demandada".

5. Apelada esta sentencia por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio al desatar el recurso en la sentencia acusada, resolvió la siguiente:

"Primero. Confirmar el punto primero de la sentencia recurrida;

"Segundo. Revocar el punto segundo de la misma providencia en cuanto efectúa una condena en concreto y, en su lugar, Condenar en abstracto al demandado al pago a favor del demandante José Francisco Pereira, del valor de los perjuicios ocasionados y cuya liquidación debe efectuarse en la forma prevista por los artículos 307 y ss., del Código de Procedimiento Civil, con arreglo a las bases consignadas en la parte motiva de este fallo;

"Tercero. Sin costas por haber prosperado parcialmente el recurso ...".

II

Motivación de la sentencia impugnada

1. Estima el Tribunal que el caso debatido versa sobre la responsabilidad civil extracontractual que se atribuye a Baquero y que es precisamente el previsto y regulado por el artículo 2353 del Código Civil, disposición legal que establece presunción de culpa a cargo del dueño o usuario del animal o animales causantes del daño.

Dicha presunción, agrega, sólo puede destruirse mediante la prueba de una causa "externa, extraña, independiente e insuperable", la cual echa de menos en este proceso.

2. Advierte luego que no sólo el demandado no produjo ningún medio de convicción que desvirtuara la presunción legal de culpabilidad, sino que, por el contrario, ésta quedó reforzada "con las diferentes pruebas allegadas sobre la presencia de animales del demandado dentro del predio y cultivo del demandante, en diferentes ocasiones".

Tales pruebas son, entre otras, el informe de un agente carabinero, rendido al Comandante de Policía de San Carlos de Guaroa, en relación con los daños que aquél observó en los cultivos del demandante; la diligencia de inspección extrajudicial practicada por el Juez Promiscuo Municipal de San Carlos de Guaroa, así como el dictamen del perito que en dicha diligencia intervino; y las declaraciones de los testigos, en especial las de Martiniano Céspedes, Rodrigo Gómez Quintero y Ricardo Castillo.

3. Dice enseguida el sentenciador: "Es cierto que el demandado quiso demostrar que en esa zona por tratarse de una región ganadera, los animales se mantienen sueltos y que por tanto no se le puede responzabilizar al dueño de los daños que ocasionen en cultivos ajenos no debidamente protegidos; que, por la misma causa, es necesario dejarles libres el acceso al río que constituye su abrevadero natural, especialmente en tiempo de verano; y que, sin aceptar el hecho de que hayan sido sus animales los que causaron el daño, dadas las condiciones económicas preponderantes en la región, la víctima no está exenta de culpa por no haber cercado sus cultivos sobre la orilla del río. Esta pretendida concurrencia de culpa no se encuentra erigida en causal de exculpación para el dueño de los animales a los que debe hacerse objeto de vigilancia constante para contenerlos dentro de los lindes del potrero de soltura, ya que el menor descuido o negligencia puede dar lugar a que se salgan, se extravíen y ocasionen daños en los predios vecinos, aun cruzando el caudal de los ríos, como en este caso y sobrepasando predios colindantes por falta de una adecuada vigilancia y encerramiento debidos. Luego no es la falta de una cerca en un cultivo distante la causa (se subraya) del daño sufrido por su dueño (se subraya), sino la de falta de diligencia (sic) en la guarda y vigilancia, arreglo de cercos, puertas, suministro de comida o pastos suficientes; en una palabra, la no comprobación de una conducta ejemplar antes las circunstancias del hecho que constituye una verdadera ausencia de culpa".

4. Finalmente por cuanto concierne al monto de la indemnización pedida en la demanda, afirma el Tribunal que "los elementos tomados en cuenta por el Juzgado para fijar el valor total del perjuicio sufrido por el actor, no alcanzan la virtualidad suficiente a obtener ese fin". En consecuencia el fallo recurrido debe ser modifica-

do "en el sentido de confirmar el punto primero y revocar el segundo para en su lugar condenar en abstracto al demandado al pago de los perjuicios de los cuales se le declara responsable...".

III

La demanda de casación

La parte recurrente propone un solo cargo, que funda en la primera causal, así:

Cargo único

Se hace consistir exclusivamente en que el Tribunal "interpretó erróneamente la disposición sustancial contenida en el artículo 2353 del Código Civil".

La acusación se apoya básicamente en que, como quedó demostrado mediante la inspección judicial practicada por el juez del conocimiento y las declaraciones testimoniales que rindieron José Clavijo, José del Carmen Alfana, Benito Torres, Blasina Solano de Torres, Buenaventura Vargas y Luis Alfredo Rivas, el demandante no cercó su sementera de maíz sorgo por el lado que linda con el río, omisión que, en concepto del impugnador constituye culpa, porque con ella se expuso imprudentemente a que entrara el ganado que causó los daños. Si el demandante "hubiera cercado, nada habría sucedido de lo que él alega en su demanda".

Es cierto, observa el recurrente, que, con arreglo al artículo 2353 del Código Civil, del daño causado por un animal se presume la culpa de su dueño o usuario; pero no lo es menos que, según ese mismo texto legal, la presunción se destruye si se prueba culpa de la víctima. Como el Tribunal no aceptó que esta culpa, plenamente demostrada en el proceso exonera de responsabilidad, a juicio del impugnante, el Tribunal incurrió en interpretación errónea del citado artículo.

IV

La Corte considera

De lo anteriormente expuesto se desprende que tanto las partes como el Tribunal están acordes en la situación de hecho que dio lugar al presente litigio: Un ganado vacuno perteneciente al demandado y que pastaba en su propia finca, destruyó en todo o en parte una sementera de maíz sorgo que tenía plantada el demandante en su hacienda ubicada en la cercanías de aquélla. Esa realidad no ha sido discutida. La controversia gira acerca de la culpa imputable a los litigantes en la producción del apuntado daño. Si es a cargo del demandante por no tener cercados los terrenos en donde había plantado la sementera en cuestión, lo cual permitió que el ganado penetrase a ella y la dañara; o si por el contrario, esa culpa es del demandado por no haber encerrado los potreros donde tenía sus semovientes, a fin de impedir que éstos se escaparan y pudieran dañar las fincas vecinas.

Todo el debate gira, pues, dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual, acerca de la interpretación que debe darse al artículo 2353 del Código Civil cuyo primer inciso es del siguiente tenor: "El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aún después que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal".

En memorable sentencia del 12 de mayo de 1939 (XLVII, pág. 27), reiterada posteriormente en muchas ocasiones, la Corte clasificó los casos en que según la ley se genera la responsabilidad por culpa aquiliana, y tal doctrina, aplicada a las personas naturales, conserva aún toda su vigencia, por lo cual es el caso de acogerla una vez más.

"El título XXXIV del libro cuarto del Código Civil consagrado a dar normas sobre la responsabilidad común por los delitos y culpas, divídese por materias en tres partes: la primera, que son los artículos 2341 y 2345, contiene los principios directores de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; la segunda, constituida por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, regula todo lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y la tercera, agrupada bajo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad

por el hecho de las cosas animadas e inanimadas".

La jurisprudencia que acaba de transcribirse como se dijo, ha sido reiterada por la Corte, entre otras, en las siguientes sentencias: 18 de noviembre de 1940 (L, pág. 441); 25 de febrero y 24 de junio de 1942 (LIII, págs. 87 y 658); 18 de octubre de 1945 (LIX, pág. 97); 6 de febrero de 1944 (LVII, pág. 29); 27 de octubre de 1947 (LXIII, pág. 86); 16 de diciembre de 1952 (LXXIII, página 86); y 28 de febrero de 1958 (LXXXVII, pág. 131).

La responsabilidad civil extracontractual está configurada por los tres elementos tradicionalmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, los cuales fluyen claramente del texto de los preceptos legales que la regulan: culpa del demandado; daño sufrido por el demandante; y relación de causalidad necesaria entre éste y aquélla. Quien la invoca con el fin de obtener que por la vía jurisdiccional se le resarza el daño sufrido, debe afirmar en su demanda la concurrencia de tales tres elementos, concretados a la situación fáctica respectiva, y demostrarlos plenamente. Hay ciertos casos, sin embargo, en que la culpa se presume. El demandado sólo puede exonerarse de la responsabilidad consiguiente, afirmando y demostrando que el daño obedeció a fuerza mayor, caso fortuito o a lo que la doctrina francesa denomina la "intervención de un elemento extraño", que consiste en la culpa de un tercero o de la propia víctima. Si ésta última culpa resulta ser la que originó el daño en forma exclusiva, la mencionada exoneración será total; si por el contrario es apenas concurrente, ésta será parcialmente proporcionada a la influencia que esa culpa extraña al demandado tuvo en la producción del perjuicio.

En este caso, el autor del daño no podrá exonerarse jamás, total o parcialmente, de su responsabilidad civil, cuando se limita a demostrar su ausencia de culpa en la ocurrencia del daño.

Cuando se trata de la responsabilidad mencionada en el tercer grupo, o sea por el daño que causen las cosas animadas o inanimadas a cargo del dueño o usuario de las mismas, que es precisamente el caso objeto de esta litis, del ejercicio o desarrollo de actividades peligrosas, o de los habitantes del edificio en el caso especial del artículo 2355, la ley establece una presunción de culpabilidad a cargo de tales personas, como de vieja data lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte sin variación alguna. Esa presunción releva al damnificado de su carga de probar la culpa; le basta con demostrar el hecho u omisión, el daño sufrido y la relación de causalidad entre uno y otro. En este caso, pues, el responsable no se exonera de su obligación de indemnizar demostrando que el daño ocurrió sin culpa alguna de su parte; al efecto debe acreditar alguna de los tres eventos exonerativos mencionados o sea, caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de un tercero o de la misma víctima, como lo dispone el artículo 2357.

En el caso concreto del artículo 2353 del Código Civil, o sus equivalentes, 1385 del Código Francés, 2326 del Chileno, 1218 y 2052 del Italiano, 1124 y 1126 del Argentino, es decir de la responsabilidad presunta del dueño de animal propio o ajeno que tenga a su servicio, por los daños que éste cause, cuyos remotos orígenes pueden rastrearse en la Lex Aquila y en la Ley XXIII de la 7ª Partida, coinciden todos los doctrinantes en que además del caso fortuito y de la fuerza mayor, una de los factores eximentes de tal responsabilidad es la culpa de la víctima. (Cfr. Fernando Vélez, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. 2ª Ed. Tomo IX, Nº 38, pág. 27; Alessandri y Somarriva, Ed. Nascimiento, Santiago, 1942, Tomo IV, Nº 1284, pág. 898; Planiol, Ripert, Esmein, Traité Practique de Droit Civil Francais, Paris 1930, T. VI, Nº 601, págs. 820 y 821; Josserand, Cours de Droit Civil Positif. Francais, Paris, 1933, T. II, Nº 521, págs. 282 y 283); Henri et. León Mazeaud, Traité Théorque et. Practique de la Responsabilité Civile, Delictuelle et Contractuelle, 3ª Ed. Paris 1939, T. II, Nos. 1132 y 1133, págs. 98 y 99; Henri León y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, trad. española Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires 1960, Parte 2ª. Vol. II, Nº 594, pág. 342; Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, trad. española Santiago Santís Melendo. Buenos Aires, 1971, Tomo VI, Nos. 13 y 25. págs. 506 y 526). La Corte, al comentar el mencionado artículo 2353, ha dicho que "el sistema legal concede al juez amplios poderes

para valorar, en concreto y a la luz de las probanzas, el hecho y las circunstancias determinantes del daño, no sólo en la tarea de deducir hasta donde fue evitable, sino también en cuanto respecta a saber en qué medida la propia culpa de quien sufrió el perjuicio puede atenuar y aun suprimir la responsabilidad". (Cas. Civil 19 de julio de 1961, XCVI, pág. 166).

En resumen de lo expuesto, como doctrina de la situación regulada por el artículo 2353 del Código Civil, valle destacar lo siguiente:

a) Los daños causados por un animal, "aún después que se haya soltado o extraviado" comportan una presunción de culpabilidad para su dueño o para la persona que de él se sirve;

b) La referida presunción únicamente releva a quien la invoca del deber de probar la culpa del dueño o guardián del animal, porque el daño y la relación de causalidad con el hecho perjudicial debe probarlos en todo caso;

c) Dichos dueño o guardián no pueden exonerarse de la referida presunción de culpabilidad limitándose a afirmar o a demostrar ausencia de culpa de su parte en la ocurrencia del daño;

d) Tal exoneración o reducción, según el caso, de la obligación de resarcir el perjuicio, según el claro texto del artículo 2353 sólo tiene cabida en forma total, si el dueño o el guardián demuestran plenamente un hecho positivo y concreto consistente en que el daño causado por el animal obedece a fuerza mayor o caso fortuito o culpa exclusiva de un tercero, y en forma parcial, cuando también medió culpa de la propia víctima o de un tercero y en proporción a la influencia determinante que estos hayan tenido en la ocurrencia del daño (artículo 2357 C. C.). Es obvio que si el perjuicio se produjo como consecuencia de culpa exclusiva del damnificado, el dueño o el guardián del animal quedan exonerados totalmente de responsabilidad.

Todo lo que se ha explicado acerca de la verdadera inteligencia que debe darse al precepto legal en cita, conduce a poner de relieve el error de interpretación en que incurrió el Tribunal al aplicarlo en el presente caso. Dijo éste, en efecto, que "la concurrencia de culpas no se encuentra erigida en causal de exculpación para el dueño de los animales" que causen un daño. Ese concepto equivocado del ad quem exige la rectificación doctrinaria que se ha hecho en esta providencia y desemboca inevitablemente en la prosperidad del cargo.

De esta suerte debe casarse el fallo impugnado y dictarse, en instancia, el que haya de reemplazarlo, para lo cual además de las razones expuestas en el despacho del cargo, basta agregar lo siguiente:

Es verdad aceptada en este proceso que debido a falta de cercas en la finca del demandado, el ganado de su propiedad que allí se encontraba ocasionó daños en una sementera de maíz sorgo que tenía el demandante en una hacienda, no colindante pero sí situada a no mucha distancia de aquélla. Pero también lo es, y así aparece del análisis de las pruebas allegadas a los autos, que al terreno donde el demandante tenía la sementera de maíz que dañó el ganado de su contraparte, tampoco estaba cercado. Esa ausencia de cercados de los dos predios atribuible a sus dueños o explotadores, fue la que ocasionó que el ganado causara los perjuicios cuya indemnización se busca en esta litis. Es apenas natural que si cualquiera de esas dos fincas hubiese estado cercada esos daños no se habrían podido producir. Esa fue, pues, la culpa concurrente en que incurrieron ambos litigantes.

En estas condiciones, se reduce la responsabilidad por culpa presunta del dueño del ganado que consagra el artículo 2353 en la proporción en que a los daños concurrió la del damnificado. A falta de prueba concreta sobre la proporcionalidad de tales culpas concurrentes, debe entenderse que ellas obraron de por mitad, lo cual significa que el demandado sólo debe indemnizar el cincuenta por ciento de los perjuicios materiales sufridos por su demandante. Y como aunque la existencia de tales perjuicios se encuentra plenamente acreditada la cuantía de los mismos no lo está, es menester que ésta se determine mediante el procedimiento establecido por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

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

CASA la sentencia impugnada y en su lugar

Resuelve:

1º Declárase que Rosendo Baquero Gutiérrez es civilmente responsable de la mitad de los daños que ganados de su propiedad causaron en el mes de enero de 1974 en los cultivos de maíz sorgo de propiedad de José Francisco Pereira; que éste tenía en su finca "Titania" también de su propiedad, ubicada en jurisdicción del Municipio de San Carlos de Guaroa.

2º En consecuencia, condénase al demandado Rosendo Baquero Gutiérrez a pagar al demandante José Francisco Pereira la mitad de los perjuicios materiales que éste sufrió y a que se refiere la parte motiva de esta providencia, cuyo monto será determinado en la forma que ordenan los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

3º En estos términos queda reformada la sentencia proferida por el Juez Promiscuo de Acacías el 4 de noviembre de 1974.

4º Condénase al demandado al pago de la mitad de las costas de ambas instancias. Sin ellas en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO

Mi disentimiento del fallo anterior fúndase en que, por las breves razones que a continuación expongo, el demandado no debió ser condenado a pagar el cincuenta por ciento de los daños padecidos por el demandante, sino sólo la tercera parte. En efecto, si se tiene de presente que es de mayor grado la culpa del demandante que la de su adversario, aquella conclusión sería la equitativa.

Tratándose de tierras que están destinadas a la ganadería desde tiempo inmemorial y conociéndose la especial manera de explotar en aquellas comarcas tal renglón de la economía nacional, impónese a quien, con todo derecho, quiera dedicar parte de sus tierras a la labranza, la construcción de cercas que defiendan sus cultivos no sólo de sus propios ganados, sino de los de sus vecinos. Sembrar maíz o sorgo en zona destinada exclusivamente a la ganadería, sin previo cerramiento de la tierra labrantía es imprudencia notoria que excede a la que cometería quien pone a pastar vacunos en sus propias tierras mal cercadas o sin cercos.

A pesar, pues, de compartir la conclusión de que uno y otro de los litigantes obraron culposamente por la omisión de alambrar sus tierras, estimo que fue mayor la negligencia del demandante cultivador y que, por ende, la condena impuesta al demandado debió ascender sólo a la tercera parte del daño que aquél demuestre haber padecido.

Bogotá, marzo once de mil novecientos setenta y seis.

Germán Giraldo Zuluaga.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD EN ACTIVIDAD PELIGROSA

Nulidad procesal: no la hay sin texto expreso que la consagre. — Omitir la práctica de una prueba no constituye nulidad. — Presunción de culpa del autor del daño. — Solidaridad del patrono o empleador. — Responsabilidad del que fue causa indirecta del daño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo diez y ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de enero de 1975, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Adelina Robledo viuda de Orozco y otros contra León Rodrigo Zapata, Arnulfo Alvarez y Cooperativa de Buses Medellín - Bello Ltda.

I

El litigio

1. Ante el Juez Noveno Civil del Circuito de Medellín, en demanda admitida por auto de 18 de junio de 1973, la citada Adelina Robledo viuda de Orozco, obrando personalmente y como representante legal de sus hijos no emancipados Victoria Eugenia y Juan Carlos, pidió que, con citación de la apuntada Cooperativa y de los dichos Zapata y Alvarez, se declarase que las tres personas demandadas son civilmente responsables de todos los perjuicios sufridos por los demandantes con la muerte de su esposo y padre, Guillermo Orozco Puerta, por lo cual deben ser condenadas solidariamente a pagarles la suma de $ 800.000 como perjuicios materiales y morales.

2. Los hechos en que se funda la pretensión consisten en que Guillermo Orozco Puerta, marido de la demandante Robledo y padre de sus dos hijos, también demandantes, cerrano el mediodía del 6 de abril de 1973, caminaba hacia el centro de la ciudad de Medellín, por la acera oriental de la carrera 53 o Cundinamarca, yendo de norte a sur, adelante del cruce con la calle 57 o La Paz; que en ese mismo instante, dos buses de servicio público, a gran velocidad y "guerreando", irrumpieron en ese mismo lugar; que la carrera Cundinamarca sólo puede ser transitada por automotores en una sola vía, de norte a sur; que como en la calzada se hallaba estacionado otro vehículo, uno de los buses que "guerreaban", el de propiedad del demandado Zapata, para esquivar el obstáculo que se le presentaba por el camión que estaba estacionado, viró intempestivamente hacia la acera por donde en ese momento caminaba Guillermo Orozco, maniobra con la cual se estrelló con el otro bus que le disputaba la vía, y al subirse al andén atropelló al viandante, ocasionándole la muerte. Afirman los demandantes que el deceso del jefe del hogar ha causado graves perjuicios a todos los integrantes de la familia. Dicen, finalmente, que los automotores cuya colisión produjo las lesiones que ocasionaron la muerte del caminante Orozco, estaban afiliados a la Cooperativa demandada y eran de propiedad de cada una de las otras personas convocadas al proceso.

3. Con oposición expresa de los demandados se adelantó la primera instancia, que culminó con sentencia condenatoria, contra la cual interpusieron recurso de apelación todos los intervinientes, excepto la Cooperativa de Buses Medellín-Bello Ltda.,

que fue absuelta. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató la segunda instancia con sentencia que confirma la apelada, más modificándola en el sentido de que condena solidariamente a los demandados León Rodrigo Zapata y Arnulfo Alvarez a pagar a cada uno de los demandantes, y por concepto de perjuicios morales, la suma de treinta mil pesos moneda corriente ($ 30.000.00). Contra esta providencia interpuso recurso de casación solamente el demandado Arnulfo Alvarez.

II

Fundamentos de la sentencia recurrida

Luego de dar las razones que basamentan la absolución de la cooperativa demandada, entra el Tribunal a decidir sobre la responsabilidad aquiliana de los otros dos demandados, quienes fueron llamados al proceso en su doble carácter de propietarios de los automotores con que se dió muerte a Guillermo Orozco Puerta, y de patrones de los conductores que, en el momento del accidente mortal, piloteaban aquellos vehículos. Expresa seguidamente que los artículos 2347 y 2349 del Código Civil son el fundamento de la responsabilidad del patrono por el hecho culposo de su subordinado; que tanto el demandado Alvarez como el demandado Zapata confiesan que Edison Alonso Cataño y Hernán Jiménez Sepúlveda los conductores de los dos buses accidentados, eran sus dependientes; que uno y otro aceptan que los vinculaba a éstos un contrato de trabajo; que los primeros y los segundos por tener plena capacidad civil eran capaces de cometer cuasidelito; que analizando en conjunto "los distintos elementos de convicción, producidos en forma directa unos y trasladados del proceso penal otros, no quedan dudas acerca de la conducta culposa en que incurrieron los autores materiales del hecho que dió al traste con la vida de Guillermo Orozco", por todo lo cual resulta que sus patronos respectivos, Alvarez y Zapata, deben responder por el hecho dañoso de sus dependientes. Entra después el fallador a examinar una a una las declaraciones de Hernán Jiménez, Edison Alonso Cataño, Franklin, Peláez, Rubén Darío Alvarez, Alfredo Quintero, Margarita Echeverri y Carlos Enrique Tangarife y pasa luego a estudiar el auto por medio del cual el Juez penal resolvió la situación jurídica de los conductores detenidos a raíz de la muerte de Orozco Puerta. De toda la prueba analizada concluye: "evidentemente, si se tiene en cuenta que los testigos presenciales son contestes y dieron suficientes explicaciones de las circunstancias de tiempo, modo y lugar (Art. 228 del C. de P. Civil) acerca de cómo ocurrió el accidente a consecuencia del cual se ocasionó la muerte del esposo y padre de los demandantes, y que, por tanto, el dicho merece todo crédito; y si a ello se agrega la confesión de los conductores de los vehículos, los conceptos técnicos consignados en el acta de inspección judicial y las comprobaciones hechas allí mismo por el funcionario instructor, no queda la menor duda de que ambos conductores incurrieron en un error de conducta y violaron con ello normas de circulación y tránsito".

Y más adelante añade el tribunal: "Está claro en los autos que los señores Hernán Jiménez Sepúlveda y Edison Alonso Cataño Vargas violaron las normas relativas a detención, parada y estacionamiento de automotores y en especial los mandatos de los artículos 130 y 135 del Decreto 1344 de 1970 que contiene el Código Nacional de Tránsito Terrestre.

"En efecto: la norma primeramente citada dice que cuando se trate de vías de sentido único de tránsito con dos carriles, los vehículos transitarán por el carril de la derecha y utilizarán el carril de la izquierda sólo para maniobras de adelantamiento. Y, a su turno, el artículo 135, al señalar las normas de adelantamiento de un vehículo prescribe:

" 'Todo conductor antes de efectuar un adelantamiento debe observar: que ningún conductor que le siga haya empezado una maniobra para adelantarlo; que la vía que vaya a tomar esté libre en una longitud suficiente para que, de acuerdo a (sic) la diferencia entre la velocidad de su vehículo durante la maniobra y la de los otros que pretende adelantar, dicha maniobra no ponga en peligro o entorpezca el tránsito de los que vayan en dirección contraria o de los que haya adelantado; y anunciar su intención en forma clara y con suficiente anterioridad por me-

dio de las luces direccionales del vehículo o en su defecto, haciendo la señal apropiada con el brazo. Efectuada la maniobra deberá regresar nuevamente al carril derecho, dejando una separación prudencial con el último vehículo que haya alcanzado".

"Todo indica, pues, que fue la inobservancia de estas normas por parte de los conductores, su falta de diligencia y cuidado, las que provocaron el accidente.

"Fue, dice el funcionario instructor, la imprudencia de ambos conductores, por la premura o afán de pasársele el de Bello al de Santa Cruz y de éste por no dejarse pasar, lo que trajo como consecuencia nefasta la muerte de un ciudadano que transitaba como era su derecho por la acera. Así puede predicarse la culpa en la conducta de ambos conductores; era fácil para ellos prever los efectos nocivos que su imprudente acto podía causar, así fueran únicamente daños a sus propios vehículos o a las propiedades vecinas, aunque les era fácil prever la presencia de gente por las aceras (Art. 12 del C. P.)'.

"Demostrada así por quien debía hacerlo la comisión del hecho ilícito de parte de los subordinados, resultan plenamente establecidos todos los presupuestos de la responsabilidad por el hecho ajeno, quedando configurados de este modo los supuestos de hecho previstos por el artículo 2347 del Código Civil, por lo cual han de venir, necesariamente, los efectos jurídicos por esa norma establecidos.

"Ahora, mirando el aspecto de la responsabilidad de los autores materiales del accidente desde otro punto de vista y más concretamente con relación a lo que prescribe el artículo 2356 del Código, también sería necesario concluir que son plenamente responsables por cuanto la presunción de culpa que sobre ellos recae, por haber ocasionado el daño en ejercicio de una actividad peligrosa, no ha sido aún desvirtuada, y que, según lo enseña la Corte, sólo puede serlo probando: fuerza mayor, caso fortuito, o intervención de un elemento extraño.

"En efecto, bien conocida y divulgada ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la conducción de vehículos constituye una actividad peligrosa, de donde viene que si en el ejercicio de tal actividad se causan daños ha de presumirse la culpa del autor. 'Y, siendo actividad reconocidamente peligrosa el uso de vehículos automotores, dice la honorable Corte, está por fuera de toda duda la debida aplicación que de la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del Código Civil hizo el sentenciador, presunción que, como se dijo, comprende 'los daños ocasionados por cosas o cuerpos inanimados" cuando se trata de tal clase de actividades" (G. J. T. LXX, 314, y LXXIII, 649).

"De lo dicho hasta ahora, resulta enteramente claro que son los señores León Rodrigo Zapata y Arnulfo Alvarez quienes han de responder de los perjuicios ocasionados por la culpa de sus dependientes o subordinados, pues tal culpa resulta evidente en el plenario, bien por la prueba directa de que se ha hecho mérito, o bien por la presunción de culpa en el ejercicio de actividad peligrosa como es la conducción de vehículos.

"Mas aún, si fuera necesario, y se supiera que la responsabilidad así deducida a los señores León Rodrigo Zapata y Arnulfo Alvarez mereciera algún reparo o que el basamento jurídico no se considerase bastante, tal responsabilidad de los demandados podría fundamentarse en el fenómeno de la guarda jurídica, por tratarse de cosas peligrosas, como que en tal evento ella corresponde al guardián de las mismas.

"Sobre este punto, la Sala se remite a la bien fundamentada conclusión a que, con el auxilio de la doctrina francesa, arribó el señor juez a quo para quien la guarda jurídica de los vehículos con cuya operación se ocasionó el accidente corresponde a sus propietarios, por ser ellos quienes tienen el uso, dirección y control de tales aparatos".

Determinada la responsabilidad de los demandados Alvarez y Zapata, el ad quem, aplicando el artículo 2344 del Código Civil, dice que su condena debe ser solidaria, pues la culpa fue cometida por ambos. Luego expresa que está plenamente demostrado tanto el perjuicio material como el moral sufrido por los demandantes a causa de la muerte de su esposo y padre, pero que como no se demostró el quantum del daño material, la condena, por ese aspecto, tiene que ser in genere; no así la

condena correspondiente al detrimento moral, la cual por haberse ocasionado a quienes en el orden de los efectos estaban más unidos al interfecto, será regulada en la suma de $ 30.000.00, acogiendo así los puntos de vista sostenidos últimamente por la Corte en su sentencia de 24 de septiembre de 1975.

III

La demanda de Casación

El recurrente Arnulfo Alvarez formula contra la sentencia antes resumida tres cargos, el primero de los cuales tiene un apéndice, expuesto en capítulo separado, que es el final de la impugnación. De éstos tres cargos, los dos primeros se lanzan en la órbita de la causal primera, más el inicial se formula por la vía indirecta y el siguiente por la directa; el tercero viene montado en la causal quinta del capítulo 368 del Código de Procidimiento Civil, por considerar el censor que se incurrió en causa de nulidad.

Constituyendo este último cargo el enrostramiento al tribunal de la comisión de un error in procedendo, será despachado en primer lugar, como el mismo recurrente lo solicita. Después por las razones que adelante se dirán, será decidido el cargo segundo, para resolver finalmente los reparos que contiene la primera censura.

Cargo tercero

Fúndase en que el proceso es nulo por haberse omitido los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas, hecho contemplado como vicio tal en el artículo 152-6 del Código de Procedimiento Civil.

La fuente de donde hace dimanar el impugnador la causal alegada consiste en que el demandado Arnulfo Alvarez, entre las pruebas que pidió en su escrito de contestación a la demanda relacionó la de inspección judicial, no obstante lo cual el juez a quo, en el decreto de pruebas, calendado el 26 de septiembre de 1973, en su punto 22 resolvió: "se aplaza la decisión sobre la inspección judicial..., hasta cuando se hayan practicado las demás pruebas que versan sobre los mismos hechos (Art. 244 inciso 3º del C. de P. C.)".

Expresa el recurrente en apoyo de su alegación que, habiéndose ordenado expresamente el aplazamiento, practicadas ya las pruebas que versaban sobre los mismos hechos debía haberse llevado a cabo la inspección, si estaba o no vencido el período de pruebas debía haberse realizado en el término adicional que autoriza el artículo 180 ibídem. Pero que la prueba aplazada no se practicó en ninguna de esas oportunidades, por lo cual "la omisión de la prueba salta a la vista, pues según la parte final era preciso decidir sobre uno u otro caso: pero en la parte final y transcrita del inciso el problema era ya más delicado, porque entró el principio inquisitivo o inquisitorio, dejando así la consideración de la prueba de inspección judicial, —ocular— en el terreno obligatorio de su práctica por el juez, y dándole un término nuevo para el efecto. Al respecto el señor juez permaneció hermético, cuando tenía que decidir".

Y a continuación manifiesta:

"Reclamada la inspección ante el honorable Tribunal, por permitirlo el artículo 361, ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, pues se dejó de practicar no por culpa del que la pidió —Arnulfo Alvarez Urquijo— fue rechazada, con el argumento e imputación de tal rechazo, de que no era precisa dicha diligencia, y no con otro cargo, lo que quiere decir, que el honorable Tribunal también la omitió, sin consideraciones a otro hecho distinto del expuesto por el auto de que no era precisa para la decisión".

De todo lo anterior concluye el censor que "hay nulidad por omisión en la práctica de la inspección judicial —ocular—, pero podemos auspiciar los argumentos dados, para robustecerlos, buscando la violación del artículo 26 de la Constitución nacional, como nulidad constitucional, no como medio del cargo para acusar norma sustancial".

La Corte considera:

1. El código de enjuiciamiento civil que ahora nos rige, acogió, en punto de nulidades, el principio de que en el proceso no hay ninguna nulidad virtual, es decir, que en el presente ya sólo son causas de nulidad los hechos que expresamente consigne

el legislador como generadores de vicio tal. Desde su vigencia, pues, sin texto expreso que las consagre, ya no hay nulidades procesales. Han desaparecido, desde entonces, las que la doctrina llamó constitucionales, y que se fundaban en que, pese a que no estaban explícitamente consagradas en ningún texto, generaban efecto tal porque entrañaban violación del artículo 26 de la Carta, como quiera que herían gravemente el derecho de defensa o el del debido proceso.

En la actualidad, por fuera de las enumeradas en los artículo 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, no existen otras causas que hagan nulo el proceso, pues allí están contemplados absolutamente todos los hechos o circunstancias que atentan contra los superiores principios del debido proceso, del derecho de defensa y de la organización judicial. Como el mismo texto lo impera, en forma excluyente y tajante, "solamente" en los casos enumerados allí existe nulidad.

2. Otros acontecimientos, pues, por graves que sean, si no están considerados expresamente en la ley, no generan vicio tal que permita la anulación parcial o total de los procedimientos. Como terminantemente lo declara el inciso final del precitado artículo 152, "las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que éste código establece". De otra parte, no es causal de casación todo hecho que haya sido erigido en motivo de nulidad, sino exclusivamente los contemplados en el artículo 152 antecitado como expresamente lo impera el artículo 368-5 de la misma obra.

Dimana de lo dicho que hoy la infracción del artículo 26 de la Constitución, sólo genera nulidad alegable en casación cuando el hecho en que consiste el quebranto es uno de los considerados en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

3. Ahora bien, omitir los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión, es grave suceso que por hollar de manera palmar el derecho de defensa engendra nulidad. Pero es claro que aquélla omisión ha de referirse a los términos respectivos, no a la práctica de alguna de las pruebas pedidas, y menos cuando ésta ha sido considerada superflua por el fallador.

Si relativamente a una probanza, entonces, cual sucedió en el caso de autos, se aplazó su realización y sin decidir sobre su práctica se cumplió el trámite restante de la instancia sin repulsa y sin reparo de quien solicitó la prueba, tal episodio no constituye la nulidad contemplada en el número 6 del artículo 152 apuntado, puesto que no se omitió ni el término para pedir pruebas ni el de su práctica, y de constituirla se tendría por saneada por no haberse reclamado oportunamente.

Por ende, si las partes no sólo han gozado de la facultad que tienen de pedir pruebas, sino que han hecho uso de esa potestad y, además, dentro del término concedido para tal efecto, se ha realizado la práctica de las pedidas, aunque no completamente, no puede ser causa de nulidad el hecho de que uno de los medios de convicción, cuya práctica aplazó el juez, no se haya practicado. No es la nulidad del remedio legal idóneo para corregir tal situación: la parte interesada debió haber reclamado, en su oportunidad, para que el juez decidiera; y si en tanto había vencido el ciclo de pruebas, debió haber insistido en su práctica apoyándose en lo dispuesto en el artículo 180 in fine, demandando del juez, para tal fin, el señalamiento de un nuevo término probatorio.

La irregularidad apuntada, que no es causa de nulidad como antes se dijo, quedó en consecuencia saneada desde que el interesado no reclamó oportunamente.

Por lo expuesto no prospera este cargo fundado en error in procedendo.

Cargo segundo

En éste denuncia el censor que el Tribunal, por aplicación indebida "quebrantó frontal y directamente, sin esguinces, el artículo 2356 del Código Civil". Alega el recurrente que tal precepto no podía aplicarse en la especie de esta litis, pues el debatido "es un caso que no la admite" y a continuación precisa que la violación denunciada fue directa, pues "no se discute siquiera por el recurrente en casación la calificación de hecho alguno tomado por el fallador en su sentencia, sino que se acepta tal como el fallo expresa tal hecho,

por lo demás configurado en la demanda, pero se disiente de la aplicación de la disposición legal sustantiva".

El núcleo del cargo está contenido en los siguientes pasajes de la impugnación: "la dogmática jurídica que la honorable Corte ha hecho del referido artículo 2356 del Código Civil, para aplicarlo, tiene su exclusiva y única fisonomía su figura, en la jurisprudencia de ese alto Tribunal de justicia, para aplicarlo monopolizado como un mero privilegio en favor de la víctima del hecho culposo, en las actividades o faenas peligrosas y dentro de ese perímetro ha fijado como tal —entre otras— el manejo de vehículos automotores, y deducir de él la presunción de culpa, conforme a los ejemplos de la norma, pero sólo contra el autor del hecho material, que causó el perjuicio, norma rectora para sentar el precedente de la presunción.

"Pero esa presunción solamente tiene ruta y radio de influencia en el medio probatorio, para invertir en tales actividades peligrosas, la carga de la prueba que Planiol y Ripert han llegado a tener como teoría del riesgo atenuado, y entonces, por el sendero de la presunción, sin otros límites, la doctrina de la honorable Corte, ha dado al que cometió el hecho culposo —acercándolo para exonerarse de culpabilidad, los elementos excepcionales y de rígida aplicación como 'caso fortuito', 'fuerza mayor', 'culpabilidad de la víctima' o 'la intervención de elemento extraño'.

"Esos cuatro elementos o fenómenos sirven al que ejecutó el acto material que causó el daño y perjuicio, para buscar su exoneración, que para éste caso se dirige y gira exclusivamente a León Rodrigo Zapata dueño del vehículo que por su acción mecánica fue a la acera a matar a Orozco Puerta, considerado como guardador, y con el apoyo del artículo 2356 del Código Civil que se interpreta, desplazar su responsabilidad cuando ha habido intervención de elemento extraño.

"Mas cuando se atribuye una concurrencia de culpa a persona que no ejecutó el hecho material, sino que se dice que obró como elemento para ello, ya no deviene la presunción, aun cuando ciertamente existiera esa intervención y aún cuando ésta se funde en una actividad peligrosa, pues entonces debe surgir un nexo o relación de causalidad, figura totalmente distinta a la presunción que se deriva del artículo 2356 del Código Civil quebrantado aquí, extendiendo para el caso tal presunción.

"Por eso el artículo 2356 del Código Civil en comento, es de estricta aplicación para el que cometió en sí el hecho material del daño, es rígido e inflexible en su aplicación por tratarse de un alivio probatorio para la víctima del hecho culpuso, pero de allí la honorable Corte no ha sentado jurisprudencia, para aplicarlo fuera de los casos que el artículo contiene, a imputar con él culpabilidad a otros casos no comprendidos en la norma, sino que para estos casos, repito, se sienta simplemente el precedente de la presunción de culpabilidad para actividades peligrosas no abarcados en el perímetro del artículo 2356 del Código Civil, y que éste trae como ejemplo.

"Por tal razón, al aplicar la presunción para el caso del señor Arnulfo Álvarez Urquijo, partiendo del artículo 2356 referido en esta acusación, y por razón de referirse a una actividad peligrosa, se quebrantó directamente la norma, puesto que tal disposición —en sus ejemplos— siempre habla o se refiere al ejecutor del hecho material, cuando expresa: '1º El que dispara ...'; 2º El que remueve las losas...'; y, 3º El que obligado a la construcción...' y esta disposición, en el caso de la presunción, para arrimarle otros casos no comprendidos en ella, es de estricta interpretación.

"Entonces debe emplearse el mismo giro gramatical, para el caso de la interpretación del artículo 2356 contra el señor Arnulfo Alvarez Urquijo, y se diría: 'El que mata a otro con la propia acción mecánica del bus que conduce...', o sea quien conduce el vehículo y por su propio hecho mata a otra persona, resultando de allí inaplicable el artículo a dicho señor Alvarez".

La Corte considera

1. Los avances de la ciencia, si bien tienden a favorecer al mejoramiento de las condiciones de vida de los asociados, de otra parte generan, en veces, situaciones de riesgo para la integridad de las personas. Nadie puede negar que, por ejemplo, los sistemas de locomoción han alcanzado

hoy un avance que no fue imaginado décadas atrás, mas tampoco existe quien ose negar que esos nuevos medios de vida han creado para las personas riesgos que antes no existían. Hoy más que nunca, por doquier, en todos los campos de la vida se ve florecer el ejercicio de actividades que implican riesgos. Estamos en la era de las máquinas.

Los peligros que a cada instante asedian a los seres humanos, exigen una redoblada diligencia y atención de éstos para no ser víctimas de la inseguridad que se ha creado. Ahora más que antes, es menester obrar, como lo ha dicho la Corte, con previsión y alerta, porque para no padecer detrimento o para no causar daño, se exige una especial prudencia no sólo a quienes pudieran ser víctimas del tráfago moderno sino con mayor razón a quienes crean los riesgos con el ejercicio de actividades que generan inseguridad.

Si los hombres que viven en sociedad ven amenazada a cada paso su integridad por el ejercicio de nuevas o viejas actividades de las que la doctrina ha llamado peligrosas, nombre que dimana de que normalmente crean riesgos; si el peligro, entonces, no proviene del humano discurrir, sino que lo crea la actividad peligrosa que se desarrolla, es apenas acompasado con la equidad, que quienes son los creadores del riesgo, quienes alteran el sosiego de las personas y atentan así contra su seguridad, sean llamados, en el caso de ocurrir un accidente que se derive del ejercicio de aquella actividad, a responder por los perjuicios causados a sus víctimas. Y como éstas llamadas actividades peligrosas llevan en sí la posibilidad inminente de causar con su ejercicio daños a terceros, aunque se desarrollen con suma prudencia, es también acorde con la justicia que cuando una lesión tiene su manantial en el ejercicio de actividad peligrosa, se presuma que el daño se ha causado por culpa de quien ejercita la actividad dicha, ya por sí, ya por medio de empleados suyos. Sería palmar injusticia que se exigiera a la víctima probar la culpa del autor del daño, cuando éste es previsible, casi seguro, para quien afronta el posible riesgo inherente al ejercicio de toda actividad de esa naturaleza. Si él es quien crea el riesgo, es acertado que se le repute culpable de todo detrimento ocasionado por su obrar y del mismo modo es equitativo que sólo pueda enervar esa presunción de culpa demostrando fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un elemento extraño o culpa exclusiva de la víctima. Eximir de responsabilidad al autor del daño con la sola prueba de su diligencia y cuidado sería tanto como imponer a las numerosas víctimas de estas actividades la prueba de la culpa, hecho que, por ser muchas veces imposible de demostrar impediría irremediablemente a los perjudicados una reparación del daño padecido, con quebranto de la justicia. Los principios éticos que presiden los actos humanos, determinan que se presuma la culpa de quien en el ejercicio de una actividad peligrosa ocasiona daños, pues es él quien ha creado la inseguridad.

2. Jurisprudencia y doctrina, todas a una, encuentran que el artículo 2356 del Código Civil, pese a la semejanza de los términos usados en uno y otro precepto, no es repetición del artículo 2341 antecedente. Este determina la responsabilidad directa de quien, por hecho o culpa suyos, ha inferido daño a otro; con otras palabras para que el lesionado pueda obtener la indemnización en el caso contemplado en el artículo 2341, menester es que pruebe los tres clásicos elementos configuradores de la responsabilidad aquiliana: daño padecido, culpa del autor del daño y relación de causalidad entre ésta y aquél. En el artículo 2356, por el contrario, se determina la responsabilidad directa o indirecta de quien ha causado un daño que se presume cometido por su negligencia o malicia, en virtud de originarse en el desarrollo de una actividad que de por sí implica riesgos; en otras palabras, como se presume la culpa del autor del daño, para que el lesionado pueda obtener la indemnización en el evento a que se refiere el artículo 2356, indispensable es que pruebe sólo dos de los tres clásicos elementos configuradores de la culpa aquiliana o extracontractual: el daño padecido y la relación de causalidad entre ésta y la acción u omisión del autor del daño. Sin embargo, con-

viene precisar que en uno y otro caso, tanto en el contemplado en el artículo 2341 como en el caso a que se refiere el 2356, la culpa es el fundamento de la responsabilidad; en el primero es la culpa probada y en el segundo es la culpa presunta.

3. Ahora bien cuando el daño ha sido producido por quien ejerce la actividad peligrosa actuando como simple empleado o dependiente de otro, la víctima puede demandar la reparación de quien causó directamente el perjuicio, o puede reclamar, si lo prefiere, del patrono o empleador de aquél, quien es responsable del hecho ajeno, según lo establece expresamente el artículo 2347 del Código Civil. La Corte sobre el punto ha dicho:

"El artículo 2347 establece la responsabilidad por el hecho de las personas sometidas al cuidado o dependencia de otras; la establece de una manera taxativa, consagra una presunción al respecto, la cual tiene que destruir la parte demandada. Por otra parte, en el ejercicio de ciertas actividades peligrosas como en el de la dirección o movimiento de una máquina, cuando acaece un accidente desgraciado que causa perjuicio a un tercero, éste no tiene que comprobar sino la realización de ese acto, del accidente, y nada más, y el demandado puede presentar algunos factores exculpativos y demostrarlos. Pero en estos casos del ejercicio de una actividad peligrosa, y tratándose de la responsabilidad del hecho de un tercero, no basta que el dueño de la máquina, por ejemplo, acredite que puso el debido cuidado en la elección del conductor de aquélla, porque si ésto se extremara resultaría que ninguna empresa de riesgo, como una de transportes, respondería por los accidentes causados por la mala dirección o imprevisión o negligencia de los conductores. Precisamente se ha configurado la responsabilidad por el hecho de terceros, en la forma de que se ha hecho mérito, para defensa y seguridad de los particulares que de otro modo quedarían en una situación de inferioridad y tan aberrante, que tendrían que demostrar siempre no sólo el hecho material del accidente sino la culpa de quien lo causó. Ni la interpretación de las normas consagradas por los artículos 2347, 2348, 2349, 2353, 2354, 2355 y 2356 del Código Civil permiten semejante interpretación, ni la jurisprudencia ni la doctrina la consienten". (Casación, 3 de febrero 1944, LVII, 29).

4. Finalmente es menester considerar que si el recurrente, o mejor su empleado ninguna acción hubiera realizado que determinara la muerte de Guillermo Orozco o que hubiera concurrido a ese doloroso desenlace, ni el primero ni el segundo tendrían que responder de los daños causados a los herederos del interfecto, pues no existiría nexo causal entre la acción o la omisión de aquél y la supresión de la vida humana. Este nexo de causalidad, empero no tiene que ser tal que sólo se ofrezca cuando la víctima ha sido golpeada directamente por el automotor conducido por el empleado de la parte recurrente. No se requiere, pues, un contacto material, directo entre el bus y la víctima. Basta que ese nexo sea concurrente, que el daño se derive de un acontecimiento que aunque no lo generó directamente, contribuyó a su realización. El obrar o la omisión deben ser tales que constituyan papel decisivo en la producción del daño, así hayan sido fuente indirecta.

La doctrina francesa tiene resuelto que el automóvil que, por detenerse bruscamente, obliga al coche que lo sigue a subirse a la acera donde hiere a un peatón, desempeña un papel en la realización del daño y que, por tanto, genera responsabilidad. (Véase Mazeaud, Derecho Civil, Pág. 258, número 532, tomo II, parte II).

Viene de todo lo anterior que si el comportamiento del empleado del recurrente, aunque su obrar no haya sido la causa directa, inmediata de la muerte de Orozco, fue causa indirecta del daño porque contribuyó claramente a su producción, el patrono debe responder por la acción culpable de su empleado.

Por tanto este ataque no prospera.

Respecto del cargo primero, vale la pena considerar:

La sentencia del Tribunal tiene tres soportes autónomos, su triple fundamento está constituído por estas conclusiones:

1ª Que está "probada" la culpa del empleado del recurrente Alvarez.

2ª Que como el daño se causó en el ejercicio de actividad peligrosa, la culpa se presume; y

3ª Que como el recurrente es el propietario del automotor, él es culpable por ser el guardián de la cosa, por ser quien tenía sobre ella el goce, la dirección y el control, aunque no lo estuviera operando directamente en el momento del accidente.

Si de estos tres soportes ha quedado incólume el segundo, pues el cargo contra él dirigido no prosperó como se ha visto en el despacho del ataque que antecede, resulta que aunque el cargo primero pudiera, en vía de hipótesis, salir airoso, la sentencia del Tribunal no podría ser casada, pues tendría firme apoyo en la aplicación del artículo 2356 del Código Civil.

Y como en este cargo primero no se combate el empleo que de tal artículo hizo el Tribunal, sino de otros, para la Corte sigue siendo obligatoria la actuación que de él hizo el ad quem.

Por lo dicho, pues, y porque sería superfluo, no se hace especial pronunciamiento sobre el cargo primero.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 30 de enero de 1975, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Adelina Robledo viuda de Orozco y otros contra León Rodrigo Zapata, Arnulfo Alvarez y "Cooperativa de Buses Medellín-Bello Ltda.".

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

La mora de una parte purga la de la otra.

Legitimación en su causa: su ausencia no es causa de fallo inhibitorio.

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

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación interpuesto por demandante y demandados contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 31 de marzo de 1975, en el proceso ordinario instaurado por Pablo Carbonari frente a Ana Ilia Ordóñez de Sossa, J. Nepomuceno, Miguel A., Manuel Bolívar y Marco Tulio Ordóñez R., "en su doble condición de ex-socios de 'Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.' y adjudicatarios en común y por quintas partes del inmueble determinado en el hecho 1º de este libelo, y con citación y audiencia" de Otoniel y Gerardo Ordóñez R. "en su única condición de ex-socios" de la mencionada sociedad.

I

Antecedentes

1. "Fábrica y Talleres Carbonari Ltda." con domicilio social en la ciudad de Cali, se constituyó mediante la Escritura pública número 595, otorgada el 18 de abril de 1942 en la Notaría 2ª de ese círculo, y, el 22 de junio de 1944, mediante contrato recogido en la Escritura pública número 1168, otorgada en la misma notaría adquirió, a título de compraventa y de Leonor Vásquez Vda. de Domínguez, "un lote de terreno distinguido con el número 2, situado en La Floresta de la ciudad de Cali, con superficie de 29.208.26 metros cuadrados, alinderado especialmente", como reza el certificado traído al proceso, extendido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de aquel circuito.

2. Mediante el contrato que consta en la Escritura pública número 1129, extendida el 28 de marzo de 1952 en la Notaría 2ª del círculo de Cali, debidamente registrada, la compañía citada anteriormente traspasó a título de compraventa y a favor de "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda", sociedad ésta constituída por medio del instrumento público número 1996, otorgado en la Notaría 1ª del círculo de Popayán el 31 de diciembre de 1951, un lote de terreno con una cabida de 7.000 metros cuadrados, comprendido dentro de los linderos especificados en la cláusula primera de dicho instrumento, en cuya estipulación segunda se hicieron estas declaraciones, entre otras que no interesan para el estudio emprendido:

a) Que el precio del contrato es el de $ 105.000.00, que la compradora pagaría así: $ 35.000.00 en la fecha de la escritura pública arriba mencionada, como efectivamente sucedió; y el saldo en cuatro contados a $ 17.500.00 cada uno, pagaderos trimestralmente los días 1º de los meses de julio y octubre de 1952 y enero y abril de 1953;

b) Que el lote objeto del contrato "es parte de otro de mayor extensión que la sociedad vendedora adquirió por compra a la señora Leonor Vásquez Vda. de Domínguez..."; y

c) Que la sociedad vendedora "tiene la posesión regular del inmueble y ha tenido la posesión material de manera pacífica sin interrupción alguna".

3. Como no se pactó fecha para la entrega material del inmueble referido anteriormente, y la sociedad vendedora no la efectuó tan pronto se otorgó la respectiva escritura pública, la compañía compradora la exigió mediante carta calendada el 29 de abril de 1952, dirigida a la vendedora, la cual le dio respuesta afirmando que, por estar afrontando un proceso contra terceros ocupantes, estaba en imposibilidad de atender a su petición; no obstante lo cual, en nuevo escrito del 25 de junio del año en cita, insistió la compradora en su petición de entrega, con amenaza de demanda de resarcimiento de los perjuicios que venía sufriendo, a lo que la vendedora le manifestó su extrañeza por tal petición, por cuanto ella sabía desde antes de la celebración del contrato de la existencia del proceso mencionado en su misiva anterior; pero que, para evitarle perjuicios, estaba dispuesta a deshacerlo, devolverle la parte del precio entregado y reconocerle los intereses correspondientes, propuesta que no fue aceptada y, antes bien, el 8 de julio siguiente pagó el primero de los contados pactados de que se da cuenta en la letra a) del numeral 2 anterior, promoviéndole un proceso de resolución del contrato tantas veces mencionado el 26 del mismo mes, del que desistió posteriormente.

4. "Fábrica y Talleres Carbonari Limitada", se disolvió por vencimiento del término de su duración, circunstancia que se hizo constar en la Escritura pública número 2828 extendido el 5 de agosto de 1952 en la Notaría Primera del Círculo de Cali; y, posteriormente, se liquidó mediante adjudicación a sus dos socios, Pablo y Segundo Carbonari, del 50% de sus activos y pasivos, sin que en los primeros se comprendieran el crédito por las tres cuotas del saldo del precio del contrato de venta celebrado con "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", ni el derecho a demandar judicialmente la resolución de este contrato. Luego, los dos mentados adjudicatarios constituyeron la sociedad "Carbonari Hermanos Ltda.", a la cual aportaron los activos y pasivos adquiridos en virtud de la liquidación de "Fábrica y Talleres Carbonari Ltda.".

Esta nueva compañía y sus dos socios, instauraron proceso de resolución del contrato contenido en la tan mencionada Escritura pública 1129, por incumplimiento de la sociedad que allí figura como compradora del pago de parte del precio convenido, el cual les fue fallado negativamente por los jueces *a quo* y *ad quem*, no habiendo esta corporación casado el fallo proferido por éste último, como se lee en su sentencia del 18 de marzo de 1960, por cuanto se encontró demostrada la ilegitimación en causa de los demandantes. Las razones aducidas por la Corte se reducen, en síntesis, a que no habiéndose adjudicado ni el crédito ni el derecho arriba dichos a los socios, la primitiva sociedad no estaba totalmente liquidada y en su cabeza continuaban radicados, siendo por tanto ella, mientras no se terminase la liquidación, la titular del derecho a solicitar la resolución del contrato, razón para que declarara que "finalmente, dados los términos en que fue planteada y ha sido resuelta esta controversia, merece advertir que la sentencia recurrida, que se deja en pie, no envuelve a la primitiva y disuelta sociedad "Fábrica y Talleres Carbonari Limitada, la que es extraña al presente litigio".

5. En atención al anterior concepto de la Corte, los Carbonari otorgaron el 25 de marzo de 1961 la Escritura pública número 1076 en la Notaría Segunda de Cali, cuyas cláusulas 4ª y 5ª dicen:

"Cuarto. Que en consecuencia proceden a adjudicar, como así lo hacen, en favor del socio Pablo Carbonari, sin reserva ni limitación alguna, los derechos y acciones que se deducen o pueden deducirse del contrato de compraventa de que trata la Escritura pública número 1129 de 28 de marzo de 1952 de la Notaría Primera de este Circuito, bien se trate de llevar adelante el contrato de compraventa o de resolverlo por motivos legales.

"Quinto. Que en los términos anteriores queda totalmente liquidada la sociedad, pues no queda nada pendiente ni por el activo ni por el pasivo".

6. Así las cosas, Pablo Carbonari, mediante demanda que en definitiva correspondió al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, inició el presente proceso contra los demandados indicados en el encabezamiento de esta providencia, pues la sociedad compradora también se disolvió

y liquidó, siendo adjudicatarios del lote adquirido por medio del contrato contenido en la Escritura 1129 los cinco primeros demandados, por quintas partes todo lo cual se hizo constar en los instrumentos públicos números 642 y 1200, otorgados el 22 de junio y el 10 de diciembre de 1957 en las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Popayán, respectivamente.

II

El Litigio

7. Como ya se dejó dicho, Pablo Carbonari, en su propio nombre, en escrito presentado el 9 de mayo de 1961, demandó a J. Nepomuceno, Miguel A., Manuel Bolívar y Marco Tulio Ordóñez R. y Ana Ilia Ordóñez de Sossa, como adjudicatarios del inmueble adquirido por la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", y como consecuencia de su liquidación, a la vez que como ex-socios de la misma compañía junto con Otoniel y Gerardo Ordóñez R., para que, con su citación, se hiciesen las declaraciones y condenas que, sintetizadas, fueron las siguientes: que se declarase la resolución del contrato de compraventa recogido en la Escritura pública número 1129, tantas veces mencionada en el Capítulo I anterior, ordenándose la restitución del inmueble vendido al demandante como causahabiente de "Fábrica y Talleres Carbonari Ltda.", junto con los frutos naturales y civiles percibidos o que pudieron haberse percibido con mediana inteligencia y cuidado; que, consecuencialmente se ordenase la "cancelación de la Escritura pública de compraventa o sea la número 1129 de 28 de marzo de 1952 de la Notaría Primera y la de su inscripción en la oficina de registro" correspondiente; y que los demandados deben indemnizar al demandante, solidariamente, de los perjuicios que le causaron por el incumplimiento del contrato cuya resolución se pide, pagándole además las costas del proceso.

8. Como hechos constitutivos de la causa petendi, además de los que fluyen de los "antecedentes" atrás descritos se expusieron éstos:

a) El demandante está legitimado en la causa, en virtud de la adjudicación que se le hizo en la liquidación definitiva de la sociedad "Fábrica y Talleres Carbonari Ltda.", la cual consta en la Escritura pública número 1076, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Cali el 25 de marzo de 1961; y

b) Como ni la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", ni sus causahabientes en relación con el bien adquirido por ella de "Fábrica y Talleres Carbonari Ltda.", han pagado la totalidad del precio de la compraventa de que da cuenta la escritura cuya resolución se pide, han incumplido tal contrato, y, con aplicación de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, la resolución solicitada tiene sólido fundamento legal, siendo este extremo el escogido por el demandante.

10. Notificado a los demandados, en distintas fechas, el auto admisorio, dieron contestación a la demanda aceptando unos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones del demandante, proponiendo además las siguientes excepciones así tituladas por éllos:

a) Ana Ilia y Marco T., las de "carencia de derecho y de acción", "Ilegitimación sustantiva y adjetiva de las partes", "acción equivocada o petición de modo indebido", "petición excesiva con enriquecimiento sin causa" y "compensación";

b) Miguel, las de "Ilegitimidad de la personería sustantiva del actor y de la parte demandada", "inepta demanda", "incumplimiento de la pare demandante", "mora accipiendi de la misma", "petición de modo indebido o antes de tiempo", "prescripción", "cosa juzgada" y "cualquier hecho en virtud del cual las leyes desconozcan la existencia de la acción invocada";

c) J. Nepomuceno y Manuel Bolívar, las enunciadas en la letra anterior más las de "enriquecimiento sin causa y abuso del derecho", "compensación", "purga de la mora causada por la mora de la parte vendedora";

d) Otoniel, las enunciadas anteriormente más la de "fraude".

Gerardo no fue notificado, por lo que el juez de la causa puso en conocimiento de las partes la nulidad que tal defecto procesal producía, habiéndose allanado debidamente. Notificado, no dio contestación a la demanda.

11. Por otra parte, se presentaron por los demandados dos demandas de mutua petición, así:

a) Marco T., en escrito presentado el 15 de junio de 1953, solicitó que, con citación de Pablo Carbonari, en su condición de sucesor en los derechos y obligaciones de "Fábrica y Talleres Carbonari Ltda.", se ordenase: hacer entrega del bien vendido por esta sociedad a "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", a la comunidad formada por los adjudicatarios J. Nepomuceno, Miguel A., Manuel Bolívar y Marco T. Ordóñez R. y Ana Ilia Ordóñez Sossa, la cual comunidad está dispuesta "a completar o compensar el resto del precio del lote convenido en cuanto fuere de derecho o resultare necesario para obtener la entrega solicitada"; indemnizar a la dicha comunidad por los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato por parte de la sociedad vendedora y de su causahabiente; declarar extinguida la hipoteca que grava el lote vendido; pagar las costas del proceso y la cancelación de la inscripción de su demanda incoativa.

Relacionáronse, como fundamento de las anteriores pretensiones, los siguientes hechos:

(i) Los mencionados en los numerales 2º, 5º y 6º anteriores; y

(ii) Que la comunidad formada por los adjudicatarios del inmueble adquirido por Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda." está dispuesta "a completar el pago estipulado por el lote en cuestión (el delimitado en la Escritura pública número 1129) una vez que obtuviere la entrega material de éste, que estaba destinado a la construcción de un edificio para el montaje de una fábrica", por lo que el incumplimiento del demandado y de la sociedad de que es causahabiente le ha causado a la comunidad de que el contrademandante hace parte grandes perjuicios;

b) J. Nepomuceno, Miguel A., Manuel Bolívar y Otoniel, en libelo presentado el 2 de diciembre de 1963 solicitaron que, con citación de Pablo Carbonari, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

(i) que "pertenece en dominio pleno y absoluto a la sociedad Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda. el inmueble adquirido por ella y delimitado en la Escritura número 1129", tantas veces citada; debiéndoselo restituir el demandado, o, si así no se considerase, a "sus causahabientes o sucesores o representantes", junto con los frutos naturales y civiles que habría producido en cabeza de la sociedad o de sus causahabientes y las costas del proceso; y

(ii) que son inoponibles a la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", y a quienes representan o representen sus derechos, los títulos relacionados con el mismo inmueble por el señor Pablo Carbonari.

Se relacionaron los siguientes hechos, como constitutivos de la causa petendi:

1) Los citados en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º anteriores;

2) Que la compañía compradora constituyó hipoteca de primer grado sobre el inmueble de que habla la Escritura 1129, "dejando así asegurado" el monto del precio no pagado al tiempo del contrato, en virtud del plazo al efecto concedido por la vendedora";

3) Que a raíz del insuceso sufrido por los Carbonari y por la sociedad formada por éllos, ocasionado por el fracaso del proceso de resolución del contrato recogido en la Escritura 1129 (el mencionado en el numeral 4º anterior), ellos "manifestaron a los representantes de la sociedad compradora que podían ocupar el lote de terreno referido que se hallaba desocupado, éstos tomaron posesión de él, y aunque fueron continuamente perturbados en élla por los propios Carbonari, de lo cual hay constancias en denuncias penales y querellas policivas, y aunque el mismo lote estuvo secuestrado por orden del juzgado de Trabajo de Popayán, mediante auto del 6 de febrero de 1961, hasta el día 3 de marzo siguiente, como aparece en las copias que obran a folios 15 a 19 del cuaderno principal, lograron conservar esa posesión legítima hasta el 7 del propio mes de marzo de 1961, fecha en la cuál don Pablo Carbonari lanzó a los dependientes de sus actuales demandados, señores Ordóñez, con muy serias amenazas, y desde la cual fueron éstos privados de la posesión que ejercían como sucesores de 'Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.', por actos y hechos del actor Carbonari y de sus dependientes", estando éste desde entonces en posesión del tantas veces mencionado inmueble; y

4) A pesar de que la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", se liquidó, "la tradición legal del inmueble referido no se ha hecho efectiva en favor de los adjudica-

tarios", de suerte que pertenece aún legalmente a aquella sociedad, disuelta y parcialmente liquidada, "la cual no ha podido transferir a sus socios o ex-socios prenombrado por hecho y culpa del detentador señor Pablo Carbonari".

12. Admitidas las contrademandas relacionadas en el punto anterior, la segunda únicamente en cuanto a Otoniel Ordóñez R., los autos correspondientes fueron notificados al contrademandado quien, en los escritos de contestación, aceptó algunos hechos, negó otros, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó ilegitimidad de las personerías de "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", y de los apoderados de los contrademandantes, así como también de Otoniel Ordóñez R., éste por no tener interés jurídico en el pleito.

13. Producidas las muchas pruebas solicitadas y presentadas las alegaciones de las partes, el juzgado del conocimiento, Décimo Civil del Circuito de Cali, dio remate a la primera instancia mediante sentencia del 21 de marzo de 1973 que, con la aclaración hecha, a solicitud de los demandados, en providencia del 30 de abril siguiente, dispuso:

"I — Declárense probadas las excepciones de petición de modo indebido y la de cosa juzgada, invocadas por la parte demandada; y consecuencialmente niéganse todas las peticiones del demandante.

"II — a) Condénase al demandante a la entrega de la cosa vendida;

b) Decrétase la cancelación de la hipoteca y su registro, en relación con la Escritura número 1128, de 28 de marzo de 1952, de la Notaría Primera de Cali;

c) Condénase al demandante a pagar a los demandados la suma de novecientos noventa y nueve mil ciento treinta y tres pesos con 32/100 ($ 999.133.32);

d) Condénase en costas al demandante; y

e) Cancélase la inscripción de la demanda.

Subido el expediente, por apelación de ambas partes, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, éste lo devolvió al a quo, previa declaratoria de nulidad de lo actuado desde el auto admisorio del recurso de apelación para que "profiriese sentencia complementaria sobre la demanda de reconvención propuesta por el apoderado del señor Otoniel Ordóñez R", como consta en el auto calendado el 28 de febrero de 1974, habiendo el juez del conocimiento pronunciado la sentencia que se le ordenó el 27 de junio siguiente, en la que negó las cuatro pretensiones iniciales de la mencionada contrademanda y, en cuanto a las restantes, dispuso:

"III — Condénase al señor Pablo Carbonari de las condiciones civiles conocidas, y liquidadas que sean las relaciones pecuniarias provenientes de la hipoteca existente, de los pagos hechos y de los perjuicios y costas por pagar, a hacer entrega inmediata del lote objeto de este proceso a los señores J. Nepomuceno Ordóñez R., Marco Tulio Ordóñez R., Miguel A. Ordóñez R., Ana Ilia Ordóñez R. de Sossa y Manuel Bolívar Ordóñez R., o a quienes los representen, entrega que debe hacerse por acción directa o indirecta del contrademandado señor Carbonari, libre de obstáculos, ocupaciones o trabas que impidan en alguna forma la ocupación del lote;

"IV — Ordénase la cancelación de la hipoteca que grava el inmueble de la referencia. Líbrense las comunicaciones de rigor al Notario y al Registrador respectivo;

"V — Ordénase la cancelación de la demanda. Líbrese la comunicación respectiva al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali;

"VI — Condénase en las costas de esta contrademanda al demandante señor Carbonari; y

"VII — Condénase, asimismo, al señor Pablo Carboneri, al pago de los perjuicios provenientes de la mora en la entrega, perjuicios ya liquidados o que se liquidaren".

Subido nuevamente el proceso al superior atrás mencionado y tramitada debidamente la apelación interpuesta por ambas partes, en sentencia calendada el 31 de marzo de 1975 dispuso lo siguiente:

"Primero. Revócase la sentencia proferida por el Juez Décimo Civil del Circuito de Cali con fecha 21 de marzo de 1973, con relación a la damanda principal, y en su lugar declárase probada la excepción de contrato no cumplido; por consiguiente, no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda principal. Condénase a la parte demandante principal en las costas de primera y segunda instancias.

"Segundo. Declárase probada la excep-

ción de contrato no cumplido, con relación a la demanda de reconvención presentada por el apoderado del señor Marco Tulio Ordóñez R. y por lo tanto no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en esta demanda de mutua petición. Condénase en costas de la primera y segunda instancias al actor de esta demanda.

"Tercero. Revócase la sentencia proferida con fecha 27 de junio de 1974, con relación a la demanda de reconvención propuesta por el apoderado del señor Otoniel Ordóñez R., y en su lugar se declara la inhibición de fallar en el fondo y mérito. Sin costas en las instancias, por no haberse trabado la relación jurídico-procesal".

Contra esta sentencia, ambas partes recurrieron en casación.

III

El fallo acusado

14. Después de hacer una relación extensa y prolija del proceso, con largas transcripciones de las demandas principal y de mutua petición; y encontrando reunidos en la demanda principal los presupuestos procesales, da comienzo el Tribunal a su trabajo con el examen de las excepciones que encontró probadas el a quo y de las demás propuestas por las partes en los escritos de contestación a la demanda y a las contrademandas, para llegar a la conclusión, luego de jurídicas consideraciones, de que ninguna de las propuestas puede prosperar. La Corte no considera del caso detallar las razones aducidas por el sentenciador para tomar la decisión dicha, por cuanto los recursos de casación que habrán de estudiarse posteriormente no contienen ningún ataque por este motivo.

15. Entra en seguida el ad quem en el análisis del contrato contenido en la Escritura pública número 1129, tantas veces citada, y empieza poniendo de presente que el precio de la compraventa en élla recogido fue el de $ 105.000.00, que la sociedad compradora, de la que son causahabientes los cinco primeros demandados en cuanto al bien objeto de tal convención, se obligó a pagar así: $ 35.000.00 el día de la escritura, como efectivamente sucedió; y el saldo en cuatro cuotas trimestrales de $ 17.500.00 cada una, a satisfacer los días 1º de julio y de octubre de 1952, y enero y abril de 1953, de las cuales fue cancelada la primera el 8 del mes correspondiente, únicamente. Resalta al fallador que el inmueble objeto del contrato, según aparece en la respectiva escritura, hacía parte de otro de mayor extensión; que la sociedad vendedora afirmó tener "la posesión material de manera pacífica sin interrupción alguna"; que se autorizó a la compañía compradora para registrar el instrumento cuestionado, que fue cumplida; y nota que no aparece declaración de la vendedora sobre que hubiese hecho a la compradora entrega material del inmueble a élla vendido, ni atestación de ésta de haberlo recibido.

Dice enseguida que como ambas partes se hacen recíprocamente el cargo de incumplimiento de las obligaciones primordiales contraídas con el contrato en mención, debe tenerse en cuenta que éste es una ley para los contratantes (Art. 1602 C. C.); que debe ejecutarse de buena fe y, por lo tanto, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a élla (Art. 1603 ibídem); que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pudiendo el otro pedir, a su arbitrario el cumplimiento o la resolución, con indemnización de perjuicios (Art. 1546 obra citada), norma ésta general que, para la compraventa, la establecen especialmente los artículos 1930 y 1882; que cuando el comprador no cumple con su obligación de pagar el precio "en el lugar y tiempo dichos", se encuentra en mora y el vendedor puede ejercitar contra él la acción alternativa consagrada en el anteriormente citado artículo 1546, siendo necesario, por otra parte, que el dicho vendedor haya cumplido o se allane a cumplir por su parte, porque en caso contrario ninguno de los dos se encuentra en mora en virtud del principio de que la mora purga la mora (artículo 1609), surgiendo "clara la conclusión de que si una de las partes incumple el contrato y la otra quiere ejercitar el derecho de que se viene hablando, es preciso que aparezca, obviamente, que ésta ha cumplido estrictamente sus compromisos derivados del contrato o se ha allanado a cum-

plirlos en la forma y tiempo debidos, haciendo a un lado indiferente la conducta de la otra parte, esto es, sin reaccionar o ejercer represalias en lo más mínimo, porque en tal emergencia surge ipso facto la excepción *non adimpleti contractus*", como lo tiene dicho la Corte.

16. Sentadas estas premisas, estudia la situación de las dos partes en este proceso, así:

a) Demandante. La obligación primordial del vendedor —dice el Tribunal— se reduce en general a la entrega o tradición de la cosa vendida (Art. 1880 C. C.) entendiéndose que no solamente debe efectuarse la "tradición legal, que se opera con el registro de la respectiva escritura, que en el caso de autos se llevó a cabo, sino también la "entrega material" que, no habiéndose estipulado plazo en el contrato, debe hacerse 'inmediatamente después' de otorgado éste (Art. 1882 ibídem), lo cual no sucedió como aparece demostrado con la confesión hecha por el demandante en el hecho 3º de su demanda, en donde dice que "ante las exigencias y reclamos de la sociedad compradora por la no entrega real y material de lo vendido, la sociedad vendedora manifestó estar lista a resolver el contrato, devolver el dinero recibido y pagar los respectivos intereses, únicamente con el propósito de evitar perjuicios a la sociedad compradora'. Sin que valga, añade, lo alegado por Carbonari de que los demandados confiesan haber entrado en posesión del lote por ellos adquirido en las condiciones detalladas en el ordinal 3º del numeral 10 anterior, de lo que puede concluirse que la sociedad vendedora había cumplido con su obligación de entregar, porque "la demanda de reconvención de que se ha hablado sólo puede considerarse presentada en representación del señor Otoniel Ordóñez R., pero es el caso de que este señor no tiene legitimación en la causa por pasiva, por no ser la persona que conforme a la ley sustancial esté legitimada para discutir u oponerse a las pretensiones de la parte demandante en este proceso, esto es, de contradecir en este negocio concreto la resolución del contrato de compraventa a que se refiere el libelo (legitimado ad causam); porque en el caso de extinción por liquidación de una persona jurídica como en el de la sociedad 'Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.', la suceden sus causahabientes a título particular en el derecho debatido o sean los adjudicatarios del bien respectivo, en la correspondiente liquidación que lo fueron únicamente los señores J. Nepomuceno Ordóñez R., Ana Ilia Ordóñez de Sossa, Miguel A. Ordóñez R., Manuel Bolívar Ordóñez R. y Marco Tulio Ordóñez R., como consta en las Escrituras números 642 de 22 de junio de 1957 de la Notaría Primera del Circuito de Popayán y 1200 de 10 de diciembre de 1957, de la Notaría Segunda de Popayán.

"Siendo las cinco personas prenombradas las únicas que tienen la legitimación para obrar en este proceso, y solamente el legitimado o legitimados que forman una de las partes, sea la demandante o la demandada, pueden ser sometidas a confesión por su apoderado judicial, al tenor de las disposiciones, tanto del inciso segundo del artículo 607 de la Ley 105 de 1931, como del artículo 197 del actual Código de Procedimiento Civil; por lo tanto, no puede estimarse como confesión, la manifestación expresada en el hecho 9º de la demanda de reconvención presentada por el apoderado del señor Otoniel Ordóñez R., por no tener legitimación en la causa por pasiva en el proceso, como lo pretende el apoderado de la parte demandante principal, y en gracia de discusión, si el señor Otoniel Ordóñez R. tuviere legitimación para obrar en este proceso, no se está en ninguno de los casos contemplados en las normas precitadas para que se presuma confesión por parte del apoderado judicial".

Pasa luego el Tribunal al estudio de la otra prueba alegada por el demandante y que, según él demuestra también la entrega material del bien objeto del contrato de compraventa repetidamente mencionado, consistente en la llevada a cabo por el inspector 2º Municipal de Cali por orden del juez del trabajo de Popayán a sólo tres de los demandados como consecuencia del levantamiento del secuestro efectuado en el proceso ejecutivo adelantado contra éllos por Joaquín Negret Velasco. En concepto del fallador tampoco con élla se demuestra tal entrega porque, tratándose de una obligación del vendedor, la "hecha en un proceso, en que no intervinieron ni la parte vendedora ni la compradora del contrato de compraventa, no puede considerarse co-

mo entrega de la sociedad vendedora, en cumplimiento de esta obligación, porque le faltaría el ánimo de transferir el dominio a la sociedad compradora, máxime que ésta no tenía al momento de iniciarse este proceso, la posesión material del inmueble, como lo comprueba la diligencia de inspección judicial realizada en el término probatorio de este proceso; por lo cual se concluye que la sociedad vendedora "Fábrica y Talleres Carbonari Ltda.", no cumplió con su obligación de entregar el inmueble materia del contrato de compraventa a la sociedad compradora "Manuel S. Ordóñez V. & Cía. Ltda.", inmediatamente después de perfeccionado el contrato en virtud de que en él no se fijó época para la entrega, ni se allanó a cumplirla en la forma y tiempo debidos". De lo cual deduce el sentenciador que la compañía vendedora (y el demandante como su causahabiente) incumplió el contrato:

b) Demandados. Como ya quedó dicho —expresa el **ad quem**— éstos incumplieron al no pagar las tres cuotas de la parte del precio del contrato para la cual se estipuló un plazo, lo que aparece demostrado con la confesión hecha al contestar el hecho 8º de la demanda introductoria, pese a que allí se disculpe tal incumplimiento con el argumento de que la vendedora rehusó recibirles esas cuotas, llegándose "al extremo de depositar legalmente dicho saldo y sus intereses en forma de pago por consignación...". Existiendo un momento en el cual ha de cumplirse la obligación —continúa el sentenciador— tanto si es pura y simple como a plazo o bajo condición; y estableciendo el artículo 1929 del Código Civil que el precio debe pagarse en el lugar y el tiempo estipulados pero que, sin embargo, "si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa, o probare que existe contra élla una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio", la compradora o sus causahabientes han debido efectuar el depósito de que habla la norma pues en ningún evento estaban facultados para retener el precio en su poder. Concluye su argumentación así:

"No existe prueba alguna en el proceso de la ocurrencia de algunas de las circunstancias a que se refiere el artículo 1929 del Código Civil, que excusara a la sociedad compradora de su obligación de pagar el precio de la compraventa, en el lugar y el tiempo o plazos estipulados en el contrato, ni del pago por consignación de que se habla por los apoderados en la contestación del hecho 8º de la demanda, con la finalidad de darle cumplimiento a la obligación de pagar el precio.

"La parte demandada trató de colocarse en la mora inculpata, pero no lograron hacerlo los apoderados de las personas que la componen, porque no comprobaron un hecho excepcional en fuerza del cual hubiera quedado dispensada de cumplir la obligación de pagar el resto del precio, o sean, las tres cuotas insolutas, en las fechas de los plazos convenidos en el contrato.

"Por medio del pago por consignación pudieron los demandados establecer la mora **accipiendi** de la sociedad vendedora y su causahabiente a título particular señor Pablo Carbonari como sucesor singular de dicha sociedad, para purgar la mora **solvendi** en que había incurrido la sociedad compradora y así impedir las consecuencias futuras; pero no obra en este proceso prueba alguna de pago por consignación, ni siquiera del intento de dicho pago de que se habla en las contestaciones de la demanda principal y en los alegatos de los apoderados de las personas que forman la parte demandada.

"Como el artículo 1609 del Código Civil da a los contratantes en los contratos bilaterales la facultad de allanarse para evitar la mora, pero bajo la condición 'sine que non' que sea 'en la forma y tiempo debidos', con ésto se recalcan requisitos generales del cumplimiento o pago, y allanarse a cumplir significa estar pronto al cumplimiento en cualquier momento, sin alegar excusas o dilaciones. Que la sociedad compradora o sus sucesores a título particular se hubieran acogido a la facultad de allanarse para evitar la mora, no existe prueba alguna en este proceso.

"Surge como conclusión la de que la sociedad compradora incumplió el contrato de compraventa al no hacer efectivo el pago de la totalidad del precio en los plazos convenidos y también no se allanó a cum-

plirlo en la forma y tiempo debidos, y las consecuencias del incumplimiento las sufren los demandados en este proceso como causahabientes a título particular de dicha sociedad".

Como consecuencia de lo dicho, concluye el Tribunal que ni el demandante ni los demandados pueden ejercitar la acción de resolución del contrato de compraventa recogido en la Escritura 1129, y en cuanto a la demanda de reconvención presentada por Otoniel Ordóñez R., manifiesta que "como se vio al estudiar la demanda principal, fue el único del grupo de personas representadas por el referido apoderado, que le dio poder para entablar demanda de mutua petición, se tiene que al analizar la demanda principal (numeral 16, letra a) anterior) se concluyó después de un minucioso estudio que el señor Otoniel Ordóñez R. no es persona que conforme a la ley sustancial tenga la legitimación para discutir u oponerse a las pretensiones del demandante" por lo que "no tiene legitimación en la causa por activa en su demanda de reconvención". Concluyendo que, por tal razón, "habrá de revocarse la sentencia que sobre esta demanda de reconvención profirió el juez del conocimiento, con fecha 27 de junio de 1974, por ser legalmente improcedente, y en su lugar declarar la inhibición de fallar en el fondo y mérito".

IV

Los recursos extraordinarios y consideraciones de la Corte

17. Como ya se dejó dicho atrás, contra la sentencia acabada de reseñar interpusieron el recurso de casación ambas partes contendientes, debiendo procederse a su estudio y solución empezando por el del recurrente-demandante, que formula un sólo cargo concebido así:

"Acuso la sentencia de violar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1546 y 1930 del Código Civil y por aplicación indebida los artículos 1609 y 1882 ibídem, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

En su desarrollo, en el cual para nada se refiere a los posibles errores de derecho, hace consistir los de hecho en:

a) que en las sentencias del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y de la Corte Suprema de Justicia, pronunciadas en el anterior proceso de resolución del contrato recogido en la Escritura pública número 1129, del 28 de marzo de 1952, calendada el 23 de mayo de 1958 y el 18 de marzo de 1960, respectivamente, en la relación de los hechos constitutivos de la causa petendi que la primera de éllas hizo, aparece que el 29 de abril de 1952 la compañía compradora exigió a la vendedora la entrega del inmueble objeto de la compraventa; que el 29 de mayo siguiente ésta le manifestó a aquélla la imposibilidad en que se hallaba para satisfacer su petición, por cuanto proseguía un proceso contra terceros ocupantes, "hecho del cual tuvieron conocimiento los compradores al tiempo de la venta"; que en escrito del 25 de junio del mismo año, la compradora le exigió nuevamente a la vendedora la entrega del lote y éste, en su respuesta, le reiteró la causa por la cual no podía atender a su pedimento, manifestándole además que, "en caso de que ustedes no puedan esperar o se perjudiquen con la no entrega hasta que se termine el juicio, nosotros no queremos perjudicarlos, así que podemos anular la escritura de venta devolviéndoles el valor pagado por ustedes y sus respectivos intereses"; que el 8 de julio siguiente la sociedad compradora cubrió el primer contado del precio para el cual se pactó plazo, no obstante lo cual el 26 del mismo mes "la sociedad compradora promovió un juicio contra la compañía vendedora para que se declarara la resolución del susodicho contrato de compraventa por la falta de entrega del lote vendido; que de este primer juicio de resolución del contrato desistió la sociedad compradora por motivo de la disolución de la compañía vendedora".

De los anteriores hechos —continúa el censor— que constan en un documento público como lo es una sentencia judicial, se deduce (i) "el motivo fortuito por el cual la sociedad vendedora no pudo hacer la entrega del lote inmediatamente después del contrato", del cual tuvo conocimiento la sociedad compradora; y (ii) que ésta, con el pago del primer contado mencionado purgó la mora de la sociedad vendedora. Ahora bien: como el Tribunal "no vio ni

tuvo en cuenta lo expuesto en la referida sentencia, que fue llevada como prueba a los autos, incurrió en un ostensible error de hecho que lo condujo a violar el artículo 1882 del Código Civil, por aplicación indebida, "ya que en las circunstancias expuestas la entrega del inmueble no podía efectuarse inmediatamente después del contrato ni la compañía compradora podía exigirla mientras no concluyera el juicio contra el tercero ocupante";

b) (i) Las copias del proceso ejecutivo —sigue diciendo el recurrente— adelantado por Joaquín Negret Velasco contra J. Nepomuceno, Manuel Bolívar y Miguel A. Ordóñez R., traídas a éste como prueba, dan cuenta de que el lote en cuestión fue embargado y secuestrado; que entonces estaba enmalezado; que no tenía cercas; que nadie formuló oposición; que tal secuestro se levantó luego; y que el lote fue entregado a los tres mencionados Ordóñez R., por el Inspector de Policía de Cali, "quienes lo declaran recibido de conformidad".

El Tribunal —concluye el impugnante— vio estas piezas pero se dedicó "a dilucidar si la entrega del lote de que ellas dan cuenta es la que debió hacer la sociedad vendedora a la compañía compradora, o si la suple, para llegar a la conclusión de que tal entrega no es la que estaba obligada a efectuar la compañía vendedora. Esta conclusión, que es una simple interpretación de las piezas mencionadas, no oculta ni desvanece el ostensible error de hecho en que incurrió el fallo al no ver ni tener en cuenta que el secuestro del lote se practicó sin la oposición de los señores Carbonari, que luego de levantado dicho secuestro fue entregado el mismo lote a tres de los comuneros Ordóñez, coposeedores del inmueble con los otros dos copartícipes, y que ésto significa y deja ver que los nombrados Ordóñez eran entonces y continuaron siendo los poseedores en común del referido lote y que éste ya les había sido entregado o ellos habían entrado a poseerlo sin oposición de nadie, que para el caso da lo mismo. Las piezas tomadas del mentado juicio ejecutivo prueban que los poseedores del lote embargado y secuestrado y vuelto a entregar a los Ordóñez, eran estos señores y que en consecuencia dicho inmueble ya les había sido entregado y se hallaba en su poder. Esto fue lo que no vió la sentencia, incurriendo así en una palmaria contraevidencia, que la condujo a quebrantar por aplicación indebida el artículo 1882 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 1546 y 1930 ibídem. El cuento de que el demandante en este proceso señor Carbonari, amenazó y lanzó del lote a los dependientes de los comuneros Ordóñez, carece de toda comprobación en este proceso y no infirma ni desvirtúa el hecho de que los demandados eran y siguieron siendo los poseedores del lote".

(ii) La inspección judicial practicada en el proceso no puede demostrar, como lo dice el Tribunal, según el censor, la falta de entrega del lote por parte de la sociedad vendedora a la compañía compradora, puesto que élla demuestra, únicamente, la situación del inmueble en esa fecha y no en la de promoción de este proceso, "y por cierto que la misma acta dice que el lote se hallaba desocupado, cubierto de maleza, que en él no había edificaciones ni cultivos ni cercas por tres de sus costados. Lo que acredita de una parte que el inmueble no estaba en poder del demandante Carbonari y que sí se hallaba a la sazón abandonado, culpa era de los señores Ordóñez, quienes lo habían recibido y lo poseían desde mucho antes de 1961. La inspección judicial no demuestra la supuesta falta de entrega del lote, y el fallo, al sostener lo contrario, incurrió en un ostensible error de hecho que, en concurrencia con los demás que alego, lo condujo a incurrir en la infracción de las normas legales que he señalado";

c) "En sentencia de tres de mayo de 1957 (LXXXV-2181-68) sostuvo la Corte Suprema que la excepción **non adimpleti contractus** que consagra el artículo 1609 del Código Civil —continúa diciendo el recurrente— opera y es oponible cuando se impetra el cumplimiento del contrato, pero no cuando lo que se pretende es la resolución de éste. Reconozco que la doctrina de la honorable Corte ha autorizado por lo general oponer la excepción nombrada a los casos de resolución del contrato, pero sucede que esta tesis no constituye un dogma inconfutable y que en verdad no se

aviene con el texto de la norma citada, que se refiere de modo expreso al cumplimiento y no a la resolución de lo pactado. En estas circunstancias no resulta ser un desacierto jurídico la doctrina expuesta en el fallo que he citado.

Tiene por el contrario la ventaja de no congelar los litigios en que, como en el caso presente, se declara probada la excepción dicha respecto de ambos contratantes y en espera de que uno de éstos resuelva sacrificar sus pretensiones. Tal congelación no constituye en modo alguno una solución jurídica, sino un medio de rehuirla y de agravar la situación de los contratantes.

"Prohijando la tesis sostenida en la referida sentencia de 3 de mayo de 1957, estimo que la sentencia acusada ha violado el artículo 1609 del Código Civil, por aplicación indebida, consistente en admitir y declarar probada la excepción *non adimpleti contractus* frente a la acción resolutoria que en este proceso ejercita el demandante Carbonari. Tal precepto no es aplicable en este caso de resolución de un contrato, de manera que la sentencia impugnada, al darle aplicación en esta especie, no hizo sino quebrantarlo. Me explico mejor: el fallo incurrió en el error manifiesto de hecho de admitir y tener por probada la excepción de contrato no cumplido en este caso en que se pretende por el demandante, no el cumplimiento, sino la resolución del contrato, y tal error lo llevó a violar el artículo 1609 del Código Civil, por aplicación a un caso no gobernado por él, y también a quebrantar los artículos 1546 y 1930 ibídem, por falta de aplicación, es decir, por no haber decretado la resolución impetrada frente al incumplimiento de la convención por parte de los demandados".

Se considera:

16. En el mismo orden en que el censor fundamenta su impugnación, estudiará la Corte el cargo:

a) Ciertamente, en la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 13 de marzo de 1958, cuya copia se trajo a este proceso como prueba por el demandante, en su parte considerativa se relacionaron los hechos constitutivos de la causa petendi, tal como el demandante de entonces narró en su demanda, dos de los cuales hacen relación al conocimiento que se dice tuvo la sociedad compradora, o sus causahabientes, del "motivo fortuito" que le impidió a la vendedora entregar materialmente el lote "inmediatamente después del contrato", como lo manda el artículo 1882 del Código Civil para el caso en que no se haya señalado por los contratantes fecha al efecto; pero de ahí no puede deducirse, como lo sostiene el recurrente, que esa relación sea suficiente para demostrar que la compradora conocía dicho motivo con anterioridad a la celebración del contrato: en primer lugar, porque la historia que hacen las sentencias de los hechos expuestos por la parte demandante en un proceso, no conlleva el que éllos sean evidentes, por demostrados, situación que se define en el análisis probatorio posterior, que en el dicho proceso no se hizo, ignorándose entonces si en realidad la sociedad compradora conoció de antemano la imposibilidad de entrega por parte de la vendedora: en segunda, porque la compañía compradora, al dar contestación al escrito demandatorio en su respuesta al hecho 3º, dijo que "no estaba obligada a esperar el lanzamiento de ocupantes o colonos, pues no se le advirtió que el terreno estuviese como lo estaba mucho antes de la venta, poseído por colonos dueños de mejoras" (se subraya), lo que indica que no aceptó la afirmación de la demandante, que ha debido entonces probarla, lo que no aparece demostrado en el documento citado por el censor; en tercero, porque la compañía compradora, al contestar el hecho 8º de la demanda incoativa de ese proceso, en el que los demandantes afirmaron que al efectuarse la venta la sociedad vendedora le advirtió a la compradora "que había pendiente una acción judicial para obtener la desocupación del lote objeto de la venta por el tercero que lo ocupaba", manifestó que tal afirmación era "falsa", es decir, que también negó el hecho que, como el anterior, no aparece demostrado por quien estaba obligado a hacerlo; y, por último, porque la declaración hecha por la sociedad vendedora en la Escritura pública número 1129, como el Tribunal lo puso de presente, según lo cual "ha tenido la pose-

sión material (del lote) de manera pacífica sin interrupción alguna", corrobora las consideraciones precedentes. De manera que el Tribunal no interpretó mal, ni menos arbitrariamente, al no comulgar con conclusión igual a la del recurrente, el documento mencionado; como tampoco puede afirmarse que con el pago del primero de los contados de la parte del precio para la cual se pactó plazo "se purgó la mora de la sociedad vendedora" porque para que así fuese hubiérase requerido manifestación afirmativa expresa —que no la hubo y que antes bien aparece la contraria— y porque al proceder así la sociedad compradora lo que hizo fue someter su conducta a los términos del contrato.

b) (i) Aunque el razonamiento del Tribunal, en cuanto a que la entrega del lote a tres de los comuneros demandados por parte de funcionario comisionado y dentro de un proceso laboral totalmente independiente de éste, en el cual no intervinieron ni la sociedad vendedora, ni sus causahabientes, no constituye la entrega exigida por el artículo 1882 del Código Civil no es desacertada, débese tener en cuenta que, aún en el caso de que lo fuese, en el evento de autos lo que sucede es que, como lo dice el ad quem, esa entrega no se hizo "en la forma y tiempo debidos", es decir, de acuerdo con lo pactado porque no habiéndose señalado en el contrato una determinada fecha para llevarla a cabo, ha debido hacer "inmediatamente después" de su celebración, sabido es que las normas legales se entienden incorporadas en las convenciones. De manera que, aún en el evento de que la entrega hecha por el inspector de policía de Cali a solo tres de los comuneros demandados se considerase como hecha por la compañía vendedora a todos los causahabientes de la compradora, élla no se llevó a cabo en el tiempo debido porque se efectuó el 3 de marzo de 1961 cuando ha debido hacerse el 28 de marzo de 1952.

(ii) La inspección judicial constató que el lote estaba enmalezado cuando se practicó (21 de febrero de 1929) y que carecía de cercas, cultivos, etc.; es decir, que estaba prácticamente abandonado. Reflexión del sentenciador fue que, si los demandados lo hubiesen estado poseyendo, sus condiciones serían diferentes; vale decir que tomó este hecho como indicio corroborativo de que los demandados no lo habían recibido materialmente, ni lo poseían tampoco. Deducción que no es arbitraria, por una parte; y por otra, que está dentro de las facultades de apreciación de los hechos indicativos por los falladores de instancia, intocables en casación a menos de que apareciese, demostrado un protuberante error de hecho, que no es el caso; el fallador encuentra que el indicio favorece la causa de los demandados y el censor que opera en favor del demandante; es decir, que respecto a la diligencia en mención caben dos interpretaciones, por lo cual debe descartarse el error de hecho, como repetidamente lo tiene dicho esta corporación. Por otra parte, estando demostrada la no entrega con otras pruebas, como se dejó dicho atrás, el error del Tribunal en este punto, de existir, sería intrascendente.

c) Evidentemente, en la sentencia dictada por la Corte el 3 de mayo de 1957 se dijo lo que el recurrente anota; pero esa tesis ha venido siendo revaluada permanentemente y sin vacilación, no encontrándose motivos suficientes para variar la posterior orientación jurisprudencial. Así, en sentencia calendada el 9 de junio de 1971 (CXXXVIII, 379/80) se dijo lo que sigue:

"La doctrina expuesta en sentencia del 3 de mayo de 1957, que el Tribunal transcribe y en la cual se funda para despachar favorablemente las súplicas de la demanda, está rectificada por la Corte en varias sentencias posteriores. Acaso la más elocuente de éstas es la siguiente, dictada el 12 de marzo de 1961, en uno de cuyos apartes se dijo: 'la acción resolutoria favorece en realidad al contratante que ha ejecutado o se ha allanado a cumplir sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento aunque éste obedezca a la impuntualidad del otro contratante, caso en el cual lo que sucede es que la mora de una parte purga la de la otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción mientras subsista esa mora recíproca. Así se desprende de la inteligencia y aplicación de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil' (G. J. Tomo CVI. Nº 2271, pág. 209). En el mismo sentido se pronunció esta Sala en otras sentencias, como las de fechas 2 de septiembre (G. J., Tomo CVIII, Nº 2273,

pág. 262), 28 de octubre (aún sin publicar) y 2 de noviembre (aún sin publicar), todas de 1964.

"Sin embargo, no sobra volver sobre este asunto, de notable interés dentro del campo del derecho civil.

"Conforme al artículo 1546 del Código, 'En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios'.

"Dos son los requisitos para la prosperidad de tal acción: a) Que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo.

"a) El primer requisito consiste en 'no haberse cumplido la obligación' o 'haberse cumplido imperfectamente' o 'haberse retardado el cumplimiento' (artículos 1613 y 1614 del Código). Incumplir una obligación es no pagarla culpablemente en la forma y tiempo debidos. La culpa del deudor se presume siempre de su falta de pago (inciso tercero del artículo 1604 ibídem). Para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios es indispensable que el deudor demandado esté en mora (artículo 1615 ibídem).

"b) El segundo requisito estriba en que el contratante que pide la resolución del contrato no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones (CXXXIV, 181).

"Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria, los cuales confirman la tesis anteriormente explicada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral 'en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado' (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces 'podrá el otro contratante (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorgan o reconocen. 'Tal caso', al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se hayan cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanádose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas.

"No puede, pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución del contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento".

Estando demostrado, como se dejó dicho, que el demandante Carbonari, como causahabiente de la sociedad vendedora, no había cumplido (porque se sucede a una persona en sus derechos y obligaciones) con su deber de entregar el inmueble vendido a la sociedad compradora, carece de la acción de resolución y, por tanto, las conclusiones del ad quem al respecto no son equivocadas, ni arbitrarias, ni contraevidentes.

El cargo es, pues, impróspero.

Recurso de la parte demandada-recurrente

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formalízanse en él dos cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que a pesar de conducirlos el recurrente por distintas vías, los fundamentos en que los basa son de igual naturaleza; por lo cual, la Corte, los estudia conjuntamente. Tales cargos son:

17. Primero. En éste se le acusa de haber violado, indirectamente y como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas, los artículos 1603, 1605, 1608, 1609, 1880, 1882, 1546 y 1930 del Código Civil, por falta de aplicación, y 1929 ibídem, por aplicación indebida.

En su desarrollo, y después de un extenso y erudito estudio, propio de las instancias, manifiesta el censor, en cuanto a las normas que señala como inaplicadas por el ad quem, que en la Escritura número 1129, del 28 de marzo de 1952, que tantas veces se ha mencionado en el curso de esta providencia, no se fijó una determinada fecha para que la compañía vendedora cumpliera con su primordial obligación, como es la de entregar materialmente a la compradora el inmueble objeto del contrato; en consecuencia, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1882 del Código Civil, esa fecha no podía ser otra que la del

28 de marzo citado, o sea "inmediatamente después del contrato", según allí se dice. Como así no sucedió, la vendedora incurrió en mora y, consecuencialmente, la compradora "quedó en situación libre de mora frente a su vendedora". La prueba mal apreciada por el fallador, según el recurrente, fue la propia demanda introductoria del proceso, en donde el demandante confiesa que su antecesora, la sociedad vendedora, no efectuó la entrega del lote vendido a la compradora.

Por otra parte, sostiene el impugnador que la compañía compradora no estaba obligada a pagar las tres cuotas restantes del precio para cuya solución gozaba de un plazo, porque la vendedora, como se dijo y demostró, no había cumplido con la obligación de entregar, estando aquella lista a pagar dichos contados en caso de que ésta le entregase el lote, que es la forma como debe ser interpretado el artículo 1609 del Código Civil, al que el Tribunal le hace decir cosa distinta porque confunde el allanamiento a cumplir con el pago efectivo, que son fenómenos totalmente diferentes.

De lo anterior concluye el impugnante que también se han violado, por el concepto arriba indicado, las demás disposiciones que cita: el artículo 1603, porque al no haberse entregado el bien objeto del contrato, no procedió la sociedad vendedora de buena fe; el 1605, porque tratándose de una obligación de dar imponíase tal entrega; el 1608, porque se partió de la base de que la sociedad compradora estaba en mora, no estándolo de acuerdo con lo que se dejó dicho en el párrafo anterior. Y los 1546 y 1930, por cuanto estando demostrado, con la misma demanda incoativa del proceso, que la compañía compradora había cubierto el contado inicial y la primera cuota de la parte del precio para la cual se pactó plazo, por una parte; y por otra que no estaba obligado a pagar las tres cuotas restantes hasta tanto obtuviese que se le hiciese la entrega del inmueble comprado, tenía pleno derecho para solicitar la resolución del contrato, como lo hizo el demandado Marco T. Ordóñez R., en su contrademanda.

En lo que hace a la violación del artículo 1929 del Código Civil, dice el censor que el ad quem lo aplicó indebidamente por cuanto confundió los fenómenos de pago, directo o por consignación, con el allanamiento al pago; que el artículo 1609 ibídem exige, para no incurrir en mora, el cumplimiento de la obligación o del allanamiento a cumplirla; que la sociedad compradora optó por esta segunda solución, pero que el tribunal no vio que en la demanda de reconvención se había ofrecido el pago, es decir, se había manifestado estar en disposición de hacerlo, en lo que consiste el allanamiento, como se desprende de la exigencia que en la sentencia se hace del pago efectivo como única manera de habilitar al comprador para el ejercicio de la acción de resolución.

18. Segundo. Acúsase en este la sentencia por violación directa de los artículos 1602, 1603, 1546, 1882, 1524 y 1609 del Código Civil, por falta de aplicación, y 1908 y 1929 ibídem, por aplicación indebida.

En su desarrollo, dice el recurrente que la argumentación que el tribunal hace para abstenerse de acceder a las pretensiones de la contrademanda de Marco T. Ordóñez R. es fundamentalmente errada, porque:

a) Es verdad que la sociedad compradora no ha pagado el saldo del precio pactado en el contrato cuya resolución se solicita, como que está debiendo las tres cuotas de que habla la cláusula segunda, de lo que el ad quem concluye que está en mora y, por ende, que carece de la facultad de ejercitar la acción impetrada. Afirma el censor que la obligación de entregar el bien era anterior al pago de la parte del precio para el cual se pactó un plazo; luego, según él, mientras tal entrega no se llevase a cabo no estaba la sociedad compradora obligada a efectuar ese pago que, entonces, dependía y depende de que su causa, la entrega, se cumpla. Por tanto, concluye que la compañía compradora, no ha incumplido con su obligación de pagar el precio y puede, válida y jurídicamente, ejercitar la acción de resolución porque su cocontratante sí incumplió con su deber de entregar el inmueble objeto del contrato. De ahí la falta de aplicación de las normas citadas en el cargo;

b) para que el artículo 1929 del Código Civil pueda aplicarse, requiérese que se haya efectuado la entrega del bien, pues de lo contrario mal puede "presentarse la

perturbación de la posesión", de que él habla. Como el Tribunal lo aplicó, no siendo el caso, según lo visto, porque la entrega del inmueble comprado no se ha efectuado, lo violó por el concepto mencionado en la censura.

Se considera

18. De acuerdo con la síntesis que de los cargos se dejó hecha en los dos numerales anteriores, tres son las razones por las cuales el censor estima que el Tribunal violó las normas en éllos citados, a saber:

a) que los causahabientes de la sociedad compradora no están obligados a pagar la totalidad del precio, es decir las tres cuotas insolutas del mismo, puesto que la sociedad vendedora no ha cumplido por su parte con el deber de entregar el bien objeto del contrato, como se demuestra con la misma demanda incoativa del proceso, que el fallador no vio, no pudiendo entonces calificárselos de incumplidos;

b) que si así no fuese, en la contrademanda propuesta por el demandado Miguel A. Ordóñez R., se ofreció el pago del saldo del precio, que tampoco vio el Tribunal; es decir, que se allanaron los causahabientes de la sociedad compradora a cumplir con su obligación de pago. Pero que el fallador no vio este ofrecimiento o allanamiento por la equivocación en que está de que para gozar de la acción de resolución debe el demandante, en este caso el comprador, demostrar haber cumplido por su parte con la obligación de pagar la totalidad del precio, sin tener en cuenta para los mismos efectos, la posibilidad del allanamiento a ese pago; y

c) que el artículo 1929 del Código Civil, requiere, para que su aplicación sea exacta, que el comprador esté en posesión de la cosa, lo que no sucede en el caso de este pleito; por tanto, la aplicación que de tal norma hizo el sd quem fue indebida.

En el mismo orden propuesto, procede la Corte a referirse a estos tres razonamientos de la censura, anticipando que el sentenciador sí vio y analizó, sin falsearlas en ningún sentido, como se verá después, las demandas principal y de mutua petición, deduciendo del estudio efectuado las conclusiones de su sentencia, por lo cual mal puede configurarse el error de hecho alegado por el recurrente. A pesar de lo anterior, que sería suficiente para denegar el primer cargo, éntrase a tratarlo en su integridad.

a) El Tribunal, como aparece dicho en la parte final del numeral 15 anterior, sobre el particular expresó que del artículo 1609 del Código Civil surge claramente "la conclusión de que si una de las partes incumple el contrato y la otra quiere ejercitar el derecho de que se viene hablando, es preciso que aparezca, obviamente, que ésta ha cumplido los compromisos estrictamente derivados del contrato o se ha allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos haciendo a un lado indiferente la conducta de la otra parte, esto es, sin reaccionar o ejercer represalias en lo más mínimo, porque en tal emergencia surge ipso facto la excepción non adimpleti contractus". Este concepto tiene amplio apoyo en la doctrina de la Corte, como se deduce de la sentencia transcrita en lo pertinente en la letra c) del numeral 16 anterior que repite en este aspecto la sentada en la del 12 de marzo de 1964, en la que se dijo ésto:

"La acción resolutoria favorece en realidad al contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir con sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento, aunque este obedezca a la impuntualidad del otro contratante (se subraya), caso en el cual lo que sucede es que la mora de una parte purga la de la otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción mientras subsiste esa mora recíproca. Así se desprende de la inteligencia y aplicación armónicas de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil" (CVL, 208). Jurisprudencia ésta, por lo demás, que refuerza lo que se dijo en el cargo anterior sobre el cambio de la doctrina contenida en la sentencia del 3 de mayo de 1957, puesto que hace referencia, expresamente, a la acción de resolución y no a la de cumplimiento del contrato.

b) El censor está en un error en la crítica que en este punto le formula el Tribunal, porque éste en su sentencia en realidad no dijo ni exigió que para tener aptitud para demandar la resolución del contrato por incumplimiento por parte del vendedor, de su obligación de entregar, el

comprador demandante debía haber pagado el precio de la negociación para demostrar su cumplimiento, sin admitir que con el allanamiento a pagarlo era suficiente para tener dicha aptitud. Lo que el fallador dijo, ciertamente, como de ello se dejó testimonio en la letra b) del numeral 16 anterior, fue que no está demostrado en el expediente el pago por consignación, alegado por los demandados y contrademandantes en este proceso que, de estarlo, habría establecido "la mora accipiendi de la sociedad vendedora y su causahabiente a título particular del señor Pablo Carbonari como sucesor singular de dicha sociedad para purgar la mora solvendi en que había incurrido la sociedad compradora y así impedir las consecuencias futuras". Es decir, no exigió como requisito necesario para la viabilidad de la acción el de que la compradora hubiera pagado la totalidad del precio, despreciando u olvidando lo dispuesto sobre allanamiento a ese pago; se limitó a afirmar que no se había demostrado el pago por consignación alegado por los demandados en su defensa, lo que es bien distinto por cierto.

El Tribunal, ciertamente, da el allanamiento al pago toda su virtualidad como no podría ser de otra manera y como aparece del aparte de sus sentencias transcrito arriba: "... el artículo 1609 del Código Civil da a los contratantes en los contratos bilaterales la facultad de allanarse para evitar la mora...", dice enfáticamente. Lo que sucede es que agrega que el pago debe hacerse "en la forma y tiempo debidos", y que el ofrecimiento o allanamiento de pago hecho en la demanda de reconvención no reune esta condición "sine qua non", siendo procedente recordar que de tal escrito del acreedor a recibirlo, para acomodarse a esta disposición y para no incurrir en mora (Art. 1608, ordinal 1º C. C.) ha podido recurrir al pago por consignación, no contradice la disposición del inciso 1º analizado, que en consecuencia no fue violado, como lo afirma el censor. Puede suceder que el criterio del Tribunal no esté expresado con plena y absoluta claridad: pero su conclusión sobre el tema es exacta.

No prosperan, pues, los cargos.

20. Al finalizar su sentencia, dice el Tribunal que como el contrademandante Otoniel Ordóñez R. no está legitimado en la causa, en virtud de no ser adjudicatario del inmueble objeto del contrato de compraventa cuya resolución es la meta de este proceso, debe declararse inhibido para fallar sobre sus pretensiones; y, efectivamente, así procedió como consta en la resolución tercera de su sentencia. Aunque ninguno de los recurrentes en casación tocó el punto, teniendo en cuenta que el fin primordial de este recurso es el de unificar la jurisprudencia nacional, como lo pregona el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil; y aunque no pueda modificarse la sentencia recurrida en el punto en virtud del principio de la no reformación en perjuicio, la Corte rectifica la doctrina del Tribunal y, al efecto, transcribe la jurisprudencia que de tiempo atrás viene rigiendo sobre el particular y no encuentra razón válida para modificar.

"3. Aunque por lo dicho, el cargo de violación del artículo 494 del Código Judicial no prospera ésto no obsta para que en el ámbito doctrinal se le apunte al sentenciador el desacierto en que incurrió al haber proferido fallo inhibitorio con fundamento en la falta de legitimación en la causa de la parte demandante puesto que siendo ésta un requisito para pronunciamiento de sentencia de fondo favorable a aquélla y no un presupuesto procesal, su ausencia trae como consecuencia un fallo adverso a la pretensión del actor y no a una decisión inhibitoria, supuesta la constitución regular de la relación jurídico procesal. Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causen consiste en 'la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)'. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista Italiano y la Corte hablen de "acción" no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, ésto es como el Derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de 'De-

recho' de 'pretensión', que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio, sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél; como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.

"4. Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de interés que surge entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo de las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para hacer parte o demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional, cuya característica más destacada es la de ser definitiva" (CXXXVIII, 364/65).

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 31 de marzo de 1975, de que se ha venido haciendo mérito.

Sin costas en virtud de la rectificación doctrinaria y por cuanto se compensan entre los dos recurrentes.

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

NULIDAD DE LA PARTICION

Efectos de su declaratoria; procedimiento; cómo integrar el contradictorio.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 14 de mayo de 1975, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario levantado por Gilma Torres viuda de Restrepo frente a Ramón Restrepo Londoño y otros.

I

Antecedentes

Recaredo Restrepo Sierra casó en primeras nupcias con Juana María Londoño, unión en la cual procrearon a José Luis, Ramón, Pedro Justo, Rafael Gonzalo, María Marta y Juana Francisca Restrepo Londoño.

El 12 de septiembre de 1963 dejó de existir la cónyuge Juana María y dentro del proceso de su sucesión se liquidó la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio, había formado con su marido Recaredo Restrepo Sierra. A éste, en esa mortuoria, se le adjudicaron bienes por valor de setecientos sesenta y un mil seiscientos setenta y seis pesos con noventa centavos ($ 761.676.90), consistentes en la finca rural llamada "El Cortado", que conservó hasta su muerte, y otros bienes muebles.

El 21 de noviembre de 1965, dos años después del deceso de su primera esposa, Recaredo Restrepo Sierra contrajo segundas nupcias con Gilma Torres, matrimonio que se disolvió, lo mismo que la sociedad conyugal formada por el hecho de este segundo enlace, el primero de octubre de 1970, fecha en que falleció Recaredo Restrepo, quien no dejó hijos de su nueva mujer.

Abierto el proceso de sucesión de Recaredo, en el cual se ordenó liquidar también la sociedad conyugal que formara con Gilma Torres, se practicó la diligencia de inventario en la que, sin separar convenientemente lo que era del haber de la sociedad conyugal y lo que constituía la masa herencial, se enlistaron bienes por valor total de $ 2.468.678.05 que, en su mayoría, eran sociales, ya porque fueron adquiridos a título oneroso durante la existencia de la nueva sociedad, ya porque, según su propia naturaleza, tenían la calidad de muebles.

No obstante que de estos bienes la mayor parte eran sociales o al menos en cuantía no inferior a $ 1.083.026.20; en la partición practicada dentro del proceso sucesorio, sin previa liquidación y sin explicación alguna, únicamente se le adjudicaron a la cónyuge sobreviviente, por concepto de su mitad de gananciales, bienes por el exiguo valor de $ 9.570.00.

II

El litigio

1. En demanda presentada ante el Juez Civil del Circuito de Girardota y que fue admitida por auto de 8 de agosto de 1972, Gilma Torres viuda de Restrepo solicitó que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía y con citación de Ramón, Juana, Pedro Justo, Marta, Gonzalo, Rafael y José Luis Restrepo Londoño, se declarase la rescisión por lesión enorme de la partición de bienes practicada dentro del proceso de sucesión de su marido Reca-

redo Restrepo Sierra y, subsidiariamente, que se declarase la nulidad de la partición, a causa de error; pidió además que en uno u otro evento se ordenase rehacer los inventarios y la partición, separando lo que es de la sociedad conyugal de lo que pertenece a la sucesión, y, en subsidio, que se ordene rehacer la partición.

2. Como fundamento de la causa petendi, relató los siguientes episodios que se compendian:

Al morir, Recaredo Restrepo dejó bienes que fueron avaluados en la suma total de $ 2.468.678.05. De estos bienes sólo eran propios la finca rural denominada "El Cortado" y la casa situada en el municipio de Girardota, pues todos los demás, o fueron adquiridos a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio, formó con la demandante, su segunda legítima esposa, o tienen la calidad de muebles aportados al mismo. Los dos inmuebles propios del causante fueron avaluados en $ 1.150.000.00.

A pesar de todo lo anterior, ni en la diligencia de inventario se separaron los bienes que integran el haber de la sociedad conyugal de los que forman el activo herencial, ni en el trabajo de partición se hizo previa liquidación de la sociedad conyugal, como si todo el haber fuera propio del causante.

No obstante ascender a $ 1.083.026.20 o más el caudal líquido de la sociedad conyugal y no empece a que la demandante, por tal razón, tenía consecuencialmente derecho, por lo menos, a la cantidad de $ 541.513.10, por concepto de su mitad de gananciales, a título tal sólo se le adjudicaron bienes por valor de $ 9.570, con lo cual se le causó lesión enorme.

3. Con oposición de los demandados se adelantó la primera instancia, que culminó con sentencia en que se anula la partición por lesión enorme. Contra este fallo interpusieron el recurso de apelación tanto la demandante como los demandados, recurso que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia de 14 de mayo de 1975, por medio de la cual se revocó la de primera instancia y, en su lugar, se denegó la pretensión principal, se acogió la subsidiaria de nulidad de la partición fundada en vicio de error en el consentimiento y se declaró la inhibición "para disponer que se rehagan los inventarios y la partición, así como también para señalar bases".

III

La sentencia del Tribunal

Después de expresar cuál es la causa de hecho y qué pretensiones contiene la demanda, el ad quem manifiesta que el trabajo de partición atacado en este litigio es claramente vulnerable "por muy graves errores", especialmente por "el que se refiere al hecho de haber considerado como bienes propios del causante la totalidad de lo inventariado, excluyendo sólo unas acciones de Tejicóndor enlistadas bajo la partida octava, cuando según lo visto, excluyendo los dos bienes raíces, todo lo demás era patrimonio común de los dos cónyuges y esto se afirma no sólo con fundamento en la presunción consagrada en el artículo 1795 del Código Civil sino también porque según el 1781 ibídem, numeral 4º, los bienes muebles pertenecen a la sociedad conyugal". Y luego de manifestar que "el motivo del error" que cometió el partidor será analizado después, entra en el estudio de la pretensión de lesión enorme y fundándose en que los bienes fueron adjudicados en la partición en el mismo valor que fueron avaluados y en que no existe prueba para afirmar que el justo precio de los mismos sea distinto al de adjudicación de tal manera que se haya incurrido en engaño de más de la mitad, concluye que no existe la lesión enorme, a pesar de que a la viuda se le adjudicó menos de la mitad de lo que le correspondía, por grave error cometido por el partidor.

Acomete enseguida el Tribunal el estudio de la pretensión de nulidad relativa del trabajo de partición y, en síntesis, expresa que cuando el partidor tomó como propios del causante bienes que son indiscutiblemente sociales, cometió error manifiesto que constituye vicio del consentimiento al tenor del artículo 1508 del Código Civil. Que este yerro fue "el motivo para que la partición se elaborase y aprobase". Que al tenor de los artículos 1795 y 1781 del Código Civil y conforme a los inventarios, el activo bruto social asciende a $ 1.318.678,05, por lo cual al considerar el partidor que

este acervo era sólo de $ 19.140 y al adjudicar a título de gananciales a la viuda bienes por valor de $ 9.570, cometió "error manifiesto".

Que la errada creencia de que la sociedad no era dueña de los bienes falsamente considerados como propios "fue el motivo principal o único de la partición y hubo allí vicio del consentimiento". Que, conforme a la doctrina expuesta por la Corte en sentencias de 29 de septiembre de 1935 Gaceta Judicial, tomo 43, página 129 y 28 de febrero de 1936, Gaceta Judicial número 1909, página 533, el error de derecho sí vicia el consentimiento "cuando es el motivo principal o único del contrato" lo cual se afirma para replicar a quien alegue que el recordado error se debió a mala interpretación de los artículos 1781 y 1795 del Código Civil. Que nuestra legislación mira "como error-nulidad el que recae sobre el negocio, sobre la identidad física del objeto y, con más razón, el que se refiere a la causa ineficaz relevada en el artículo 1511".

Pasa luego el Tribunal a dar respuesta a la objeción levantada por los demandados relativa a que el contradictorio no fue debidamente integrado, pues dejaron de convocarse al proceso los legatarios y el albacea. A lo cual replica diciendo que lo pretendido en este litigio "es el aniquilamiento de una partición y no el pago hecho a terceros con algunos bienes relictos"; agrega que una cosa es la distribución de los bienes comunes entre los coasignatarios y otra el pago con parte de ellos a los acreedores"; que los pagos hechos tanto al albacea como a los legatarios con bienes distintos a dinero, constituyen verdaderas daciones en pago de sus créditos, pues, se infiere, ellos no son sucesores del causante a título universal, sino acreedores testamentarios; que, por tanto, la demanda de nulidad recae sobre la partición hecha entre la cónyuge y los herederos, pues la intención de la demandante fue "dejar válidas las daciones en pago de hechas a los acreedores, y que son fenómenos completamente autónomos, aunque se hayan comprendido en un mismo acto".

Para finalizar dice el ad quem que el fallo anulará la partición practicada entre la cónyuge sobreviviente y los herederos de Recaredo Restrepo, pero que no le compete "disponer que se rehaga, porque esa es iniciativa de los comuneros, ni tampoco señalar las bases, porque es propio del juicio mortuorio, donde las discrepancias habrá de resolverlas el funcionario que tales controversias está conociendo".

IV

La demanda de casación

Siete cargos se propusieron en ésta contra la sentencia del Tribunal, de los cuales sólo se estudiarán los cuatro primeros, desde luego que relativamente a los tres últimos, por no haber sido formulados debidamente, en auto de 4 de noviembre de 1975 se declaró desierto el recurso de casación.

Los cargos primero y segundo están montados en la causal quinta; el siguiente, que descansa en la causal tercera, se hace consistir en que la parte resolutiva contiene declaraciones contradictorias; y, finalmente, el cargo cuarto está formulado en el campo de la causal primera, "por violación directa de los artículos 1405, 1508, 1509, 1510 y 1511 del Código Civil, por interpretación errónea de unos y falta de aplicación en otros".

La Corte procederá a desatar en primer lugar los ataques que se hacen consistir en que el Tribunal cometió errores in procedendo, para luego resolver sobre el que estriba en error in judicando. Y como los dos iniciales fúndanse en que el proceso es nulo, se despacharán conjuntamente.

Cargos primero y segundo

Expresa el recurrente que como la sentencia del Tribunal declaró la nulidad de la partición llevada a cabo dentro del proceso de sucesión de Recaredo Restrepo Sierra, con ello revive un proceso legalmente concluído, lo que constituye la tercera de las causales de nulidad contempladas en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Y que, de otro lado, incurrió en los hechos configuradores de las causales segunda y cuarta del mismo precepto citado, pues la declaración de nulidad de la partición ya aprobada, es efecto que solamente era dable conseguir por la vía del recurso extraordinario de revisión, vale decir que

fue ese recurso lo que se tramitó en la práctica"; que como las sentencias dictadas por los jueces de circuito son revisables por los tribunales superiores que conocen del recurso de revisión en una sola instancia, resulta que el juzgado de Girardota carecía de competencia para conocer de este proceso, que en el fondo fué de revisión; y que como este recurso tiene un trámite propio y se siguió el del proceso ordinario, entonces se cayó en nulidad por haberse seguido un procedimiento distinto del que legalmente corresponde.

En el cuerpo del segundo cargo expresa la censura, en síntesis, que como lo pedido en la demanda introductoria del proceso "fué la anulación de la partición", debían haber sido convocados no solamente los herederos, sino también los distintos legatarios y el albacea, quienes derivan sus derechos del trabajo de partición, pues no es posible declarar nula la partición relativamente a los asignatarios a título universal y dejarla válida respecto a los asignatarios a título singular. Que por la naturaleza de la acción de nulidad, la cual es inescindible, existe litis consorcio pasivo necesario entre todos los copartícipes o coasignatarios a quienes la nulidad de dicha partición puede causar perjuicios, motivo por el cual el contradictorio no podía quedar debidamente integrado mientras no se produjera el llamamiento de los legatarios y el albacea, quienes no fueron traídos al proceso. Dice el recurrente que entendió que en la demanda se ejercitó la acción rescisoria de la partición por lesión enorme, pero que como el Tribunal la interpretó en el sentido de afirmar que lo pedido no era rescisión por lesión, sino la nulidad de la misma por error, "ya no resulta factible dejar por fuera a ninguno de los partícipes por ser todos sujetos de la relación atacada, para tener solamente a unos de ellos como demandados, ya que en este caso cambia la naturaleza de la acción y al unificarse por la vocación de la demanda, fuerza la integración del contradictorio con todos los partícipes. Esto porque no resulta posible el pronunciamiento de mérito por parte escindible para cada sujeto, dado que se ataca el acto uno y todo por virtud de lo cual la decisión necesariamente abraza a todos, citados o no al proceso. Así la presencia de todos los partícipes se hace inexcusable. De otro modo, la relación jurídico procesal queda incompleta e inhibe la decisión de fondo sobre ella". Y más adelante expresa "frente a una partición cuya nulidad es demandada, integran el contradictorio todos los que de esa partición derivan la concreción de un modo de adquisición, no importa cuál sea su título (heredero, legatario, cónyuge, acreedor, albacea o comunero). Tampoco representa al causante la cónyuge y sin embargo fue reconocido su interés en la acción, a título de partícipe. Y el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil ordena al juez integrar de oficio el contradictorio cuando falta por concurrir algún litis-consorte necesario. Oportunidad que ocurre en la primera instancia y queda precluída con ella, porque en adelante sigue gravitando como causa de nulidad del proceso. No es sino ver que la sentencia acusada declara nula la partición o el trabajo de partición, después de reconocer que en ella son partes personas no traídas al proceso, que por tanto vendrían a sufrir las consecuencias sin haber intervenido en él como era debido y no por su voluntad. Es que la controversia en ese caso es de intereses ya singularizados y personalizados en cada uno de los partícipes, por efecto del modo social y del modo sucesoral, y la legitimación por pasiva no corresponde a un sujeto representado por varios herederos, como se ha querido identificar, sino a tantos sujetos como en la misma partición cuya nulidad se pretende, han figurado. Los herederos no representan, una vez liquidada la partición, interés alguno distinto del propio".

Y para rematar el cargo, el impugnador alega; "cuando se trata del litis-consorcio necesario, la indivisibilidad y la inescindibilidad de la situación jurídica impide una distinta solución para los varios sujetos que en ella concurren, como observa Guasp. Este es el índice que ha de marcar su existencia. El que ha de mirar el fallador antes de hacer pronunciamiento de mérito. En este caso era de advertir desde la entrada que la partición no podía ser nula con respecto a unos y válida en relación con otros, y menos para terminar declarándola nula en forma impersonal, vale decir erga omnes. Y el proceso ha debido ser suspendido hasta cuando el contradictorio hubiera sido integrado lo que hace

que al no haber ocurrido esa suspensión (Art. 170 numeral 3º, inciso 3º del C. de P. C. y Art. 83 inciso 3º, id.), cayó desde la sentencia de primera instancia en la causal 5ª de nulidad del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

"Finalmente me permito anotar que en el litis-consorcio necesario o forzoso todas las partes vinculadas a la relación son afectadas por la deficiente citación, a diferencia de lo que sucede en el litis-consorcio voluntario, en el que solamente pueden considerarse interasadas las personas que, debiendo haber sido citadas para que la sentencia pudiera producir efecto contra éllas, no lo fueron y sin embargo el proceso las afecta. Y es porque en este último caso la situación de los notificados no se altera o desmerece, siendo como es la causa de cada uno singular, por la falla de llamamiento, como no varía la de uno de los que intervienen en el proceso porque otro de los litis-consortes opcionales confiese, debido a que la prueba en la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma solamente puede ser alegada por la persona afectada (Art. 155, inciso 3º), no está limitando la denuncia al no ser notificado sino que comprende a todos los que por tal hecho resultan afectados. En el litis-consorcio necesario, al desquiciar la falla de citación todo el proceso, vienen a quedar integrados también los que fueron notificados. Porque si el contradictorio ha debido ser integrado desde la admisión de la demanda, mediante la orden de citación a todos los partícipes, la actuación posterior fue nula, si se atiende al inciso 2º del numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil".

La Corte considera

1. Es claro que cuando el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil establece en su número 3 que el proceso es nulo cuando el juez revive el que ya legalmente había concluido, se está refiriendo a los casos en que tal suceso ocurre por la simple voluntad del juez, sin apoyo en un precepto legal, más no cuando tal episodio es la natural consecuencia de una providencia judicial cimentada en un claro precepto de la ley. Por tanto, si un coparticipe, apoyándose en que el artículo 1405 del Código Civil permite demandar la nulidad de la partición llevada a cabo dentro del proceso de sucesión, promueve la correspondiente demanda y sale airoso en su pretensión, sería despropósito marcado afirmar que, en tal hipótesis, se ha incurrido en la causal de nulidad del proceso contemplada en el artículo 152-3 del Código de Procedimiento Civil, pues en tal evento el proceso ha revivido como efecto del ejercicio justo de un derecho y no como consecuencia de un abuso del Juez, quien, por tanto obra, secundum ius y no contra la ley. El efecto propio de la nulidad de la partición es volver las cosas al estado que tenían antes de realizarse el acto cuyo aniquilamiento se decreta.

2. Descaminado anda el censor también cuando arguye que la nulidad de una partición sucesoria sólo puede obtenerse mediante el seguimiento del proceso a que da nacimiento el ejercicio del recurso extraordinario de revisión, pues si el artículo 1405 precitado estatuye que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, es lógico que tal resultado debe buscarse a través del proceso ordinario, según las reglas generales del procedimiento. Basta leer la demanda introductoria del proceso para aseverar que allí no se invoca ninguna de las causas que dan pie al recurso extraordinario de revisión y que, por el contrario, se ejercita la acción rescisoria ya con fundamento en lesión enorme, ya con base en error. De lo cual se deduce que el juzgado del circuito y no el Tribunal Superior, era el competente para conocer de este proceso.

3. Asiste plena razón al recurrente, por el contrario, cuando afirma que la acción de nulidad de la partición es inescindible y que, por tanto, deben ser llamados al proceso todos los que derivan derechos del trabajo de partición, porque, como lo ha aceptado la Corte, es un contrasentido jurídico que un mismo acto sea válido para unos y nulo para otros, lo cual podría presentarse en el caso de que, versando el proceso sobre acto jurídico cuya naturaleza impi-

de resolver el mérito sin la comparecencia de todas las personas que intervinieron en dicho acto, no se hubiera dirigido la demanda contra todas las que intervinieron en la partición, cuya nulidad se pide.

El proceso, sin embargo, no está afectado de nulidad, pues cuando el contradictorio no se integra cabalmente en primera instancia, al juzgador de segunda no le es lícito integrarlo sino declararse inhibido para fallar el mérito de la causa por falta de un presupuesto procesal: el de demanda en forma. De otro lado, como el ad quem interpretó la demanda introductoria del proceso en el sentido de que la nulidad invocada en ella se refería no a todo el trabajo de partición, pues no se atacó lo concerniente a las adjudicaciones hechas al albacea y a los legatarios para pagarles sus créditos contra la sucesión, el contradictorio quedó bien integrado. Mientras el recurrente no desquicie esa conclusión del Tribunal, la sentencia en el punto es intocable.

Finalmente, como razón definitiva para rechazar los dos cargos por nulidad, conviene precisar que el recurrente no está legitimado para invocar nulidad consistente en falta de llamamiento al proceso de personas distintas de sus representados y que la no citación de aquellas no generaría vicio tal, sino que su efecto sería el de inhibir al Tribunal de segunda instancia para dictar sentencia de mérito.

Cargo tercero

Afírmase como basamento de este ataque, que la sentencia contiene, en su parte resolutiva, declaraciones y disposiciones contradictorias. Que el Tribunal declaró la nulidad de la partición por vicio de error en el consentimiento y simultáneamente se declaró inhibido para disponer la rehechura de los inventarios y la partición, así como también para señalar bases para la refacción.

Arguye el censor que "consiste la contradicción en que habiendo declarado nula la partición de modo de cercenar la última parte del proceso sucesorio, no la repuso conforme a su criterio, para rectificar el error en que se base la decisión, sino que la remitió a un nuevo proceso 'divisorio' o 'mortuorio' no susceptible de ser revivido. Lo que al resultar imposible, ciega los derechos de todos los partícipes, incluso los de la demandante, por carencia indefinida e insalvable del acto partitorio, si es que se cumple el fallo recurrido, o sea que se cae en la 'inutiliter data' de que habla Chiovenda si no se cumple.

"Más claramente: si anulaba total o parcialmente la partición no podía declararse inhibida para reformarla, porque de existir el motivo inhibitorio para la reforma, a fortiori existiría también para la nulidad. Y porque no siendo separable la causa (nulidad) del efecto(reforma), al pronunciar aquélla y negar ésta, incurrió en una antilogía que esteriliza la situación jurídica a resolver, lo que hace que en este momento resulte imposible saber qué queda y quién y cómo lo ha de hacer.

"Y es contradictoria porque sin declararlo, implícitamente supone que se revivirán procesos legalmente concluídos para que en ellos se produzcan los efectos que el mismo fallo niega; y porque asumiendo la competencia para la decisión sobre la nulidad impetrada, se la sacude para la definición de las consecuencias.

"Es también contradictoria la sentencia porque haciendo consistir el 'error en el consentimiento' en que uno de los partícipes 'ha sido comprendido en la partición con una fracción inferior a la que le es atribuída por la ley', inferioridad que juzga excedente de la mitad de lo que le correspondía, niega la declaratoria de la rescición por lesión enorme por no haberla hallado probada, en tanto que la resucita como error de consentimiento, camino por el cual niega en el primero y segundo numerales resolutorios lo mismo que declara en el tercero y absuelve a los demandados por la misma causa por la que los condena, simplemente llamándola con distinto nombre".

La Corte considera.

De un supuesto errado parte el recurrente, pues sostiene que el Tribunal al dictar sentencia en que se anula la partición practicada dentro del sucesorio de Rosario Restrepo Sierra, estaba en la obligación "de reponerla conforme a su criterio". Nada más equivocado, pues la sentencia de nulidad pronunciada en proceso ordinario,

no podría completar el trámite de un proceso de sucesión que, por efecto de la nulidad decretada, fue retrotraido al punto de rehacer el trabajo partitivo. Muy claramente dijo el Tribunal que la sujeta materia de un proceso de nulidad de la partición hecha dentro de una causa mortuoria es el aniquilamiento, total o parcial, del trabajo de división, más no el rehacerlo, asunto que compete al respectivo partidor, a solicitud de los interesados, dentro del proceso sucesorio correspondiente, con lo cual no se incurre, como antes se expresó, en la causal de nulidad consistente en revivir procesos fenecidos ya.

Sobre la causal tercera de casación la Corte ha expuesto su doctrina así:

"La causal alegada, o sea la tercera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, semejante a la contenida en el mismo ordinal del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, pero con supresión de su parte final que la condicionaba a que la contradicción subsistiera 'a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración' de la sentencia. Sobre la cual tiene dicho la doctrina que requiere que en la parte resolutiva del fallo aparezcan disposiciones notoriamente contrarias, o sea, que hagan imposible la operancia simultánea de ellas, como si una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y otra el pago, circunstancias que, como se deduce de la exposición del cargo no se dan en el caso sublite".

Por tanto, se rechaza el ataque a la sentencia.

Cargo cuarto

Se levanta en el campo de la causal primera y se hace consistir en que el Tribunal incurrió en "violación directa de los artículos 1405, 1508, 1509, 1510 y 1511 del Código Civil, por interpretación errónea de unos y falta de aplicación en otros".

Alega el recurrente que "al calificar la diferencia cuantitativa como un error nulidad, el fallo interpretó impropiamente el inciso 1º del artículo 1406 y sus referentes 1510 y 1511 del Código Civil, e inaplicó el inciso 2º del artículo 1405 del Código Civil y sus concordantes 1946, 1947 y 1949 del Código Civil". Que "el fallo acusado asimila las diferencias cuantitativas que sustentarían en los contratos de venta y permutación la rescisión por lesión enorme, el error-nulidad, fuertemente impresionaba la Sala por la lectura de tratadistas franceses que lo llevan a concluir: 'Mírese que nuestra legislación trató como errores-nulidades (sic) el que recaiga sobre el negocio sobre la identificación física del objeto, y, con más razón, el que se refiere a la causa ineficaz relievada en el artículo 1511', para añadir que 'además, últimamente en la misma Francia viene tratándose de establecer el error como vicio del consentimiento en los actos partitivos' y después de citar algunos proyectos de reforma del Código Civil galo, termina por asentar que 'significa ello que los juristas de aquel país ya se han percatado sobre la existencia de algunos defectos no sancionados por otros medios que el error-nulidad'. Y después de afirmar con énfasis que 'indudablemente aquí no hubo error en la sustancia ni en las calidades esenciales', para distinguir con el artículo 1511 del Código Civil esos errores del que exista en cualquier otra calidad, pasa a decir que 'sí lo hubo en el motivo para que la partición se elaborase y aprobase de la manera referida'. Desenvolviendo lo cual asienta más adelante que 'eso equivale a sostener que por sustancia debe entenderse todo lo que sea motivo determinante del consentimiento' (subrayas ajenas). De manera que, arrimando un párrafo a otro aparece que según el fallador, 'aquí no hubo error en la sustancia ni en las calidades esenciales', pero sí hubo error en la sustancia, todo dicho dentro del mismo considerando V de la sentencia". Que por esto interpretó y aplicó erróneamente los artículos 1405 y 1511 del Código Civil.

Luego dice el censor: "el error sobre la cuantía es indiferente, mientras no se rompa groseramente el equilibrio que hace conmutativo el negocio, porque entonces se configura el enorme engaño sancionado por la ley. El fallo, negando hacerlo, aplicó a la partición las normas del artículo 1511 del Código Civil, para desatar por ellas un caso en que a su entender lo adjudicado es inferior a la mitad de lo que justamente correspondía recibir a la de-

mandante en la partición de gananciales, según los términos de la misma demanda, que está contemplado en los artículos 1946, 1947 y 1949 del Código Civil, en esa forma también inaplicados y violados directamente.

"No puede hablarse del error como causa falsamente en la partición, como hace el fallo. Otra cosa es que se haya incurrido en error en la ejecución de la partición, pero la causa de dicho acto es la indivisión, la existencia de una comunidad que debe ser liquidada. Esa es su esencia y sobre ella no pudo haber error. El trabajo de partición no sirve para definir situaciones o derechos. Según el artículo 1387 del Código Civil, antes de procederse a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad, etc. Y por referencia del artículo 1832, se aplica análogamente esta norma a las controversias sobre derechos de sociedad conyugal".

Y después de citar sentencia de la Corte (G. J. Nº 1933, pág. 127), en que se sostiene que la adjudicación a un coasignatario de bienes que no son de la sociedad conyugal, no lo autoriza para demandar su nulidad, y que la partición no se invalida porque se hayan inventariado y adjudicado bienes que son de la sociedad, el censor remata así su alegación: "En resumen; si el inciso 2º del artículo 1405 del Código Civil señala que la rescisión por lesión enorme se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota", no puede interpretar el Juez que quien a su entender ha sufrido ese perjuicio puede demandar la nulidad por error en la sustancia. Es un error cuantitativo que se confunde con la causa de la lesión enorme, no cualitativo. De otro modo habría que interpretar que todo desequilibrio en el valor de las prestaciones en el contrato o en la partición se traduce en un error en la sustancia. Con mayor razón si el artículo 1511 define qué ha de entenderse por error en la sustancia y a él se refiere el artículo 1405 al extender la nulidad de las particiones a las reglas de los contratos en esa misma materia".

La Corte considera

1. Por cuanto el recurso de casación no da origen a una nueva instancia del proceso, en que la Corte pudiera entrar libremente a analizar todos los temas debatidos en las instancias precedentes, y por cuanto en el recurso extraordinario el campo de estudio que se abre para aquella es sólo el que determine en su demanda el censor por imperarlo así el principio dispositivo, resulta claro que las sentencias recurridas en casación llegan aquí protegidas por la presunción de acierto. El fallo que ingresa a la Corte ha de considerarse, pues, acertado no sólo en la aplicación del derecho, sino en el examen y valoración del material probatorio, por lo cual, la sentencia recurrida se hace intocable en esta superioridad en aquellas partes que no fueron combatidas por el recurrente, y aún en las que lo fueron, pero con resultado desfavorable. Conclusiones que haya sacado el Tribunal, entonces, si no se combaten con fortuna, se imponen a la Corte de tal manera que no puede modificarlas. Para que una conclusión del ad quem permita ser variada en el recurso extraordinario de casación menester es que sea controvertida por el censor y que su ataque salga victorioso. De otro modo, esa conclusión tendrá que ser respetada por la Corte, en virtud de que los fallos atacados en casación vienen revestidos de la presunción de legalidad; se reputan acertados.

2. Como quedó expresado en el extracto que atrás se hizo de la sentencia del Tribunal, éste fundó su declararación de nulidad en que el consentimiento estaba viciado por el manifiesto error de haber considerado que todos los bienes inventariados, con excepción de 660 acciones de Tejidos El Cóndor S. A., eran bienes propios del causante, siendo que todos, con excepción de los dos inmuebles enlistados, eran bienes sociales; que al tenor de los artículos 1781, 4º y 1795 del Código Civil, ingresan al haber de la sociedad conyugal, en principio, y se presumen pertenecerle a ella, toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, no obstante lo cual, erradamente, contrariando lo dispuesto en los artículos 1781 y 1795 precitados, se creyó que el activo social ascendía a $ 19.140 valor de las 660 acciones de Tejicóndor, siendo que,

aplicando los preceptos mencionados, subía $ 1.318.678.05. El Tribunal estimó que este error fue el motivo principal o único para que se hubiera realizado la partición en la forma que ahora se impugna, por lo cual, aún en el caso de considerarse que existió error de derecho, habría vicio del consentimiento por ser él el motivo principal que indujo a aceptar la partición así elaborada.

Si estas fueron en el punto debatido las conclusiones del Tribunal, es claro que, según la doctrina antes expuesta, ellas se imponen a la Corte, se hacen intocables, mientras el recurrente no las combata eficazmente. Y basta leer el cargo que se despacha para concluir que el censor olvidó mover su impugnación en este campo. Ni siquiera mencionó como infringidos los artículos 1781 y 1795 del Código Civil, principales fundamentos del fallo, ni mostró su inconformidad contra la conclusión del Tribunal en que éste acogió la existencia del error padecido por la demandante, yerro que fue la causa o motivo determinante de que asintiera a una partición que a todas luces está reñida con la realidad y que aparece hecha a espaldas de los preceptos legales, con detrimento manifiesto de los derechos de la demandante.

Por tanto, este último cargo no prospera.

A mérito de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 14 de mayo de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario levantado por Gilma Torres viuda de Restrepo frente a Ramón Restrepo Londoño y otros.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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 Arisa, Secretario General.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

Concurrencia de culpas.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 28 de mayo de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario instaurado por Félix Santos Quesada frente a la empresa "Transportes Rápido Tolima S. A." y otro.

I

El litigio

1. Mediante libelo de 6 de junio de 1973, que en repartimiento correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, el citado Félix Santos Quesada demandó a la referida entidad de transportes "Rápido Tolima S. A." y a Salomón Machado González, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que los demandados son solidariamente responsables de los perjuicios de diverso orden, ocasionados al demandante con motivo del accidente causado por el bus de placas D7-4823, número 359, el 14 de mayo de 1973 en el sitio "La Piragua", sobre la carretera que de Armero conduce a Lérida;

b) Que, consecuencialmente, se condene a los citados demandados a pagar solidariamente a su demandante los daños sufridos por éste como consecuencia del accidente referido, los que estima en la suma de $ 273.800.00, que discrimina así: por daño emergente $ 120.000.00, y por lucro cesante $ 173.800.00; y

c) Que igualmente se les condene, también solidariamente, al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como causa petendi de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en los siguientes:

a) Que aproximadamente a las 6 y 40 minutos de la mañana del día 14 de mayo de 1973, el bus marca "Dodge", de placas D7-4823, de propiedad del demandado Machado González, afiliado a la empresa de transportes "Rápido Tolima" y conducido por Gustavo Rodríguez, a la altura del sitio llamado "La Piragua" en la carretera que de Armero conduce a Lérida, arrolló un lote de ganado vacuno de propiedad del demandante que éste, con previa licencia del alcalde de este último municipio y por intermedio de cuatro vaqueros, conducía de su finca "La Vitrina" a la denominada "García", también de propiedad suya;

b) Que la causa determinante fué, expresa el peticionante en el hecho 3º de su demanda, "la imprudencia del conductor que imprimió altísima velocidad al vehículo en sector urbano del municipio de Lérida, al pretender adelantar a otros dos vehículos del mismo tipo y de la misma empresa que conducían un convoy militar, al parecer porque en él viajaba el oficial comandante de la misión";

c) Que las consecuencias del referido accidente fueron la muerte inmediata de varias reses que integraban la recua, y la "inutilización de otras que fue preciso sacrificar sin que fueran beneficiadas econó-

micamente en su totalidad por prohibición de las autoridades".

Asevera el demandante que, en suma, fueron doce los animales sacrificados, que discrimina así: "Un (1) toro cebú rojo de alta selección: seis (6) vacas lecheras de alto mestizaje cebú; un (1) becerro, un (1) ternero, dos (2) terneras y una (1) novilla, igualmente de alto mestizaje";

d) Que, inmediatamente después de ocurrido el accidente, las autoridades de tránsito de Armero conocieron de él, pero "tomaron información muy fragmentaria de las pérdidas, ya que cuando se hicieron presentes y abandonaron rápidamente el sitio de los hechos no había ocurrido el sacrificio forzoso de los animales que quedaron con graves fracturas"; y

e) Que también el Juzgado Promiscuo Municipal de Lérida adelantó una muy completa investigación de los hechos.

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda los demandados se opusieron a las pretensiones de su demandante; y en cuanto a los hechos en ella alegados los negaron, salvo los atinentes a la ocurrencia de la colisión y a la propiedad del automotor, los cuales sí aceptaron.

Afirmaron que el accidente no se produjo por descuido del conductor del bus, sino por "IMPRUDENCIA, NEGLIGENCIA E IMPREVISION en grado sumo por parte del propietario de los semovientes señor Félix Santos Quesada y de los vaqueros que sólo eran tres, número insuficiente para conducir el gran volumen de reses que en su totalidad eran 91, porque se trataba de 45 vacas paridas y un toro".

Añadieron los demandados que también hubo, de parte del demandante, inobservancia de las prescripciones legales regulativas del tránsito de animales por carretera, porque, aseveran, "a cualquiera le es dado prever, que una cantidad de 91 reses no pueden ser conducidas en ningún momento por tres vaqueros, sin que se corra el riesgo de no poderlas controlar en un momento dado, y más tratándose de vacunos de diferentes edades".

En esa misma oportunidad la sociedad demandada, a intento de justificar su oposición a la demanda, expresó que "también está constituída como causa del accidente, el CASO FORTUITO que constituyó el hecho que cuando el conductor señor Gustavo Rodríguez Ospitia, tuvo necesidad de accionar los frenos en forma súbita e instantánea, el aludido sistema de frenos del automotor se descompuso. El paro intempestivo fue obligado a que los otros dos vehículos-buses que hacían parte de un convoy militar, tuvieran que detener igualmente su marcha en forma súbita, porque el ganado del actor en forma desbandada ocupaba la calzada en su ancho".

4. A su vez, en esa misma oportunidad procesal, el demandado Salomón Machado González formuló contra su demandante demanda de reconvención, en la cual deduce las siguientes pretensiones:

a) Que Félix Santos Quesada, como dueño del ganado a que se viene haciendo alusión, está obligado a pagar al contrademandante, propietario del bus de placas D7-4823, los daños que éste sufrió con motivo de la colisión ocurrida entre el automotor y la recua de reses en la fecha referida;

b) Que la indemnización reclamada debe comprender también el lucro cesante, "en proporción al promedio rendido por la Empresa Rápido Tolima S. A., como ingreso mensual producido por un vehículo de esta calidad"; y

c) Que igualmente se condene al contrademandado a pagarle las costas procesales.

5. Seis afirmaciones de hecho constituyen la causa petendi de esta demanda de mutua petición las cuales, en su gran mayoría, son sustancialmente iguales a las que se citaron como fundamento de la principal, por lo cual la Corte da por reproducido aquí el resumen que de ellas se hizo atrás, y procede a sintetizar los hechos que son propios de la presente, así:

Que la conducción del lote de ganado vacuno, compuesto de 91 cabezas y dirigido solamente por tres peones, se hacía sin llevar "distintivo de peligro que evitara accidentes de tránsito"; que la forma "dispersa y desordenada como estaba distribuído el ganado en la zona carreteable", hizo imposible para el conductor del bus evitar la colisión; que, como resultado de ésta, el automotor sufrió daños materiales por valor de $ 30.000.00, los que para su reparación necesitaron cuatro meses, durante los cuales el propietario sufrió un lucro cesante equivalente a $ 48.000.00, o sea a razón

de $ 12.000.00 mensuales, "que es el promedio de renta producido por un vehículo como el accidentado".

6. Con aducción de pruebas de todos los litigantes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 6 de noviembre de 1974, mediante la cual declaró la responsabilidad solidaria de los demandados en la acción principal; los condenó, en consecuencia, a pagar al demandante la suma de $ 43.000.00 como valor de cuatro semovientes muertos, más el equivalente al lucro cesante, cuya determinación ordenó liquidar por el procedimiento legal respectivo; absolvió al contrademandado de los cargos formulados en la demanda de reconvención; e impuso a los litigantes vencidos las costas procesales.

7. Por virtud de apelación interpuesta contra esa providencia tanto por el demandante como por la empresa demandada, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el que, en fallo de 28 de mayo de 1975, desató los recursos de alzada confirmando la sentencia apelada.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de resumir el desarrollo del proceso, aparte en el cual relaciona los medios probativos que el demandante adujo con su demanda inicial y alude a las pruebas que solicitaron los litigantes, las que "conforman los cuadernos 2 y 3 del expediente", advierte el Tribunal que en la demanda principal el actor deduce la pretensión indemnizatoria de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, concretada a los daños que le ocasionó el accidente de tránsito ocurrido el 14 de mayo de 1973 en las proximidades de Lérida, "cuando el bus de placas D7-4823 arrolló determinado número de vacunos" de su propiedad.

2. Y luego de observar que la causa petendi relatada en la demanda, fue "aceptada parcialmente por la contraparte y de dicha aceptación se infiere, al igual que de otros elementos de juicio, que tanto la parte demandante como la demandada son los sujetos a quienes recíprocamente vincula la relación de hechos", sitúa éstos en el plano del ejercicio de una actividad peligrosa, para regirla por la preceptiva legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil, dado que, dice el ad quem. "La causa generadora de responsabilidad es el manejo de vehículos automotores, la que ha sido tomada como el prototipo de tal actividad".

Tomando dicha deducción por punto de partida, con citas jurisprudenciales asevera el sentenciador que en los supuestos de daños causados con motivo del ejercicio de una actividad peligrosa, para la reparación debida, la víctima sólo tiene que probar la ocurrencia del hecho dañoso y los perjuicios que de éste emanaron porque en tales casos, para el autor de aquél hay presunción legal de culpabilidad, de cuyos efectos sólo puede liberarse demostrando que el acontecer dañoso ocurrió por fuerza mayor, por caso fortuito o por la intervención de un elemento extraño.

3. Descendiendo al caso que es materia del presente litigio, estima el ad quem probados en el proceso los siguientes hechos:

"a) El acaecimiento del accidente en las primeras horas de la mañana del 14 de mayo de 1973 en el sitio referido y aceptado por las partes;

"b) Como secuela de dicho accidente-embestida del bus contra el lote de ganado vacuno en plena carretera aparece un daño o perjuicio en el patrimonio económico del actor quien es el propietario de los animales muertos;

"c) Una culpa, o error de conducta en el desempeño de la actividad de transporte, de mucho riesgo, que se presume radica en el conductor del vehículo, a menos que a dicha presunción la destruya la comprobación de lo fortuito o la intervención de terceros; y

"d) La relación de causa a efecto existente entre el suceso y su resultado, merced a que las reses que perecieron no lo fueron por ocasión del ejercicio de actividad distinta a la denunciada en la demanda y a la cual también se refiere su contestación y también la demanda de mutua petición".

4. Al punto emprende el juzgador de segundo grado las razones exculpativas es-

grimidas por los demandados en su contestación a la demanda.

Y así, refiriéndose a la primera, la que éstos hicieron consistir en que era deficiente el número de tres vaqueros para conducir correctamente una recua de ganado vacuno compuesta por 91 cabezas, dice el sentenciador que tal hecho "no da lugar para estimarlo como el motivo preponderante del arrollamiento, toda vez que el conductor del bus ha debido percatarse del peligro que se le presentaba para de inmediato aminorar la velocidad, si realmente se lo permitía también la distancia que guardaba ante los otros buses que iban delante de él".

En relación con las aseveraciones de los demandados atinentes a que el ganado, por su número, se conducía en forma dispersa y desordenada por la pista carreteable, y a que el permiso del alcalde de Lérida era deficiente, no las encuentra justificadas el sentenciador.

Para desecharlas, se apoya en el testimonio de José Sanit Lázaro Tovar, "pasajero del bus accidentado quien afirma que, por haber ocupado asiento en los puestos delanteros pudo darse cabal cuenta de que la carretera en su carril izquierdo, se encontraba ocupado por el lote de reses, lo cual significa, sin lugar a mayores elucubraciones (sic), que la conducción de los semovientes dichos, se efectuaba normal y ordenadamente en virtud de que el ganado se movía por el carril derecho de la vía que de Lérida conduce a Armero y el bus viajaba en vía contraria, es decir de Armero a Lérida. Igualmente, —continúa el Tribunal— es evidente que el permiso otorgado por la alcaldía municipal de Lérida para el transporte, no motorizado, del ganado por la arteria central carreteable aludida, provenía de la autoridad encargada de hacerlo, según les está atribuída esta facultad a los Alcaldes e Inspectores de Policía por expresos mandatos del régimen policivo departamental y habida consideración también de que el paso por esa carretera era obligado para el dueño de los semovientes, como único camino posible para arribar a su finca a la cual tenía que necesariamente conducir el rebaño de su propiedad".

Añade la sentencia que la sorpresa de la presencia del lote de ganado, que adujo el conductor del vehículo como imposibilidad para evitar la colisión, "se devuelve contra el motorista debida a la comprobada gran velocidad con que impulsaba la máquina, lo cual dió origen a la incursión del bus en la zona ocupada por los vacunos y que no era la suya, tal como ha quedado establecido por medios esencialmente objetivos. Además el conductor no observó la previsión y la prudencia que sí guardaron los conductores de los vehículos que le adelantaban, lo cual también se demostró".

Tampoco encuentra el sentenciador justificado el caso fortuito que alegaron los demandados, y que hacen consistir en "la descomposición del tren de frenos del bus como secuela de la frenada intempestiva y brusca, frente al lote de ganado", porque, asevera el Tribunal, "en primer lugar, no existe la prueba técnica de la falla mecánica la que no se amerita por simples declaraciones de personas neófitas en la materia, las más de las veces, y en segundo término, se sabe que el automotor era conducido a velocidad mayor a la permitida en ese trayecto de la vía donde ocurrió la embestida; lo que en últimas vino a ser la causa real del siniestro y que viene a explicar suficientemente porqué la máquina penetró al lado izquierdo de la carretera por donde transitaba, en sentido contrario al lote de reses".

5. Conclusión de todas sus consideraciones es, para el Tribunal de Ibagué, la de que la demandada no pudo infirmar la presunción de culpa que por el ejercicio de una actividad peligrosa gravita sobre ella, puesto que, dice, no logró demostrar que el hecho dañoso ocurrió por culpa de la víctima, "ni la intervención de causas extrañas y menos la fuerza mayor o el caso fortuito, lo que indica que debe responder por los daños y perjuicios derivados de su conducta arrojada e imprudente".

III

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la empresa demandada. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil la recurrente formula contra dicho fallo dos

cargos, que la Corte entra a considerar y despachar en conjunto por cuanto sus fundamentos son sustancialmente similares.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de quebrantar los artículos 2341, 2356 y 2357 del Código Civil "por interpretación errónea, de la cual se desprendió un yerro evidente de hecho en la apreciación de la prueba, que a su turno desembocó en un nuevo quebranto de aquellas normas: el artículo 2356 por aplicación indebida y los artículos 2341 y 2357 por falta de aplicación".

2. En desenvolvimiento del cargo asevera el censor que la jurisprudencia colombiana, frente a las actividades denominadas peligrosas, ha admitido la presencia de un régimen conceptual y probatorio, según el cual se prescinde "por completo del factor culpa para circunscribir la figura y el debate al ámbito del daño y de la relación causal entre la actividad dada y aquél"; pero que, no obstante esto, se ha aceptado también un tratamiento propio para los casos en que el accidente genera daños para todos los participantes, cuando estos se hallan en el ejercicio de actividades similarmente peligrosas.

"De manera que, —asevera el impugnador— para la aplicación del régimen especial conforme a la interpretación del artículo 2356, en primer término, es preciso que la actividad del demandado haya sido peligrosa en sí y con relación a los hechos; en segundo lugar, que sea la única de esa índole, pues si la víctima a su turno practicaba otra análoga, el problema se trasladará al régimen común (Art. 2357); y en tercer término ha de mostrarse aquella actividad como causa única del daño, para la responsabilización total del mismo, dado que si ocurre con un factor fortuito o con la coparticipación de la víctima habrá una atenuación de la condena, como corresponde al reparto de la causalidad que puede llegar hasta la absolución, dentro del examen del nexo causal".

Proyectando sus razonamientos a la sentencia que censura, dice el impugnante que en ella el Tribunal no tuvo presentes los lineamientos propios del régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, "en cuanto omitió toda consideración y análisis acerca de si había habido o no daños para ambas partes, de si la actividad del supuesto autor y responsable era peligrosa frente a la víctima dentro de las circunstancias específicas, y de si la víctima de su lado también adelantaba entonces una actividad que dentro de esas mismas circunstancias pudiera considerarse peligrosa para el imputado".

Añade que el sentenciador se limitó a decir que un autobús en movimiento es el prototipo de actividad peligrosa, pero no cayó en la cuenta de que eso es así "solamente en el supuesto de que quien se muestra como damnificado estuviera obrando con propiedad, dentro de su campo legítimo, y sin que de su parte se generara un riesgo especial concurrente. Pues de no ocurrir las cosas así, el tratamiento y la decisión tienen su órbita propia en el sistema general prevenido en el artículo 2341, o han de ser despachadas con la reducción, que puede llegar a la exclusión, de responsabilidad, como lo prevé el artículo 2357". Que la aplicación del régimen propio de las actividades peligrosas, según el alcance que la doctrina ha dado al artículo 2356, requiere que el demandado se encontrara en una de ellas y la víctima en una ordinaria y normal, para que ésta se vea dispensada de demostrar la culpa del supuesto agente, y él no pueda obtener la absolución sino con la prueba del elemento extraño.

3. Concretando el error de hecho que endilga al Tribunal, dice el censor que aquél vio las pruebas que acreditan que por orden del demandante se trasportaban a la hora que ocurrió el accidente "un lote de 91 reses, 45 vacas con sus respectivas crías y un toro, por la carretera central de Armero a Ibagué"; pero que dejó de ver en dichas pruebas las cuales discrimina, "algo protuberante e inocultable: Que el transporte de ganado suelto por carretera por donde transitan vehículos de distinta clase, genera riesgos mayúsculos, es de por sí una actividad peligrosa, y que en las circunstancias concretas del accidente lo era específicamente... Y, que habiendo sido materia de regulación especial el tránsito de animales dentro del Estatuto Nacional de Tránsito (Decreto 1344 de 1970), allí luego de una prohibición de la presencia de

animales sueltos en las vías públicas (Art. 158), se autoriza la movilización de ganado vacuno, pero bajo la vigilancia y con las seguridades de policía, siempre por la izquierda y lo más cerca posible al límite de la zona de la carretera".

4. Rematando la formulación del cargo, afirma el recurrente que si el Tribunal hubiera captado íntegra y acertadamente la situación fáctica, "habría examinado la conducta del actor y habría palpado en ella una actividad peligrosa, y por lo tanto, no habría ubicado el caso dentro del régimen del artículo 2356, sino enclavado en el artículo 2341". Y que en tal entendimiento le habría exigido al demandante la demostración de la culpa del demandado, en vez de descargarlo de tal prueba.

Cargo segundo

1. Con éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 2341 y 2357 del Código Civil, y el texto 2356 ejusdem por aplicación indebida, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el ad quem en la apreciación de las pruebas.

2. En el inicio de la sustentación de esta censura, asevera el recurrente que el sentenciador se limita a decir que la causa real del accidente fue la velocidad excesiva del automotor, pero sin dar ni "el menor asomo de explicación" de tal aserto, o de enunciar los medios de prueba que lo justifiquen.

Y luego de recordar que según la teoría de la responsabilidad, cuando quiera que no aparezca el nexo causal entre el daño y el hecho imputado al autor de éste, "ya porque el actor, a quien de plano corresponde probarlo (Art. 177 C. P. C. y 2341, 2356 y 2357 C. C.) no alcanzó éxito en su empeño, o porque el demandado desvaneció la apariencia de autoría que se cernía sobre él, la sentencia deberá ser desestimatoria, y que cuando esa autoría apenas sea parcial, habrá lugar a la reducción de la condena", pasa el objetante a concretar las circunstancias en que, a juicio suyo, ocurrió el accidente.

Expresa al efecto que el haz probatorio practicado muestra que por la citada carretera, en la misma dirección, adelante iba una partida de ganado de 91 reses, conducida por tres vaqueros, cargado hacia la izquierda de la ruta; que habiendo tomado una curva, dos buses se vieron detenidos o hubieron de reducir su marcha al mínimo en razón de que el ganado ocupaba la carretera; que detrás, "y sin que pudiera observar de lejos o a distancia suficiente para evitar la colisión", iba el bus del demandado; que el conductor de este vehículo al tomar la curva, se encontró con los otros dos buses que entonces estaban cargados a la derecha, "de modo que para evitar chocarlos hubo de enrumbarse por la izquierda de la vía, habiéndose encontrado intempestivamente con que adelante toda ella estaba ocupada por el ganado, de modo que hubo de frenar súbita e intempestivamente, sin haber logrado detener la marcha antes de encontrar algunas reses".

Concretando su razonamiento, asevera el impugnador que "en lo que hace a la autoría, procesalmente está demostrado que el rebaño fue causa, por lo menos concausa del accidente; o mejor, que la conducta de conducción del ganado en los términos y forma indicados, de modo que este se encontraba disperso en la vía, al extremo de obstaculizar el paso de dos autobuses que precedieron al que tropezó con él, fue causal del accidente".

3. Pasa luego el censor a criticar la afirmación del Tribunal consistente en que la causa real del accidente fue la velocidad excesiva que llevaba el automotor, la que aquél califica de infundada, gratuita e ilógica; dice, en suma, que ese hecho no está probado en el proceso.

"Ninguna prueba técnica —dice— se practicó para establecer la velocidad deducible de las huellas dejadas por el accidente. Unos cuantos testigos, habitantes del poblado, con prevención manifiesta hacia los conductores de autobuses, y con espíritu favoritista más marcado aún en pro de su amigo, contertulio y dispensador de trabajo, deponen acerca de la velocidad que desea éste hubiere llevado el bus para los menesteres de este proceso. Alguno pudo calcular esa velocidad estando ese taller distante de la carretera; otro desde su atalaya en una tapia; todos estaban a la altura del pueblo, a más de un kilómetro de distancia del sitio donde ocurrió el accidente y en imposibilidad de observar nada

más de trescientos metros de su puesto por causa de la curva próxima".

4. En remate de la formulación de este cargo, dice el censor: "Siendo peligrosa y además culposa la conducta del demandante y no estando demostrada la culpa del demandado, ¿cómo es concebible la condena? Patente queda la aplicación indebida del artículo 2356, y la falta de aplicación de los artículos 2357 y 2341, todos del Código Civil".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Con fundamento en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con una falta suya causa perjuicio a otro está en el deber de reparárselo, la legislación Colombiana consagra, en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, la responsabilidad por los delitos y las culpas.

De acuerdo con dicha normación positiva, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos jurídicamente queda obligado a resarcirlo; y según los principios regulativos de la carga de la prueba, quien en tal supuesto demande la indemnización corre con el deber de demostrar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado, y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquél.

2ª A fin de favorecer a las víctimas de los daños ocasionados en ciertos acontecimientos, la jurisprudencia patria, apoyada en la preceptiva contenida en el artículo 2356 del Código Civil ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de las denominadas actividades peligrosas, porque cuando el hombre utiliza en su propia labor una fuerza extraña, él aumenta la suya y este aumento rompe el equilibrio que antes existía entre el autor del accidente y la víctima. Se coloca así a los demás asociados, por el ejercicio de una actividad de la naturaleza dicha, en inminente peligro de recibir lesión aunque se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige.

El referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se causa en el ejercicio de una actividad peligrosa, se dispensa a la víctima de presentar la prueba, con frecuencia difícil, de la incuria o imprudencia de la persona a la que demanda la reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de ésta por ser élla quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el perjuicio fue la resultante de una culpa exclusiva de la víctima, de una fuerza mayor, de un caso fortuito, o de la intervención de un elemento extraño.

3º Para la aplicación del régimen propio de esta especie de responsabilidad civil, el carácter peligroso de una actividad no puede, sin embargo, tomarse con criterio absoluto, sino relativamente a la naturaleza propia del acto y a las precisas circunstancias en que se realizó. La culpabilidad se presume, sí, pero en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor.

Llevando el razonamiento a sus extremos últimos, podría decirse que todas las actividades humanas son eventualmente peligrosas; pero lo que sí se muestra como indiscutible es que, colocadas dos de ellas como concurrentes en el mismo acontecer dañoso, la una entraña más peligro que la otra, a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal pudiera atribuírse a ésta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento.

Con estricta jurídica no puede afirmarse que la conducción de ganados por una carretera pública entraña siempre y absolutamente una actividad peligrosa: lo es quizás frente a los peatones que transitan la vía y a las cosas que en ella o en sus alrededores se encuentran, tanto más si la recua la integran animales broncos y bravíos; pero si el rebaño está formado por ganados mansos y de dócil manejo, su transporte no es actividad peligrosa, en relación con los vehículos y automotores que corren por el mismo camino.

La circulación de automotores ha creado un riesgo social propio, el cual es preciso atender, estableciendo la responsabi-

lidad de sus conductores mediante la conjunción de los criterios objetivo y subjetivo. Como las normas de tránsito existentes no alcanzan a prever todas las precauciones necesarias para asegurar una circulación exenta de daños a terceros, es preciso que se obligue a los conductores, si aspiran a que se les repute como hombres prudentes, no solamente a viajar a velocidad moderada y a cumplir las demás prescripciones reglamentarias, sino también a estar atentos a los obstáculos de la vía, y aún, cuando ello fuere menester, a extremar sus cautelas para evitar los accidentes.

La velocidad promedio de 50 kilómetros por hora, por ejemplo, que es razonable para una carretera recta, amplia y libre de estorbos, se torna excesiva e imprudente para quien conduce una máquina automotriz por camino curvado, estrecho o congestionado de obstáculos.

Se impone así reconocer la responsabilidad del motorista que viendo obstáculos en la carretera por la cual transita, pero situado a la distancia que le es suficiente para detener la marcha de su vehículo, o cuando menos para reducirla al máximo, no lo hace sin embargo y en la continuación de su carrera ocasiona el accidente.

4º Ciertamente, no son infrecuentes los casos en que un daño resulta de la conjunción de varios acontecimientos. Dícese entonces que todos esos acontecerse son la causa del perjuicio, pero en el sentido de que la ausencia de uno de ellos habría bastado para que el daño no se hubiera producido.

En tales supuestos, empero, para deducir la responsabilidad la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio.

De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la graduación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, por último, tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo.

5ª El acervo probatorio practicado en este proceso (documentos, inspección judicial, testimonios y dictamen pericial), con nítida evidencia muestra que en las horas de la mañana del 14 de mayo de 1973, por orden y cuenta de Félix Santos Quesada cuatro vaqueros, de los cuales tres iban a caballo y uno a pie, con previa licencia concedida por la Alcaldía municipal de Lérida conducían, por ser esa la única vía posible para la mudanza del ganado de una finca a otra, por la carretera que de Armero conduce al municipio atrás citado, 45 vacas con sus correspondientes crías y un toro; que el ganado se conducía por el lado derecho de la vía y que "iba en hilera india o chorriado"; que en cada uno de los extremos de la fila viajaba un vaquero portando una bandera roja para indicar el peligro; que el sitio denominado "La Piragua" está ubicado en la carretera entre las curvas de la quebrada "El Jordán" y la de la entrada a la ciudad de Lérida, separadas éstas por una recta de aproximadamente 300 metros, con suficiente amplitud y visibilidad.

Indica también ese conjunto probatorio que ese día en las horas de la mañana transitaban por la referida carretera, en dirección contraria a la del ganado, tres buses de la empresa "Rápido Tolima" conduciendo personal del Ejército Nacional; que al llegar al sitio "La Piragua" dos de estos automotores que iban adelante, cuando encontraron el lote de las reses, detuvieron su marcha al lado derecho de la vía para permitir el paso de éstas; que el tercero de dicho vehículos no actuó en la misma forma, sino que, en cambio, para evitar la colisión con los que estaban momentáneamente detenidos adelante en su marcha viró hacia la izquierda con tan mala fortuna que chocó contra algunas de las reses, las que como consecuencia resultaron muertas; y que este bus se conducía a excesiva velocidad, o, como lo aseveran los testigos, "iba muy arriado, demasiado arriado".

6ª Si, como se ha aquilatado en consideración precedente, la conducción de ganado por carretera pública no es, en relación con el transporte en automotores, actividad peligrosa; y en cambio éste sí ostenta tal naturaleza, lo pertinente es hacer actuar en la especie de este litigio, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil, y no la descrita en los textos 2341 y 2357 ejusdem.

Y como así lo hizo en el presente caso el Tribunal de Ibagué, se impone concluir que no hubo en la sentencia impugnada aplicación indebida de la primera de dichas normas; ni, por ende, inaplicación de las dos últimas.

Error de hecho manifiesto del sentenciador habría sido, ese sí, que en las circunstancias en que el accidente generador del daño ocurrió, hubiera considerado la actividad del demandante como de mayor o similar peligrosidad a la que, dada su naturaleza, ejercitaba entonces la empresa de transporte demandada en el proceso.

7ª Pero si, contrariamente a lo sostenido en el numeral anterior, debiera la Corte aceptar la tesis del recurrente, y que en esencia consiste en que en el caso sub lite no puede arrojarse únicamente sobre el demandado la presunción de culpa, porque el daño cuya reparación se busca fué la resultante del concierto de dos actividades igualmente peligrosas, habría que decir que la responsabilidad de la empresa demandada también se configura, ante la prueba plena del daño, de la culpa del agente y de la relación de causalidad entre ésta y aquél, aportada al proceso por el demandante, quien además justificó que en el ejercicio de su propia actividad observó la prudencia y diligencia a que estaba obligado.

Los testimonios aportados, y frente a ellos no encuentra la Corte razones atendibles que la conduzcan a restarles credibilidad, demuestran dos hechos igualmente trascendentes para aceptar la responsabilidad civil que en su sentencia dedujo el Tribunal de Ibagué: de un lado, la velocidad excesiva que su conductor imprimió al bus de placas D7-4823, y la falta de prudencia de aquél al traspasar los que se habían detenido adelante; y de otro, el cumplimiento de las perscripciones reglamentarias que los vaqueros observaron en la conducción de los ganados.

Por cuanto el Tribunal vio las pruebas tal y como ellas obran en el proceso, sin alterar su contenido objetivo, fuerza es desechar por inexistentes los errores de hecho que en su apreciación le enrostra el censor.

Los cargos resultan, pues, infundados.

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 veintiocho (28) de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la demandada recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese 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 General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE

Error en la interpretación de la demanda. — Solidaridad en la indemnización por hecho ilícito. — Abuso del derecho.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por las sociedades demandadas contra la sentencia de 17 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por "Hilanderías Medellín S. A.", frente a "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." y a "Sulfácidos S. A.".

I

El litigio

1. Mediante escrito de 20 de agosto de 1970, la citada entidad "Hilanderías Medellín S. A." demandó ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de allí a las sobredichas dos compañías "Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." y "Sulfácidos S. A.", a efecto de que la justicia hiciese las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que las sociedades demandadas "son civilmente responsables por todos los daños recibidos y sufridos por 'Hilanderías Medellín S. A.', en su fábrica de esta ciudad, situada en el paraje de Guayabal, por haber sido causados por los gases sulfurosos que aquélla arroja al aire y que se depositan en las instalaciones, maquinarias, muebles, enseres, equipos y herramientas de la compañía que apodero";

b) Que, consecuencialmente, dichas dos sociedades están obligadas a pagar a la demandante, solidariamente, el valor de esos daños "más los perjuicios de toda índole por ella recibidos y sufridos", los que estimó en suma superior a $ 10.000.000.00; y

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

En subsidio de las anteriores, la demandante impetra las siguientes declaraciones:

a) Que por proceder imprudente y negligentemente, "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A. y Sulfácidos S. A., al arrojar al aire, por sus chimeneas en forma permanente, gases sulfurosos, se las tenga como las entidades responsables por todos los daños y perjuicios ocasionados, recibidos y sufridos por la fábrica completa e instalaciones totales de Hilanderías Medellín S. A., en esta ciudad, por efecto de ellos";

b) Que, como consecuencia, se condene a las dos sociedades demandadas a pagar a la demandante "todos los daños y perjuicios ocasionados por ellas", los que estimó en suma superior a $ 10.000.000.00, "y que por incremento día a día de los mismos, se fijará en la sentencia que decida este litigio o en la actuación separada establecida por el Código de Procedimiento Civil"; y

c) Que "de todos modos" sean condenadas las demandadas al pago de las costas procesales.

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

a) La sociedad demandante "posee sus instalaciones industriales" en un globo de terreno ubicado en el sector meridional de

Medellín, paraje de Guayabal, comprendido dentro de los especiales linderos que la demanda consigna;

b) La fábrica produce hilazas de lana y materias plásticas; y se ocupa además en labores de texturización, que consisten en convertir los filamentos de poliester en hilazas retorcidas para fines industriales;

c) Para el desarrollo de su actividad, la empresa dispone de equipos complejos y valiosos, que comprenden maquinaria en su mayor parte importada, y genera gran cantidad de empleo;

d) No obstante el inmejorable sostenimiento que mantiene en su fábrica, "Hilanderías Medellín S. A.", viene soportando permanentemente, desde hace varios años, la destrucción o avería de sus maquinarias e instalaciones, tales como las de aire acondicionado, red eléctrica, canalizaciones y mobiliario, de modo que todo aquello de naturaleza metálica, que representa el 80% del equipo de la fábrica, ha sufrido progresivo proceso de corrosión y oxidación que obliga a reponerlo constantemente, a costo elevado;

e) Para determinar las causas de esta grave situación la sociedad demandante acudió a los servicios de la Facultad de Ingeniería Química de la Universidad de Antioquia, entidad ésta que, con el concurso de profesores expertos en la materia, efectuó un cuidadoso estudio, consignado luego en el folleto intitulado "Contaminaciones sulfurosas en las vecindades de Sulfácidos S. A.", editado en Medellín en febrero de 1968, en el cual pone de presente que la "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." tiene una planta de producción de ácido sulfúrico, ubicada aproximadamente a 250 metros de la fábrica "Hilanderías Medellín S. A.", planta cuyas chimeneas liberan gases residuales en cantidad de 700 kilogramos diarios de Dióxido de Azufre o Anhídrido Sulfuroso (SO_2), o sea un poco más de una tonelada diaria, causando en ese sector urbano una contaminación ambiental alarmante, representada en 100 miligramos de esa nociva sustancia por cada metro cúbico de aire, cuando la proporción internacionalmente aceptada no excede de 12 a 13 miligramos;

f) Este gas, notablemente agresivo, como que ataca y destruye las superficies metálicas, aunque estén convenientemente protegidas con sustancias cromadas u otras, sale de la planta de ácido sulfúrico por chimeneas "de escasa altura", se propaga de norte a sur siguiendo la dirección de los vientos y alcanzando directamente las dependencias e instalaciones de la entidad demandante;

g) El SO_2 no solamente corroe los metales y las plantas, sino que además afecta y causa lesiones a las personas obligadas a respirar en una atmósfera contaminada por él;

h) Siendo deber de todo productor de ácido sulfúrico utilizar "torres o plantas o sistemas de lavado de gases", para evitar la contaminación del medio ambiente, incurre en hecho ilícito el empresario que deja libre el peligroso SO_2, dando lugar a que cause daño de naturaleza previsible;

i) La "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.", tenía que saber, desde cuando proyectó sus instalaciones, que los gases provenientes de la fabricación que iba a emprender son altamente nocivos, o sea que se trataba de ejercer una actividad peligrosa, que exigía tomar medidas técnicas conducentes a evitar daños a los demás; como así no lo hizo, la citada compañía se ha colocado en "un estado de presunción de culpa civil", que no podrá justificar invocando "culpa de la víctima", ni "hechos de terceros", ni "caso fortuito", desde luego que ninguno de estos fenómenos exoneratorios ha tenido ocurrencia;

j) La misma compañía nada ha hecho para prevenir los daños que ha ocasionado a sabiendas de que los causaría, lo que "hubiere calculado el más negligente administrador"; y, además, engañó a sus vecinos, pues a intento de evitar los daños hizo instalar una planta de lavado de gases que debía funcionar con carbonato de sodio, pero como este producto es costoso, lo puso en operación simplemente con agua, suprimiéndole así toda posible eficacia;

k) En el hecho 13º de su demanda, afirma la demandante que por la causa indicada sufrió, en el año de 1968, los perjuicios que discrimina así:

"Reparaciones locales por efectuar: $ colombianos 2.477.080.00

"Reemplazo de maquinaria inservible: US$ 100.728.00
"Reemplazo de partes defectuosas: US$ ..... 255.696.00";
lo que para entonces por efectos del cambio internacional, arrojaba un total superior a $ 8.000.000.00;

l) Habida cuenta de varios factores, cuales son el aumento de la corrosión determinada por los gases nocivos y el alza tanto del cambio internacional de las divisas como de la mano de obra, equipos, impuestos, transportes, etc., se puede calcular moderadamente que el valor de los daños sufridos hasta la fecha de la demanda alcanza la cifra de $ 10.000.000.00, cuyo incremento ulterior "se determinará en el momento mismo en que se fije la responsabilidad";

m) Desde 1967, la sociedad demandante y otras empresas perjudicadas por la misma causa solicitaron la intervención de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI), a fin de obtener que se suspendiera la emisión de los gases provenientes de la fábrica de ácido sulfúrico, pero las gestiones adelantadas por esa entidad resultaron infructuosas; como resultó incumplido el compromiso de caballeros que celebraron los representantes de las partes ahora en litigio y que no llegó a consignarse en documento, acuerdo conforme al cual "Sulfácidos S. A." haría "todos los tratamientos químicos que fueren necesarios para evitar, a partir de 1968 la expulsión al aire del SO2 derivado de la producción de ácido sulfúrico";

n) Más tarde, en atención a que el problema persistía y aún se agravaba, los vecinos de la fábrica de ácido sulfúrico instauraron ante la Alcaldía de Medellín una "acción de protección de sus empresas", con apoyo en el Código Sanitario Nacional y en el de Policía, que culminó, después de casi tres años con la Resolución número 95 de 6 de agosto de 1970, que ordenó la clausura de "la planta de producción de Acido Sulfúrico en la fábrica de Sulfácidos S. A.", so pena de pagar multas sucesivas de $ 10.000.00 por cada día de retardo; pero no obstante la notificación de esta decisión administrativa, "Sulfácidos S. A. no ha suspendido la producción de ácido sulfúrico" y ha preferido pagar diariamente la multa;

ñ) En inspección extrajudicial practicada en 1968 por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín, con audiencia y citación de "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.", el juez, con el concurso de tres ingenieros químicos en el carácter de peritos, comprobó la mayoría de los hechos de esta demanda, así como el monto de los perjuicios hasta entonces causados a la sociedad demandante; y,

o) "Todo lo que se deja narrado, —dice la demandante en el hecho 1º de su demanda— obviamente se refiere a 'Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.', que fue fundada por Escritura número 1659 de 5 de julio de 1940, que construyó la fábrica en Guayabal y que ha sido la fuente de los daños y perjuicios cuya reparación pretende esta acción judicial; sin embargo una sociedad nueva ha sido creada con el nombre de 'Sulfácidos S. A.', con las mismas oficinas, papelerías, télex y apartado aéreo de aquélla, que usa la misma dirección telegráfica y cuyo personal directivo, forma parte también de la junta que desempeña la misma labor en 'Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.'. Este visible fraude a la ley, pues Sulfácidos era una propiedad de la compañía fundada en 1940, trata de crear un problema a terceros, para que éstos ignoren cuál de esas dos compañías es la propietaria de la fábrica de ácido sulfúrico en Guayabal. Para proteger esta acción, la presente demanda se dirigirá contra 'Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.', representada por su presidente el doctor Hernán Botero Moreno y también, contra 'Sulfácidos S. A.', representada por su presidente don Raúl Jaramillo Mejía, pues se verá en el curso del litigio, cómo ambos han intervenido en el problema, cómo se cruzan sus intereses y cómo se integran en el daño y perjuicio ocasionados y en la obligación que tienen de repararlos; por lo tanto esta demanda debe entenderse como referente a ambas compañías, como sujetos pasivos de la acción".

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda las dos entidades demandadas se opusieron a las súplicas deducidas en ella; en cuanto a los hechos negaron la mayoría.

Concretando su oposición, el representante de la "Compañía Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." expresó que, aunque desconoce los linderos, la entidad demandante "aparece como poseedora de un extenso globo de terreno, situado en el sector sur, paraje Guayabal" de la ciudad de Medellín; que esta sociedad "produce hilazas de lana y otros artículos textiles, pero no puede detallar los procesos industriales en que se ocupa"; que en el sector indicado "hay varias empresas que arrojan por sus chimeneas vapores que contienen anhídrido sulfuroso"; que "la fábrica de ácido sulfúrico que funciona en el sector de Guayabal tiene acondicionamientos que impiden la contaminación de la atmósfera con anhídrido sulfuroso"; que la fábrica de ácido dicho que la mentada sociedad "tenía" se estableció hace 25 años, empleando todos los requisitos que entonces le exigieron las autoridades; y que la resolución de la Alcaldía que le impuso la multa de $ 10.000.00 "fue modificada".

Idéntica respuesta dió al libelo incoativo del proceso el representante de "Sulfácidos S. A.", con sólo dos diferencias fundamentales: niega que dicha sociedad mantenga en las cercanías de la empresa demandante "contaminaciones de anhídrido sulfuroso (SO_2) por encima de las concentraciones permisibles"; y en cuanto al hecho noveno, no niega que su representada está explotando actualmente la fábrica de ácido sulfúrico.

4. Replicada en tales términos la demanda con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 5 de marzo de 1974, mediante la cual resolvió el litigio así:

a) declaró civilmente responsables a las sociedades demandadas de los perjuicios sufridos por la entidad demandante, causados "por los gases sulfurosos que aquéllas arrojan al aire y que se depositan en las instalaciones" de ésta; b) las condenó, en consecuencia, a pagarle solidariamente la suma de $ 4.174.000.00 por concepto de daño emergente, y dispuso que el monto del lucro cesante debería liquidarse en incidente posterior; c) mediante los ordinales 3º y 4º de la parte resolutiva de su fallo, decidió dar por no probadas las tachas formuladas por la parte demandada frente a unos testigos y a los peritos; y d) finalmente impuso a los litigantes vencidos las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por las dos partes contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de haber agotado el trámite de la instancia, incluso la práctica oficiosa de pruebas, en fallo pronunciado el 17 de febrero de 1975, tomó las siguientes decisiones:

a) confirmó los ordinales 1º, 3º, 4º y 5º de la sentencia apelada, o sean los atinentes a la declaración de responsabilidad a cargo de las sociedades demandadas, rechazo de las tachas a testigos y peritos y la condena en costas; b) reformó el ordinal 2º de esa misma parte resolutiva en los siguientes dos sentidos: 1º reducir la condena por daño emergente en un 11%, o sea la suma de $ 459.140.00; y 2º ordenar que al liquidar el monto del lucro cesante se tengan en cuenta "las bases indicadas en la parte motiva de esta sentencia y también una reducción del once por ciento sobre el monto que resultare establecido"; y c) por último, impuso a las sociedades demandadas el 50% de las costas causadas en la segunda instancia del proceso.

6. Contra la sentencia del Tribunal de Medellín interpusieron casación las demandadas, recurso que, por encontrarse debidamente rituado, procede ahora la Corte a decidir.

III

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de compendiar el desarrollo del proceso, en el proemio de su fallo advierte el Tribunal que se impone dictar sentencia de mérito, porque, dice, en el caso sub-judice están establecidos todos los presupuestos procesales y no "se observan irregularidades que puedan afectar la actuación".

2. Asentado por él el anterior postulado, inicia sus consideraciones el ad quem con el análisis del aspecto atinente a la legi-

timación en la causa de la parte demandante, cuya presencia en el proceso la echan de menos las demandadas.

Al punto, después de citar el artículo 2342 del Código Civil, dice que no hay irregularidad alguna, desde luego que según esa norma el derecho a la indemnización por hecho ilícito lo tiene no sólo el dueño de las cosas que han sido objeto del daño, sino también su poseedor, el usufructuario, el habitador, el usuario, y que, "en el caso de autos, cuando menos, estaría acreditado que Hilanderías Medellín es poseedora del complejo industrial que integra la factoría de que habla la demanda y aún los mismos escritos de réplica".

Añade el sentenciador que la disposición del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a identificación de los elementos perjudicados por la acción de los gases, aparece cumplida en la demanda inicial del proceso y, que además, esa no es norma éxactamente aplicable al caso presente, puesto que los bienes de que en aquélla se trata no son "el objeto mismo de la litis".

3. Concretando luego los términos en que, según la demanda y sus respuestas, quedó planteada la controversia, nota que la demandante sostiene que las demandadas son civilmente responsables, en tanto que éstas, apoyadas en el artículo 2357 del Código Civil, lo niegan invocando la culpa de la víctima del daño.

Y así, tomando tales súplicas y réplicas por punto de partida, el Tribunal se dedica a la tarea de ubicar el caso controvertido dentro del ámbito del derecho civil, encontrando que se trata de un supuesto de responsabilidad directa por el ejercicio de una actividad peligrosa, contemplado por el artículo 2356 ejusdem.

Asevera, además, que "como se ha insinuado a lo largo del debate que la responsabilidad de las compañías demandadas" se funda también en las teorías del riesgo creado, de las relaciones de vecindad y del abuso del derecho es pertinente examinarlas y a ello procede en efecto.

4. En cuanto a la del riesgo creado, el *ad quem*, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, expone los fundamentos jurídicos de dicha teoría; y de sus pertinentes consideraciones concluye: "Como se colige de la anterior posición doctrinaria, nuestra jurisprudencia, con argumentos irrebatibles, no sólo ha rechazado categóricamente la teoría de la responsabilidad objetiva sino que ha reiterado una vez más la tesis de la responsabilidad que no deja de lado la valoración ético-jurídica de la conducta humana".

Amparado en esta conclusión, vuelve el sentenciador de segundo grado a ubicar el caso debatido dentro del panorama de la responsabilidad por actividad peligrosa, que encuentra regulado por el artículo 2356 *ibidem*. En abono de su deducción, invoca doctrina y jurisprudencia conforme a las cuales del daño causado en el ejercicio de actividades de ese linaje se presume la culpa del agente, por modo que a la víctima sólo le compete probar el daño y la relación de causalidad.

5. Llevadas sus consideraciones a este punto, acomete en seguida el Tribunal la labor de análisis de las pruebas aducidas para demostrar los dichos dos presupuestos, que evidentemente encuentra, con base en ellas, establecidos en el proceso.

a) El daño

En relación con él, pone el juzgador de presente que, según la demanda, el perjuicio cuya indemnización pretende la demandante se hace consistir en "el permanente estado de oxidación y corrosión de la maquinaria, equipos e instalaciones" suyos, señaladamente los de naturaleza metálica, por obra de los gases sulfurosos que emanan de las chimeneas de la fábrica de ácido sulfúrico.

Para dar por establecido este presupuesto el Tribunal, después de citar y comentar ampliamente las normas del Código Ecológico (Decreto Nº 2811 de 1974) y del Decreto número 272 de 1969, de la Alcaldía de Medellín atinentes al concepto de la contaminación atmosférica, pasa a compendiar y analizar los siguientes medios de prueba: el estudio realizado por profesores de la Facultad de Ingeniería Química de la Universidad de Antioquia, cuyas conclusiones comenta ampliamente: el estudio que preparó el Jefe de Salud Ocupacional del Servicio Seccional de Salud de Antioquia sobre contaminación del aire, en el que se precisa que "el principal y más peligroso de los agentes de contami-

nación lo constituye el Dióxido de azufre"; la inspección judicial que durante la etapa probatoria del proceso se practicó en las instalaciones de las sociedades aquí querellantes; los dictámenes periciales de los ingenieros químicos Jaime Posada Valencia y Rodrigo Múnera Osorio; los que rindieron los también ingenieros químicos Gilma Gloria Arenas y Alfonso Franco Jaramillo, con motivo de la objeción formulada contra el concepto de los anteriores —tacha que el sentenciador declaró infundada—; y, finalmente los testimonios de los doctores Rodrigo Peñalosa Arias, Aycardo Orozco R., Mauricio Arango Santamaría, Juan Gonzalo Restrepo Londoño, Bernardo Restrepo Ochoa, Octavio Mejía Mejía, Presbítero Oscar Vélez B., Fabio Echeverry Correa, Tiberio Tirado Velásquez, Luis Hernando Alzate y Gustavo Correa Betancur.

Después de haber hecho el análisis singular de cada uno de dichos elementos de prueba, aparte en el cual el sentenciador separadamente les encuentra fundadas razones de credibilidad, apreciándolos en conjunto, dice: "Indudablemente, con arreglo a la prueba resultante de los elementos de convicción que se han reseñado, no cabe la menor duda que la compañía demandante ha sufrido considerables perjuicios en sus instalaciones y equipo debido a la oxidación de los mismos, todo lo cual ha hecho que haya tenido que reemplazarlos con otros, no obstante el mantenimiento que les da. Claro que, —añade— fuera de los elementos de juicio a que se ha hecho referencia, la parte que impetró la actuación de la ley a través de este proceso, hizo que se trajeran otros más que no es necesario mencionar ahora, pero que de todas maneras confirman lo dicho".

b) La relación de causalidad

Se trata, por este segundo aspecto, dice el Tribunal, de "establecer si el deterioro o corrosión presentado por las instalaciones de la factoría de Hilanderías Medellín tiene como causa la contaminación del ambiente saturado de SO2 que proviene del procesamiento industrial del azufre en la planta de ácido sulfúrico de las demandadas".

Relación de causalidad esta que el fallador ad quem da por demostrada en el presente caso, con apoyo en los siguientes medios de prueba, cuyo contenido compendia y analiza detenidamente en su sentencia: el estudio realizado por la facultad de Ingeniería Química de la Universidad de Antioquia; el análisis llevado a cabo por la Facultad de Ingeniería Química de la Universidad Pontificia Bolivariana; el concepto de la Oficina de Salud Ocupacional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, emitido en noviembre de 1968; las constancias dejadas por el juzgado en la inspección judicial practicada en el proceso; y, finalmente, los dictámenes periciales de los cuatro ingenieros químicos a que atrás se hizo alusión.

Frente a estos medios probativos, cuyo análisis hace primero singularmente y luego en conjunto, dice el Tribunal que todos ellos conducen a demostrar inequívocamente que "este extremo de la responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas, o sea la relación de causalidad, también aparece comprobado en autos".

6. Por lo que toca con la teoría del abuso del derecho en las relaciones de vecindad que a su juicio también da fundamento jurídico a las pretensiones de la demandante, el Tribunal hace extensa y erudita exposición de la naturaleza del fenómeno, que comprende numerosas transcripciones nacionales y extranjeras; y de su estudio en el punto deduce, como razón corroborativa de la conclusión a que en su sentencia llega, que también por este aspecto incumbe responsabilidad a las sociedades demandadas, puesto que ellas han venido infringiendo los artículos 30 de la Constitución Nacional y 669 del Código Civil.

Asevera que el abuso del derecho de propiedad, como causa de daños o molestias a los vecinos, genera responsabilidad civil cuando quiera que se trate de un uso anormal o excesivo, principio que, agrega, ha sido adoptado en numerosas codificaciones positivas.

Y advierte que si se enfoca el caso del debate por este nuevo prisma, o sea el del abuso en las relaciones de vecindad, principio que resulta aplicable en Colombia con apoyo en la preceptiva de los dos artículos antecitados, se concluye que los presupuestos fácticos en que se estriba el

abuso imputable a las sociedades demandadas también fueron plenamente acreditados.

Su deducción en el punto la hace descansar en los siguientes elementos de juicio: la Escritura número 1659 de 5 de julio de 1940 otorgada en la Notaría Primera de Medellín, mediante la cual se constituyó la sociedad "Compañía de Productos Químicos Nacionales S. A., la cual adoptó como distintivo el nombre de SULFACIDOS S. A.", cuyo objeto social fue la producción de ácido sulfúrico; la número 6137 de 12 de septiembre de 1961, mediante la cual se reformaron sus estatutos y se cambió el nombre por el de "Compañía de Productos Químicos Nacionales —Sulfácidos S. A."—; la número 2416 de diciembre de 1968, por la cual se constituyó la sociedad en comandita por acciones "Sulfácidos Vitabono & Cía. o Sulfácidos Vitabono & Cía. E.C.P.A."; la número 6063 de diciembre de 1969, mediante la cual ésta se transformó en sociedad anónima "Sulfácidos S. A."; "cuyo objeto social consiste principalmente en la explotación de la marca Sulfácidos, importación de materia prima para la fabricación de ácido sulfúrico"; la certificación expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Municipal conforme a la cual la producción de ácido sulfúrico "de propiedad de la Compañía de Productos Químicos Nacionales S. A. hoy SULFACIDOS S. A.", fue autorizada y se le concedió permiso de funcionamiento; las contestaciones de las demandadas a la demanda; el interrogatorio absuelto por Hernán Botero M.: "lo admitido por el mandatario judicial de las compañías en su primer alegato de segunda instancia, cuando admite ser cierto que la 'Compañía de Productos Químicos Nacionales Sulfácidos S. A.' producía ácido sulfúrico desde 1941, de 1961 en adelante, hasta 1969 lo vendía, y que Sulfácidos S. A. empezó a producir dicha sustancia desde 1969"; la inspección judicial "y la prueba testimonial y documental a que se ha hecho referencia en anteriores párrafos".

Conclusión de esta parte de su análisis probatorio es, para el Tribunal, la de que "se imponía para las demandadas un obrar con diligencia y cuidado en la producción de ácido sulfúrico, como que por razón misma del oficio, debían saber del potencial perjuicio que podían acarrear a los vecinos las emanaciones de los dióxidos y trióxidos de azufre lanzados a la atmósfera".

7. En llegando en su estudio a este punto, acomete a renglón seguido el Tribunal el examen de la conducta observada por las demandadas y alegada por éstas en busca de su pretensa inculpabilidad.

Al respecto hace referencia a la instalación del equipo para tratamiento de gases y a su fracaso por falta de uso de carbonato de sodio, en torno a lo cual transcribe los pasos trascendentes de la declaración que en el punto rindió el ingeniero químico que, por orden y cuenta de las demandadas, efectuó esos trabajos; y a la respuestas que al interrogatorio dio Hernán Botero quien, asevera el sentenciador, "de todos modos admite que el equipo no dio resultado cual era reducir al mínimo la emisión de gases sulfurosos a la atmósfera".

Alude, igualmente, a los varios oficios dirigidos por la Oficina de Salud Ocupacional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en que se dio orden a Sulfácidos de controlar "todos los escapes de los equipos para producción de ácido sulfúrico y no descargar a la atmósfera aire contaminado", orden que, según se ha visto, las demandadas no cumplieron.

Fundándose en estos medios de prueba, expresa el ad quem que las demandadas "no tomaron las medidas adecuadas para evitar las emisiones sulfurosas causantes del perjuicio"; y añade que en dichas circunstancias "para la Sala aparece claro que las demandadas sobrepasaron con su acción los límites de tolerancia en los deberes con sus vecinos y, al no tomar las medidas que la técnica aconsejaba para evitar los perjuicios provenientes de un actuar así, incurrieron en culpa sancionable". Y remata esta consideración afirmando que "por tratarse de una actividad, que por sí misma, como se ha visto, crea condiciones especiales de peligro, su diligencia debía ser mayor".

Observa, de otra parte, que el análisis de conjunto de todo el haz probatorio no permite afirmar que las demandadas hubieran suministrado "la prueba de la diligencia y cuidado que a ellas incumbía, con

arreglo a lo que disponen los artículos 63 y 1604 del Código Civil".

8. Pasa después el Tribunal a dilucidar la cuestión referente a si la condena debe o no hacerse solidariamente.

Sobre este particular, luego de citar el artículo 2344 *ibidem*, afirma que para la correcta interpretación y aplicación de esta norma, "no ha de perderse de vista que la ley no tiende tanto a la unidad en el daño como si a la de sus causas y que aquí en la norma en cuestión, ha de entenderse comprendido el caso en que el hecho generador del perjuicio sea único o instantáneo y se agote de una sola vez y también los eventos de que sea sucesivo, persistente y lento por la naturaleza misma de la actividad de la cual resulta".

Para dar énfasis a su concepto, agrega el Tribunal que "un razonamiento que condujera a la conclusión propuesta por la parte demandada sería contrario al espíritu de la ley consignado en la norma que se comenta y en otras disposiciones como las de los artículos 67 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo, 25 del Código de Comercio, 60 del Código de Procedimiento Civil, etc. De no ser así, la fusión, el cambio o transformación de las compañías sería un fácil expediente para eludir responsabilidades legales".

9. Considerado por él suficiente su estudio en torno a las pretensiones deducidas en la demanda, el *ad quem* concreta entonces su atención al análisis de las excepciones propuestas, lo que hace separadamente.

a) Culpa de la víctima

Con respecto a ésta, primeramente observa que la mera circunstancia de haberse establecido la fábrica de ácido sulfúrico con licencia oficial, no significa en manera alguna que se le haya autorizado para causar daños a terceros; y nota, en segundo término, que si bien es cierto que la dicha fábrica se instaló tiempo antes que la demandante estableciera en esos lugares su empresa de hilanderías, los dueños o poseedores de ésta mal pudieron incurrir en imprudencia o descuido por la circunstancia de no prever que los de la otra incurrían en hecho ilícito causante de graves daños.

"No hay evidencias de ninguna clase —dice— de que Hilanderías Medellín tuviera conocimiento del peligro y menos que se hubiera expuesto imprudentemente a él aceptando así el riesgo. Por consiguiente, no procede, con fundamento en la argumentación en que se basan las demandadas, tal exoneración o reducción del perjuicio".

b) Prescripción de la acción indemnizatoria

Por lo que atañe a este medio defensivo que con fundamento en el artículo 2358 del Código Civil invocaron las demandadas en su alegato de segunda instancia, el Tribunal, para desecharlo, esgrime las siguientes dos razones:

Que la excepción fue propuesta extemporáneamente porque, expresa, en el momento de proponerla ya estaba vigente el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el cual limita la oportunidad de proponer esta especie de defensas al término de la contestación a la demanda; y que dicha prescripción de corto tiempo no es aplicable en los casos de responsabilidad directa. Añade que menos aplicable es esa prescripción especialísima en el "caso que ahora se juzga", porque con arreglo al inciso final del artículo 984 del Código Civil "ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso".

10. Deducida pues, por el *ad quem* la responsabilidad civil que en la demanda se depreca frente a las demandadas, el juzgador emprende a continuación la determinación del monto de los perjuicios indemnizables, lo que hace dando por sentado que la demandante los aprecia en suma superior a los $ $10.000.000.00, aunque sin indicar cuánto corresponde al daño emergente y cuánto al lucro cesante.

Al efecto, estudia el dictamen de los peritos y su ampliación; y tomando por punto de partida la suma de $ 4.174.000.00 en que éstos apreciaron el monto del daño emergente, resuelve que dicha cantidad debe reducirse en un 11%, que, con apoyo en la pericia de los expertos rendida en el incidente de objeciones a la anterior y en el concepto de la Facultad de Ingeniería Química, es el que corresponde a los da-

ños causados por otras instalaciones industriales vecinas. Dice que "en tales condiciones, la Sala encuentra enteramente aceptable que por razón de la contribución de agentes contaminantes del medio ambiente, provenientes de otras fuentes distintas del procesamiento del ácido sulfúrico y que, naturalmente, coadyuvan el proceso de deterioro y oxidación, por ello, se repite, se impone una reducción del monto del valor del daño determinado por los expertos".

Y luego expresa: "Naturalmente dada la solidaridad que vincula a las demandadas en la responsabilidad deducida, no será necesario hacer consideraciones en cuanto al tiempo que deba liquidarse a cada una de ellas. Según se infiere por la escritura de constitución y otros elementos de juicio, como la declaración del doctor Mauricio Arango Santamaría, la empresa demandante viene funcionando en el local que ocupa por lo menos desde 1950. Por lo demás, para nada podrá tenerse en cuenta el certificado expedido por el Contador y Revisor Fiscal de las demandadas que obra a folio 67 del cuaderno número 2, no obstante el convenio de los dos apoderados y la aceptación del juzgado, pues, de un lado, nuestras normas procedimentales son de orden público, lo cual trae consecuencias jurídicas especiales y, de otro, según el mismo código no tienen ninguna eficacia las estipulaciones que contradigan sus normas. De allí que entre nosotros estén prohibidos los pactos sobre pruebas".

11. Finalmente, en punto de perjuicios provenientes del lucro cesante, estima el sentenciador de segundo grado que la condena en abstracto que impuso el fallo de primera instancia debe mantenerse, pero dando las bases que permitan concretarla, lo que evidentemente hace en la correspondiente resolución de su sentencia.

III

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia extractada oportunamente interpusieron casación las dos sociedades demandadas, quienes han formulado las demandas que la Corte procede a examinar en el orden en que fueron presentadas.

A) — La primera demanda

En ésta, con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil la sociedad "Sulfácidos S. A." le formula al citado fallo dos cargos, que la Sala pasa a considerar en el orden en que ellos vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia de segundo grado de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 30 de la Constitución Nacional, 669, 2344 y 2356 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la interpretación de la demanda, en la apreciación errónea de algunas pruebas y en la falta de apreciación de otras.

2. Como pruebas que a juicio del censor el ad quem apreció erróneamente, aquél indica, a más de la demanda incoativa del proceso, las siguientes: a) Escritura pública número 1659 de 5 de junio de 1940, otorgada en la Notaría Primera de Medellín, por la cual se constituyó la sociedad "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A. "; b) el certificado de la Cámara de Comercio de esa ciudad, con el cual se acreditó la constitución, existencia y representación de la sociedad "Sulfácidos S. A."; c) la contestación a la demanda de cada una de las dos compañías demandadas; d) el interrogatorio absuelto por Hernán Botero, como representante legal de la primera de las dos sociedades dichas; y e) el alegato del apoderado de las demandadas presentado ante el Tribunal.

Y como pruebas no apreciadas por el sentenciador, el casacionista señala el certificado expedido por el Revisor Fiscal y el Contador de la "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A."; y el memorial adjunto de los apoderados de las dos partes litigantes, "visibles a folios 66 y 67, del cuaderno número 2".

3. En la sustentación del cargo por el primero de los tres aspectos dichos, asevera el impugnante que los hechos de la

demanda, del 1º al 18º, se refieren exclusivamente a la sociedad "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." y que en nada tocan con la entidad "Sulfácidos S. A."; que de ellos, puestos en concomitancia con el 19º, se infiere que no se atribuye a esta sociedad la culpa consistente en permitir el escape de SO_2 por las chimeneas de la fábrica de ácido sulfúrico, fundamento de la responsabilidad que la parte demandante pretende deducir sino un fraude a la ley conducente a crear confuciones a terceros acerca de cuál de las dos sociedades explotaba la planta, fraude que, agrega, no aparece demostrado en el proceso.

Continuando en el desenvolvimiento de la censura por su segunda faz, asevera el recurrente que tanto la escritura de constitución de la "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." y el certificado de la Cámara de Comercio correspondiente, como el expedido por ésta sobre la formación de la sociedad "Sulfácidos S. A.", demuestran que se trata de dos personas jurídicas distintas y que la segunda sólo nació en 1968, por lo que, añade, no puede atribuírse a esta responsabilidad por hechos que ocurrieron antes de dicho año.

Refiriéndose al certificado del Revisor Fiscal y del Contador de la "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." y al memorial conjunto de los apoderados de las partes, documentos que el censor afirma "no fueron apreciados por el fallador", dice que ellos demuestran que la producción de ácido sulfúrico por cuenta de las demandadas no ha sido simultánea, sino sucesiva, puesto que la planta fue manejada por la "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." desde 1941 y hasta 1961, y que "Sulfácidos S. A." sólo vino a explotarla en 1969. Añade que sobre estos documentos "en la sentencia hay un absoluto silencio".

En relación con las contestaciones que a la demanda dieron las dos demandadas por intermedio de sus representantes legales, y el interrogatorio absuelto por el gerente de la primera lo mismo que a la presunta confesión que el Tribunal encuentra en el alegato del apoderado de aquéllas presentado en la segunda instancia, dice que todos estos elementos, ni en conjunto ni separadamente, constituyen prueba de esa estirpe eficaz para justificar, como lo dice el Tribunal, que "Sulfácidos S. A." tuviera intervención en la culpa de la cual pretende la demandante derivar la responsabilidad por los daños que alega haber sufrido.

Se considera

1. Ciertamente, según lo tiene averiguado la doctrina del derecho procesal, cuando al tiempo de fallar el juez se encuentra frente a una demanda que adolece de imprecisión bien sea en la forma como se hallen concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho o ya en las unas y en los otros, está en el deber de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tomar en cuenta todo el conjunto de ese libelo, y, además, en los casos que ello fuere menester para precisar su verdadero sentido y alcance, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Sólo así puede llegar, frente a la demanda, a su precedente interpretación racional y lógica.

Es posible, desde luego, que al interpretarla el juzgador se equivoque, sea por contraevidencia respecto a su causa petendi o a su petitum. Entonces el sentenciador incurre en yerro de hecho que lo puede conducir a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida ya que dirime el conflicto con base en preceptos que no regulan el caso controvertido, o por falta de aplicación de las disposiciones pertinentes.

Cuando uno de los hechos afirmados en la demanda inicoativa del proceso, ya sea que se lo considere aisladamente o ya en conjunto con otro u otros, ofrece dos o más interpretaciones lógicas, ninguna de las cuales rebasa los límites del objeto de dicho escrito, puede el sentenciador elegir una u otra sin que su conducta implique error de hecho manifiesto, porque tal proceder no entraña arbitrariedad, ni contradice la evidencia que esa pieza procesal ostenta. "El error en la interpretación y apreciación de la demanda, —ha dicho la Corte— cuando ocurre es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto..., Y es claro que las dudas o vaci-

laciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo" (LXVIII, 434).

2. Consideradas sus súplicas y todas sus afirmaciones de hecho en conjunto, no es posible interpretar la demanda inicial de este proceso como en el cargo se pretende, es decir, que a "Sulfácidos S. A." se le ha demandado por causa diferente a su participación en la producción del ácido sulfúrico, cuyas emanaciones sulfurosas fueron la causa determinante del daño cuya reparación persigue la demandante. Aún haciendo abstracción de otros elementos de juicio que brotan de la actuación procesal, analizado desprevenidamente el contenido de la demanda se llega a la conclusión lógica y racional, por ser este su claro sentido, que a las dos compañías se les demanda por la misma culpa.

Si fuera cierto que la entidad "Sulfácidos S. A." se le hubiera llamado al proceso por un hecho culposo distinto del que se imputa a "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.", como lo afirma la censura habría que llegar entonces a la inaceptable conclusión de que en la demanda no se formuló ninguna súplica contra aquélla, ni se pidió condenación solidaria por unos mismos daños causados a la sociedad demandante. Y palmar resulta que si la intención de "Hilanderías Medellín S. A." hubiera sido la de imputar culpas diferentes a las dos demandadas, habría solicitado en su libelo dos condenaciones independientes la una de la otra: responsabilidad por los daños que ha causado la producción de ácido sulfúrico, y responsabilidad por engaño y fraude a la ley, con indemnizaciones separadas.

Aún en el supuesto de considerar aisladamente y sin relacionarlo con los demás el hecho 1º de la demanda no aparece con nitida evidencia que la causa de la pretensión deducida en contra de "Sulfácidos S. A." sea el fraude de la ley; esta afirmación se incorpora allí para relievar que el sujeto pasivo de la demanda es doble, porque fueron las dos demandadas las que participaron en la actividad causante del daño, como lo entendió el Tribunal de Medellín. Y esta conclusión es tanto más aceptable si se tiene en cuenta que el certificado de la Cámara de Comercio sobre la constitución de dicha sociedad le asigna, como objeto social, la "Explotación de la marca Sulfácidos y otras" y, además, "la importación de materias primas propias para la producción de ácido sulfúrico o de elementos auxiliares para esta industria".

3. El Tribunal vió y apreció en su sentencia, sin alterar la fidelidad objetiva de tales documentos, tanto la escritura de constitución de la sociedad "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." como el certificado de creación de la entidad "Sulfácidos S. A." Con base en ellos afirmó que se trata de dos sociedades diferentes que se dedicaron ambas, en épocas distintas a la explotación del ácido sulfúrico.

La conclusión del sentenciador en el punto en nada contradice la evidencia que estos documentos muestran, máxime si se tiene en cuenta que el referido certificado expresamente alude al objeto social de la segunda de dichas compañías, y lo concreta precisamente en ese. Además, el apoderado de esta entidad, al contestar la demanda, reconoce el ejercicio de dicha actividad por parte de su representada.

4. No es cierto que el sentenciador ad quem hubiera dejado de ver, y por ende de apreciar en su fallo, el certificado de 10 de marzo de 1972 expedido por el Revisor Fiscal y el Contador de la primera de las sociedades demandadas, ni menos el memorial conjunto que los apoderados de las partes presentaron en febrero de dicho año, documentos visibles a folios 66 y 67 del cuaderno segundo. En relación con ellos la sentencia del Tribunal dice: "Por lo demás, para nada podrá tenerse en cuenta el certificado expedido por el Contador y Revisor Fiscal de las demandadas que obra a folio 67 del cuaderno número 2, no obstante el convenio de los dos apoderados y la aceptación del juzgado, pues, de un lado, nuestras normas procedimentales son de orden público, lo cual trae consecuencias jurídicas especiales y, de otro, según el mismo Código, no tienen ninguna eficacia las estipulaciones que contradigan sus normas".

Luego, si el sentenciador vio y ameritó los citados documentos, no incurrió en el yerro de facto que la censura le enrostra al respecto; lo que ocurre es que los estimó ineficaces para demostrar determinado hecho, y este presunto yerro del ad quam, por referirse a las normas legales regulativas de la valoración probatoria, sería de derecho el que la Corte sólo podría considerar a través de su pertinente planteamiento en casación.

5. En su contestación a la demanda, el apoderado de la primera compañía demandada dice, es verdad, que "no tiene planta de producción de ácido sulfúrico" (contestación 5ª); reconoce empero que sí la tuvo (contestación 9ª); y en la 8ª asevera que la fábrica de ácido sulfúrico que funciona en el sector de Guayabal, "tiene acondicionamiento que impiden la contaminación de la atmósfera con anhidrido sulfuroso". Por su parte, en la contestación de "Sulfácidos S. A." se afirmó que ésta no mantiene "en las cercanías de su empresa contaminaciones de anhidrido sulfuroso (SO2) por encima de las concentraciones permisibles" (respuesta 5ª); y que la fábrica de ácido sulfúrico de Guayabal "tiene acondicionamientos que impiden la contaminación de la atmósfera con anhídrido sulfuroso" (respuesta 9ª).

Siendo ello así como en verdad lo es, no resulta contrario a la realidad que dichos escritos contienen, afirmar que las dos compañías demandadas participaron, aunque en épocas diferentes, en la producción del ácido sulfúrico cuyas emanaciones determinaron el perjuicio cuya indemnización se demanda, que es precisa y justamente la conclusión del Tribunal en el punto.

6. Todo lo atrás expuesto da pie para afirmar que la Corte no encuentra, y muchísimo menos con los caracteres de contraevidentes y trascendentes, ninguno de los varios errores de hecho que el recurrente le endiga al Tribunal en la interpretación de la demanda y en la apreciación de las pruebas.

Por lo consiguiente, procede rechazar este cargo.

Cargo segundo

1. Por él se acusa la sentencia de quebrantar directamente, por interpretación errónea, el artículo 2344 del Código Civil; y por aplicación indebida los artículos 57 del Código Sustantivo del Trabajo y 25 del Código de Comercio.

2. En desenvolvimiento de esta censura, el recurrente, después de transcribir los pasos pertinentes de la sentencia impugnada y el texto de la primera de las normas legales que cita como quebrantadas, asevera que en el caso presente no se está frente a un supuesto de responsabilidad que "se derive de un hecho instantáneo como sería el caso de un accidente en un vehículo, sino de una sucesión de actos y hechos cuyos efectos y consecuencias se van produciendo lentamente, con el correr del tiempo"; que, además, como lo dice la demanda y lo reitera el acervo probatorio, aquí se da la circunstancia de que "la producción de ácido sulfúrico, o mejor la explotación de la Planta de Acido Sulfúrico, en Guayabal, nunca se hizo conjuntamente por las dos compañías demandadas"; y que si la corrosión es proceso paulatino, "de acumulación de sustancias químicas que no actúan instantáneamente, resulta indudable que no puede entenderse, ni darse por sentado en el proceso, que Sulfácidos S. A. hubiera intervenido conjuntamente, con la otra compañía, en los actos o hechos que pudieron dar origen a los daños causados".

Continuando en el desarrollo de este cargo, afirma el casacionista que al precitado artículo 2344 no puede aplicarse "para eventos sucesivos como los que aquí se debaten, sino para delitos o culpas en donde hay simultaneidad en la ejecución", menos cuando se trata, como aquí ocurre, de "daños causados independientemente por varios", lo que imponía utilizar "medios o sistemas para llegar a delimitar "mediante porcentajes por ejemplo", hasta donde son imputables las causas a una persona y hasta donde a otra que continuó con la actividad que traía la primera.

3. Concretando sus consideraciones a la segunda faz que en su planteamiento le da al cargo, dice el censor que el ad quem en su sentencia, para "reforzar la tesis de la solidaridad de las compañías demandadas", aplicó analógicamente los artículos 57 del Código Sustantivo del Trabajo y 25 del Código de Comercio, normas que la censura estima "exóticas" en el problema aquí debatido y por tanto inaplicables en él.

Se considera

1. Por sabido se tiene, dentro de la teoría de la técnica de la casación, que los errores in judicando, para cuya reparación se ha establecido la causal primera, se traducen en no hacer actuar en el caso litigado la verdadera y real voluntad del legislador expresada en la ley sustancial, ora sea por inaplicación, ya por aplicación indebida o ya por interpretación errónea de ella. Violase la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se 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.

Si, pues, es de la esencia de la interpretación errónea que se aplique una norma pertinente al caso controvertido pero dándole un sentido y alcance que no tiene, resulta equivocado, en el caso presente, denunciar quebranto del artículo 2344 del Código Civil por dicho concepto, cuando el fundamento del cargo se hace consistir en que tal precepto no regula o no corresponde a la situación fáctica debatida. Porque si esto fuera así, es decir, si en verdad tal disposición legal no corresponde a la situación de hecho controvertida, su posible infracción debió acusarse por aplicación indebida y nunca por errónea interpretación.

Como el planteamiento del cargo no corresponde a la fundamentación en que él se apoya su formulación resulta antitécnica, y este defecto sería, por sí solo, suficiente para despacharlo negativamente.

2. No obstante lo anterior, entra la Sala a examinar la cuestión de la solidaridad que sirve de fundamento al cargo.

Según el precitado artículo 2344, cuando dos o más personas incurren en un mismo hecho ilícito responden solidariamente, así se trate de hechos instantáneos o de extensa duración. Lo que interesa para los efectos de la solidaridad no es el proceso mismo causante del daño, sino su resultado. Por ejemplo, en el caso de homicidio cometido por varias personas en forma lenta y prolongada, como ocurre, verbi gracia, cuando diaria y sistemáticamente se intoxica a alguien con veneno colocado clandestinamente en los alimentos que ingiere, es cierto que se trata de intervenciones distintas y separadas, dentro del proceso de agotamiento de la salud de la víctima, pero que constituyen apenas etapas en la producción de un resultado único: la muerte.

Con sobra de razón debió prever el legislador colombiano que, en eventos como el del ejemplo dado, no pueden nacer obligaciones de indemnizar simplemente conjuntas, esto es, de objeto divisible, sino de obligaciones solidarias. El vínculo entre los agentes del hecho ilícito prolongado, y su víctima, tiene que ser uno solo, por el todo, sin perjuicio del commodum entre los deudores, o sea la repartición de la indemnización, una vez pagada por cualquiera de ellos, en justas proporciones entre los mismos, problema que en manera alguna atañe a la víctima acreedora, en cuyos derechos se subroga el deudor que paga la indemnización in integrum (artículo 1579 C. C.).

No es pues de recibo la tesis de que el citado artículo 2344 sólo es aplicable a quienes simultáneamente cometen hecho ilícito determinado, de modo que si su intervención en éste es sucesiva e independiente, sea preciso dividir la indemnización proporcionalmente, a efectos de que la víctima la cobre por partes. Esto es, precisamente, lo que la disposición en comento se propone evitar, aliviando a la parte acreedora de la carga de probar hasta dónde llegó la intervención de cada uno de los agentes del ilícito, extremo que le resultaría, si no imposible, por lo menos muy difícil de demostrar, por ser ajeno al campo de sus actividades.

3. Finalmente, para desechar la acusada violación que por aplicación indebida de los artículos 67 del Código Sustantivo del Trabajo y 25 del Código de Comercio trae el cargo, es suficiente recordar que, como lo reconoce el propio recurrente, la condena solidaria se fundó cardinalmente en el artículo 2344 del Código Civil y no en estos dos últimos textos. La invocación de ellos la hace la sentencia solamente para indicar una analogía y con ella una razón

corroborativa de la conclusión a que en el punto llega.

El cargo es por tanto infundado.

B) — La segunda demanda

En ésta, la sociedad "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." formula contra la sentencia de segundo grado cuatro cargos, tres de ellos dentro de la órbita de la causal primera de casación y el tercero con apoyo en la segunda, que la Corte entra a examinar en el orden que la lógica exige.

Cargo tercero

1. Mediante éste, la recurrente dicha, censura la sentencia "de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda".

2. A intento de demostrar este cargo la recurrente hace un cotejo o parangón entre la petición primera de la demanda, y el ordinal 1º de la parte resolutiva de la sentencia del a quo, confirmado por la del Tribunal. Y basado en dicha labor de parangón, recuerda que a "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A." se la acusó de haber arrojado al aire los gases sulfurosos causantes del daño en las instalaciones de la demandante; que la sentencia falló extra petita, porque condenó a las dos sociedades demandadas a pagar los daños "por haber sido causados por los gases que aquéllas arrojan al aire. O sea que, —agrega— se le atribuye a Sulfácidos S. A. una causa de perjuicios que la demanda no mencionó: la de arrojar gases sulfurosos contra" las instalaciones de la empresa de la demandante.

Concretando su objeción y el fin que con ésta persigue, asevera el recurrente que si una sola de las dos demandadas "fue la señalada como autora de arrojar gases según la demanda, la sentencia no puede ir más allá de lo pedido condenando a la otra por un acto del cual no se le acusa, ni en los hechos, ni en la parte petitoria de la demanda". Y añade: "Al confirmarse el numeral primero de la sentencia del juzgado, por parte del Tribunal de segunda instancia, se reafirmó en la providencia recurrida este error o motivo de incongruencia, que da lugar a que se case la sentencia, y en su lugar se absuelva a Sulfácidos S. A. de los cargos de la demanda".

Se considera.

1. 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 cause al recurrente.

Haciéndose consistir sustancialmente este cargo de la "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.", en que el Tribunal condenó además a la sociedad "Sulfácidos S. A.", cuando ha debido absolver a ésta, porque a ella "no se le acusa, ni en los hechos ni en la parte petitoria de la demanda", de ello resulta que la aquí recurrente carece de interés para acusar incongruencia del fallo por dicho aspecto, desde luego que en el supuesto de que el error in procedendo existiera, antes de perjudicar a la recurrente la beneficiaría.

2. Pero si dejando de lado la observación precedente debiera la Corte entrar a estudiar en el fondo esta censura, tendría que decir, por las razones que se consignaron al despachar el cargo primero de la demanda de casación de la entidad "Sulfácidos S. A.", que lejos de existir inconsonancia de la sentencia con la demanda hay entre ellas absoluta conformidad.

Como allá se vio, a las dos demandadas se les emplazó al proceso como participantes en la producción del ácido sulfúrico cuyas emanaciones causaron el daño; si la sentencia las condena precisamente por este hecho, no resulta lógico ni racional hablar de fallo disonante, mucho menos cuando en la petición subsidiaria paladinamente se las enjuicia por "arrojar al aire por sus chimeneas en forma permanente gases sulfurosos".

3. Ha dicho la jurisprudencia de la Corte que como son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación tiene que buscarse confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones deducidas en la demanda, o

las excepciones propuestas por el demandado.

Cotejados pues estos extremos de la relación procesal, ni por asomo resulta la disonancia del fallo que por caminos diferentes pero con idénticos fundamentos, ambas demandadas le enrostran a la sentencia que combaten.

También, se rechaza pues, esta censura.

Cargo primero

1. Con él se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 659, 2342, 2344 y 2356 del Código Civil, 30 de la Constitución Nacional; y el 76 del Código de Procedimiento Civil, por inaplicación, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la interpretación de la demanda y por apreciar erróneamente tanto las contestaciones a la demanda como la inspección judicial.

2. Desarrollando el cargo, dice el censor que los yerros fácticos que denuncia consisten en haber dado por probado en la sentencia, sin estarlo, la propiedad, y aun la posesión, del terreno e instalaciones de la fábrica de hilanderías objeto de los daños cuya indemnización busca la demandante; lo mismo que la identificación y determinación de los objetos "que en forma por demás genérica y vaga se mencionaron en la demanda".

"En la demanda —dice el casacionista— no se especificaron en forma alguna las maquinarias por su marca, utilización o cantidad; ni se determinó la clase, destino y número de los muebles y enseres; ni se dijo de qué clase de equipo se trata, ni la denominación de las herramientas"; por consiguiente, agrega, esa identificación y determinación no pudieron hacerse cabalmente en la inspección judicial en la que "se refleja la misma imprecisión y vaguedad de la demanda sobre tal punto".

3. Estima pues la censura, y así lo asevera en su demanda, que para el acogimiento de sus pretensiones era deber de la demandante traer al proceso la escritura por la cual adquirió el terreno, y demostrar luego la incorporación a éste de todas las instalaciones de la fábrica, que la ley repula inmuebles por destinación, carga procesal que no cumplió.

Y rematando la formulación del cargo, dice que el artículo 2342 del Código Civil determina en forma taxativa a qué títulos específicos puede demandarse indemnización por daños en las cosas (propietario, poseedor, usufructuario, habitador, usuario o tenedor precario con obligación de responder por ellas); que ninguna de dichas calidades se demostró en el proceso.

Añade que la demostración y distinción "de la calidad en que actúa el sujeto que pretende la indemnización es de suma importancia, tanto como motivo legitimante de la acción o pretensión, y también como factor para determinar el daño y estimarlo en dinero".

Se considera

1. En la primera afirmación de hecho que trae la demanda, se dice paladinamente que "Hilanderías Medellín S. A. posee sus instalaciones industriales, en un vasto globo de terreno, situado en esta ciudad, en el sector sur, paraje de Guayabal", cuyas alindaciones allí se consignan. La sociedad "Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S .A.", al contestar la demanda, expresó que la demandante "aparece como poseedora de un extenso globo de terreno situado en el sector sur, paraje Guayabal, de este Distrito. No conozco los linderos del inmueble" (contestación al hecho 1º); que "... lo que sí es cierto es que en la fábrica de dicha sociedad hay instalaciones de aire acondicionado que producen humedad" (contestación al hecho 4º); y que "no hay relación directa de causa a efecto entre la operación de la planta de ácido sulfúrico y los daños que puedan haber ocurrido en las maquinarias y enseres de Hilanderías Medellín S. A." (respuesta al hecho 11º). Y la sociedad "Sulfácidos S. A." dio respuesta al hecho primero de la demanda, exactamente con las mismas palabras que lo hizo su codemandada.

Si, pues, la demandante afirmó ser poseedora de las instalaciones industriales que resultaron averiadas por causa de la emanación del dióxido de azufre; y si, de otra parte, las dos demandadas reconocen en sus contestaciones a la demanda la posesión afirmada por aquélla, fuerza es aceptar que no erró de hecho el Tribunal, y menos en forma de contraevidencia osten-

sible cuando al estudiar la legitimación en la causa de la actora dijo en su sentencia: "... en el caso de autos, cuando menos, estaría acreditado que Hilanderías Medellín es poseedora del complejo industrial que integra la factoría de que habla la demanda y aún los mismos escritos de réplica".

Mucho menos resulta arbitraria la conclusión que en el punto sacó el ad quem, si se tiene en cuenta que numerosas pruebas que él analizó posteriormente, varias declaraciones de técnicos y otros testigos y muy diversos escritos que obran en los autos, las que la censura no ataca en este cargo, acreditan que los bienes afectados por las emanaciones de gases sulfurosos son integrantes de la empresa "Hilanderías Medellín S. A.".

2. En cuanto a la inspección judicial practicada en la primera instancia, como en ella se lee, preciso es notar que se practicó en la empresa de la sociedad demandante; y que en dicha diligencia aparecen enumeradas todas las secciones de la fábrica de hilazas y toda la maquinaria que ha sufrido daño, por lo que resulta impertinente aseverar que el Tribunal hubiera apreciado mal esa prueba en cuanto a la posesión de los bienes dañados o averiados.

Para desechar el error de hecho que en la apreciación de esta prueba el censor le endilga al ad quem, cabría agregar que el juez a quo, sin objeción alguna por parte de las demandadas, practicó la inspección judicial en el establecimiento que se dijo era de la demandante. Inadmisible resultaría, por lo inverosímil; aceptar que tal diligencia se llevó a cabo en instalaciones industriales de terceros, con la sorprendente ausencia de éstos, en la falsa creencia de que se trataba de una fábrica de la compañía demandante.

3. Y si el cargo se dirige a sostener que ni la confesión de las demandadas contenida en los escritos de contestación a la demanda, ni tampoco la inspección judicial, constituyen pruebas eficaces para demostrar la posesión que sobre el establecimiento industrial invocó la demandante y que el sentenciador acepta, tal aspecto de la censura, por fundarse en yerro de valoración probatoria debió formularse en casación por la vía del error de derecho.

Por lo demás, si bien es verdad que la prueba del dominio de inmuebles es la escritura pública debidamente registrada, ello es absolutamente cierto en los litigios en que éste se discute, pero no en aquéllos en que dicha calidad es tangencial. No es lo mismo, ciertamente, la pretensión reivindicatoria tendiente a recuperar un bien raíz de propiedad del demandante (acción real), que la pretención de ser indemnizado por daños a bienes del dominio del actor (acción personal): en el primer caso, el objeto mismo del proceso es discutirle al demandado la propiedad de la cosa; en el segundo, no lo es, y por lo mismo su demostración no puede someterse al rigorismo que debe imperar en el primero.

Por lo dicho, esta impugnación no prospera.

Cargo segundo

1. Con él se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 30 de la Constitución Nacional, 66, 669, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal por la apreciación equivocada de algunas pruebas, y falta de apreciación de otras.

2. Como prueba que el sentenciador habría preterido en su fallo, el censor indica el certificado del Revisor y Contador de las compañías demandadas (fl. 67 C. 2); y como pruebas erróneamente apreciadas singulariza las siguientes: "Confesión de las demandadas al contestar la demanda (fls. 31 a 35 del C. Nº 1); presunta confesión del apoderado de las demandadas en alegato de segunda instancia (fls. 4 y ss. C. 9); certificado de la Cámara de Comercio de Medellín sobre constitución, existencia y representación de las sociedades demandadas (fls. 5 a 8 y 9 a 12 del C. Nº 2); certificado del Departamento Administrativo de Planeación Municipal (fl. 34 C. Nº 2); y declaración del doctor Hernán Botero M. en interrogatorio de parte (fls. 143 y ss. C. Nº 3)".

Concretando los yerros de facto que le enrostra a la sentencia, el impugnador afirma que consistieron en los siguientes: "a) En haber dado por establecido, sin estarlo, que la 'Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.' era propie-

taría de la planta de ácido sulfúrico a que se refiere la demanda; b) en haber dado por establecido, sin estarlo, que la compañía 'Sulfácidos S. A.' era propietaria de la misma planta de ácido sulfúrico de que trata la demanda o tenía intereses en ella; c) en haber dado por establecido, sin estarlo, que desde el año de 1947 hasta la fecha de admisión de la demanda (agosto 25 de 1970) las dos compañías demandadas explotaron u operaron, ya en forma conjunta o sucesiva, sin solución de continuidad la planta de ácido sulfúrico a que se refiere la demanda; d) en no haber dado por establecido, estándolo, que la Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A. produjo ácido sulfúrico, en la planta de Guayabal desde 1941 hasta fines de 1961; que desde fines de 1961 hasta fines de 1968 el ácido sulfúrico en la misma planta fue producido por 'Promotora de Industrias Químicas S. A. - Proquímica'; y que de 1969 en adelante hasta marzo de 1972, la productora de ácido sulfúrico en la citada planta de Guayabal fue la sociedad Sulfácidos S. A.".

De todo el extenso desarrollo que del cargo hace, el impugnador concluye que no está probado en el proceso quién fue el autor del daño cuya indemnización persigue la demandante; y que, en esta circunstancia, es improcedente acoger favorablemente las súplicas de la demanda mediante la aplicación de las disposiciones legales que cita en el encabezamiento de la censura.

Se considera

1. Al despachar el cargo primero de la demanda de casación de "Sulfácidos S. A." se vio, con razones que la Sala da por reproducidas aquí, que lejos de haber preterido el análisis del certificado de 10 de marzo de 1972 expedido por el Revisor Fiscal y el Contador de la "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.", el Tribunal estimó que era ineficaz como prueba. Y este juicio de valoración probatoria que hace el sentenciador en relación con ese medio de demostración no se ataca, allá ni aquí, por la pertinente vía del error de derecho, que le de base a la Corte para considerarlo.

Aquilatando aquella censura la Corte, después de transcribir las correspondientes respuestas que las demandadas dieron a la demanda, y su argumentación la da por reproducida aquí para desechar el error de hecho que al respecto denuncia este impugnante, que en ellas sí hay confesión de que las dos compañías demandadas participaron, aunque en épocas diferentes, en la producción del ácido sulfúrico cuyas emanaciones causaron los daños en las instalaciones de la empresa demandante.

2. En su sentencia el Tribunal de Medellín afirmó que "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.", fue empresaria de la planta de ácido sulfúrico, y que "Sulfácidos S. A." lo es, porque de lo uno y de lo otro, a más de la confesión contenida en las contestaciones a la demanda, hay prueba suficiente en el proceso que así lo indica; no afirmó el *aff quem*, como lo asevera la censura, que las dos compañías explotaron esa planta conjunta y simultáneamente o sin solución de continuidad, sino que ambas la explotaron, cada cual a su tiempo.

Dice, en efecto, que la explotación del ácido sulfúrico fue autorizada y se le concedió permiso de funcionamiento, que "la compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A. producía ácido sulfúrico desde 1941, de 1961 en adelante, hasta 1969 lo vendía, y que Sulfácidos S .A. empezó a producir dicha sustancia desde 1969".

3. En la respuesta al hecho 5º de la demanda, el representante de Productos Químicos afirmó que esta compañía "no tiene planta de producción de ácido sulfúrico" (se subraya); reconoce, empero, al contestar el hecho 9º que sí la tuvo. Y en la contestación que el apoderado de Sulfácidos S. A. dio al mismo hecho 5º, negó que esta sociedad "mantenga en las cercanías de su empresa contaminaciones de ácido sulfúrico" (se subraya), lo cual significa que tiene esa producción actualmente.

¿Qué incidencia podría acusar el hecho de que no se demandara a otra persona, que a más de las dos sociedades que sí lo fueron hubiera explotado la planta de producción de ácido sulfúrico? Nada dicen las recurrentes en casación, ni lo dijeron en las instancias del proceso, sobre indebida integración del contradictorio, lo que impide a la Corte revisar dicho aspecto procesal.

4. En fin, no apreció erradamente el Tri-

bunal la escritura de constitución, existencia y representación de "Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.", ni los certificados de la Cámara de Comercio referentes a ésta y a la compañía "Sulfácidos S. A.", pues en dichos documentos, como lo expresa la sentencia, se les asigna como objeto social precisamente la explotación de ácido sulfúrico.

Cabe agregar, finalmente, que la sentencia no dedujo de tales certificados, ni tampoco del expedido por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, que la explotación de la sustancia dicha la efectuaran ambas sociedades conjunta y simultáneamente. Lo que al respecto expresó, fundándose para ello cardinalmente en las respuestas a la demanda fue que las dos compañías participaron en la producción y explotación de ácido sulfúrico pero en épocas diferentes. Y como el ataque contra la apreciación del ad quem fundada en esa prueba ha salido ilesa, los demás yerros de apreciación en el punto, en caso de existir, carecerían de trascendencia.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

Cargo cuarto

1. Con este se acusa el fallo de segundo grado de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2344 y 2356 del Código Civil, 67 del Código Sustantivo del Trabajo y 25 del Código de Comercio, como consecuencia del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal al interpretar la demanda.

2. En su desenvolvimiento, dice el impugnante que el yerro de interpretación que denuncia consiste en que el sentenciador "consideró que la pretensión de la actora se dirigió contra la sociedad Sulfácidos S. A., considerándola como causante conjunta con 'Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.' de los daños ocasionados a la demandante"; y en no haber entendido el libelo inicial "en la forma como fue propuesto, o sea con fundamento en la responsabilidad extracontractual de 'Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.' por razón de explotación de una planta de ácido sulfúrico; y la responsabilidad de Sulfácidos S. A. en un pretendido fraude a la ley, por haber usado en su razón social la expresión 'Sulfácidos'...".

Añade que la sentencia no interpretó la demanda "como aparece en su texto y de su intención, sino que resolvió colocar a las dos demandadas como responsables solidarias de los hechos culposos que se le atribuían a 'Compañía de Productos Químicos Nacionales - Sulfácidos S. A.', y dispuso condenarlas, también solidariamente, al pago de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante. De allí surgió el evidente error de hecho".

Se considera

De la postulación y fundamentación que el recurrente hace de este cargo, resulta palmar que esta última censura contra la sentencia de segundo grado constituye un compuesto de los dos cargos formulados en la primera demanda, o sea de la presentada por la compañía "Sulfácidos S. A.", sin agregar argumento nuevo alguno, por lo cual resultaría ocioso que, para desecharlo, la Sala repitiera todo lo expuesto al examinar aquéllos.

Por lo tanto, también se rechaza este cargo.

IV

Consideración final

1. Sin embargo de que, como brota del contexto de las dos demandas de casación que se han analizado, ninguno de los recurrentes impugna la sentencia del Tribunal de Medellín en lo que atañe a la cuestión de fondo que constituye el objeto del proceso, esto es, la responsabilidad civil por la contaminación del medio ambiente, con el propósito de cumplir la función unificadora de la jurisprudencia nacional, que es objetivo primordial de la casación, la Corte estima necesario exponer aquí, así sea brevemente, su criterio en torno a la quaestio iuris planteada, que constituyó el sonsorte cardinal de las resoluciones condenatorias a que llegaron los juzgadores de instancia y sobre cuyos naturaleza y caracteres aún no se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana.

Y el pronunciamiento enunciado se procede porque, como con acierto lo expone el

doctrina universal, al través de la casación la misión de la Corte Suprema no es sólo la restauración del derecho objetivo perturbado, cuando lo ha sido por la sentencia combatida, sino también y fundamentalmente la afirmación de una doctrina que, con relación a las normas legales aplicadas en el fallo impugnado y con la subsunción de los hechos a las mismas, ofrezca a la comunidad garantías de certeza y estabilidad en el presente y para el futuro.

2. Sostiene la demandante que las dos compañías demandadas, como empresarias de una planta de producción de ácido sulfúrico que funciona a 250 metros de distancia de la fábrica de hilazas que aquélla explota, le ha causado graves perjuicios desde hace varios años a sus instalaciones, maquinaria y equipos, como consecuencia de las emanaciones permanentes de "gases residuales en cantidad tal que equivale a 700 kilogramos por día de dióxido de azufre o anhídrido sulfuroso (SO_2), o sea un poco más de una tonelada diaria de ácido sulfúrico", representada en 100 miligramos de esa nociva sustancia por cada metro cúbico de aire, cuando la proporción internacionalmente aceptada no excede de 12 a 13 miligramos.

Se trata, entonces, de aquilatar, para dilucidarla, la cuestión de si una empresa industrial tiene o no tiene el derecho de contaminar así la atmósfera en perjuicio de terceros.

3. Quienes idearon y aún sostienen, en el terreno de la responsabilidad civil, la llamada teoría del riesgo creado, tuvieron el indiscutible acierto de llamar la atención hacia un hecho que por su trascendencia se presenta como relevante en el panorama de la vida social moderna: el uso constante y progresivo de máquinas y fuerzas motrices, la mayoría de ellas descubiertas, o inventadas, y puestas al servicio del hombre en el transcurso del siglo XX, ha traído como secuela el factor peligrosidad, que ciertamente se lo consideró de escasa importancia en épocas pretéritas.

Tal es, a la postre, el aspecto positivo de la teoría en comento. Porque su aspecto negativo, o sea el de propugnar por la abolición del criterio ético de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil aquiliana, para sustituirlo con el simplemente objetivo del riesgo creado y cuya justificación preténdese encontrar en el aforismo ubi emolumentum ibi onus, ha sido desaprobado por la jurisprudencia de algunos países, entre ellos Colombia. En éstos, la solución que generalmente se ha dado al problema no se aparta de la clásica: del daño causado en el ejercicio de una actividad peligrosa se presume la culpa del agente, presunción que subsistirá entretanto no se la infirme con la prueba de la fuerza mayor, del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño, dentro del cual cabe el error de conducta de la víctima.

4. Las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presentan, empero, un nuevo aspecto, más actual y acaso de mayor trascendencia que el del simple riesgo: muchos de esos elementos de corriente empleo en el medio social, comportan no solamente la amenaza de llegar a lesionar a terceros (accidente aéreo, colisión de automóviles, estallido de una caldera, verbigracia), sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole, aparentemente inevitables, cuales son los ruidos ensordecedores (aviones, ferrocarriles, autobuses, motocicletas, fábricas), los olores desagradables (plantas de abonos orgánicos), las contaminaciones letales (fumigación aérea), las trepidaciones o vibraciones capaces de destruir instalaciones de diverso género (derrelaje o aterrizaje de aeronaves estallidos de dinamita u otros explosivos), las corrosiones (gases residuales de ciertas fábricas), el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y enseres (chimeneas de instalaciones industriales), para no citar sino algunos ejemplos.

Independientemente de la reglamentación que el Estado dé a estas actividades, socialmente útiles y aún necesarias pero también peligrosas, el derecho civil no puede mostrarse indiferente ante las consecuencias nocivas que traen para los integrantes del conglomerado social. Es preciso, entonces, husmear las fuentes de la responsabilidad civil para encontrar una solución justa, y ésta se halla dentro del ámbito del principio romano naeminem laedere, fundamento clásico e insustituíble de la responsabilidad aquiliana.

5. Dentro del inmenso y cada día más

creciente campo que abarca esta especialísima rama del derecho, doctrinas y jurisprudencias foráneas han ubicado el asunto planteado precisamente en el terreno de la teoría del abuso del derecho, cuyos lineamientos generales, por lo que toca con el Derecho Civil Colombiano, podrían delinearse así: a) generalmente los derechos subjetivos pueden y deben ejercerse sin causar daño a los demás; y b) por excepción, los hay que no pueden ser ejercidos sin lesionar un derecho ajeno.

Los derechos que integran la primera de estas dos clases constituyen, como se deja dicho, la regla general. Nadie puede hacer uso de ellos, ciertamente, en perjuicio de terceros. La ley no los ha reconocido o conferido como facultad que permita atentar contra el derecho ajeno, sino como medio legítimo de satisfacción de necesidades individuales o colectivas sin perjuicio de los demás. El que daña a otro so pretexto de usar de un derecho cuyo ejercicio no implique ineludiblemente daño ajeno, no está ejerciéndolo, sino abusando de él. Por lo consiguiente, incurre en hecho ilícito el que cree o aparenta estar usando legítimamente un derecho del que en realidad no está sirviéndose dentro del límite que ordinariamente tienen los derechos: naeminem laedere, no dañar a otros. Si este hecho ilícito es cometido dolosa y culposamente, o sea, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, el agente del daño es civilmente responsable por abuso del derecho.

Ejemplo de esta clase de derechos es el más común de ellos: el dominio o propiedad, que confiere a su titular facultad para usar, gozar y disponer de una cosa corporal "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno", según la preceptiva contenida en el artículo 669 del C. C. C. De ésta resulta que si el dueño de la cosa la usa, la disfruta o dispone materialmente de ella en detrimento del derecho de otra persona, con estricta jurídica procede decir que no ejerce su derecho de dominio, sino que abusa de él y que por tanto se hace responsable en frente de su víctima.

Muy excepcionalmente, según también quedó expresado, hay determinados derechos que sólo puede ejercerse causando daño, como son, verbigracia, el de la legítima defensa (Art. 25 del Código Penal) y el de construir un pozo artesiano en suelo propio en perjuicio del vecino (Art. 1002 del Código Civil). No es lícito, empero, ejercer estos derechos, y por ende su ejercicio genera responsabilidad aquiliana, cuando el daño que se causa es desproporcionado, ora en relación con la agresión que se afronta, ya con la utilidad o provecho que el agente reporte, respectivamente, es decir, cuando el perjuicio causado resulta excesivo.

En tal hipótesis, haya dolo o simple culpa, esto es, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, el titular del derecho lo ha ejercitado abusivamente y es responsable por hecho ilícito. Y, no sobra decirlo, la culpabilidad del agente del daño aquí también se presume, porque los hechos ilícitos deben suponerse libremente ejecutados mientras lo contrario no se demuestre.

6. Enlistados en la primera clase indicada, quedan los derechos de hacer uso de máquinas y fuerzas motrices. Y es palmar que muchos de estos elementos, por el solo hecho de ser utilizados, producen daños que afectan a terceros en menor o mayor escala, como se aprecia claramente en algunos de los casos atrás citados a guisa de ejemplos: hasta donde hoy ha llegado la técnica, los vehículos automotores, las fábricas, las sustancias explosivas, no podrían actuar sin producir humos ni ruidos. Los primeros han sido y continúan siendo la causa del alarmante problema de la contaminación del medio ambiente, que, por los excesivos inconvenientes que trae consigo, ha impulsado a los científicos del universo a estudiarlo en pos de la búsqueda de soluciones para evitarla o cuando menos para reducirla en sus efectos nocivos.

Esta especie de daño, empero, escapa al dominio del derecho civil mientras no se trate, lo que es poco frecuente, de agente y víctima determinados. La contaminación ambiental es por lo común fenómeno de etiología colectiva y, consiguientemente, anónima, incapaz de generar un vínculo jurídico entre sujetos concretos.

Mas, cuando quiera que la lesión causada por la contaminación ambiental sea imputable a persona determinada y la sufra una víctima también determinada, allí surge la cuestión de la responsabilidad civil, por la razón apodíctica de que si bien es verdad que numerosas máquinas y fuerzas motrices producen daños en sí mismas,

se puede sin embargo procurar que no les causen a determinadas víctimas. Así, el decolaje y aterrizaje de aeronaves, por ejemplo, implican de suyo la producción de gases, trepidaciones y ruidos más o menos insoportables; pero si los aeropuertos se construyen en lugares prudentemente retirados de los perímetros urbanos, tales fenómenos no afectan a persona alguna. Igualmente, una fábrica de abonos orgánicos, o de ácidos tóxicos o nocivos difícilmente podría funcionar sin que de sus instalaciones escapen desagradables olores; más a ningún particular afectarán éstos, si la planta de elaboración o los depósitos de materia prima se sitúan en despoblado, o si se toman determinadas y precisas precauciones técnicas que neutralicen los olores dichos. Así, en fin, las chimeneas de las instalaciones industriales dejan escapar frecuentemente humos venenosos y en ciertos casos hasta letales; sin embargo, ubicándolas adecuadamente, o adoptando determinadas medidas, como el lavado científico de los gases o la construcción convenientemente elevada de las chimeneas dichas, el vecindario no sufre perjuicio.

7. La vida en sociedad no sería posible, ciertamente, si los asociados no debieran aceptar algunos inconvenientes resultantes de actividades que sean socialmente útiles y aun necesarias. Pero si ello es verdad, desde el punto de vista jurídico no lo es menos que esos inconvenientes sólo deben ser sufridos por las víctimas cuando ellos no sobrepasen lo que es considerado como ordinario o normal; los inconvenientes extraordinarios, precisamente por resultar excesivos, no están autorizados y por ello constituyen injusto ataque al derecho de otros, que por tanto, compromete la responsabilidad civil del agente.

Cuando los empresarios no realizan todo lo que humana y técnicamente debe ejecutarse para evitar los perjuicios que a terceros pueda causar el funcionamiento de una fábrica, y los daños se producen, la incuria de aquéllos en el desarrollo de la actividad compromete su responsabilidad civil, por la muy obvia razón de que al ejercitar su propio derecho no se comportan como un hombre avisado, prudente y razonable.

En el campo del derecho civil, se repite, nadie puede, salvo muy contadas excepciones expresamente previstas en la ley, ejercitar una actividad cualquiera, por lícita que sea, dañando a los demás, amparándose en el pretexto de que, a pesar de suponer normalmente un daño colectivo a corto o largo plazo, es útil o necesaria para el desarrollo industrial del país. Si alguien demuestra haber sufrido daño a causa de ella y señala al agente que la ejerce, tiene derecho a ser indemnizado del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, o caso fortuito o de la culpa exclusiva de la propia víctima.

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 diecisiete (17) de febrero de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de las recurrentes. Tásense.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

Interpretación de la demanda: obligación del fallador.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entrase a resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto por los demandantes José Isaac e Ildefonso Valencia Chaurra contra la sentencia de 23 de septiembre de 1975, dictada en este proceso ordinario dirigido contra Guillermo Velásquez y Gabriel Soto.

II

El litigio

1. En demanda que fue admitida el 7 de marzo de 1974 por el Juez Civil del Circuito de Riosucio, José Isaac e Ildefonso pidieron que, previos los ritos del proceso ordinario y la citación de Guillermo y Gabriel, se declarase: a) que estos son civil y solidariamente responsables, en su calidad de dueños del camión Dodge, placas AI-98-05, afiliado a la Empresa Transportes Cebú de Medellín, por los daños materiales causados a los demandantes en el accidente ocurrido el 29 de enero de 1974, en el punto "La U" del paraje San Pablo del municipio de Supía, en el cual fue volcado y lanzado al abismo su camión marca Ford, placas AI-94-29, afiliado a la empresa Rafael Salazar; b) que, por tanto, los demandados están obligados a indemnizarles los perjuicios materiales, tanto por daño emergente como por lucro cesante; c) "que el valor de dichos perjuicios no es inferior a la cantidad de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000), o a la que se establezca en este proceso".

2. La causa para pedir, según el resumen de los hechos que el Tribunal hizo, se funda en los siguientes episodios: los demandantes son "propietarios de un camión marca Ford, modelo 1955, color verde y blanco, con capacidad para nueve toneladas, motor F80k5H-45751, placa AI-94-29, afiliado a la Empresa Rafael Salazar.

"El 29 de enero de 1974 el citado vehículo transportaba 160 bultos de azúcar, de Palmira a Medellín, conducido por Luis Abelardo Torrijos.

"En un punto llamado 'La U', situado en el paraje de San Pablo del municipio de Supía, como a las cinco y media de la mañana, el conductor del vehículo detuvo la marcha de éste para revisar la dirección que notaba deficiente. Con tal objeto lo estacionó en sitio apropiado, a distancia de un metro cuarenta centímetros del pavimento, colocando en la vía las banderolas que sirven para prevenir o señalar peligro, todo con sujeción a lo dispuesto en el artículo 143 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 de 1970).

"Hallándose en tal situación fué violentamente atropellado por el camión marca 'Dodge', modelo 1970, color café, motor FT14802, placas AI-98-05, afiliado a la empresa Transportes Cebú de Medellín, matriculado en Itagüí como de propiedad de los señores Guillermo Velásquez y Gabriel Soto y conducido por el señor Alfredo Agudelo. Fue tan violento el impacto que el vehículo de los señores Valencia Chaurra rodó por un abismo de 31 metros, destruyéndose casi íntegramente con pérdida en su mayor parte de la carga que transportaba y causando graves lesiones al conductor Torrijos.

"La culpa exclusiva del conductor del camión 'Dodge' fue manifiesta, clara e inequívoca, porque a pesar de tener visibili-

dad de 73 metros, en forma negligente y responsable se estrelló contra el camión Ford al que arrojó al abismo, sin que esa conducta tenga la menor justificación, ya que está evidenciado que el referido accidente se debió a fallas humanas y no a fallas del vehículo".

Expresamente se dice en el hecho 8º de la demanda que hasta el momento de la presentación de ésta los perjuicios sufridos por los demandantes ascendían a $ 207.012, "pero que el valor de éllos posiblemente excederá en $ 22.000 pesos más, fuera del aumento del lucro cesante 'ya que éste tiene que computarse hasta el día en que el vehículo esté en condiciones normales de trabajo' ".

3. Al contestar la demanda, los demandados se opusieron expresamente a las pretensiones y formularon como defensa excepciones que calificaron como "ineptitud sustantiva de la demanda, por no ser los demandados propietarios del vehículo causante del accidente; carencia de acción, y prescripción...".

4. La primera instancia finalizó con sentencia que acoge la demanda, pero al desatarse el recurso de apelación que contra élla interpusieron los demandados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales la revocó por medio de su fallo de 23 de septiembre de 1975 y en su lugar, se declaró inhibido por falta del presupuesto de demanda en forma. Entonces, los demandantes interpusieron el recurso de casación que se está decidiendo.

III

Fundamentos del fallo del Tribunal

En síntesis expresa el ad quem que el artículo 75-5º del Código de Procedimiento Civil exige que en la demanda debe decirse "lo que se pretende expresado con precisión y claridad", exigencia que atañe al **petitum**, para que se pueda luego determinar si existe congruencia entre lo pedido y lo fallado. Que en el caso que se estudia, como en la demanda no se fijó el monto de la indemnización pretendida, resulta que la petición en el punto es clara, pero no precisa, pues "los demandantes han fijado el límite mínimo pero no el máximo y, por consiguiente, no le es posible al juzgador precisar hasta qué cantidad se extiende el monto de la condena que solicitan, y esto hace que ella sea cuantitativamente indefinida porque no inferior a $ 250.000 es cualquier cantidad que exceda esa cifra así sea en un peso o en un millón de pesos. Esto pone de manifiesto la falta de precisión en el **petitum** de la condena pretendida, circunstancia que determina la imposibilidad para el fallador de dictar un fallo congruente con la demanda". Y el Tribunal agrega: "de otro lado la imprecisión que se advierte en las peticiones de ésta, tampoco se soluciona acudiendo para su interpretación a los hechos de la misma, porque en el único en que se alude a estimación de perjuicios materiales, es en el octavo, donde el mandatario de los actores hace referencia al avalúo de esos perjuicios por peritos en la suma de $ 207.012.00, más, si se requiere reparar el troque, la caja y el motor del vehículo accidentado y añadiendo todavía 'que el valor de los perjuicios materiales posiblemente excederá de aquella cantidad, y necesariamente excede con respecto al lucro cesante, ya que éste tiene que computarse hasta el día que el vehículo de mis mandantes esté en condiciones normales de trabajo' ".

"De modo que en los hechos, al igual que en el **petitum**, se dejó margen abierto al juzgador para fallar sin límite máximo, y por esto no hay base para precisar la suma que por concepto de perjuicios preténdese, ni haciendo una interpretación conjunta de la demanda. Cuando lo que se busca a través de un proceso es el reconocimiento de una suma de dinero, por cualquier concepto, no basta señalar en el libelo demandatorio la cantidad mínima a que se aspira sino que es necesario determinar la máxima, para que pueda hablarse de precisión en el **petitum**, y le sea dado al fallador decidir en congruencia con éste y respetar la prohibición de fallar **ultra petita**, todo conforme a lo preceptuado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil".

De todo lo anterior concluye el Tribunal "que la demanda con que se inició el presente proceso adolece de un defecto formal que hasta este momento había pasado in-

advertido, pero que no por eso deja de ser obstáculo para un pronunciamiento de fondo, como es el de falta de precisión en lo que pretenden los demandantes por concepto de indemnización de perjuicios".

III

La demanda de casación

Tres cargos, en la órbita de la causal primera, le enrostra el recurrente al fallo del Tribunal, de los cuales la Corte sólo estudiará el último por hallar que es próspero. En él denuncia el censor inaplicación de los artículos 2341, 2343, 2344, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil a causa de manifiesto error de hecho en la interpretación de la demanda.

La censura resume así su impugnación:

"Aquí se pretende una declaración de responsabilidad civil de los demandados por lesión a derechos patrimoniales absolutos de los demandantes y la condena correspondiente de aquéllos a indemnizar a éstos los perjuicios materiales que el accidente les ha ocasionado, incluyendo daño emergente y lucro cesante y, dentro de éste, todo lo causado desde el día del siniestro hasta el momento del pago. Las súplicas son, entonces, claras y precisas. Para mayor abundamiento y lealtad, se menciona un antecedente producido en forma vinculante para los demandados: la inspección judicial en asocio de peritos y el dictamen de éstos, de lo cual se desprende una concreción mínima de los daños en general y de su cuantía: faltando algunos aspectos no considerados entonces, que se pormenorizan en el hecho 8º, el avalúo alcanzó la suma de $ 207.000.00, de modo que a juzgar por el monto del faltante, habrá de ascender en definitiva a una suma no menor de $ 250.000.00, y en todo caso los demandantes se atienen a lo que resulte apreciado dentro del proceso.

"Estos datos provienen de la demanda (C. 1º fls. 20 a 23), son ciertos y bastantes para una concreta formulación de una demanda de esta índole. El Tribunal no reparó en ellos, o si los percibió no los tuvo en cuenta, o si los consideró fue para interpretar la demanda unilateral y prevenidamente pues ya había dicho que no era precisa y lo demás fué su empeño demostrativo de aserto previo y justificativo del partido tomado".

IV

Consideraciones de la Corte

1. El siguiente es el texto de las peticiones de la demanda:

"a) Que los señores Guillermo Velásquez y Gabriel Soto, de las condiciones civiles ya dichas, son responsables civilmente y en forma solidaria del accidente ocurrido el día 29 de enero de 1974, en el punto llamado 'La U', en el paraje de San Pablo de la jurisdicción del Municipio de Supía, en el cual fué volcado y lanzado al abismo el camión descrito en el hecho primero de esta demanda, por el camión de propiedad de los demandados, especificado en el hecho cuarto de esta demanda y por culpa exclusiva de su conductor señor Alfredo Agudelo, conforme se expresa en el hecho quinto.

"b) Que como consecuencia de la responsabilidad civil imputable a los citados demandados, éstos están obligados a indemnizar a los señores José Isaac e Ildefonso Valencia Chaurra los perjuicios materiales que el mentado accidente les ha ocasionado, incluyendo daño emergente y lucro cesante comprendiendo los últimos los causados desde el momento del accidente y hasta el día en que se verifique el pago del valor de tales perjuicios, lo que deben cumplir dentro del término que usted se digne fijar.

"c) Que el valor de dichos perjuicios no es inferior a la cantidad de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00),o a la que se establezca en este proceso".

Como aparece del texto transcrito ninguna oscuridad se presenta en las peticiones comprendidas bajo las letras a) y b) del petitum, pues con la primera se busca una clara y precisa declaración de que los demandados "son responsables civilmente y en forma solidaria" de los daños causados a los demandantes en el accidente ocurrido el 29 de enero de 1974, en el que fue lanzado al abismo el camión de propiedad de éstos, con deterioro del cargamento de azúcar que transportaba; y con la segunda pretensión de la demanda, la señalada con la letra b), persíguese indudablemente que

se haga el expreso pronunciamiento de que los demandados, por ser responsables civilmente de tales daños, están obligados a indemnizar a los demandantes tanto los perjuicios que constituyen daño emergente, como los que consisten en lucro cesante.

Las dos pretensiones anteriores, pues, están determinadas y precisadas de tal manera que no existe incertidumbre alguna sobre lo pedido por los demandantes. Por el contrario, en el aspecto apuntado existe certeza.

Y si a lo dicho se agrega que en la causa petendi está claramente determinada la fuente de la obligación debatida, desde luego que se hace dimanar de que los demandados son propietarios de la cosa que causó el daño y, además, patronos de quien conducía el automotor causante del accidente, por lo cual son responsables de culpa aquiliana presunta como explotadores de una actividad peligrosa, menester es concluir que lo demandado bajo las letras a) y b) está expresado con claridad y precisión como lo exige el artículo 75-5º del Código de Procedimiento Civil. Desde este ángulo es ostensible el error cometido por el Tribunal en la apreciación de la demanda, yerro que sería suficiente para casar el fallo.

2. Lo demandado bajo la letra c), por el contrario, a primera lectura y si se aprecia separadamente del resto del libelo, no es claro, en lo cual tendría razón el Tribunal.

En efecto allí se pide que se haga declaración del siguiente tenor:

"Que el valor de dichos perjuicios no es inferior a la cantidad de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000) o a la que se establezca en este proceso".

Como emana de su solo texto, estudiándolo aisladamente, la pretensión contenida en estas palabras no reviste per se ni la claridad ni la precisión exigidas por el artículo 75-5º del Código de Procedimiento Civil. Tal circunstancia, empero, no conduce necesariamente a concluir que la demanda no esté en forma, pues de un lado, en el derecho colombiano no se requieren palabras sacramentales para formalizar las peticiones y, de otro, los jueces no sólo tienen la facultad de interpretar las demandas, sino que están en ese deber para realizar su altísima y noble misión de desentrañar el verdadero sentido del libelo. Esta facultad de interpretación cobija el campo de las normas procesales, como expresamente lo regula el artículo 4º del ordenamiento procesal, donde se indica como guía de interpretación que la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial es objeto definido de los procedimientos.

Lo pretendido bajo la letra c), entonces, si se toma aisladamente, carece de claridad y precisión, más si se analiza en conjunto con las otras dos pretensiones expuestas bajo las letras a) y b) del petitum y, además, con los hechos relatados en la causa petendi como generadores de la obligación discutida, es lo cierto que rápidamente se desvanecen tanto la oscuridad inicial como la imprecisión aludida. El libelo, estudiado en conjunto, manera esta que es la propia de un análisis científico y ajustado a las normas del derecho, expresa clara y precisamente que en él se pretende la declaración de que los demandados son civil y solidariamente responsables de los daños ocasionados a los demandantes en el accidente allí referido, y que, como consecuencia de esta declaración de responsabilidad debe hacerse la de que ellos están obligados a indemnizar a los demandantes los perjuicios materiales, tanto por daño emergente como lucro cesante, que les ocasionaron, y que su valor será el que se determine en el proceso, sin que sean inferiores a $ 250.000.

La Corte, siguiendo en pos del principio de que el derecho no puede ser sacrificado a las formas, en sentencia de 17 de noviembre de 1975, aún no publicada, dijo:

"Como el sentenciador debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos (artículo 4º del C. de P. C.), es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, una deficiente o incorrecta expresión usada en el petitum de la demanda no puede ser pretexto para sacrificar el derecho de la parte demandante, menos aun si de los hechos y de los fundamentos de derecho surge con suficiente claridad cuáles son las verdaderas pretensiones que ella aduce. La demanda es, en fin de cuentas, una de las pruebas que el fallador está obligado a apreciar y debe hacerlo de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica.

"Dedúcese de lo dicho que la pretensión de los demandantes es clara y precisa; que

ninguna incertidumbre se presenta para los demandados ni para el Juez, si el libelo introductorio del proceso se analiza en la forma arriba dicha, que es la ajustada a las reglas del derecho. Los demandados entendieron cuál era el objeto del litigio y por ello ninguna duda o perplejidad los sobresaltó en el punto. Los límites de la sentencia están fijados por el petitum entendido como antes se expresó, pues los hechos de la demanda donde se habla de los perjuicios padecidos, tanto por daño emergente como por lucro cesante, a causa del accidente que allí se detalla, han configurado de tal manera la pretensión que es posible identificarla plenamente.

Finalmente, es menester aclarar que cuando el inciso 3º del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil dispone que las demandas que recaigan sobre bienes muebles, deben determinar su cantidad, calidad, peso o medida, según fuere el caso, no se está refiriendo a las que tengan por objeto lograr una sentencia de condena a pagar daños. En nada perjudica la precisión de una demanda y menos su claridad, que buscándose la declaración de que el demandado es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el demandante y que, por tanto, se le condena al pago de los mismos, la condenación se produzca en abstracto. Si al presentarse la demanda aún no se conoce la cuantía del valor del daño ya sufrido, pero no liquidado, nada se opone que se demande el resarcimiento en general y durante el proceso se acredite el quantum o que éste sea determinado después de la sentencia que condena in genere, de conformidad a lo establecido en el artículo 308 ibídem.

Estando pues, demostrado el error, necesario será casar la sentencia y proferir la de reemplazo. Sin embargo, la Corte, antes de dictar ésta y ejerciendo la facultad que le otorga el artículo 375, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, decretará pruebas de oficio.

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

Resuelve:

1º CASAR la sentencia de 23 de septiembre de 1975, dictada en este proceso ordinario dirigido contra Guillermo Velásquez y Gabriel Soto, por los demandantes José Isaac e Ildefonso Valencia Chaurra.

2º Decretar las pruebas siguientes:

a) Líbrese despacho al Jefe de Impuestos Nacionales de Medellín, para que certifique en qué tiempo se dieron al expendio las hojas de papel sellado distinguidas con los números R 03635783, CC 13753467, BB 04436714;

b) Líbrese despacho al señor Jefe de Impuestos Nacionales para que certifique, con vista en las declaraciones de renta y patrimonio respectivas, si alguno de los señores Guillermo Velásquez Palacio, con cédula número 3416499 de Bolívar (Ant.), o Gabriel Soto Mejía, cedulado bajo el número 3425959 de Caldas (Ant.); o Jairo de Jesús Acevedo Acevedo, cedulado bajo el número 3515084 de La Ceja (Ant.); o José Miguel Duque Orozco cedulado bajo el número 1417706; o Ismael Gómez Espinal, con cédula número 15500160, declararon entre los bienes que componían su activo en 31 de diciembre de cualquiera de los años de 1970, 1971, 1972, 1973 o 1974, el siguiente vehículo: camión marca Dodge, modelo 1970, motor FT 14602, placas AI-98-05;

c) Líbrese despacho al Gerente del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en Medellín para que ordene certificar a nombre de qué patrono figuraba inscrito el conductor Alfredo Agudelo Osorio durante los años 1971, 1972, 1973 y 1974 y quién pagaba sus cuotas patronales;

d) Líbrese despacho al inspector municipal de transportes y tránsito de Itagüí para que certifique quiénes y durante qué espacios de tiempo, han figurado como propietarios del camión Dodge, modelo 1970, motor FT 14602 y a qué empresa ha estado afiliado, durante qué tiempo en cada una y por cuenta de qué propietario;

e) Líbrese despacho al Instituto Nacional del Transporte (Intra) para que a tra-

vés del Registro Nacional de Automotores certifique sobre los mismos puntos a que se refiere la letra d) anterior.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

Perjuicios materiales y morales objetivados. Deben ser ciertos y estar demostrados. — Perjuicios morales subjetivos. Reitera la doctrina del "arbitrium judicis" para fijar el "pretium doloris". — Llamamiento en garantía.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I

El Proceso

Mediante sentencia del 3 de septiembre de 1975, la Corte casó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 27 de enero del mismo año, en el proceso ordinario promovido por Fabio Patiño y Ofelia Salazar de Patiño contra "Embotelladora de Medellín S. A.". Compete ahora dictar en instancia la decisión que debe reemplazar la del Tribunal, para desatar el recurso de apelación que había interpuesto la parte demandante contra el fallo de primera instancia dictado el 20 de gosto de 1974 por el Juez 6º Civil del Circuito de la misma ciudad, en atención a que el proceso está libre de vicios y a que fueron practicadas, en lo posible, las pruebas que oficiosamente decretó esta Sala en la sentencia primeramente mencionada.

Esta corporación resumió entonces los antecedentes del proceso en la siguiente forma:

"I. En demanda de cinco de marzo de 1973, solicitan los referidos demandantes, en sus propios nombres y en la calidad de padres legítimos de Uriel de Jesús Patiño Salazar, que en contra de la sociedad demandada se hagan las declaraciones y condenas siguientes:

"a) Que la sociedad demandada es civilmente responsable para con los demandantes, de los perjuicios causados con la muerte del joven Uriel de J. Patiño Salazar, hecho causado por el vehículo de placas A-65799 de propiedad de la sociedad demandada;

"b) Que como consecuencia de la declaración precedente, la sociedad demandada debe pagarle a los demandantes 'la suma de dinero que probaren ascienden los perjuicios, previa liquidación que se practicará por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta la edad del occiso, las tablas de esperanza de vida que acostumbran las compañías de seguros, así como, para calcular el daño futuro las tablas de Garufa'.

"II. Refiere como elementos de hecho de la causa petendi los siguientes:.

"a) Que el joven Uriel de Jesús Patiño Salazar falleció en la ciudad de Medellín el día 26 de diciembre de 1970 al ser atropellado por el vehículo automotor de placas A-65799, de propiedad de la Sociedad Embotelladora de Medellín S. A;

"b) Que al momento del accidente el automotor era conducido por Oliverio de J. Jaramillo, empleado al servicio de 'Embotelladora de Medellín S. A.' cuando éste se dedicaba a cumplir la labor que se le había encomendado, consistente en repartir el producto Coca Cola;

"c) Que el menor fallecido en el accidente era hijo legítimo de los demandantes, y dado 'el grado avanzado de estudios que cursaba en ese entonces —dicen los demandantes—, teníamos puestas en él grandes esperanzas de ayuda y sostenimiento. Por lo cual con su muerte se nos ha causado grandes perjuicios que deben ser reparados por la sociedad causante del daño que sufrimos'.

"III. La compañía consignó su respuesta en escrito de 28 de mayo de 1973, en el sentido de admitir parcialmente los hechos, para finalizar con oposición a las pretensiones y con la formulación de las excepciones que denominó de inexistencia de la obligación, o ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, prescripción y compensación"

II

La sentencia apelada

En su lacónica sentencia, el juzgador a quo dice que los medios probatorios allegados al proceso no acreditan en modo alguno quién fue el responsable de la colisión de vehículos que ocasionó la muerte del joven Patiño Salazar, ni menos aun la culpa que pudo tener la empresa demandada en dicho insuceso, en cuanto al cumplimiento de sus deberes en la escogencia y vigilancia de su empleado, según los artículos 2341 y 2347 del Código Civil, y que faltando ese elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual, no cabe despachar favorablemente las pretensiones indemnizatorias de los demandantes.

III

Consideraciones de la Corte

1. Los antecedentes relatados demuestran inequívocamente que la cuestión sub judice gira alrededor de la responsabilidad civil por culpa aquiliana de que trata el título 34 del Libro IV del Código Civil. En el texto del artículo 2341 de dicha obra, que consagra los hechos ilícitos como fuentes de la obligación de reparar los daños que producen, han encontrado la doctrina y la jurisprudencia los tres elementos esenciales que configuran dicha responsabilidad, vale decir, la culpa, el daño y la relación de causalidad necesaria entre una y otro. En estas condiciones, de acuerdo con la máxima onus probandi incumbit actori, consagrada positivamente en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la parte damnificada que pretende que el autor del daño sea condenado a resarcirle los perjuicios que le ocasionó, tiene la carga de demostrar en forma plena y completa todos y cada uno de los mencionados elementos.

2. Sin embargo, cuando el daño se produjo como consecuencia de una actividad peligrosa, dentro de la cual se ha considerado siempre la conducción de vehículos automotores, la norma aplicable es el artículo 2356 ibidem, que consagra explícita e inequívocamente una presunción de culpabilidad (LXXIX, Pág. 823; LXXXIII, Pág. 2169 y XCV, Pág. 784). Así, pues, a la víctima que pretende ser indemnizada, le basta demostrar el hecho dañoso ocurrido como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de la actividad peligrosa que desempeñaba el demandado, es decir está exenta de la carga probatoria en cuanto al elemento culpa (LIX, Pág. 820; LXXI, Pág. 114 y LXXIII, Pág. 649, entre muchas otras).

3. Esa responsabilidad civil extracontractual de que trata el Título 34 del Libro IV del Código Civil, comprende no solamente al autor del daño por el hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas o de los animales que le pertenecen, o de las personas que de él dependen.

4. Por regla general, el autor del daño sólo puede exonerarse de su responsabilidad civil extracontractual, cuando demuestra que el perjuicio se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima o la de un tercero. (L, Pág. 439; LI, Pág. ; LIII, Pág. 659; LXIV, Pág. 745; LXX, Pág. 314). Si la culpa es concurrente, la exoneración será sólo parcial.

5. En sentencia dictada por esta Sala el 28 de octubre de 1975 (proceso de Miguel Rendón y otros contra la Caja de Crédito Agrario, aún sin publicar) se hizo un estudio exhaustivo de las llamadas responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas jurídicas; de las vacilaciones que tuvo la doctrina de la Corte en cuanto al tipo de responsabilidad que le

cabe a la persona moral por los daños que causan sus representantes, agentes o dependientes; y se reiteró una vez más la tesis de que en tales casos se trata de una responsabilidad directa, lo cual descarta la posibilidad de que la persona jurídica pueda exonerarse de aquélla demostrando simplemente que no incurrió en las llamadas culpa in aligendo y culpa in vigilando. Tal exoneración, pues —como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta corporación—, sólo se produce demostrando alguno de los tres factores atrás indicados.

A la sentencia mencionada pertenecen los párrafos que, para mayor claridad, se transcriben enseguida: "Orientada la Corte por la analogía jurídica, ya desde el siglo pasado advirtió que sin embargo de que el Título 34 del Libro 4º del Código Civil no se refiere en forma expresa a la responsabilidad por culpa aquiliana de las personas jurídicas, dichas regulaciones sí las comprenden implícitamente. Por lo consiguiente, con fundamento en el principio cardinal que domina la materia consignado en el precepto objetivo de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño tiene derecho a ser indemnizado, consagró la responsabilidad civil extracontractual para los entes morales, tanto de derecho privado como de derecho público".

"La doctrina actual. Finalmente, la Corte en sus dos sentencias de 30 de junio de 1962, proferidas por las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, que en su orden aparecen publicadas en las páginas 88 y ss. y 655 ss. del Tomo XCIX de la Gaceta Judicial, revaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, públicas y privadas, al punto de considerar directa y no indirecta, la de las primeras por la conducta de sus agentes, causantes de daños a terceros, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquéllos dentro de la entidad jurídica".

"... La doctrina de la responsabilidad directa sustentada en los dos fallos a que se ha hecho alusión, ha venido siendo mantenida por la Corte en forma constante y sin vacilación alguna desde entonces, como puede verse, entre otras, en las siguientes sentencias: 20 de febrero de 1964 (CVI, 130 y 131); 16 de marzo de 1964 (XVI, 192); 17 de junio del mismo año (CVII, 807); 9 de diciembre de 1969 (CXXXII, Pág. 209); y 5 de julio de 1971 (CXXXIX Pág. 18).

"Dada la profunda solidez jurídica que estructura los pilares en que dicha doctrina se apoya, a tal punto que comparativamente obvio resulta que es ella la que mejor permite la eficaz tutela del derecho a la indemnización que asiste a quien resulte damnificado por el hecho culposo de los funcionarios de una persona jurídica, ni por asomo le sería dado a esta Sala incinerarla hoy, para, en su lugar, resucitar la tesis de la responsabilidad indirecta, tal cual lo pretende el recurrente, sin que en pos de su intento esgrima razón legal con virtualidad suficiente que justifique el retroceso jurisprudencial que anhela.

"... Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar, pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño".

IV

La cuestión sub judice

6. Sentadas estas bases legales y jurisprudenciales indispensables, procede analizar la cuestión planteada en este proceso por su aspecto probatorio.

A) Está plenamente demostrado con las respectivas partidas notariales de estado civil anexas a la demanda, que el joven Uriel de Jesús Patiño Salazar, fallecido el 26 de diciembre de 1970, era hijo legítimo de los demandantes Fabio de Jesús Patiño y Ofelia Salazar, lo cual configura, a no dudarlo su legitimación en causa para promover este proceso.

B) También lo está, con la diligencia de necropsia número 15370 practicada el 27 de diciembre de 1970 por los médicos legistas de Medellín; con la historia clínica de fecha 26 de los mismos correspondiente al

joven Patiño, expedida por "Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl" de la misma ciudad; con el informe del accidente rendido por funcionarios de la Dirección de Transportes y Tránsito de Antioquia; y con la diligencia de levantamiento de Uriel Patiño Salazar, que éste falleció a consecuencia de un choque ocurrido entre dos vehículos automotores de placas A-65799, conducido por Oliverio de Jesús Jaramillo y número A-30266 conducido por Horacio Guiral Acevedo el 28 de septiembre de 1970, en la carrera 45 con calle 60 de Medellín.

C) La parte demandada confesó en su respuesta al libelo ser la propietaria del vehículo de placas A-65799 que ocasionó el accidente de que se trata y confesó también que el conductor de dicho vehículo Octavio de J. Jaramillo, cuando ocurrió el accidente, era su dependiente o empleado. Agregó, sin embargo, un hecho distinto del cual no hay prueba alguna en el proceso y que por el contrario está infirmado por la declaración de Luis Norberto Quintero, acompañante de Jaramillo cuando ocurrió el accidente: que en esos momentos, el conductor del vehículo no estaba cumpliendo funciones para la empresa sino que se dirigía a su residencia luego de haber desempeñado su labor del día.

D) Finalmente, se acreditó también la existencia legal de la sociedad contra la cual se promovió esta litis como propietaria del vehículo que arrolló al joven Patiño Salazar y como empleadora del chofer que lo conducía. Todo lo anterior aparece corroborado con dos documentos que en fotocopia auténticada notarialmente se aportaron como prueba por la misma parte demandada, por lo cual, al tenor del artículo 276 del Código de Procedimiento Civil fueron implícitamente reconocidos por ella, en los que dicha sociedad informa a la Compañía Colombiana de Seguros sobre la ocurrencia del accidente en que perdió la vida el joven Uriel Patiño Salazar y acerca de haberse promovido este proceso.

Los elementos probatorios que se dejan reseñados y que fueron oportuna y legalmente allegados a los autos, producen plena convicción sobre la verdad de los hechos anteriormente expuestos: que el joven Uriel Patiño Salazar, hijo legítimo de los demandantes, perdió la vida como consecuencia de haber sido atropellado por un vehículo automotor de placas A-65799 de propiedad de la Sociedad "Embotelladora Medellín S. A." que iba conducido por un empleado de ésta de nombre Oliverio de J. Jaramillo.

7. Los pormenores del accidente se deducen tanto del respectivo informe rendido por los agentes de la policía de Tránsito de Medellín, como del que suministró la sociedad demandada a la Compañía Colombiana de Seguros y de las declaraciones de Rodolfo de Jesús Chica Villa, Luis Norberto Quintero y Horacio Guiral Acevedo, cuya recepción fue decretada oficiosamente por el Tribunal para los dos primeros y por la Corte para el último.

En efecto, un camión de acarreos conducido por Guiral Acevedo en el cual iban como pasajeros la víctima y la madre del mismo, con placas A-30263, se estacionó en la carrera 45 con calle 70, de Medellín, a eso de las 8 de la noche del día 26 de diciembre de 1970. De dicho vehículo se bajó el joven Patiño para buscar la dirección de la casa donde debían entregar unos muebles que llevaban y momentos después fueron chocados violentamente por detrás, por el camión de propiedad de la sociedad demandada que venía conducido por Jaramillo, aprisionando entre los dos camiones al joven Patiño, quien a consecuencia de ello quedó herido de muerte y falleció muy poco tiempo después. El conductor Jaramillo, al rendir indagatoria ante el Juzgado 9º Penal Municipal de Medellín, que conoció del sumario a que dio origen el mencionado insuceso, para exculpar su conducta afirmó no haber visto el camión del cual se baja el joven Uriel, por haber sido encandelillado o deslumbrado por las luces de un vehículo que venía en dirección contraria. Esta circunstancia además de no haber sido demostrada plenamente, no acreditaría la ausencia de culpa del conductor del vehículo, la cual además no bastaría por sí sola para exonerar de su responsabilidad a la sociedad empleadora de dicho conductor y propietaria del vehículo que causo el accidente.

En vista de lo expuesto, que resulta de una fácil apreciación en conjunto de las pruebas que ya obraban en la primera instancia y que luego fueron corroboradas con las que decretaron oficiosamente esta

Sala y el Tribunal, no acierta a entender la Corte cómo pudo afirmar el juez, que si bien es cierto que el joven Patiño "fue víctima de la colisión de varios (sic) aparatos que lo aprisionaron, más carece de veracidad investigada cuál de los mismos tronchó su vida". Según acaba de verse, el choque no ocurrió entre varios vehículos sino únicamente entre dos; uno de ellos, el camión del cual acababa de apearse Uriel, no estaba en movimiento sino orillado en la vía mientras éste buscaba una dirección. La víctima evidentemente fue aprisionada entre los dos automotores, cuando el de la parte demandada chocó con el otro que estaba estacionado. Podrá decirse con acierto, en esas condiciones que se ignora cuál de esos dos automotores tronchó la vida del joven Patiño? La argumentación del a que no resiste el menor análisis.

8. En vista de lo ocurrido, es claro que conserva todo su vigor la presunción de culpa que consagra el artículo 2356 del Código Civil. Estando además demostrados, como se vio que lo están, el daño, o sea la muerte del joven Patiño y la relación de causalidad, es decir, que ésta se produjo a consecuencia de haber sido atropellado por el vehículo de la demandada, se configura a no dudarlo la responsabilidad civil por culpa aquiliana que la parte demandante pretende deducir a cargo de la sociedad "Embotelladora Medellín S. A.", y por tanto, la sentencia apelada debe revocarse.

De autos no obra prueba alguna de que el accidente mortal del joven Patiño hubiese obedecido a ninguno de los tres únicos factores exonerativos de la responsabilidad civil extracontractual a que atrás se hizo alusión. La parte demandada no ha insinuado siquiera la culpa exclusiva o al menos concurrente de la víctima o de un tercero. Sus argumentos defensivos, que como atrás se expuso, no están probados de ninguna manera, de haberlo estado no habrían tenido virtualidad alguna para eximir de su responsabilidad a la sociedad demandada.

9. De todo lo anterior se concluye que el fallo absolutorio apelado debe revocarse, por cuanto de autos aparece plenamente establecida la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada por razón del accidente en que perdió la vida el menor hijo de los demandantes.

V

Los perjuicios indemnizables

10. La Corte en innumerables ocasiones ha tenido oportunidad de referirse a los perjuicios que deben ser indemnizados cuando la muerte de una persona es resultado de un acto civilmente ilícito. Ha dicho, en efecto, y ahora lo reitera, que tales perjuicios pueden ser de tres clases: materiales, morales objetivados y morales puramente subjetivos (prestium doloris) y que estos últimos, a su vez, pueden representar el daño padecido por la parte social o por la parte afectiva del patrimonio moral; que los dos primeros, aún actuales o futuros, para ser resarcibles, se requiere en todo caso que sean ciertos y que estén plenamente demostrados, y que su monto es susceptible de ser avaluado pericialmente. En cuanto a los morales subjetivos, por su propia y especial naturaleza, la jurisprudencia ha aceptado que cuando se trata de la muerte de un ser querido su existencia se presume (LV. págs. 413 y 428) pero que por su misma índole en todo caso están sujetos a una normación especialísima.

11. Respecto de los daños materiales propiamente dichos, en casos como el que ahora se estudia, se ha expuesto también que para efectos de determinar su resarcibilidad debe tenerse en cuenta cuién fue la víctima. Que si ésta era persona que al ocurrir su muerte no tenía una actividad productiva de la cual se beneficiaran también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, de enfermedad o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento. "Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba y a nadie perjudicó con su muerte". (LXXXVII, pág. 145).

"Considera la Corte —dijo ésta en sentencia de casación civil del 29 de mayo de 1954— que establecida la existencia del daño, sin la cual no puede hacerse la declaración de responsabilidad, queda tan solo por determinar la exacta extensión del perjuicio que debe ser reparado, ya que el derecho no impone al responsable del acto culposo la obligación de responder por todas las consecuencias, cualesquiera que sean, derivadas de su acto, pues semejante

responsabilidad sería gravemente desquiciadora de la sociedad misma, que el derecho trata de regular y favorecer, sino de aquéllas que se derivan directa e indirectamente del acto culposo.

"Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio debe ser reparado en toda extensión en que sea cierto. No sólo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro, pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual. La Corte Francesa de casación —dice Chapus en su obra citada— se ha esforzado en ciertas sentencias por enunciar esta doctrina en términos no dudosos y ha declarado que 'si no es posible decretar la reparación de un perjuicio puramente eventual, sucede de otro modo cuando el perjuicio, aunque futuro, aparece al juez como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual que es susceptible de evaluación inmediata' ". (LXXVII, pág. 712).

12. De acuerdo con lo anterior, forzoso es concluir que en el caso sub-judice no obstante la responsabilidad civil que corre de cargo de la demanda, no hay lugar a condenar a ésta al pago de perjuicios materiales ni morales objetivados por las siguientes razones: en primer término, porque la parte demandante no adujo prueba alguna de los unos ni de los otros; en segundo lugar, porque como en el libelo mismo se afirma que teniendo en cuenta "el grado avanzado de estudios que cursaba en ese entonces (el joven Uriel) teníamos puestas en él grandes esperanzas de ayuda y sostenimiento", ello significa indudablemente que se pretende el pago de perjuicios futuros puramente conjeturales o hipotéticos, los cuales según se dijo atrás, por falta del elemento certidumbre, no pueden ser materia de indemnización. En este sentido dijo también la Corte "en cuanto concierne a los perjuicios materiales ocasionados a terceros por la muerte o invalidez accidentales de una persona, se admite que está legitimado para demandar el resarcimiento correspondiente quién, por tener una relación jurídica con la víctima, sufre una lesión en el derecho nacido de ese vínculo. Lo cual quiere decir que, para reclamar en el caso dicho la indemnización de perjuicios materiales, se requiere probar la lesión de un derecho surgido de una relación de interés con la víctima". (Cas. Civ. 18 de octubre de 1967, aún sin publicar).

En estas condiciones, por esa omisión probatoria en que incurrió la parte demandante, no es posible hacer condenación alguna al pago de perjuicios materiales o morales objetivados. La Corte carece en absoluto de bases que siquiera le permitan decretar la práctica de nuevas pruebas tendientes a establecer la existencia de los perjuicios ciertos que pudieran haber sufrido los padres de la víctima.

VI

Los perjuicios morales subjetivos

13. Solo resta por considerar, pues, lo referente a los perjuicios morales subjetivos, cuya existencia se presume en casos como el presente, según lo ha dicho esta corporación, por la estrecha relación de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, por los lazos de afecto que tal parentesco crea y por el sufrimiento moral que a no dudarlo debió ocasionarles a éstos la muerte de su hijo. "Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero... la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquéllas 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". (Sentencia arriba citada).

Para la determinación del resarcimiento de este tipo especial de perjuicios, la Corte recogió su anterior doctrina consistente en la aplicación analógica del artículo 95 del Código Penal, y en su sentencia del 27 de septiembre de 1974 dijo lo siguiente:

"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 $ 2.000.00 a cada lesionado'.

"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 de 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 destruído', permitiendo a quienes han sido víctimas del sufrimiento, hacerles, al menos, más llevadera su congoja".

En el caso sub-judice se está en presencia de idéntica situación a la que se refiere la doctrina transcrita, vale decir, la muerte de un hijo, lo cual indica que debe adoptarse el mismo criterio, sobre la base de que aquí son los dos padres de la víctima los que reclaman el resarcimiento de ese perjuicio moral subjetivo. Con ese criterio, pues, habrá de hacerse la regulación del caso, para fijar prudencialmente (arbitrium judicis) la cifra que se tuvo en cuenta en la sentencia arriba mencionada, según la nueva orientación jurisprudencial a ese respecto.

VII

Excepciones del demandado

Las excepciones propuestas por la sociedad demandada están llamadas al fracaso.

En efecto, las dos primeras, que denomina "inexistencia de la obligación" e "ilegitimidad de la personería sustantiva" no son tales, como repetidamente lo tiene dicho la doctrina de la Corte. (CVIII, pág. 265 y CXXX, pág. 19). La de prescripción no ha tenido ocurrencia, porque como atrás quedó dicho, se trata de un caso de responsabilidad directa, el cual no le es aplicable la prescripción trienal que establece el segundo inciso del artículo 2358 del Código Civil para la indirecta. Finalmente, la de "compensación" no está probada en absoluto. Aunque el apoderado de "Embotelladora Medellín S. A." no se tomó el trabajo de fundamentar ninguna de las excepciones que propuso, como era su deber según lo ha expuesto esta corporación (XXXVI, pág. 460), esta última solo cabe interpretarla como la de concurrencia de culpas de que trata el artículo 2357 ibídem. Pues bien, de autos no obra ningún elemento de juicio que permita considerar que hubo siquiera la más mínima imprudencia en la conducta de la víctima del accidente.

VIII

Llamamiento en garantía

La relación jurídico-procesal se forma usualmente entre quienes desde un principio son partes en la litis: la demandante y la demandada. Los terceros, sinembargo, en algunos casos pueden ser citados al proceso y en otros están facultados para intervenir en él, pero en uno y otro evento deben sujetarse a las consecuencias de la decisión que en dicho proceso se profiere, a lo cual se refieren el capítulo 3º del Título VI del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil y otras disposiciones de la misma obra.

Uno de los casos en que puede ocurrir esa intervención de terceros, en su especie de forzada, es precisamente el denominado "llamamiento en garantía" de que trata el artículo 57 en los siguientes términos: "Quien tenga el derecho legal o contractual a exigir de un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación".

El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago. Si como enseguida se expresa, ese tipo de intervención forzada de un tercero se equipara procesalmente a la denuncia del pleito, y le son aplicables algunas de las normas propias de éste, como los artículos 55 y 56, también debe serlo, por aplicación del artículo 2º ibídem, el segundo inciso del 54, que exige a quien hace dicha denuncia acompañar "la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias" cuando el llamamiento se dirige a una persona jurídica.

Con esta institución se rinde tributo al principio de la economía procesal, puesto que se evita la necesidad de una nueva litis para ejercer el llamado "derecho de regresión" o "de reversión", entre quien sufrió la condena y la persona legal o contractualmente obligada a correr con sus consecuencias patrimoniales.

El llamamiento en garantía, que al decir de Chiovenda (Principios de Derecho Procesal Civil, Trad. española de la 3ª edición italiana, Tomo II, pág. 643), "es de origen germánico, aunque la moderna ley germánica no lo conozca" guarda analogía con la denuncia del pleito y se inspira en el mismo principio antes expuesto. En tal llamamiento, como lo expresa el autor citado, la resolución procesal "sin perder su unidad, adquiere un nuevo sujeto. El llamado es parte... y le atribuye todos los derechos de la parte... El fin normal de la relación procesal con llamamiento en garantía es la decisión (subraya el texto), que produce cosa juzgada respecto de las tres partes". (Op. cit. pág. 653 a 656).

Cuando se produce un llamamiento en garantía que, según Devis Echandía, "en derecho moderno constituye una misma institución procesal con la denuncia del pleito" (Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, 3ª Ed. Bogotá 1972, pág. 302), aquél está sujeto a los requisitos de forma que para dicha denuncia estatuyen los artículos 55 y 56 del Código de Procedimiento Civil, y cuyo cumplimiento debe calificar el juez antes de ordenar la citación del garante. Esta última se cumple en la misma forma establecida por la ley para la notificación al demandado del auto admisorio. De ese momento en adelante la persona llamada al proceso adquiere el carácter de parte en él con todas las obligaciones, cargas y facultades procesales inherentes a esa calidad, según lo dispone el tercer inciso del artículo 56, aplicable al llamamiento en garantía por disposición del artículo 57 in fine.

La oportunidad para proponer el llamamiento en garantía, es el término que tiene el demandado para contestar la demanda, pues si el artículo 57 ordena que aquél "se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores", que se refieren a la denuncia del pleito, deben serle aplicadas las normas de ésta que no obedezcan a su propia configuración sustancial, siendo una de

ellas la de que debe hacerse dentro de dicho término.

Pero como a la persona llamada en garantía se la cita "para que intervenga" en el proceso o comparezca a éste (artículos 56, inciso primero y tercero, y 57), y la demanda no está dirigida contra ella por lo cual no se le da traslado, no tiene la carga de contestarla y el guardar silencio respecto al llamamiento no constituye indicio en su contra (artículo 55). En cambio, por analogía con el demandado, podrá invocar las excepciones previas y de fondo que tenga a su favor, pedir pruebas dentro del término de cinco días que se le otorga para intervenir (Art. 56), pues de lo contrario se vulneraría su derecho de defensa ya que, se repite, en el proceso se ventilará y decidirá tanto la relación de demandante y demandado como la que vincula a éste con el llamado en garantía. Podrá también intervenir en la práctica de las pruebas solicitadas por los otros litigantes; proponer incidentes; alegar de conclusión; interponer los recursos pertinentes contra las providencias que puedan causarle algún agravio; y en fin, efectuar los actos procesales que estime convenientes para la defensa de sus propios intereses.

Como lo afirma Hernando Morales, aserto que comparte la Sala dada la naturaleza jurídica de la institución que se comenta que según quedó dicho; es una intervención forzada, si el llamado no se apersona en el proceso, "siempre se decidirá sobre la relación jurídica que lo vincule con la parte que lo citó, y la sentencia le perjudicará, en su caso" (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 6ª Ed. Bogotá 1973, página 230).

En el fallo que ponga fin a la litis compete al juez resolver sobre dos relaciones sustanciales diferentes: la vigente entre demandante y demandado, y la que existe entre este último y el llamado en garantía. Desde luego, el examen de la segunda está suspensivamente condicionado o subordinado al éxito que tengan las pretensiones del demandante, pues carecería de operancia si éstas no proceden jurídicamente o resultan enervadas por una excepción de fondo. En cambio si el juzgador considera que las súplicas del demandante deben prosperar, por ser indudable la existencia del derecho subjetivo cuya tutela ha impetrado, deberá acometer el análisis de la relación sustancial que vincule al demandado con la persona que éste llamó en garantía y pronunciarse sobre ella. Y en consecuencia, está obligado el juzgador a analizar también los medios de defensa propios que haya esgrimido el garante y proveer sobre ellos en la sentencia.

Tal es el caso de un seguro por daños a terceros dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual. El asegurador ha tomado a su cargo, total o parcialmente, pero en todo caso hasta concurrencia de la cantidad estipulada en la póliza respectiva, la indemnización de los daños que el asegurado pueda causar a otras personas y que esté o se vea obligado a resarcir. La obligación de indemnizarlos, inicialmente a cargo de quien las irroga, sólo podrá ser deducida judicialmente si el damnificado demuestra plenamente los elementos esenciales que configuran la responsabilidad por culpa aquiliana del garantizado. Y esa es la primera tarea del juez: determinar si tales elementos están presentes, y como es obvio, la legitimación en causa por activa y por pasiva en cuanto a demandante y demandado se refiere. Si el resultado de ese estudio fuera afirmativo, es decir si llega a la conclusión de que debe condenarse al demandado e indemnizar los perjuicios que por culpa de éste sufrió el actor, entonces, y sólo entonces, podrá entrar a considerar la relación material existente entre dicho demandado y la compañía aseguradora a la que éste llamó en garantía.

Para esta segunda tarea del juez, cuando a ella haya lugar, vale decir, la de estudiar la relación material que existe entre el demandado y el llamado en garantía, en el ejemplo propuesto, será necesario que el juez considere si en efecto se celebró el contrato de seguro entre aquéllos; si estaba vigente cuando el daño se produjo; y si el riesgo amparado por dicho contrato comprende en todo o en parte el perjuicio a cuya reparación tiene derecho el demandante. En caso afirmativo en desarrollo de la economía procesal y para que se cumplan los fines de la institución legal que se comenta, en la misma sentencia deberá condenar al garante a reembolsar al demandado lo que éste se vea obligado a pagar como consecuencia de lo que se ordena en la mis-

ma. Dicho garante, pues, tendrá que sufrir la condena de que se trata, por razón de su presencia en el proceso, ya que en la calidad de parte interviniente que en éste tuvo, habrá podido ejercer a plenitud su propio derecho de defensa.

En resumen, el llamamiento en garantía se sujeta a las siguientes reglas:

a) El término para hacerlo será el del traslado de la demanda, con sujeción a los requisitos que señala el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, en todo caso acompañando al escrito respectivo prueba siquiera sumaria de su derecho a formularlo (Art. 54, inciso 2º ibidem);

b) El juez, previa calificación de los requisitos indicados en la letra precedente, citará al llamado en la forma que ordena el artículo 56, quien a partir de ese momento adquirirá el carácter de parte en la litis, con los derechos, cargas y obligaciones procesales anteriormente especificados;

c) El garante, dentro del término que señala el artículo 56, podrá proponer excepciones y pedir las pruebas que pretenda hacer valer;

d) Una vez concluida la tramitación del proceso y aunque el garante no se haya apersonado en él, el juez proferirá su decisión, estudiando en primer término la relación sustancial existente entre demandante y demandado, y si encuentra que las pretensiones de aquél están llamadas a prosperar procederá entonces a considerar las de éste con el garante y se pronunciará expresamente sobre una y otra;

e) La sentencia podrá ser recurrida independientemente por cualquiera de las tres partes mencionadas, o sea que el llamado en garantía puede hacerlo en cuanto la asista un interés propio, aunque el demandado guarde silencio o la consienta.

IX

Consideraciones finales

Aplicando lo expuesto al caso sub judice, no se remite a duda la responsabilidad civil extracontractual que tiene la sociedad demandada para con los demandantes. De esta suerte, corresponde a la Corte, en ejercicio de sus facultades de juzgador de instancia que le asisten por haber prosperado el recurso de casación, examinar el vínculo jurídico existente entre "Embotelladora Medellín S. A." y la sociedad donde ésta tenía asegurados sus vehículos por los daños que causaran a terceros.

Se tiene en cuenta:

La sociedad demandada, por conducto de su apoderado judicial, en escrito presentado el 6 de junio de 1973, llamó en garantía a la "Aseguradora Colseguros S. A." cuya existencia y representación legales acreditó con certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá adjunto a dicho escrito, afirmando los hechos que enseguida se resumen:

a) Que mediante la póliza número 205799 expedida en Medellín, cuya fotocopia autenticada se presenó junto con el escrito de llamamiento sin reparo de ninguna de las partes, "contrató el seguro de sus vehículos por el tiempo comprendido entre el 1º y el 31 de diciembre de 1970, con la "Aseguradora Colseguros S. A.";

b) Que, por consiguiente, el automotor de placas A6-57-99, como aparece en el anexo de la póliza correspondiente, cuando ocurrió el siniestro de que trata la demanda, estaba amparado por el seguro en cuestión "por responsabilidad civil a terceros hasta por doscientos mil pesos ($ 200.000.00) en caso de una sola persona";

c) Que en cumplimiento de lo estipulado en la póliza, dio oportuno aviso a Aseguradora Colseguros S. A., del siniestro ocurrido con el vehículo de placas A6-5799", por comunicación número 11630 de marzo de 1971, la cual fue registrada por la entidad aseguradora bajo el número 150 de marzo 9 del 71 (sic) en el formato dispuesto especialmente para tales casos".

De tales aseveraciones, respaldadas todas con fotocopias autenticadas de la póliza mencionada y del anexo respectivo, en el cual figura el vehículo que causó el accidente dentro de aquéllos que quedaron cobijados por el "seguro de automotores", concluye el escrito que se comenta que "Aseguradora Colseguros S. A. está obligada a responder a la Embotelladora Medellín S. A. por la responsabilidad que por cualquier evento le pueda ser deducida en relación con el siniestro que es materia del litigio, razón por la cual es procedente su llamamiento en garantía".

Por conducto de comisionado notificóse personalmente el auto admisorio del lla-

mamiento en garantía al representante de la aseguradora, el que se corrió igualmente traslado de la demanda y se le entregó copia de la misma. A esto se limitó la intervención de dicha compañía.

Dentro de los riesgos amparados a favor de la sociedad demandada figura en la citada póliza número 205799 el siguiente: "Responsabilidad civil ... límite a una sola persona $ 200.000.00". Por otra parte, en el anexo de la misma póliza figura una relación pormenorizada de los vehículos asegurados, dentro de los cuales y bajo el número 14, aparece el camión "Carpati", modelo 1967, con placas A-65799, o sea el mismo que ocasionó el accidente sobre el cual versa este proceso.

En estas condiciones, a no dudarlo, debe prosperar los efectos sustanciales del llamamiento en garantía oportunamente formulado por la sociedad demandada. Ciertamente según los artículos 1127 y 1128 del Código de Comercio el seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado con motivo de determinada responsabilidad contractual o extracontractual en que incurre de acuerdo con la ley, hasta por el valor estipulado en la póliza.

Como el seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de tercero, por lo cual éstos carecen "de acción directa contra el asegurador" (Art. 1123 ibídem), está bien que los actores hayan demandado directamente a la sociedad a la que se atribuye la responsabilidad del perjuicio sufrido por los demandantes, y está igualmente bien que esta última haya llamado en garantía a la entidad ante la cual habían asegurado su responsabilidad por esa clase de daños, la que por consiguiente debe ser condenada al reembolso respectivo por haber sido oportuna y legalmente vinculada a este proceso.

X

Decisión

En mérito de todo 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 Revócase la sentencia proferida por el Juez Sexto Civil del Circuito de Medellín el 20 de agosto de 1974;

2º En su lugar, declárase que la sociedad "Embotelladora de Medellín S. A.", propietaria del camión con placas A6-5709, conducido por su empleado Oliverio de Jesús Jaramillo, es civilmente responsable del accidente ocurrido el 26 de diciembre de 1970 a consecuencia del cual perdió la vida el joven Uriel Patiño Salazar;

3º En consecuencia, condénase a la sociedad demandada a pagar, al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, a los demandantes Fabio Patiño y Ofelia Salazar de Patiño la cantidad de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) o sea treinta mil pesos ($ 30.000.00) a cada uno de ellos, por concepto de los perjuicios morales subjetivos que éstos padecieron con motivo de la muerte de su menor hijo Uriel de Jesús Patiño Salazar;

4º Condénase así mismo a "Aseguradora Colseguros S. A.", domiciliada en Bogotá, a reembolsar a la sociedad demandada el valor de los perjuicios de que trata el numeral anterior, dentro de los tres días siguientes a aquél en que dicho pago se hubiere efectuado, en consideración a las razones expuestas en la parte motiva de este fallo y de conformidad con lo estipulado en la respectiva póliza de seguro;

5º Declárase no probadas las excepciones propuestas por la sociedad demandada;

6º Condénase a "Embotelladora Medellín S. A." en las costas de este proceso. Por la Secretaría de la Corte liquídense las de segunda instancia.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
PODER JUDICIAL DE JUSTICIA

SOCIEDADES

Mandato comercial. — Efectos del mandato oculto o sin representación en relación con los consocios y terceros. — Prueba del mandato oculto.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 11 de julio de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este proceso ordinario instaurado por Hernando Jaramillo García frente a Haydee Visbal de De la Vega y otros.

I

Antecedentes

1. Mediante la Escritura pública número 717 de 5 de septiembre de 1964, otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena y debidamente inscrita, Hortensia del Socorro Castaño, Haydee Visbal de De la Vega, Gustavo Mendieta Santamaría y Fabio Mora Bohórquez constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada que denominaron "Urbanizadores de la Costa, Limitada", con un capital social de $ 270.000.00, que fue aportado así: por la primera de los socios citados $ 90.018.00; y $ 59.994.00 por cada uno de los tres socios restantes.

En la escritura de constitución estipularon los contratantes que la sociedad tendría su domicilio principal en esa ciudad de Cartagena; que su objeto sería "la compra y venta de fincas raíces, en globos o lotes de terreno para urbanizarlos y venderlos por solares, la urbanización de globos o lotes de tierra propios o ajenos previa contratación con sus propietarios"; que las utilidades o pérdidas que resultaren de la especulación se repartirían entre los socios, en una proporción del 33.34% para la primera y de 22.22% para cada uno de los tres últimos; y que sus gerentes serían Fabio Mora Bohórquez y Gustavo Mendieta.

2. Por Escritura pública número 499 de 31 de marzo de 1965 pasada ante el Notario Primero de esa misma ciudad de Cartagena y debidamente inscrita, Gustavo Mendieta Santamaría expresó ceder a título oneroso a favor de Carlos Arturo Bossa Herazo, quien manifestó aceptarlo, "su interés social en dicha compañía representado en cincuenta y nueve mil novecientos noventa y cuatro (59.994) cuotas o partes sociales de capital, a un peso ($ 1.00) moneda legal colombiana, cada una, por su mismo valor...".

Y por este mismo documento escriturario los socios fundadores Hortensia del Socorro, Mendieta Santamaría, Mora Bohórquez y Visbal de De la Vega, quien en ese acto estuvo representada por Hernando Jaramillo García en virtud de poder conferido por ella, manifestaron "su conformidad con la cesión", y que por tanto reformaban la sociedad "en el sentido de subrogar el cesionario Carlos Arturo Bossa Herazo al ex-socio cedente Gustavo Mendieta Santamaría...".

3. Mediante la Escritura pública número 909 de 5 de junio de 1965, otorgada también en la dicha Notaría Primera y debidamente inscrita, Bossa Herazo cedió a título oneroso, "por iguales partes o mitades, a Haydee Visbal de De la Vega y a Fabio Mora Bohórquez, su interés social en dicha compañía, representado en cincuenta y nueve mil novecientos noventa y cuatro (59.994) cuotas o partes sociales de capital, de un peso moneda legal colombiana,

cada una; o sea que cede veintinueve mil novecientos noventa y siete (29.997) cuotas o partes sociales de capital cada uno de los cesionarios por un valor de veintinueve mil novecientos noventa y siete pesos ($ 29.997.00), que declara haber recibido de cada uno de ellos en efectivo...".

Por virtud de la cesión del interés social referida, que fue expresamente aceptada por los socios, éstos declararon reformada la sociedad.

4. Por documento privado de 31 de marzo de 1966, que luego fue protocolizado mediante Escritura número 1076 de 23 de noviembre de 1970, de la Notaría Tercera de esa ciudad, la citada Haydee Visbal de De la Vega hizo las siguientes declaraciones:

a) Que si en las correspondientes escrituras ella aparecía como socia fundadora de la compañía "Urbanizadores de la Costa, Lida.", y luego comprando una cuota del interés social que en ésta tenía Gustavo Mendieta Santamaría, "realmente el socio de la sociedad es el señor Hernando Jaramillo García... persona a nombre de la cual he actuado y de quien he recibido las sumas de dinero aportadas en primer lugar para la constitución de la sociedad y más tarde para la compra de las acciones y cuotas...";

b) Que, de consiguiente, las personas "que realmente constituyen la sociedad 'Urbanizadores de la Costa Limitada', son los señores Hortensia Castro Castaño, Fabio Mora Bohórquez y Hernando Jaramillo García"; y

c) Que actuó en nombre del mentado Jaramillo García, "en razón de habérmelo solicitado y es mi deseo de prestarle tal servicio en forma gratuita, o sea que mi intervención a nombre de él y mi figuración como socia de una sociedad a la que realmente no pertenezco no implica servicio remuneratorio de ninguna clase...".

5. Según lo dice el certificado expedido el 10 de mayo de 1971 por la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante Escritura pública número 213 de 3 de marzo de ese año, otorgada en la Notaría Tercera de allí, Fabio Mora Bohórquez con el consentimiento de sus consocios, vendió a Rafael Ortiz Fernández las acciones o cuotas de interés social que a él pertenecían en la citada sociedad "Urbanizadores de la Costa Ltda.".

II

El litigio

1. Así las cosas, mediante escrito de 3 de diciembre de 1970, reformado por el de 15 de mayo del año siguiente, el citado Hernando Jaramillo García demandó ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena a Haydee Visbal de De La Vega, Hortensia Castro Castaño (hoy de Fuentes), Rafael Ortiz Fernández y a la sociedad "Urbanizadores de la Costa, Limitada", a efecto de que la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

a) Que en la constitución de la precitada sociedad, la demandada Visbal de De La Vega "obró en ejercicio de un mandato oculto, sin representación, que permite el artículo 2127 (sic) del Código Civil y que le confirió el señor Hernando Jaramillo García, quien es el socio de aquella compañía y no la demandada y por tanto ella está obligada a restituírle las acciones y el interés social que adquirió en dicha sociedad estipulando a nombre propio, restitución que hará dentro del término que usted le fije";

b) Que en el contrato de cesión del interés social que hizo Carlos Arturo Bossa, la citada demandada Visbal de De La Vega, "aunque adquirió a su propio nombre, obró en ejercicio de un mandato oculto, sin representación, que permite el artículo 2127 (sic) del Código Civil y que le confirió mi poderdante Hernando Jaramillo García, quien es el dueño del interés social cedido y no la demandada y por tanto está obligada a restituírlo al demandante...";

c) Que hechos los dos pronunciamientos anteriores, se declare que el demandante Jaramillo García "es el propietario tanto del interés social que inicialmente adquirió la demandada Haydee Visbal de De La Vega en la sociedad 'Urbanizadores de la Costa Ltda.', como de la mitad del interés social que a ella le cedió el socio Carlos Arturo Bossa en la misma sociedad, derechos y acciones que la demandada debe restituir al demandante dentro del término que usted le señale"; y

d) Que, "hechas las tres declaraciones anteriores ese juzgado declare que los socios Rafael Ortiz Fernández y Hortensia Castro Castaño, hoy señora de Fuentes,

deben reformar por acto notarial otorgado en Cartagena la sociedad 'Urbanizadores de la Costa Ltda.', para suprimir el nombre de la demandada Haydée Visbal de De La Vega y en su reemplazo incluir el nombre de mi poderdante, señor Hernando Jaramillo García como socio en dicha firma comercial con los mismos derechos, acciones e interés social que tiene la demandada Haydée Visbal de De La Vega".

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

Que tanto en la constitución de la sociedad denominada "Urbanizadores de la Costa, Limitada", como en la celebración del contrato por el cual el socio Bossa Herazo cedió la mitad de su interés social a la demandada Visbal de De La Vega, ésta obró en ejercicio de un mandato sin representación que le había conferido el demandante, de quien recibió los dineros necesarios para la ejecución de tales actos jurídicos; y que no obstante esto, dicha demanda "se niega a restituir a su mandante las acciones, interés social y derechos que ella tiene en la sociedad mencionada y que son de propiedad" de Jaramillo García.

3. Ninguno de los demandados dio respuesta al libelo incoativo del proceso. En oportunidad posterior, sin embargo, la demandada Visbal de De La Vega se opuso a las pretensiones de su demandante.

Y así, con aducción de las pruebas pedidas por ella y por éste se surtió la primera instancia del proceso a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 6 de febrero de 1975, mediante la cual, que luego fue complementada por la proferida el 12 siguiente, denegó las súplicas del demandante, absolvió a los demandados de los cargos formulados e impuso a aquél las costas procesales.

4. Por virtud de apelación interpuesta contra dicho fallo por la parte desfavorecida con él, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el que, en sentencia de 11 de julio del mismo año, confirmó la apelada e impuso al demandante las costas causadas en la segunda instancia.

III

La motivación del fallo de segundo grado

1. El Tribunal de Cartagena, después de transcribir las cuatro peticiones que encontró deducidas en el escrito de demanda inicial y en el de su aclaración y de compendiar los hechos que, según las pruebas aportadas, encuentra demostrados, expresa que las pretensiones del demandante se concretan a que se declare que es él y no la demandada Visbal de De La Vega el socio de la compañía "Urbanizadores de la Costa, Ltda.", y que por tanto corresponden al primero y no a la segunda "todos los derechos" que en dicha sociedad aparecen a nombre de ésta, "porque la socia De La Vega había obrado en ejercicio de un mandato oculto sin representación que Jaramillo García le había conferido".

2. En el proemio de las motivaciones de su fallo, con énfasis advierte el sentenciador ad quem que la constitución de la sociedad y sus reformas ocurrieron en vigencia del antiguo Código de Comercio, "que es el aplicable al caso de autos y que de lo que se trata con base en la petición formulada por el actor, es de reformar una sociedad constituida de acuerdo con las exigencias de la ley a fin de incluir a un nuevo socio y de excluir a otro porque —según el demandante— se trata de un mandato oculto".

Y luego de transcribir la cláusula de la escritura de constitución de la compañía "Urbanizadores de la Costa Ltda.", atinente al objeto social que se la dió, asevera el Tribunal que ésta es sociedad mercantil y que por tanto le son aplicables las disposiciones del Código de Comercio; que de acuerdo con ellas la constitución, reforma y liquidación de las sociedades de dicha estirpe requerían de la escritura pública, "lo que equivale a decir que solamente por medio de este elemento probatorio podría surgir a la vida jurídica una sociedad".

Añade el sentenciador que las disposiciones del antiguo Código de Comercio tampoco "admitían prueba de ninguna especie contra el contenido de las escrituras otorgadas, ni aun para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas (Arts. 465 y 468 ibídem). Estas disposiciones de obligatorio cumplimiento —agrega— nos in-

dican que las sociedades constituídas bajo el imperio de la legislación anterior no podían ser objeto de reforma a base de testimonios como tampoco por declaración de parte... Por lo antes expuesto, es indudable que el único medio posible para reformar una sociedad en vigencia del anterior Código de Comercio, era por escritura pública debidamente registrada conforme al Código Civil sin que se pudiese invocar ningún otro medio probatorio, es decir, reformar una sociedad por medio de pacto secreto o testimonio...".

3. Y después de notar que, según la copia de sus declaraciones de renta, Haydee Visbal de De La Vega denunció como suyo el aporte a la sociedad "Urbanizadores de la Costa", "sin que hubiese manifestado nada en contrario en cuanto a la propiedad" dicha, concluye el Tribunal sus motivaciones así:

"Ahora bien, en el caso de autos es de forzosa aplicación el antiguo Código de Comercio debido a que la constitución y las subsiguientes reformas de la sociedad a que nos hemos venido remitiendo, ocurrieron durante la vigencia de dicho Código, que era el vigente en la fecha en que surgió a la vida jurídica 'Urbanizadores de la Costa Limitada' y por mandato expreso del artículo 468 de dicho estatuto, no se admitía prueba de ninguna especie para probar la existencia de la sociedad distinta de la escritura pública, como tampoco tiene validez la existencia de pacto alguno no expresado en el precitado medio probatorio, por lo que no tiene ningún valor jurídicamente el hecho de que Haydee Visbal de De La Vega haya confesado que su aporte corresponde a dineros pertenecientes al señor Hernando Jaramillo García".

IV

El recurso extraordinario

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

Mediante él se acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, del artículo 468 del Código de Comercio anterior, y de los textos 2177 del Código Civil y 356 de aquél, por inaplicación, todo ello a consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el sentenciador en la interpretación de la demanda.

2. En desarrollo de la censura, dice el impugnante que en la demanda inicial del proceso se dedujeron cuatro súplicas: las tres primeras se refieren "sin lugar a confusión alguna, al contrato de mandato oculto celebrado entre el demandante y la demandada para la constitución de la compañía 'Urbanizadores de la Costa Limitada', a fin de que ésta restituyera a aquél tanto las acciones que inicialmente adquirió en dicha sociedad como el interés social que le cedió el socio Carlos Arturo Bossa, y para que se declarase que es el demandante y no la demandada el socio de la mentada compañía; y que solamente la cuarta súplica "era la relativa a la reforma de la sociedad".

Asentado por él el anterior postulado, asevera el censor, y en eso hace consistir el yerro de hecho que denuncia, "que el Tribunal no vio que las tres primeras peticiones no tendían a tornar inoponible la escritura social sea entre los socios, o ante terceros, cuyos intereses protegía la ley en el precepto contenido en el artículo 468 del anterior Código de Comercio, y como el demandante no firmó la escritura social ni con cualquiera de las peticiones de la demanda trató de que el contrato social se alterara en su contenido formal, al aplicarles las normas del ya citado artículo 468, se incurrió en una visible aplicación indebida consecuencial a la interpretación errónea del texto de la demanda".

Añade la censura, refiriéndose a las tres peticiones iniciales de la demanda, que ellas "no se extienden al ámbito de la sociedad; se limitan a un pacto oculto permitido tanto por el artículo 2177 del Código Civil como por el artículo 356 del Código de Comercio Terrestre y que no rezan sino como un acuerdo de voluntades pactado entre el demandante y la ya mencionada señora para hacerle producir entre ellos, los efectos que le son propios".

V

Consideraciones de la Corte

1. De acuerdo con la preceptiva contenida en el artículo 331 del Código de Comercio anterior, estatuto por el cual deben regirse los actos jurídicos que motivaron este proceso, el mandato comercial es un contrato "por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra, que se obliga a administrarlos gratuitamente, o mediante una retribución, y dar cuenta de su empeño".

Del contenido de esta disposición legal, que en su esencia es una reproducción del texto 2142 del Código Civil, se desprende que en el ejercicio de su encargo el mandatario puede obrar de dos maneras, a saber: a) ora en representación del mandante, es decir asumiendo su personería como si éste fuera el que ejecutara o celebrara con terceros el acto o contrato; y b) ya en su propio nombre, sin representar al mandante, no dando noticia a los terceros de la calidad en que obra.

En el primero de estos dos supuestos se trata del mandato representativo, que está destinado a producir efectos no sólo entre las partes que lo celebran, sino también ante terceros, según lo establece el artículo 1505 del Código Civil. En el segundo, en cambio, el mandato no confiere representación y por tanto sus efectos se limitan a los contratantes, según el principio del efecto relativo de los contratos a que alude el artículo 1602 ejusdem.

Estas dos clases de mandato están reconocidas por los artículos 2177 del Código Civil y 356 del antiguo de Comercio. En efecto, la primera de estas dos disposiciones estatuye que "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante"; y reza la segunda de dichas normas, que "el comisionista puede obrar en nombre propio, o a nombre de sus comitentes. En caso de duda, se presume que ha contratado a su propio nombre".

2. Cuando el mandato no es representativo, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrata, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados a tener al mandante como parte en el pacto, puesto que, no habiendo representación, es el mandatario quien en éste es realmente parte. Los efectos del mandato se reducen entonces a los que todo contrato produce, que para el caso son: el mandatario queda obligado a transferir al mandante todo el beneficio que de los negocios con terceros derive (Arts. 2182 y 2183 C. C.); y el mandante, por su parte, debe proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del encargo, y reembolsarle los gastos razonables que la comisión le imponga (artículo 2184 ibídem).

En el mandato sin representación, entonces, el mandante no tiene derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario. Como lo ha dicho la Corte, "la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al permitir el mandato oculto; nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato corresponden al mandante y a él le benefician exclusivamente..." (LXXII, 358 y XC, 545) (subraya la Sala).

3. De lo atrás expuesto debe seguirse que si en la escritura de constitución de una sociedad, sea ésta civil o comercial, se expresa que uno de los socios constituyentes obra en nombre propio, cuando actúa en verdad en ejercicio de un mandato sin representación otorgado por otra persona, el socio es el mandatario y como tal deberá ser tenido por sus consocios y por los terceros, sin perjuicio, eso sí, de las relaciones personales entre mandante y mandatario, atrás referidas. El mandante no podrá compeler a su mandatario ni a los demás socios a que con este carácter lo reciban a él en la sociedad.

De la misma manera y por idéntica razón, si en la escritura de reforma social por la cual un socio cede en todo o en parte su interés, el cesionario dice obrar a nom-

bre propio, cuando en rigor de verdad actúa como mandatario sin representación de otra persona, quien adquiere ese interés es el mandatario y no el mandante, quien no puede compeler ni a aquél ni a los demás socios para que con ese carácter lo reciban en la sociedad.

Con tanta mayor razón se imponen estas conclusiones cuando ni en la escritura de constitución, ni en las de reformas, se expresó que alguno de los socios constituyentes, o el cedente obrara en el mencionado carácter.

4. En las tres primeras súplicas de la demanda con la cual se inició este proceso, el mandante no pide que Haydee Visbal de De La Vega le transfiera el beneficio o utilidad que le corresponda como socia de "Urbanizadores de la Costa Ltda.", y el capital una vez liquidada la compañía; sino que, dirigiendo sus pretensiones contra todos los socios y la sociedad misma, solicita que dicha señora le restituya "las acciones", "el interés social" y "los derechos" que ella tiene en esa persona jurídica. Tal restitución, ciertamente, implicaría una reforma social a cuya realización es jurídicamente imposible compeler a los demás socios, comoquiera que el mandato sin representación no produce ningún efecto contra ellos y, además, fue pacto no expresado en la escritura de constitución ni en la de reforma.

Siendo ello así, como en realidad lo es, no puede afirmarse inequívocamente que el Tribunal de Cartagena incurrió en error fáctico manifiesto al apreciar las súplicas de la demanda, cuyo tenor literal es de meridiana claridad y excluye interpretación distinta de la que el sentenciador le dio.

5. No dejó de ver el ad quem que dichas tres peticiones situaron su causa de pedir en un mandato sin representación conferido por el demandante a la demandada Visbal de De La Vega. A este aspecto del litigio se refirió el Tribunal no sólo al transcribir las referidas tres súplicas, sino en otros pasajes de su sentencia, tal cual se infiere del resumen que de ésta se hizo.

Dijo en efecto, que las pretensiones del demandante se hicieron porque, según éste lo expresó en su demanda, "la socia de De La Vega habría obrado en ejercicio de un mandato oculto sin representación que Jaramillo García le había conferido"; que la reforma social deprecada tendía a incluir "a un nuevo socio y excluir a otro porque —según el demandante— se trata de un mandato oculto"; que, según las disposiciones del Código de Comercio, "las sociedades constituidas... no podían ser objeto de reforma a base de testimonios como tampoco por declaración de parte"; y que, según dicha normación positiva, "tampoco tiene validez la existencia de pacto alguno no expresado en el citado medio probatorio (escritura pública), por lo que no tiene ningún valor jurídicamente el hecho de que Haydee Visbal de De La Vega haya confesado que su aporte corresponde a dineros pertenecientes al señor Hernando Jaramillo García".

Lo que sí parece es que el Tribunal de Cartagena, viendo en la demanda el ejercicio de una acción fundada en un mandato sin representación, no la aceptó al creer que la existencia de éste no podía acreditarse con testimonios, ni con la declaración de parte. Y este razonamiento del sentenciador no lo podría desconocer la Corte, mientras no se demuestre que en él aquél incurrió en error de derecho, lo que evidentemente la censura no alega en su demanda.

6. Sin embargo de la improsperidad del cargo por las razones indicadas, la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por la regla 5ª del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en el ámbito doctrinal, debe rectificar el desacierto en que incurrió el sentenciador ad quem, al sostener que el mandato sin representación no puede acreditarse con prueba testimonial ni con la confesión del mandatario.

Por cuanto a través del ejercicio de la acción consagrada por el artículo 2177 del Código Civil lo que el demandante busca es descubrir la existencia de una autorización secreta que él confirió, la que generalmente no es expresa sino implícita, deben quedar al alcance del interesado todos los medios de prueba para llevar al juez la plena convicción de su ocurrencia, no sólo porque en tal supuesto lo que se busca es la demostración de un contrato de mandato, el cual en nuestro derecho es típicamente consensual, sino también y fundamentalmente porque no se trata en tal hipótesis de acreditar las obligaciones generadas de un acto jurídico solemne, otorga-

do con intervención de un testaferro, sino el acuerdo preexistente entre éste y el verdadero interesado en la negociación.

El cargo resulta, pues, infundado y por eso se rechaza.

VI

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este proceso ordinario.

Sin costas en el recurso extraordinario (Art. 375 del Código de Procedimiento Civil in fine).

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SEGURO DE MANEJO O CUMPLIMIENTO

(Rescisión por declaraciones falsas)
Irretroactividad de la ley.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la "Beneficencia de Antioquia" contra la sentencia de 16 de abril de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por "Internacional de Seguros S. A.", contra la recurrente y contra Jaime Gil Sánchez y Jorge Ballesteros, como socios de la sociedad de hecho denominada "Archiclubes Albur. J. Gil Sánchez & Cía.".

I

Antecedentes

1. Según se infiere de la actuación procesal, el 10 de mayo de 1965 la Beneficencia de Antioquia concedió a "Archiclubes Albur. J. Gil Sánchez & Cía." la agencia de la Lotería de Medellín para Cundinamarca y Boyacá "especialmente en la ciudad de Bogotá", a fin de que en dichos lugares vendiera billetes en las condiciones estipuladas.

En dicho pacto acordaron los contratantes que las diferencias que se presentaran entre ellos "con motivo de la interpretación o ejecución" del contrato, serían sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento que funcionaría en Medellín, de donde debían ser vecinos los árbitros.

2. En carta de 9 de abril de 1968, firmada por Jorge Ballesteros como Gerente Ejecutivo de "Archiclubes Albur", éste solicitó a Eduardo Molano, agente de "Internacional de Seguros S. A." la expedición de una póliza de cumplimiento del contrato anterior, del que le dijo "se ha renovado automáticamente, sin necesidad de documento adicional".

En dicha misiva expresó el solicitante que "Las Compañías Aliadas de Seguros S. A. están listas a renovar la póliza, pero nosotros tenemos interés en iniciar con ustedes este riesgo, en vista del servicio que nos han prestado con tanta actividad y cumplimiento, en pólizas anteriores similares".

3. Por virtud de la solicitud dicha, ese mismo día "Internacional de Seguros S. A." expidió la póliza de "seguro de manejo y cumplimiento" número 0473, para garantizar, por valor de $ 200.000.00, "el cumplimiento del contrato como Agente Distribuidor de la Lotería de Medellín en los Departamentos de Cundinamarca y Boyacá".

Según la póliza, en la cual aparece como asegurada "Beneficencia de Antioquia-Lotería de Medellín" y como garantizado "Archiclubes Albur", el contrato tenía vigencia por seis meses, contados desde el 4 de abril hasta el 4 de octubre de 1968; y de sus estipulaciones es pertinente destacar las dos siguientes:

a) La entidad aseguradora se reservó el derecho "de supervigilar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado y de exigir que por el Asegurado también se lleve a cabo el más estricto control de las mismas"; y

b) Obligóse el asegurado a "notificar por escrito a 'Internacional' cualquier incumplimiento o demora del Garantizado, a más tardar dentro de los veinte (20) días si-

guientes a la fecha en que se tuviere conocimiento de tal incumplimiento o demora".

4. Mediante el anexo número 36 de 17 de junio de 1968, se modificó el contrato de cumplimiento contenido en la póliza 0473, en el sentido de aumentar hasta $ 400.000.00 el valor asegurado y de hacer aparacer, como garantizado, a "Archiclubes Albur - Jorge Ballesteros".

5. El Contador General de la entidad asegurada, después de haber practicado visita a "Archiclubes Albur - J. Gil Sánchez", el 10 de junio de 1968 rinde informe a la Gerencia de aquella entidad del cual merecen destacarse, por ser relevantes en la controversia, los siguientes pasos:

"Después de un detenido estudio al balance de prueba a 30 de abril del presente año, —dice el contador— teniendo en cuenta para ello los libros que para el particular se requieren, pude darme prefecta cuenta de que la situación de liquidez de dicha sociedad puede considerarse crítica; pues sus activos no respaldan ni en un 22% los pasivos exigibles, ya que la recaudación se me hace bastante dudosa y difícil y no registra en su balance capital o reservas que garanticen sus compromisos adquiridos".

Y luego de afirmar que el activo social ascendía entonces a $ 628.264.96 y su pasivo a $ 626.851.48, refiriéndose al primero dijo el Contador: "Pero si observamos que de este saldo el señor Ballesteros y los loteros adeudan la suma de $ 496.588.00, cuya recaudación se haría muy difícil por no ofrecer respaldo alguno, entonces debe descontarse del valor de los activos, quedando sólo para responder por los pasivos exigibles la suma de $ 131.676.96".

6. Conocido por ella el referido informe, mediante la carta de junio 25 de 1968 Beneficiencia de Antioquia le corrió en traslado a "Internacional de Seguros S. A.", a quien además le hizo conocer la comunicación del 22 de los mismos mes y año, dirigida a aquélla por Jaime Gil Sánchez para hacerle saber que la sociedad "Archiclubes Albur - J. Gil Sánchez" quedó disuelta desde febrero de 1967; y que, por tanto, se debía dar por terminado el contrato de agencia de lotería pactado en mayo de 1965.

7. En carta de 23 de agosto de 1968, dirigida por el Gerente de la Beneficencia de Antioquia a "Archiclubes Albur" Jorge Ballesteros y Jaime Gil Sánchez, aquél informa a éstos su decisión de constituir el tribunal de arbitramento, para someter a decisión "la diferencia surgida con motivo en la reiterada negativa de Uds. ... a cancelar la suma de $ 392.479.16, a su cargo, por razón de billetes vendidos en su agencia".

Constituido que fue el Tribunal de Arbitramento se tramitó el correspondiente proceso, el cual concluyó con fallo de 29 de abril de 1969, que, adicionado por el de 8 de mayo siguiente, condenó a "Archiclubes Albur - J. Gil Sánchez & Cía.", y a sus socios Jorge Ballesteros y Jaime J. Gil Sánchez, a pagar solidariamente a la Beneficencia de Antioquia la suma de $ 402.085.35, más intereses a la rata del 6% anual.

II

El litigio

1. Mediante escrito de 7 de octubre de 1969, que en repartimiento correspondió al Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, la citada entidad "Internacional de Seguros S. A." demandó a la "Beneficencia de Antioquia" y a Jaime Gil Sánchez y Jorge Ballesteros, a éstos "en su calidad de socios de la firma Archiclubes Albur - J. Gil Sánchez & Cía", a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que se rescinda, con fundamento en lo estatuido por el artículo 681 y concordantes del Código de Comercio anterior, el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza número 0473 de 9 de abril de 1968;

b) Que, con el mismo fundamento, se rescinda también el contrato de seguro "de que da fe el anexo número 36 a la misma póliza, de fecha 17 de junio de 1968, emitido por Internacional de Seguros S. A.";

c) Que, como consecuencia de los anteriores dos pronunciamientos se declare que la sociedad demandante "no está obligada a cancelar obligación alguna proveniente de dicho contrato y en relación con el fa-

llo" proferido el 29 de abril de 1969 por el Tribunal de Arbitramento, constituido para dirimir las diferencias entre la Beneficencia de Antioquia y Archiclubes Albur - J. Gil Sánchez & Cía.;

d) Que, consiguientemente, se declare que la entidad aseguradora puede "retener el valor de las primas recibidas por concepto de los seguros rescindidos, al tenor del artículo 682 del Código de Comercio Terrestre"; y

e) Que si los demandados se oponen a las pretensiones de la demandante se los condene al pago de las costas procesales.

2. Además de los que fluyen de los antecedentes relatados, la demandante invocó como causa petendi de sus pedimentos los hechos que sustancialmente pueden sintetizarse, así:

a) La sociedad de hecho formada por Jaime Gil Sánchez y Jorge Ballesteros, contrariamente a lo que se expresó en el contrato ajustado por ellos con la Beneficencia de Antioquia, "nunca estuvo registrada en la Cámara de Comercio de Medellín"; y en la de Bogotá sólo se inscribió la entidad "Archiclubes Albur" a partir de marzo de 1968, entidad que fue inscrita por Jorge Ballesteros y Gilma Mejía de Ballesteros, persona esta última que no suscribió contrato con la Beneficencia;

b) Los agentes de la Lotería de Medellín para Cundinamarca y Boyacá sólo se obligaron para con la Beneficencia de Antioquia, según el contrato de 10 de mayo de 1965, a prestar caución por la suma de $ 100.000.00, que luego se aumentó a $ 300.000.00; y cuando "Seguros Aliadas" fueron renuentes a renovarla, "la obtuvo Jorge Ballesteros, a nombre de Archiclubes Albur, de Internacional de Seguros, aumentándola posteriormente en $ 100.000.00 más es decir, a $ 400.000.00, suma no prevista en el contrato";

c) En los hechos 8º y 9º de su demanda, expresa la sociedad demandante que el contrato pactado entre la Beneficencia de Antioquia y Archiclubes Albur se ejecutó regularmente hasta junio de 1966; que ya desde el 20 del mismo mes los agentes se dirigieron por escrito al auditor de aquella entidad reconociendo su demora en las remesas de dinero, pero ofreciendo que arreglarían sus cuentas prestamente; que posteriormente, durante los meses siguientes y hasta junio de 1968, se cruzaron entre esos contratantes diversas cartas mediante las cuales la Beneficencia cobraba saldos que iban en creciente aumento, los que eran reconocidos como ciertos; que los agentes prometían cumplir prestamente sus deudas; y que como no cumplieron sus promesas, advino por último la constitución del tribunal de arbitramento;

d) "Lo anterior demuestra —dice la demandante en la afirmación 10ª de su libelo— que cuando la Internacional de Seguros S. A. fue inducida a otorgar la póliza de cumplimiento... Archiclubes Albur - Jorge Ballesteros y otros se encontraban incumpliendo el contrato que con la póliza se pretendió garantizar; se hallaban alcanzados y en mora de remesar a la Beneficencia, a Medellín, una suma de dinero bastante cuantiosa"; y añade en el hecho siguiente, que la entidad demandada, "en lugar de declarar resuelto el contrato, cuando los agentes comenzaron a incumplir, les dio tolerancia indefinida, mientras éstos le mejoraron la garantía inicial de $ 100.000.00, para tener sobre quien actuar cuando se tratara de hacer efectivo el recobro de los dineros retenidos.

"Cuando esa garantía llegó a $ 400.000.00, el 25 de junio de 1968, ocho días después de que Internacional de Seguros S. A. había expedido su anexo número 36, que aumentó la cuantía a $ 400.000.00, la Beneficencia avisó a Archiclubes Albur - J. Gil Sánchez, o Jorge Ballesteros, que había decidido dar por terminado el contrato celebrado el 10 de mayo de 1965, terminación que tendrá efecto en el término de 30 días contados a partir del día de mañana en adelante".

3. En su contestación a la demanda el demandado Gil Sánchez expresó que él no fue garantizado por Internacional de Seguros, "ni he tenido jamás relación contractual o extracontractual con dicha firma"; "inexplicablemente se pretende involucrarme como demandado" en el proceso; "como nunca fui parte en el contrato, no puedo saber si lo que aquí se dice es cierto".

Por su parte, Jorge Ballesteros también contestó la demanda y al hacerlo negó la mayoría de los hechos; se opuso a las súplicas en ella deprecadas; afirmó que "por

el contexto del contrato de seguro y sus modificaciones, en cuanto la elevación del valor del seguro, celebrado entre las partes y que obra en autos, se ve claramente que no hubo ocultamiento o malicia en su celebración, máxime cuando él fue modificado, y estar de acuerdo con la realidad, en cuanto a los riesgos y demás modalidades del contrato, su objeto y obligaciones contraídas entre la Lotería de Medellín y la firma Archiclubes Albur".

4. Replicada así la demanda, surtióse a continuación la primera instancia del proceso a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 23 de abril de 1973 mediante la cual denegó las súplicas de la demanda e impuso a la demandante las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que en sentencia de 16 de abril de 1975, después de revocar la apelada, accedió a todas las súplicas deprecadas por la sociedad demandante y condenó a los demandados al pago de las costas de la primera instancia.

III

Fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras expresar su sorpresa por la forma como el juez a quo "se abstuvo de decretar algunas de las pruebas solicitadas reiteradamente tendientes a obtener copias de la actuación del fallo arbitral", y de advertir que en la segunda instancia oficiosamente se suplió esa negligencia, el Tribunal inicia las consideraciones de su fallo con transcripción del artículo 681 del Código de Comercio anterior, norma que es la que estima aplicable, puesto que, dice, "si la compañía aseguradora hubiera tenido conocimiento oportuno del saldo a deber por el afianzado seguramente se había abstenido" de otorgar el seguro.

2. Orientado por este postulado, después de referirse a la expedición de la póliza de seguro y a sus antecedentes, el juzgador ad quem emprende el análisis de la copia del proceso arbitral que se siguió para dirimir las diferencias surgidas entre la Beneficencia de Antioquia y la entidad Archiclubes Albur.

Asevera entonces el Tribunal que "al leer" la demanda presentada por aquella entidad en dicho proceso, se infiere con certeza que la Beneficencia de Antioquia "acepta el estado de la falencia de sus agentes Archiclubes Albur y Cía., con fecha muy anterior" a la del otorgamiento de la póliza número 0473 "al decir que en 'enero 23 de 1967 se muestra el mismo agente muy preocupado por el alto saldo a su cargo, y pide un plazo hasta el último día de febrero'; luego concluye que 'ante la anómala situación de la Agencia de Bogotá, la Beneficencia decidió enviar su contador general a verificar una visita', la que se realizó durante los días 5 y 6 del mes de junio de (sic) con resultados que pusieron a la vista el estado de falencia del señor Ballesteros...".

Se refiere luego el Tribunal al informe de 10 de junio de 1968 rendido por el Contador General de la Beneficencia, y observa que en él en su pasivo, se hace figurar un saldo a favor de Lotería de Medellín por $ 304.188.69; anota también que la ampliación del valor asegurado de $ 300.000.00 a $ 400.000.00 se hizo el 17 de junio de 1967, o sea, dice el ad quem, "cuando ya se conocía el saldo a favor de la Beneficencia de Antioquia, sin que la entidad aseguradora, por lo menos no se ha demostrado, tuviera conocimiento de este hecho, o que la Beneficencia así se lo hubiese hecho saber. Solamente se esperó a que la compañía de seguros aumentara el valor del seguro, para que (sic) en días posteriores hacer su reclamación".

Del estudio probatorio que hace, dice el Tribunal que "De toda la situación anteriormente analizada, puede concluirse, que la compañía aseguradora, no tuvo conocimiento del estado de falencia del asegurado, circunstancia esta que como se ha dicho ya se había configurado con anterioridad a la expedición de la póliza".

3. Después de referirse al texto del artículo 641 del Código de Comercio anterior, el sentenciador de segundo grado saca las siguientes dos conclusiones, a saber:

a) Que "en el caso que nos ocupa, la garantía de cumplimiento solicitada a la sociedad Internacional de Seguros para la fecha en que fue otorgada, los afianzados 'Archiclubes Albur' ya habían incumplido con la Beneficencia de Antioquia; y para

la fecha en que se aumentó el riesgo a $ 400.000.00, el saldo a deber por los agentes de la Lotería a la Beneficencia aumentaba considerablemente, sobrepasando los trescientos mil pesos"; y

b) Que "es un hecho evidente, que si la compañía aseguradora hubiese tenido conocimiento previo al otorgamiento de la póliza del estado de falencia, se habría abstenido de otorgarla; si la Beneficencia de Antioquia asimismo da cuenta del estado de cosas con sus agentes y avisa a la compañía aseguradora, otra había sido la situación. La Beneficencia en actitud poco loable, se quedó callada, en espera de obtener una garantía superior, para luego reclamar el seguro, cuando el riesgo ya estaba causado con mucha anterioridad a su contratación".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

La "Beneficencia de Antioquia" interpuso casación contra la sentencia de segundo grado. En la demanda respectiva y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, que la Corte entra a considerar y despachar en el mismo orden en que ellos vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, del artículo 681 del Código de Comercio anterior.

2. En desenvolvimiento de la censura la recurrente, después de afirmar que el contrato de seguro del 9 de abril de 1968 se ajustó entre "Archiclubes Albur" y la compañía aseguradora, la Beneficencia de Antioquia —dice— "no participó en la celebración de semejante contrato, fue un tercero", asevera que cuando la precitada norma legal se refiere a la rescisión del seguro por declaraciones falsas o erróneas "contempla la hipótesis de que el mismo asegurado hubiere contratado el seguro".

Orientado por este postulado suyo, el casacionista reitera que el contrato de seguro se celebró "entre un tomador de póliza diferente al asegurado"; que como la Beneficencia de Antioquia fue un tercero en dicho pacto, "no tenía por qué suministrar declaraciones de ninguna clase sobre el seguro; quien debía suministrarlas era el tomador de la póliza o sea Archiclubes Albur. El error, declaraciones falsas o reticencias del tomador de la póliza en ningún caso pueden tomarse como declaraciones falsas o reticencias de un tercero como lo es la Beneficencia de Antioquia".

Explanando su cardinal aserción, nota la recurrente que en Colombia existen dos variedades de contratos de seguros, que determina así: a) los celebrados directamente entre el asegurado y el asegurador, "caso en el cual el tomador de la póliza es el mismo asegurado"; y b) los de fianza o cumplimiento de obligaciones ajenas, en los que aparecen tres sujetos diferentes: asegurador, asegurado y deudor, y que en el presente proceso esas calidades corresponden, en su orden, a la compañía demandante, a la Beneficencia de Antioquia y a Archiclubes Albur.

3. Concretando la aplicación indebida que acusa, dice la demanda de casación que "quien debe cumplir los deberes a que se refiere el artículo 681 del Código de Comercio es el tomador o suscriptor de la póliza, pues él es quien contrata el seguro; y cuando el tomador de la póliza y el asegurado son sujetos diferentes, ninguna obligación tiene el asegurado".

Insiste la recurrente en que el contrato que generó esta litis es "seguro de fianza y no un contrato corriente de seguro", que, por ello, "necesariamente una persona es la tomadora de la póliza y otra diferente es la asegurada"; que siendo seguro de fianza equivale a un "contrato a favor de tercero o estipulación activa" que se reglamenta por los artículos 1506 del Código Civil, 1039, 1040 y 1043 del Código de Comercio actual, y por la Ley 225 de 1938.

4. Rematando la formulación del cargo, asevera la recurrente que las anteriores normas legales eran por tanto las aplicables en el caso sub judice y no el artículo 681 del Código de Comercio anterior, que "nada tiene que ver con los contratos corrientes de seguro".

Añade la censura que "el consentimiento expresado por el tomador de la póliza

en el contrato de 9 de abril de 1968 no es consentimiento del asegurado; que las declaraciones, errores o reticencias en que hubiera podido incurrir Archiclubes Albur son del tomador y no pueden imputarse a un tercero como es la Beneficencia de Antioquia".

Se considera

1. En fallos que son muchedumbre ha dicho insistentemente la doctrina de la Corte que a la violación de la ley sustancial, que constituye siempre el fundamento de la causal primera de casación, se puede llegar de dos maneras diferentes: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe directamente la norma cuando sin consideración a la estimación probatoria, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada; cuando la violación de la ley se origina en una indebida valoración de determinada prueba, o en que a ésta no se le tiene en cuenta a pesar de existir, o se considera existente sin que el proceso la contenga, la infracción es indirecta, evento en el cual no se puede dar el quebranto de la ley sustancial por interpretación errónea.

Y así, exhaustivamente se ha dicho que la violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de las pruebas.

2. De la simple lectura del cargo que aquí se considera aparece que a pesar de venir formulado por violación directa de la ley sustancial, su sustentación arranca de que el censor estima que el sentenciador consideró a la Beneficencia de Antioquia como parte en el contrato de seguros acordado el 9 de abril de 1968, cuando, según el texto de la póliza correspondiente, "no participó en la celebración" de dicho pacto, "fue un tercero en él". Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores que habría cometido el Tribunal en la apreciación del material probatorio; y por ello la sustentación de la censura no corresponde a la naturaleza del ataque formulado.

Si para arribar a la conclusión a que llegó en su sentencia, el ad quem hubiere desconocido o alterado la realidad objetiva de la póliza número 0473 de 9 de abril de 1968 y de su anexo de 17 de junio siguiente, ese presunto yerro del Tribunal constituye un aspecto que por referirse a la situación fáctica, sólo lo podría considerar la Corte a través de un cargo formulado por error de hecho o de derecho pero no por la vía directa, la que supone esencialmente absoluta conformidad del recurrente con las conclusiones a que en el ámbito de los hechos llegó el sentenciador.

3. Además, si, como el propio recurrente lo reconoce y pregona en su demanda, en el presente caso es aplicable la Ley 225 de 1938 regulativa "del seguro de manejo y cumplimiento", la cual en su artículo 7º disponía que "Las compañías de seguros de que trata esta ley y los contratos que celebren se regirán, además, por las disposiciones legales pertinentes sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y contratos de seguros", no se ve cómo pueda afirmarse que en la especie de este litigio es inaplicable el artículo 681 del Código de Comercio anterior. Como también lo ha dicho la Corte en forma insistente, el quebranto de una norma sustancial por aplicación indebida sólo ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente.

4. De ello resulta que en el supuesto de que la sentencia combatida hubiere infringido, al aplicarlo, el artículo 681 citado, su quebranto no sería por indebida aplicación como lo dice la censura, sino por interpretación errónea, porque, siendo pertinente su aplicación al caso litigado el sentenciador lo habría hecho actuar en él atribuyéndole un alcance que esa norma legal no tiene. Y ha dicho la doctrina, fundándose en el carácter eminentemente dispositivo del recurso extraordinario, 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 concep-

to de la violación o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

Y en sentencia de 5 de diciembre de 1969, dijo al respecto: "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 variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente" (CXXXII, 205).

Se rechaza pues el cargo.

Cargo segundo

1. Con éste el impugnante acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, del artículo 681 del Código de Comercio anterior; y de los artículos 1506 del Código Civil; 1038, 1040, 1043 y 1058 del Código de Comercio nuevo; y de la Ley 225 de 1938, por inaplicación, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de los siguientes dos medios de prueba: a) la comunicación o informe del contador general de la Beneficencia de Antioquia, que lleva fecha 10 de junio de 1968; y b) la sentencia de arbitramento, en la cual se transcriben apreciaciones de la Beneficencia en torno a la demora de Archiclubes Albur.

2. En el inicio del desarrollo de este cargo, luego de cotejar los activos y pasivos que aparecen en el informe del contador, nota el censor que "le queda a Archiclubes Albur un saldo líquido de $ 1.413.48"; que en dicho informe se habla de un crédito de $ 380.652.00 a favor de esta sociedad y a cargo de Jorge Ballesteros que el contador rechaza indebidamente porque dice el casacionista, "no toda persona que debe se encuentra en estado de quiebra o falencia. Seguramente Ballesteros trabajaba en sus negocios particulares con el propio dinero de Archiclubes Albur; lo que, desde luego, no le agradó al contador y ese el motivo del informe"; pero que el informe de 10 de junio de 1968 "analizado científicamente no es balance de quiebra o falencia".

Añade que si el contrato de seguro se ajustó el 9 de abril de 1968 y el informe del contador se produjo el 10 de junio siguiente, se impone aceptar que la Beneficencia conoció éste con posterioridad a la fecha de la celebración del contrato; que, de consiguiente, el Tribunal malinterpretó dicha prueba al darle efecto retroactivo, "pues, razonó como si el 10 de junio hubiere coincidido con el 9 de abril"; y que ese yerro lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 681 antecitado, ya que, agrega, "el error, la reticencia en el seguro debe existir antes o en el momento de la celebración del contrato y no en época posterior".

3. Asevera el impugnante que también incurrió el sentenciador en yerro fáctico, al estimar en su fallo que la Beneficencia había tenido conocimiento del mal estado de los negocios del afianzado antes del 9 de abril de 1968, pues que si ella en la demanda de arbitramento aludió a que en enero de 1967 ya había recibido comunicaciones de Archiclubes Albur en las que se mostraba muy preocupada "por el alto saldo a su cargo y pide un plazo" para cancelarlo, eso no demuestra la quiebra que la sentencia supuso.

"El estar debiendo sumas de dinero en un momento dado —dice la censura— jamás equivale a estar en quiebra o falencia. Además, el relato extractado tan sólo indica que anteriormente al 9 de abril de 1938 existieron otros contratos entre Archiclubes Albur y la Lotería de Medellín; y que por las demoras de Archiclubes Albur en pagar sus saldos, la Beneficencia le exigió un seguro de fianza para poderle hacer otras remesas de billetes y esa la causa de la póliza del 9 de abril".

Rematando la formulación de la censura, dice la impugnación que las referidas dos pruebas, analizadas o interpretadas rectamente, sólo demuestran lo siguiente: "a) no existencia de un estado de quiebra o falencia en el afianzado el 9 de abril de 1968, sino un desorden en sus cuentas, lo que es algo diferente; b) de tenerse en cuenta un estado de quiebra o falencia en la celebración del contrato de seguro de fianza, éste debe existir en el tomador de la póliza

y no en el asegurado; y dicho estado obviamente es inoponible a un tercero como es el asegurado o sea la Beneficencia de Antioquia; c) el hecho más notorio de donde dedujo la sentencia recurrida un estado de falencia ocurrió en fecha posterior a aquella de la celebración del contrato de seguro, pues, la visita practicada por el contador tuvo lugar el 5 y 6 de junio de 1968 y el contrato se celebró el 9 de abril de 1968"

Se considera

1. Es sabido que los individuos, al regular sus actividades, cumplen los actos de la vida teniendo en cuenta la normación legal vigente en la época en que actúan; es preciso que cada cual conozca las condiciones que deberá respetar y es necesario también que su estabilidad civil no se vea amenazada ante el arribo de una disposición posterior.

Por ello el principio general que informa nuestra legislación positiva es el de que las leyes han de tener efecto y aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico.

Si, pues, por virtud de la referida irretroactividad los efectos de los actos jurídicos deben regularse, en principio, con arreglo a la ley vigente cuando dicho acto se ejecutó, no procedía aplicar en el caso subjudice los artículos del Código de Comercio actual que la censura estima infringidas por inaplicación, puesto que ellos, cuya vigencia parte del 11 de enero de 1972, no regían en abril de 1968, que fue la época en que se ajustó el contrato de seguro que dió origen al presente litigio.

2. El Tribunal sí aplicó en su sentencia la Ley 225 de 1938, y más precisamente el artículo 7º de dicho estatuto que prescribe que los contratos de seguro y cumplimiento se rigen por esa ley, y "además, por las disposiciones legales pertinentes sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y contratos de seguros". Justa y precisamente, en acato a dicha disposición, el ad quem hizo actuar en su fallo para decidir el conflicto el artículo 681 del Código de Comercio anterior, que es parte integrante del conjunto de normas que, por la época en que acordó el contrato, eran las regulativas del seguro en general.

Por consiguiente, y como se dijo al despachar el cargo anterior, si el precitado artículo 681 es pertinente al asunto aquí controvertido y el Tribunal efectivamente lo aplicó en su fallo, es errado acusar la sentencia por aplicación indebida de dicho precepto, puesto que esta especie o concepto de quebranto supone la aplicación de la norma que no corresponde porque no es la que regula la controversia planteada.

3. Aún haciendo abstracción de las anteriores consideraciones, al estudiar el cargo en el fondo se llega a la conclusión de que está llamado a no prosperar, pues no existe, y menos con el carácter de ostensible o manifiesto, el error de hecho que la censura le endilga al sentenciador. En efecto:

Estimó el Tribunal que desde antes de abril de 1968, ya la Beneficencia de Antioquia tenía conocimiento del incumplimiento de Archicubes Albur en las obligaciones que tenía con aquélla; Y para arribar a esta conclusión tomó apoyo no sólo en el informe del contador de 10 de junio de 1968, sino también y fundamentalmente en las manifestaciones que la entidad recurrente hizo en la demanda que presentó ante el Tribunal de Arbitramento.

Según lo dice la sentencia de este Tribunal, la Beneficencia de Antioquia expresó en la referida demanda que ya desde "enero 23 de 1967 se muestra el mismo agente muy preocupado por el alto saldo a su cargo, pide un plazo hasta el último día de febrero, empeñando su palabra de cancelar el mayor valor adeudado en exceso"; que en otras afirmaciones de la misma demanda la Beneficencia se refirió a cartas suyas dirigidas a Ballesteros cobrándole los saldos a su cargo, a "diversas cartas de reclamo, y quejas de la Beneficencia por la demora del señor Ballesteros en remitir el saldo a su cargo"; y que en el hecho 16º aseveró que "ante la

anómala situación de la agencia de Bogotá, la Beneficencia decidió enviar su contador general a verificar una visita, la que se realizó durante los días 5 y 6 de junio de 1968".

Por su parte, el informe de 10 de junio de 1968 del contador general de la Beneficencia de Antioquia, refiriéndose a la comisión impartida y a la visita que como consecuencia practicó durante los días 5 y 6 de junio de dicho año en Archiclubes Albur, dice que después de estudio del balance correspondiente "a abril 30 del presente año, teniendo en cuenta para ello los libros que para el particular se requieren, pude darme perfecta cuenta de que la situación de liquidez de dicha sociedad puede considerarse crítica, pues sus activos no respaldan ni en un 22% los pasivos exigibles, ya que la recaudación se me hace bastante dudosa y difícil y no registra en su balance capital o reservas que garanticen sus compromisos"; y que el saldo "a favor de la Lotería de Medellín corresponde a las remesas y premios por seis semanas, sorteos del 1855 al 1860 de marzo 15 a abril 26 del año en curso...".

Si, pues, este informe de contaduría, a pesar de haberse rendido el 10 de junio de 1968, alude a saldos existentes a cargo de Archiclubes y no pagados por esta sociedad en marzo y abril del mismo año, no puede decirse que el ad quem le atribuyó efecto retroactivo, pues aún considerándolo aisladamente, su texto permite afirmar que ya para el 9 de abril de 1968 la entidad "Archiclubes Albur" se encontraba en mora de cumplir las obligaciones adquiridas por ella en relación con la Beneficencia de Antioquia.

Pero es que además el sentenciador, para llegar a la conclusión a que en el punto llegó en su fallo no tomó dicho informe de manera independiente sino relacionándolo con la demanda presentada por la Beneficencia ante el Tribunal de Arbitramento, en donde encontró los antecedentes del litigio. Y evidentemente de las transcripciones que se hacen de dicho libelo, nítidamente aparece que la referida Beneficencia sí tuvo conocimiento real, desde antes del 9 de abril de 1968, del incumplimiento aludido.

4. La Corte, al examinar el contenido de los referidos informe y demanda y parangonarlo con las deducciones que al respecto sacó el sentenciador de segundo grado, no encuentra que éste les haya hecho decir a dichos dos medios probativos lo que ellos no expresan, o que por alterarles su real contenido haya faltado a la fidelidad objetiva debida; ni muchísimo menos que sea arbitraria la conclusión a que de su análisis llegó el Tribunal.

Lo que da tanto como decir que la Corte no encuentra el error de hecho evidente que el censor le enrostra al ad quem en la apreciación de las referidas dos pruebas. Como consecuencia, este cargo resulta también infundado.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dieciséis (16) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo de la recurrente. Tásense.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INCAPACIDAD POR DEMENCIA

Presunción de derecho de incapacidad del interdicto y presunción legal de capacidad del no interdicto.— Prueba de la perturbación psíquica.— Testimonio técnico.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

II

El proceso

1. María Rosa Wandurraga de Wandurraga, María del Tránsito, Ana Dolores, Pedro Antonio e Isidro Wandurraga, Ana Isabel Wandurraga de Ruiz, Anunciación Wandurraga de Cárdenas, Silveria Wandurraga de Pelayo y Zoila Rosa Wandurraga de Cárdenas, la primera como cónyuge sobreviviente y los demás como hijos legítimos de Isidro Wandurraga Fiallo, demandaron por la vía ordinaria a Ana Dolores Corzo de Muñoz, en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos Reinaldo, Argemiro y Angel María Muñoz Corzo y a Hernando Torres Pierucini, para que se hiciesen las declaraciones y condenas que enseguida se resumen:

a) Que por absoluta incapacidad de Wandurraga Fiallo, proveniente de demencia, es nulo el contrato de permuta que éste celebró con Ana Dolores Corzo de Muñoz mediante Escritura 164 otorgada el 28 de abril de 1963 en la Notaría 2ª de San Gil, y que en consecuencia se decrete la cancelación del registro que de dicho instrumento se hizo;

b) Que por consiguiente se ordene también la cancelación del registro de la Escritura número 3 otorgada en la Notaría 1ª de San Gil el 3 de enero de 1968, por medio de la cual la demandada Ana Dolores enajenó a favor de Torres Pierucini "los derechos y acciones que como gananciales le correspondan, en la sucesión intestada de Angel María Muñoz Salazar, vinculados tales gananciales en un predio rural denominado La Vega en jurisdicción de San Gil", el cual había sido adquirido por la enajenante en virtud de la permuta atrás mencionada;

c) Que se decrete la nulidad tanto de la adjudicación que del citado predio se le hizo a Torres, como cesionario de Ana Dolores, en la partición llevada a cabo en la sucesión de Angel María Muñoz, como de lo pertinente de la sentencia aprobatoria y de su registro;

d) Que el predio "La Vega" no ha salido del patrimonio de Isidro Wandurraga y por consiguiente pertenece a su sucesión ilíquida, representada por los demandantes, a la cual debe serle devuelta por el demandado Torres junto con los frutos producidos y aquéllos que hubieran podido obtenerse con mediana inteligencia y cuidado desde el 3 de enero de 1968 hasta cuando la entrega se verifique.

2. Como fundamento de hecho afirmó la parte actora los que se resumen a continuación:

a) Que Isidro falleció en el Instituto Psiquiátrico de San Camilo el 20 de marzo de 1964 y que en el respectivo proceso sucesorio fueron reconocidos los demandantes en las apuntadas calidades de cónyuge sobreviviente y herederos con que obran en esta litis;

b) Que Ana Dolores Corzo y Angel María Muñoz contrajeron matrimonio el 23 de mayo de 1951, del cual nacieron los demás demandados Muñoz Corzo;

c) Que Angel María falleció el 6 de octubre de 1966 en cuyo proceso sucesorio fueron reconocidos Ana Dolores como viuda y los Muñoz Corzo como herederos, y que a éstos los representa legalmente su madre por ser aún menores de edad, con excepción de María Elba;

d) Que durante los últimos años de su vida, especialmente los tres que precedieron a su muerte, Isidro Wandurraga padecía una grave afección psíquica ocasionada por el exceso de alcohol que era dado a ingerir, y que hallándose en este estado de incapacidad por demencia celebró con Ana Dolores el contrato de permuta cuya nulidad se demanda, mediante escritura que se registró después de la muerte de aquél;

e) Que sin que hubiese concluido el proceso de sucesión de Angel María, Ana Dolores vendió a Torres la finca que había adquirido en virtud de la permuta celebrada con Wandurraga, y que el citado Torres ha estado en posesión de la finca "La Vega" desde que la compró, al paso que los demandantes nunca han poseído el bien que por razón de dicha permuta se transfirió a favor de su causante.

3. Con oposición de la parte demandada se tramitó la primera instancia del proceso, a la cual le puso fin el Juez Civil del Circuito de San Gil el 30 de noviembre de 1974, con sentencia denegatoria de las pretensiones de los demandantes, a quienes condenó en costas. Apelaron éstos del citado fallo, el que fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en sentencia del 6 de mayo de 1975, con apoyo en las consideraciones que enseguida se expresan:

III

El fallo de segunda instancia

Al acometer el estudio de fondo de la cuestión debatida, comienza el sentenciador por expresar que toda ella gira alrededor de la aplicación del artículo 553 del Código Civil, en función de las pruebas contradictorias allegadas por las partes: las de la demandante tendientes a acreditar la demencia que padecía Isidro cuando celebró el contrato impugnado y las de la demandada enderezadas a acreditar que para esa época estaba sano de mente.

Se refiere en primer término a todos los testimonios aducidos por los Wandurraga, los cuales enumera y transcribe en sus apartes más salientes. Después de minucioso y razonado análisis de tales declaraciones, expresa el sentenciador que ellas no le producen convicción plena acerca de la demencia de que hubiera padecido Isidro cuando celebró el contrato de permuta por los siguientes motivos: el primero, porque ninguno de los testigos al relatar la conducta y el estado físico y mental de Isidro, se refiere concretamente a la época en que se otorgó la escritura del contrato atacado; y el segundo, porque casi todas esas declaraciones las considera "de cartabón", en las que no sólo se insinúa en la pormenorizada pregunta la respuesta deseada por el peticionario, contra lo que estatuye el último inciso del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, sino porque esta última al repetir con otras palabras el texto de aquélla, en el fondo equivale a una transgresión de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 228 *ibídem*. Por otra parte estima que algunas de las respuestas dadas por los testigos al expresar que Wandurraga había perdido sus facultades mentales como a juicio de los mismos lo revelaba su comportamiento en esa época, en realidad están exponiendo conceptos, lo cual es propio de testigos técnicos, lo cual demerita aún más el valor probatorio de sus declaraciones.

Como conclusión de su detenida crítica, el sentenciador saca la siguiente: "de la prueba testimonial analizada no puede deducirse que Isidro Wandurraga Fiallo estuviera demente en la fecha de la celebración del contrato de permuta, 28 de abril de 1953. Que sí era un alcohólico crónico es otra cosa... Desde luego que aunque por el hecho de ser una persona alcohólica o bebedor consuetudinario no se puede decir que sea un demente, ello no se opone a que se pueda declarar nulo un contrato que haya celebrado en estado de embriaguez, si tal estado lo llevó a un estado de inconciencia... Ello quiere decir, que no siempre que se está frente a un alcoho-

lizado crónico o bebedor consuetudinario se está en presencia de un demente, aunque a los profanos aparezcan las actitudes del ebrio, cuando lo está, similares a las de una persona que no está en sus cabales".

"O sea que, —dice más adelante— si no está probado que el señor Isidro Wandurraga Fiallo, para la época del contrato hubiera sido afectado de un síndrome de Korsakoff, no se podía afirmar que fuera incapaz de razonamiento y control".

Analiza enseguida un certificado médico expedido por el doctor Leopoldo Reyes Gaviria, según el cual Wandurraga además de ser bebedor consuetudinario "en varias ocasiones ha sufrido crisis demenciales debidas al alcoholismo, que han obligado su reclusión en el manicomio, sin que se haya obtenido su recuperación". Estima el fallador que tal certificado no puede apreciarse como prueba en consideración a que no fue ratificado bajo juramento por su signatario, y además, a que aunque ello no obstante fuese aceptable, no demostraría la pretendida demencia de Isidro cuando celebró el contrato, "ya que no afirma en presente, sino en pasado, el haber sufrido crisis demenciales", y por último, a que tal como aparece redactado, cuando reza que no se ha obtenido la recuperación del paciente, se refiere al alcoholismo y no a la demencia.

"En cambio —agrega— aducidas por la parte demandada existen en el proceso pruebas de orden técnico que convencen al juzgador de que si bien Wandurraga era un alcohólico, no era un demente en el año de 1963. Tales pruebas son el dictámen médico de los peritos Luis E. Otero y Jaime Cortés Vergara, rendido durante el proceso de interdicción (de Isidro, que terminó por desistimiento que presentaron los proponentes cuando ocurrió la muerte de aquél), dictamen que tuvo todo el trámite legal para ser tenido como válido, siendo como fue, además pronunciado en juicio en que estaban de parte y contraparte (sic) los mismos interesados de hoy, y el testimonio ese sí técnico, del médico psiquiatra doctor Octavio Villar". El dictamen a que se refiere el Tribunal y que transcribe en sus aspectos esenciales, fue rendido "con base en reconocimientos médicos hechos al presunto interdicto Isidro Wandurraga Fiallo, en tres ocasiones, 31 de julio, 14 de octubre y 28 de octubre de 1963".

Pone de relieve enseguida el testimonio, que califica de técnico, rendido por el médico Angel Octavio Villar el 28 de junio de 1963, quien después de haber examinado a Isidro desde el punto de vista mental durante tres días en la Clínica Psiquiátrica Martín Carvajal, concluyó expresando que éste "no padece ninguna enfermedad mental ni trastornos de la afectividad y por lo tanto está plenamente capacitado para vivir en sociedad y ejecutar con plena responsabilidad todos los actos de la vida civil".

"Lo anterior demuestra —se lee en la sentencia objeto del ataque en casación— que con la prueba técnica apropiada, que es la pericial médica, la parte demandada ha logrado probar que con posterioridad a la fecha de la celebración del contrato, el señor Wandurraga Fiallo no estaba demente, sin que por otra parte el actor haya llevado a los autos la prueba que convenza (se subraya) de que antes de tal fecha sí lo estuviera, pues ni aún la que podría considerarse como una prueba sumaria, la certificación no jurada del doctor Leopoldo Reyes Galvis, demuestra que para el 20 de abril de 1963, fecha del certificado, si estuviera demente".

Como argumento corroborativo de la anterior conclusión, luego de analizar la historia clínica de Wandurraga que se allegó al expediente, dice que ésta se refiere a un tiempo bastante posterior a la celebración de la permuta 10 a 20 de abril de 1964; que dicho documento no está autenticado: y por último, que la parte final del texto que menciona la demencia senil de que habría padecido Isidro, no está autorizada o amparada por ninguna firma, pues las que figuran más arriba, dicen relación a los exámenes somático y psiquiátrico de ingreso a la clínica.

Y como remate de todo su estudio expresa el fallador: "como no está probado que en el momento de celebración del contrato de permuta el contratante Isidro Wandurraga Fiallo hubiera estado demente, en forma que le impidiera tener conciencia del negocio que celebraba, y le restara por lo tanto voluntariedad al acto celebrado, se impone la absolución de los demandados, al denegar las pretensiones

de la demanda. Ello quiere decir es preciso confirmar la sentencia apelada, condenándose en costas a la parte recurrente".

III

El recurso de casación

Un solo cargo formula la parte demandante contra el fallo cuya reseña acaba de hacerse, dentro del campo de la causal primera y por la vía indirecta, así:

Aplicación indebida de los artículos 1502, 1504, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, por no haber apreciado o haberlo hecho en forma errónea pruebas que obran en el expediente, a consecuencia de interpretación equivocada de los artículos 175, 227 y 228 del Código de Procedimiento Civil.

Al sustentar su acusación, el recurrente pretende hallar los errores evidentes de hecho que le atribuye al Tribunal en lo siguiente: a) Al haber desestimado las declaraciones testimoniales enfáticas y categóricas sobre el estado mental de Isidro que obran en los autos, so pretexto de que los deponentes no eran expertos en psiquiatría pues la ley no dispone que la única prueba al respecto sea la pericial; b) Al considerar que las declaraciones eran conceptuales y "de cartabón", pues hay hechos que pueden percibirse claramente y cuya calificación por ser elemental y notoria, no convierte en conceptual el testimonio, y porque si las preguntas hubiesen sido insinuantes de la respuesta o tendientes a favorecer conceptos del declarante, era el juez que recibió el testimonio el llamado a rechazarlas; c) Porque no tuvo en cuenta varios indicios corroborantes de las declaraciones sobre el evidente mal estado de la salud mental de Wandurraga; d) Porque el sentenciador no se percató de que los testigos sí depusieron sobre la época en que Isidro estuvo enfermo de la mente, al referirse en sus declaraciones a los años de 1961 y 1963; e) Porque no tuvo en cuenta tampoco el concepto del doctor Reyes Galvis fechado apenas seis días antes de la celebración de la permuta y las pruebas que demuestran las diversas hospitalizaciones a que estuvo sometido Isidro durante los últimos años de su vida; f) Porque exageró el valor probatorio del dictamen de los doctores Otero Amaya y Cortés Vergara, siendo así que éste se produjo con posterioridad al acto acusado y a consecuencia de "una observación limitada de días" y no tuvo en cuenta "que seis días antes de ese mismo contrato, el médico que estaba tratando a Wandurraga Fiallo habla de crisis demenciales"; y g) Que el Tribunal ignoró también el indicio consistente en el registro de la "revelaba la conciencia de que se había negociado con un incapaz".

Consideraciones de la Corte

1. La capacidad de ejercicio de una persona, según el artículo 1502 del Código Civil, es la facultad de obligarse sin el ministerio o autorización de otra. Dicha capacidad es la regla general, según el artículo 1503, de la cual están excluídos en forma absoluta los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, cuyos actos son absolutamente nulos y no producen ni aún obligaciones naturales (Art. 1504 y 1741), y los relativamente incapaces en los términos del inciso tercero del citado artículo 1504 (Art. 60, D. E. 2820 de 1974).

2. El artículo 553 del Código Civil consagra dos presunciones, una de derecho en su primer inciso, en lo tocante con la incapacidad para contratar por sí mismo que afecta al demente que ha sido declarado en interdicción judicial, mientras ella esté vigente, y otra de capacidad, simplemente legal, corroborante de la de carácter general que establece el citado artículo 1503 para todas las personas mayores de edad.

3. Los efectos probatorios de toda presunción no son otros que los de producir convicción en el juez acerca del hecho presumido, sobre la base indispensable de que el presupuesto fáctico en que tal presunción se apoya esté plenamente acreditado (Art. 176 del C. de P. C.). La presunción es, pues plena prueba de aquél hecho, sin que sea necesario corroborarla o reforzarla con otros medios de convicción.

A. Presunción de derecho de incapacidad del interdicto.

4. Es de derecho la presunción de incapacidad del interdicto por demencia, porque el mencionado artículo 553 establece que serán nulos los actos o contratos que celebre "aunque se alegue haberse eje-

estado o celebrado en un intervalo lúcido". De esta suerte, para declarar la nulidad de todo acto o contrato celebrado por un interdicto por demencia, basta acreditar que con anterioridad se había declarado la interdicción; no es necesario, pues, demostrar que estaba entonces demente.

B. Presunción legal de capacidad del no interdicto.

5. En cambio, la presunción de capacidad es legal, porque el citado artículo 553, en su segundo inciso, admite desvirtuarla si se demuestra que la persona que celebró o ejecutó el acto o contrato "estaba entonces demente". Por consiguiente, las actuaciones en la vida civil de las personas legalmente capaces que no han sido declaradas en interdicción judicial por insanidad de juicio, están amparadas por la referida presunción legal de capacidad y en tal virtud son válidas, mientras no se declare judicialmente lo contrario. Para este efecto será necesaria la plena prueba de que la persona que los celebró padecía "entonces" una grave anomalía psíquica.

6. Cuando la presunción es legal, como se dijo y según lo dispone el artículo 66 del Código Civil, puede ser desvirtuada si se acredita plenamente el hecho contrario al que el legislador tiene por cierto con apoyo en los antecedentes o circunstancias que la configuran. Tal ocurre en el caso previsto por la norma legal que acaba de citarse, o sea, en cuanto a los actos o contratos provenientes de quien sufre de grave anomalía psíquica sin haber sido declarado previamente en interdicción judicial por ese motivo, respecto de lo cual se ha expresado la Corte en los siguientes términos:

"1. Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis, es necesario que se aduzca una doble prueba a saber:

"Que ha habido una 'perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad', según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluya la 'Capacidad de obrar razonablemente', como lo dice el Código Suizo; y que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato.

"2. Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico". (Casación Civil, 4 de abril de 1936, XLIII, Pag. 799).

C. Doctrinas de la Corte.

7. Es muy copiosa pero no siempre uniforme la doctrina de esta corporación sobre la naturaleza de esa primera prueba a que se refiere la sentencia transcrita, es decir, acerca de la grave perturbación patológica susceptible de eliminar la libre determinación de la voluntad, como causa suficiente para decretar la nulidad del acto jurídico en que intervino quien la padecía. Vale la pena hacer un breve recuento de esas doctrinas.

a) "No es cierto —había dicho en sentencia del 10 de octubre de 1923 (XXX, Pág. 349)— que para comprobar el estado de demencia de un individuo no sea admisible otra prueba que la pericial. La ley manda que se nombren peritos en toda causa cuyo esclarecimiento depende de los principios de la ciencia o arte, o en que haya apreciación o avalúo; pero no ha dicho que sea la única admisible con exclusión de cualquiera otra". (En igual sentido, 28 de agosto de 1926, XXXIII, Pág. 133);

b) Para el efecto indicado la prueba pericial se ha calificado de esencial. "Pero la conclusión sobre el estado mental de una persona es un asunto técnico que el juzgador no puede decidir por sí, y por eso el dictamen de peritos es esencial en estos casos (LVII, Pág. 102). "El medio idóneo (se subraya) para comprobar la incapacidad de una persona para contratar en un momento dado por imbecilidad, demencia

o idiotez, es el dictamen de médicos siquiátras". (LX, Pág. 709). "Pero el Tribunal no ha pretendido sostener en su fallo que el estado psíquico y mental del interdicto y su incapacidad para celebrar los actos de la vida civil aparezcan demostrados de manera plena y exclusiva con los numerosos testimonios contestes recogidos en este proceso. Se limita a valorar la prueba testifical en lo relativo a las manifestaciones externas de imbecilidad e idiotismo que presenta..., pero relacionándola con la prueba real y científica, esa sí pertinente del experticio rendido por los médicos legistas como peritos oficiales, la que se complementa y refuerza con aquella (se ha subrayado);

c) En el fallo últimamente citado de fecha 18 de julio de 1941, se admitió sin embargo la posibilidad de demostrar la demencia con declaraciones de testigos como única prueba "porque si es evidente que el testigo debe siempre declarar sobre hechos precisos que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es que pueden ser materia de la propia y directa percepción del testigo los hechos indicativos del estado manifiesto de idiotismo, imbecilidad, reducción congénita de la capacidad intelectual que padezca una persona. Son signos externos y visibles, de síntomas elementales de un estado precario intelectual, susceptibles de conocimiento y percepción directa para el común de los seres";

d) En otras oportunidades se ha dicho que la mejor prueba de la demencia es la pericial, y que la testimonial, por sí sola, no sirve para acreditarla ni menos aún para desvirtuar a la primera. (XXII, Pág. 218; XLIX, Pág. 564; LXXX, Págs. 457 y 736; LIV, bis, Pág. 135; LXXIX, Pág. 457; y CXLII, Pág. 135). En la penúltima de las sentencias que acaban de citarse aparece un interesante resumen que conviene transcribir.

"De lo expuesto por esta corporación en los fallos cuyas partes pertinentes se han dejado transcritas se desprende:

"Que la demencia de una persona debe establecerse científicamente, esto es por medio de peritos como quiera que es un hecho cuya comprobación exige conocimientos especiales.

"Que el testigo declara sobre hechos percibidos por los sentidos, pero no emite conceptos. Así, el testigo puede relatar o describir hechos o manifestaciones externas de la persona cuya demencia se discute en juicio, pero no puede conceptuar, con base en tales hechos, sobre el estado mental de esa persona al tiempo de celebrar un contrato.

"Que las declaraciones de testigos, sobre los hechos a que se ha hecho referencia, sólo pueden servir de base para que los peritos rindan dictamen de acuerdo con sus conocimientos sobre la materia.

"Que muerta una persona, la prueba pericial es difícil pero no imposible, ya que los expertos pueden fundar su concepto en hechos que aparezcan acreditados en los autos por los medios probatorios comunes.

"Que siendo en éstos casos esencial la prueba pericial, incurre el sentenciador en error de derecho al atribuirles a las declaraciones de testigos el valor de plena prueba sobre el hecho de la demencia de una persona, error de derecho que lo conduce a la violación de las disposiciones legales citadas por el recurrente";

e) Respecto de la demencia de un testador, la Corte expuso en sentencia del 16 de agosto de 1937 que la confesión de la viuda no podía demostrarla. "Así, pues, lo acreditado con esa confesión no es la demencia misma de él, sino una idea, creencia o convicción de ella. La demencia de alguien no se comprueba con esa confesión que otra haga de haber creído en ella ... Así las cosas, no es el caso de estudiar si la llamada confesión de la señora podría afectar a sus codemandados". (XLV, Pág. 431);

f) El dictamen de peritos como prueba de la demencia ha sido aceptado aún sin examen directo del demente por parte de los expertos —y no podía ser de otra manera si éste ha fallecido— cuando tal dictamen se base en declaraciones testimoniales y/u otros medios de prueba tendientes a acreditar la situación en que se hallaba dicho demente. "No por haber muerto el supuesto demente se hace imposible la prueba de la demencia. De otra suerte se llegaría al absurdo de que acciones y derechos emanentes de actos ejecutados por un demente que no pudiese ser reconocido directamente por haber muerto, no podrían

intentarse ni hacerse efectivos". (XXVII, Pág. 212; XXX, Pág. 350. En el mismo sentido XXX, 215; XXXIII, Pág. 133; XXXI, Pág. 11; y LXXIX, Pág. 457);

g) Finalmente, en fallo del 13 de mayo de 1959, también en un caso en que se debatía la demencia de un testador, la Corte, luego de referirse a unas declaraciones que se habían rendido en el proceso y con las cuales se pretendía acreditar dicha demencia, las consideró carentes de valor probatorio al respecto: "aún más pueden existir debilidades mentales, ciertas enfermedades que causen perturbación psíquica en una persona, transitoria o permanentemente y que sin embargo según expertos en psiquiatría, no los inhabilita para la realización de actos jurídicos. La demostración de un estado psíquico anormal de carácter permanente que inhiba a una persona para todo acto jurídico, es una cuestión exclusivamente científica, que solo pueden determinar los expertos en la materia y de acuerdo con las fórmulas o normas legales". (XC, Pág. 526).

8. Todas las doctrinas expuestas, salvo una (CXLII, Pág. 135) lo fueron antes de estar en vigencia el actual Código de Procedimiento Civil, en el cual, como es sabido, se dio mayor preponderancia al criterio de apreciación probatoria denominado de la sana crítica o de la libre apreciación razonada. De esta suerte, es menester entenderlas y aplicarlas de ahora en adelante en función de dicho criterio, sin que por ello hayan de perder totalmente su vigor. Adaptándolas, pues, a los preceptos legales ahora en vigencia, desde el punto de vista probatorio se llega a las siguientes

Conclusiones

a) Procesos de interdicción judicial por demencia.

Con el propósito primordial de proteger al enfermo, en estas actuaciones se persigue desvirtuar la presunción legal de capacidad que consagra el artículo 1503 del Código Civil, para todas las personas, el dictamen pericial —que presupone y exige que los peritos examinen conjuntamente al paciente y el estado en que éste se encuentra (Art. 237, numeral 2º C. de P. C.) es prueba que debe practicarse forzosamente, en tales procesos, sin que pueda ser suplida por ninguna otra. Es pues, dicha prueba, legalmente surtida y debidamente apreciada, la única legalmente eficaz para demostrar la demencia de la persona sobre que versa el proceso de interdicción; es precisamente la prueba necesaria a que se refiere el segundo inciso del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil. Así lo disponen claramente los artículos 545 del Código Civil y 659, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil.

Este aserto no significa, desde luego, que los demás medios de convicción que se alleguen a ese proceso referentes al estado mental del presunto interdicto deban ser rechazados por superfluos a que no puedan ser apreciados por el juez si han sido legalmente aducidos. No, tales pruebas podrán ser muy valiosas como corroborantes de la pericial y en todo caso para efectos de valorar el mérito demostrativo de la misma, ya que según el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil las "pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica" y la pericial, en particular, debe serlo 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 ibídem).

Cuando en tales proceso se decreta la interdicción por demencia, queda desvirtuada con carácter general y absoluto, para el futuro, la preindicada presunción de capacidad y reemplazada por una presunción de incapacidad, según lo dispone el primer inciso del artículo 553 del Código Civil. Esta última presunción conservará su vigencia hasta que se haya registrado la providencia que decreta la de habilitación judicial del interdicto (Art. 556 C. C.), y mientras tanto, como atrás se dijo todos los actos jurídicos que realice en ese intervalo, como provenientes de un absolutamente incapaz, estarán viciados de nulidad absoluta, "aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido". Es, pues, una presunción de derecho como atrás se dijo.

b) Nulidad de actos jurídicos de demente no interdicto.

Ante todo conviene advertir que no toda enfermedad mental permite decretar la nulidad de un testamento o de actos o con-

tratos ejecutados o celebrados por quien la padece. Como la expuso la Corte en sentencia de esta Sala dictada el 4 de abril de 1938, y ahora la reitera, al efecto se requiere la prueba de que "ha habido una 'perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad' " y además que "esa perturbación... fue concomitante a la celebración del contrato". (XLIII, pág. 739).

Es oportuno agregar también, con palabras del expositor Antonio Rocha, acogiéndolas, que "la doctrina y los jueces se muestran más renuentes a anular por incapacidad mental un testamento que un contrato, porque el testador, cuando se discute el testamento no puede comparecer ya a defender su voluntad. Pero ni en uno ni en otro caso, basta la duda sobre la demencia, sino como en toda sentencia condenatoria, se requiere la plena prueba". (De la Prueba en Derecho, 5ª Ed. Bogotá 1967, pág. 80). En idéntico sentido se expresa la Corte en sentencia del 2 de junio de 1942 (LIII, pág. 813).

Cuando se pretende la declaración de nulidad de un testamento otorgado por persona cuya demencia se afirma que padecía en ese entonces, o de cualquier otro acto jurídico realizado por ella, al tenor de lo que estatuyen el segundo inciso del artículo 553 y los numerales 3º y 4º del artículo 1081 del Código Civil, por el aspecto probatorio se impone esta distinción: 1). Si el enfermo estaba en interdicción judicial, basta con aducir copia del decreto respectivo y su registro; 2) Si no lo estaba, deberá acreditarse en forma plena que dicha persona a la sazón no estaba en su sano juicio porque padecía una enfermedad mental que no le permitía conocer y medir debida o razonablemente las consecuencias de su acto.

Pruebas adecuadas para demostrarla.

En desarrollo de las doctrinas que atrás se dejaron expuestas y a la luz de las normas probatorias actualmente en vigencia, es conveniente puntualizar cuáles son los medios probatorios eficaces y adecuados para demostrar la demencia en esos casos.

1) Dictamen pericial. Aunque la ley no exige el efecto en los procesos de que se trata una determinada prueba, al contrario de lo que ocurre en el de interdicción, como antes se dijo, por regla general, cualesquiera elementos de juicio convenientemente apreciados por el juzgador a la luz de la sana crítica podrían producirle convicción acerca de la demencia. Ello no obstante, la Corte considera que el dictamen de médicos —de preferencia especializados en psiquiatría— es la mejor prueba y la más adecuada para establecer la existencia de esa enfermedad mental; la posibilidad de que durante ella pudieran haber sobrevenido intervalos lúcidos, o por el contrario sus caracteres de irreversible y progresiva, y muy especialmente si el enfermo carecía de "la libre determinación de la voluntad" o sea de la capacidad de obrar razonablemente cuando contrató o testó. En efecto, todos esos hechos y circunstancias "requieren especiales conocimientos científicos" para lo cual es procedente la prueba de peritos, como lo estatuye el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

El dictamen en cuestión deberá ser apreciado cuidadosamente por el juez, en conjunto con las demás pruebas como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica y con los dictados del primer inciso del artículo 241 ibidem, entre los que figuran precisamente "los demás elementos probatorios que obren en el proceso", todos los cuales, por consiguiente, incluyendo la prueba testimonial y los indicios, por ejemplo, son de recibo como corroborantes de la conclusión a que lleguen los expertos o también llegado el caso, para desvirtuarla.

Los peritos, si ello fuere posible, deberán examinar al paciente, informarse de su vida anterior, la etiología de la demencia, historias clínicas si las hubiere, etc., y tener en cuenta, ellos también, todas las pruebas que obren en el proceso y demás informaciones que logren obtener "sin perjuicio de que puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; en todo caso expondrán su concepto sobre los puntos materia del dictamen", como lo ordena el numeral 2º del artículo 237 ibidem.

En algunos de estos procesos desde luego, no será posible que los peritos rindan

su concepto sobre la salud mental del presunto demente por haberlo examinado o reconocido de manera directa, cuando se promueven después de ocurrir el fallecimiento del mismo. Sus razonamientos y conclusiones tendrán que basarse a su turno en otras pruebas allegadas al proceso, tales como historias clínicas, declaraciones de los médicos que lo atendieron o de las personas que lo frecuentaron en esa época y otras semejantes.

ii) Dictamen pericial anterior a la interdicción y traslado al proceso de nulidad. El dictamen pericial legalmente practicado en el proceso de interdicción judicial por demencia de la misma persona que celebró el acto o contrato cuya validez se impugna por ese motivo, puede ser trasladado a este segundo proceso, de conformidad con lo que dispone el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil si en el de interdicción intervinieron quienes son partes en el de nulidad, el referido dictamen podrá ser apreciado en éste "sin más formalidades", sobre la base de que en de interdicción no hubiere prosperado una objeción contra dicho dictamen, como es apenas obvio. En este caso, pues, el juzgador puede valorar ese dictamen de acuerdo con las reglas generales y obtener de él por sí solo, la certeza jurídica necesaria para proferir su decisión.

En cambio, si alguna de las partes en la segunda controversia judicial no intervino en el de interdicción, la prueba pericial trasladada no podrá ser tenida como prueba plena de la demencia, porque dicha parte no pudo ejercer su derecho de contradecirla. La testimonial es la única prueba trasladada que es susceptible de ratificarse para que se cumplan los mencionados principios, en la forma y términos que establece el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil para el dictamen pericial no está prevista la ratificación, de suerte que ésta no puede cumplirse llamando a quienes fueron peritos en el primer proceso para que en el segundo reiteren el concepto que expusieron en su dictamen, porque esa no es la manera legal de contradecir dicha prueba. Sin embargo, esas declaraciones en los procesos de que se trata, como que provienen de los médicos que intervinieron como peritos en el proceso de interdicción y por tener los deponentes el carácter de testigos técnicos, son admisibles en cuanto a los juicios y conceptos que contengan y se les puede dar el valor probatorio que más adelante se comenta.

Lo que acaba de exponerse no significa en manera alguna que el traslado del dictamen pericial no puede efectuarse ni que éste carezca por completo de valor probatorio, por no ser susceptible de ser ratificado y aunque en el segundo proceso no testifiquen los que fueron peritos en el primero. A la prueba pericial trasladada le es aplicable lo que dispone el inciso final del artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, para la producida como prueba anticipada sin citación de la persona contra la cual se aduce ....., es decir, debe dársele el valor de indicio. Ese indicio, por sí solo, desde luego no puede producir certeza en el juez, pero unido a otros y analizados todos ellos en conjunto, de acuerdo con las normas de la sana crítica, pueden lograr la convicción del juzgador acerca de la demencia objeto del debate.

En el sistema probatorio actualmente en vigencia ya no impera el principio dispositivo y por tanto el juez puede decretar oficiosamente las pruebas que tienden a esclarecer la verdad que se busca en el proceso "en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar" (Art. 180 C. de P. C.). Por aplicación, pues, de esta norma, si el juzgador lo considera necesario, puede decretar oficiosamente la práctica de un dictamen pericial, cuando estime que el indicio proveniente del dictamen trasladado y las demás pruebas que obran en el proceso, no alcanzan a producirle certeza en cuanto a la demencia que padecía quien celebró el acto jurídico impugnado.

iii) Testimonio técnico. Ahora bien, sin que haya mediado dictamen pericial practicado dentro del proceso sobre la enfermedad psíquica que padece o que sufrió una persona la prueba testimonial legalmente producida y debidamente apreciada es admisible para establecerla, si proviene de persona o personas especialmente calificadas en la materia por sus conocimientos científicos, a las cuales por serlo, la ley les permite (Art. 227, inciso final y numeral 2º del Art. 228, del C. de P. C.) que expongan conceptos, como una excepción al principio de que los declarantes deben li-

mitarse a relatar los hechos percibidos por ellos y que les está vedado emitir opiniones o juicios personales. Son los llamados testimonios técnicos. Tal sería el evento de los médicos que trataron al paciente y que al testimoniar sobre éste, conceptúan que padecía de una enfermedad mental cuando testó o celebró el acto o contrato cuya validez se discute. Al juez corresponderá en este caso resolver razonadamente si esos testimonios técnicos, debidamente analizados y apreciados en conjunto con los demás elementos probatorios que obran en los autos, le bastan para obtener la certidumbre de que la persona que contrató o testó "estaba entonces demente", o si requiere además un dictamen pericial que en todo caso está facultado para decretar de oficio (aplicación analógica). Si estima que tales pruebas resultan insuficientes o le suscitan alguna duda sobre la demencia que se discute, puede y debe decretar oficiosamente un dictamen pericial.

9. Teniendo en cuenta que en el caso sub judice no ha sido objeto de controversia alguna que Isidro Wuandurraga era mayor de edad y que no había sido declarado en interdicción judicial por demencia, pues el proceso que con ese fin se instauró poco antes de su muerte terminó por desistimiento, precisamente apoyado en la ocurrencia de ésta, y partiendo de las bases jurídico-probatorias expuestas en los apartes anteriores se concluye lo siguiente:

Cuando Isidro celebró el contrato de permuta que aquí se impugna estaba cobijado por la presunción de capacidad que consagran los artículos 553 inciso 2º y 1503 del Código Civil. De esta suerte, sólo la plena prueba de que para entonces hubiera estado aquejado de una psicosis grave que lo hubiera privado de sus facultades mentales, permitiría declarar la nulidad del contrato en cuestión.

10. Con el propósito indicado, la parte demandante adujo numerosas pruebas, todas las cuales y en forma pormenorizada fueron analizadas y valoradas por el sentenciador. Basta comparar el texto de la sentencia atacada con la demanda de casación, como lo ha hecho la Corte muy cuidadosamente, para afirmar que ni uno solo de tales medios de convicción fué ignorado o preterido por el Tribunal. Por este aspecto pues, no hay ningún error de hecho.

11. Preterición parcial de tales pruebas tampoco la hubo, es decir, el fallador no le cercenó a ninguna de ellas su verdadero contenido objetivo, ni les hizo decir lo que no expresan ni recortó el alcance probatorio que de suyo tienen. En consecuencia, tampoco se encuentra en este caso ninguno de los errores de hecho que a ese respecto el recurrente le atribuye el fallo impugnado.

12. Los reparos que se hacen en la demanda de casación bajo el nombre de "falta de o apreciación errónea" de las pruebas que allí se indican, en realidad rebasan la pauta muy estricta a que está sometido este recurso extraordinario. En efecto, todos ellos versan sobre la persuasión que tales pruebas produjeron en el ánimo del juzgador, cuando las hubo analizado a la luz de la sana crítica, como consecuencia de la cual expuso razonadamente por qué no le produjeron certeza acerca de la pretendida incapacidad por demencia que afectaba a Wandurraga cuando celebró el contrato de permuta. Los referidos elementos de juicio, valorados uno por uno y en conjunto, no lograron convencer al Tribunal de que Isidro estaba demente cuando contrató, es decir, no fueron bastantes para desvirtuar la presunción legal de capacidad que éste tenía a su favor.

El sentenciador estudió minuciosamente todo el haz probatorio aducido por la parte demandante y no pudo obtener la convicción de que Isidro era incapaz; encontró sí la prueba de que éste era un alcohólico, pero con razonamientos adecuados y apoyado en las numerosas citas doctrinales que hace en su sentencia, llegó a la conclusión de que no por haberlo sido antes o después, o serlo cuando contrató, "estaba entonces demente" o, que careciera de la suficiente claridad de juicio para saber lo que estaba haciendo. En esta labor valorativa del fallador la Corte no ha podido hallar contraevidencia alguna.

Es más, el Tribunal, no solamente no encontró esa prueba plena de la demencia que los demandantes atribuyen a Wandurraga, sino que del análisis también minucioso y acertado que hizo de las pruebas allegadas por la parte demandada, llegó a la conclusión de que éstas corroboran en

grado sumo la presunción legal de capacidad que amparaba al contratante. Y dentro de estas pruebas destacó y valoró debidamente el dictamen médico-pericial producido en el proceso de interdicción judicial por demencia de Isidro, que muy poco después del contrato de permuta fue promovido por los aquí demandantes, dictamen que fue conocido por éstos y respecto del cual pudieron haber ejercido su derecho de controvertirlo. Ese dictamen, de acuerdo con las normas procesales entonces vigentes, se produjo una vez que los peritos reconocieron el presunto interdicto, en presencia del juez y en tres días distintos. Y esa prueba, debidamente trasladada a este plenario, que no mereció reparo alguno y que como atrás se expuso era no sólo indispensable en el proceso de interdicción sino la más adecuada para establecer la sanidad o insanidad mental de Wandurraga, esa prueba, se repite, debidamente valorada por el Tribunal, le corroboró la presunción legal de capacidad que amparaba los actos celebrados por Wandurraga y concluyó entonces, que éste se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales. Por otra parte el ad quem, echó de menos una contraprueba es decir, un elemento de juicio que acreditara plenamente lo contrario y que en verdad brilla por su ausencia en este proceso.

La labor de apreciación probatoria es cuestión reservada a las instancias y en la cual la Corte no puede inmiscuirse, salvo errores de derecho o evidentes de hecho en que haya incurrido el fallador y que en este caso no se vislumbran siquiera.

Por último, cabe repetir lo que esta corporación ha expuesto invariablemente, en el sentido de que es vano el ataque que se limita a "contraponer el criterio del impugnante al del Tribunal" en materia de apreciación de los medios de prueba (CXVII, pág. 127) y que no es de recibo en el recurso de casación la "crítica global de complejo probatorio" (CVII, pág. 187).

En consecuencia, el cargo no prospera y por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvase al Tribunal Superior de San Gil.

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

PERTENENCIA

Nulidades procesales: son taxativas. — Causal 3ª de Casación. — Interpretación errónea: en qué consiste. — Actuaciones temerarias.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a desatar el recurso de casación interpuesto por Ananías Vaca y Alicia Camacho de Vaca contra la sentencia de 16 de diciembre de 1974, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso de pertenencia que los recurrentes promovieron contra Eva Sánchez de Obando y Patrocinio Obando.

II

El litigio

1. En demanda corregida cuya admisión decretó el Juez Catorce Civil del Circuito de Bogotá por auto de 25 de noviembre de 1969, Ananías y Alicia pidieron que, con citación de Eva Sánchez de Obando (antes de Nieto) y Patrocinio Obando, se decretase a su favor "la prescripción adquisitiva de dominio o pertenencia de la casa y solar distinguidos con los números 11-37 y 11-41 de la calle 3ª de Bogotá, de cabida aproximada de 74,75 metros cuadrados", cuyos linderos se precisan en el libelo demandador.

2. La causa para pedir se fundó en los siguientes episodios:

Sin contradicción de nadie, y sin reconocer dominio ajeno, desde hace más de 20 años, ininterrumpidos, los demandantes, de manera conjunta, contínua, pacífica y pública, vienen poseyendo el inmueble apuntado, el que han explotado como dueños a lo largo del lapso indicado, mejorándolo con la construcción de tejados, entablados, baños, muros, cocina, lavaderos; con la colocación de puertas y ventanas; instalándole servicio de agua y, en una palabra, gozando de él en su pro como señores y dueños. Los demandados, sólo ahora, han tratado de apoderarse del bien, alegando dominio en él y acudiendo a la vía de fingir obligación exigible a cargo de Eva Sánchez y en favor de Patrocinio, con lo cual éste promovió ejecución contra aquélla, procedimiento en el que se embargó como de propiedad de la ejecutada el inmueble que es objeto de esta declaración de pertenencia.

3. Oportunamente la demandada Eva Sánchez de Obando (antes de Nieto) formuló demanda de mutua petición para que, frente a Ananías Vaca y Alicia Camacho de Vaca, se declarase que ella es la dueña del inmueble arriba descrito, por lo cual éstos deben restituírselo con sus frutos y sin reconocérseles derecho al pago de mejoras por ser poseedores de mala fe.

4. La causa petendi de la demanda de reconvención está constituído por los siguientes hechos, que se compendian:

En el proceso de sucesión de Isidro Nieto Bernal, primer marido de la contrademandante Eva Sánchez, se le adjudicó a ésta un lote de terreno con su edificación, situado en el barrio Las Cruces de Bogotá, distinguido con los números 11-37 y 11-41 de la calle 3ª y con los números 2-74/76/-78/82 de la carrera 11A, inmueble que fué enlistado bajo el aparte 3º de la diligencia de inventarios y del cual hace parte el bien que alegan haber ganado por usucapión los contrademandados. Toda esta propiedad raíz la había adquirido el causante como reza la Escritura 805, corrida el 18 de marzo de 1928 en la Notaría Primera de Bo-

gotá, debidamente registrada. Ananías Vaca, en diligencia de inspección judicial, confesó haber recibido el inmueble para ayudar a la viuda a administrarlo a partir de la muerte de su primer marido. Pero, sin saberse desde cuándo, Ananías se ha declarado poseedor del bien, intervirtiendo así el título de tenedor que originariamente tuvo por el de poseedor que ahora se irroga.

5. Con oposición de unos y otros a las respectivas pretensiones de los adversarios, se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia de 28 de mayo de 1973, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demandada principal y se acogieron todas las de la de reconvención, dejando expresamente asentado que "estando demostrado también que Ananías Vaca y su esposa, Alicia Camacho, eran en principio simples tenedores, debe considerárseles poseedores de mala fe". Contra esta providencia los vencidos interpusieron el recurso de apelación que fue definido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante su fallo calendado el 16 de diciembre de 1974, que resolvió:

"Refórmase la sentencia objeto de la apelación, la cual queda así:

"1º Deniégase la acción declarativa de pertenencia invocada por Ananías Vaca Sánchez y Alicia Camacho de Vaca contra los señores Eva Sánchez de Obando y Patrocinio Obando.

"2º Declárase que pertenece en dominio pleno a Eva Sánchez de Obando el inmueble distinguido en la actual nomenclatura con los números 11-37 y 11-41 de la calle 3ª de esta ciudad, cuyos linderos son: 'Norte, en 6.50 metros, aproximados, con la calle 3ª; Sur, en 6.60 metros aproximados, con propiedad de José María Mancilla, antes de Eva Sánchez y más antes de Isidro Nieto Bernal; Oriente, en 11.40 metros aproximados, con la carrera 11A; y Occidente, en 15.00 metros aproximados con propiedad de los herederos de Jorge Morales'.

"3º Condénase a Ananías Vaca Sánchez y Alicia Camacho de Vaca a restituir en favor de Eva Sánchez de Obando el inmueble descrito, objeto de la contrademanda, dentro de los seis días siguientes a los de la ejecutoria de esta providencia.

"4º Condenar a Ananías Vaca y Alicia Camacho de Vaca a restituir en favor de Eva Sánchez de Obando todos los frutos civiles y naturales que hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado a partir del 12 de junio de 1969.

"5º A efecto de las mejoras a que tienen derecho los contrademandados, se les considera como poseedores de mala fe y solamente tienen derecho a que se les abonen las mejoras necesarias, de acuerdo a (sic) lo dispuesto por los artículos 966 y siguientes del Código Civil. Para la entrega se dará aplicación a lo previsto por el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil".

Frente a la decisión del Tribunal los demandantes y contrademandados interpusieron el recurso extraordinario de casación que ahora se está decidiendo.

III

Fundamentos de la sentencia del ad quem

Después de relacionar todo el haz probatorio, el Tribunal emprende el análisis de la posesión generadora de prescripción extraordinaria, que alegan los demandantes; y luego de estudiar lo afirmado por los distintos testigos, concluye:

"Ante la duda que arroja la prueba testimonial aducida por los actores respecto de la fecha en que se inició la posesión material de ellos, así como respecto de la calidad como inició la tenencia del inmueble —si como administrador o como arrendatario— debe acogerse la propia confesión del señor Ananías Vaca, hecha en forma espontánea ante el Inspector de Policía que practicó la diligencia de secuestro, o sea que se inició a partir de la muerte del señor Isidro Nieto, acaecida el 16 de junio de 1951, pues si antes ocupó el inmueble lo fué en calidad de arrendatario, tal como lo afirma el testigo Elías Holguín Vaca, quien vivió algunos años con Ananías y la hermana de éste, sus tíos.

"En consecuencia, debe admitirse que los demandantes desvirtuaron con las pruebas allegadas al proceso la presunción de tenedores para establecer que posteriormente fueron poseedores del inmueble a partir de la muerte de Isidro Nieto y que ejercieron actos de señores y dueños, tales como

levantar construcciones, pagar servicios, cuidar el inmueble, etc. Empero, la posesión por ellos ejercida no alcanza a cubrir el lapso de veinte años ya que la demanda fue presentada en el año de 1969. Por tanto la pretensión de prescripción adquisitiva del dominio no puede prosperar, pues para ello era necesario establecer la posesión durante el espacio de tiempo mencionado".

Enseguida expresa el Tribunal que, por el contrario, la contrademandante probó todos los elementos axiológicos de la acción de dominio, "tal como lo dedujo el señor Juez del conocimiento" en la sentencia de primera instancia, la cual habrá de reformarse sólo en cuanto a prestaciones mutuas se refiere, pues si en la contrademanda se pidió la condenación por frutos desde el 12 de junio de 1969, no se puede condenar a más; que, de acuerdo con los artículos 966 y siguientes del Código Civil, los vencidos sólo tienen derecho al abono de mejoras necesarias por ser "poseedores de mala fe en atención a que no ostentaron ningún título que justificara su conducta de dueños".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, cuatro apoyados en errores in procedendo y el quinto en la órbita de la causal primera. Serán despachados en el orden de su presentación.

Cargo primero

Fúndase en que el proceso es nulo, pues se incurrió en las causales contempladas en los ordinales 4º y 8º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, lo que da nacimiento a la causal quinta de casación.

Arguye el recurrente, en síntesis, que como el actual Código de Procedimiento entró en vigor el 1º de julio de 1971 para cuando aún no se había fallado este proceso en la instancia inicial, es claro que de inmediato entraron a regir las normas rituales, por lo cual la segunda instancia debía haberse tramitado en conformidad con los nuevos procedimientos que establecen el señalamiento de audiencia pública para cuando alguna de las partes lo solicita. Que, a pesar de haber solicitado expresamente la fijación de fecha para esa diligencia, y no obstante que el Tribunal en auto de 1º de abril de 1974 (folios 8º del cuaderno 4º) dijo que "oportunamente se decidirá sobre la práctica de la audiencia pedida", la sentencia de segunda instancia se profirió sin que aquélla se hubiera realizado por culpa del ad quem que omitió hacer el señalamiento de fecha y hora para llevarla a cabo. Que, con tal proceder, se quebrantó el artículo 26 de la Constitución, pues con ello se cercenó el derecho que los apelantes tenían de alegar verbalmente en esa oportunidad.

La Corte considera

Repetidamente ha dicho la doctrina jurisprudencial que frente a las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil, los únicos motivos que generan vicio de nulidad del proceso ordinario son los taxativamente consagrados en el artículo 152 de ese estatuto, y que las demás irregularidades, de un lado, no producen tal efecto y, de otro, se entienden saneadas si oportunamente no se reclama contra ellas por medio de los recursos pertinentes. Hay pues, el quebranto del artículo 26 de la Constitución sólo surge cuando se da alguna de las causas de nulidad enlistadas en el precitado artículo 152 y no siempre que exista alguna irregularidad distinta en el trámite. Tal es la clara voluntad del legislador manifestada en esa norma que dispone:

El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los casos allí enunciados, lo que es decir que ya sólo existen nulidades expresas; las virtuales quedaron rechazadas en atención al acogimiento del principio de la especificidad que hoy señorea en el campo de las nulidades del proceso.

Actualmente, pues, no hay nulidad sin texto que la consagre.

Alega el recurrente que por no haberse señalado fecha para realizar la audiencia pública, que oportunamente solicitó, se le quitó el derecho que tenía de exponer oralmente sus alegaciones y de formular luego resumen escrito de las mismas. A lo cual se responde que tiene razón en cuanto a

que por haberla pedido oportunamente, el Tribunal debía haber señalado día y hora para su realización, conforme a lo que prescribe el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, en su segundo inciso. Mas este olvido, esta involuntaria omisión del fallador, no reviste entidad tan grande como la que le atribuye el recurrente para que pudiera ser fuente de nulidad del proceso. En efecto: tanto en primera como en segunda instancia a las partes se les concedieron los términos propios para pedir y practicar pruebas y se les corrieron los traslados respectivos para que alegaran de conclusión, de los cuales hicieron el uso conveniente. El derecho de defensa, por tanto, no ha sido hollado de modo que causara la nulidad del proceso por quebrantamiento de esa garantía constitucional. La circunstancia de que no se hubiera señalado día y hora para la audiencia pública no entraña omisión de oportunidad para formular alegatos de conclusión, pues como puede constatarse objetivamente revisando el trámite dado a la segunda instancia, al recurrente se le corrió el traslado competente para que formulara el alegato final y de él hizo uso con el mismo escrito en que solicitó la celebración de audiencia pública.

Finalmente, conviene puntualizar que el proceso fue rituado conforme al procedimiento ordinario, que es el propio de la materia allí debatida, y que aunque no se realizó la audiencia pública pedida, ello no constituye seguimiento de trámite distinto del que legalmente corresponde, sino irregularidad que no alcanza a generar nulidad del mismo. La Corte, además, ha dicho que sólo se da el seguirse un proceso por un procedimiento distinto del que legalmente le corresponde. Hecho consagrado como causa de nulidad en el artículo 152-4 del Código de Procedimiento Civil, cuando debiéndose seguir el ordinario se sigue el abreviado o el verbal, o cuando debiéndose seguir uno de éstos se sigue el ordinario, etc.: es decir cuando el rito seguido es uno distinto al que la ley señala para el respectivo proceso, no cuando se omite, modifica o recorta alguna de las etapas de éste.

Por tanto, el primer ataque no prospera.

Cargo segundo

Dice el censor que existe incongruencia entre lo pedido por las partes y lo fallado, porque en síntesis, "concedió a los reconvontores más de lo por ellos probado, y a los poseedores de señorío y materialidad, les negó todo lo probado". Explica que Ananías y Alicia estarían poseyendo cuando menos desde el 16 de junio de 1951, fecha del óbito del primer marido de Eva Sánchez y que, por tanto, cuando se dictó la sentencia de primera instancia (mayo 28 de 1973) ya habían transcurrido más de 20 años de posesión, con lo cual tenían derecho a que en su favor se hubiera decretado la usucapión. Que, de otro lado, Eva Sánchez sólo probó dominio a partir del 26 de febrero de 1953, fecha que es posterior a aquélla en que los recurrentes iniciaron su posesión.

La Corte considera

Descaminado anda el censor cuando pretende que los hechos planteados pueden constituir la causal de incongruencia, cuando persigue que un típico error in procedendo, como lo es la inconsonancia, pueda fundarse en la alegación de errores de juicio o razonamiento que, de otro lado, son irreales, fruto de la mera imaginación del censor, sin piso en los autos.

La causal segunda de casación, llamada incongruencia, ha dicho la Corte, sólo se da en estos casos: cuando la sentencia hace pronunciamiento por fuera de los planteamientos de las partes (extra petita); cuando condena a más de lo pedido (ultra petita); o, finalmente, cuando deja sin resolver algún extremo del litigio (minima petita). Eventos en que, ni por semejas, pueden encajarse las hipotéticas situaciones descritas por el recurrente.

Y como en el punto 3º de la parte resolutiva los contrademandados fueron condenados a restituir "el inmueble descrito, objeto de la contrademanda", es claro que deben devolver a su verdadera dueña el inmueble que detentan y del cual se predicaron poseedores.

Deséchase, por tanto, este ataque,

Tercer cargo

Fúndase, al decir del impugnador, en que existen disposiciones contradictorias en la parte resolutiva de la sentencia acusada, relativamente a los apartes 2º y 3º que, respectivamente, declaran el dominio en cabeza de la contrademandante e imponen a los vencidos la obligación de restituir. Alega el censor que como el título de la demandante es de febrero 26 de 1953, y como de los recurrentes, tanto ésta como el Tribunal afirmaron que detentan el inmueble como arrendatarios o inquilinos o como administradores "en tales situaciones la reivindicante no probó la posesión de los contrademandados y no la aceptó tampoco, carece su acción de este elemento (Art. 946 C. C.); pero sí aceptó la mayor antigüedad en la actitud de los retenedores en relación con el título del reivindicante: en estas condiciones se establece una contradicción entre el reconocimiento de un dominio impotente jurídicamente frente a la mayor antigüedad de la posesión (Art. 762 C. C.)".

La Corte considera

La causal tercera de casación erigida en el número 3 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil sólo se estructura cuando la parte resolutiva del fallo contiene disposiciones contradictorias, entendiendo por tales las que se oponen entre sí y recíprocamente se destruyen es decir las que son antagónicas y, que por lo mismo no pueden ejecutarse simultáneamente, tanto desde un punto de vista conceptual, como desde el objetivo de su ejecución. Así, incurre en la causal tercera en mención el fallo que declara nulo un contrato y simultáneamente lo declara resuelto, pues no es posible que a la vez se declare sin valor lo que al mismo tiempo se declara válido; o el fallo que declara que el demandante es mero tenedor y dueño de la misma cosa, pues tal proposición pecaría contra el principio de contradicción que enseña que no se puede ser y no ser al mismo tiempo.

Frente a lo expuesto aparece cuán lejos está el cargo de ser serio y fundado; se advierte prestamente que está formulado en el vacío, sin raíz que se hunda en la realidad de las cosas. Las disposiciones segunda y tercera de la parte resolutiva no son contradictorias, pues no existe antagonismo en declarar que la contrademandante es la dueña verdadera del inmueble que poseen los contrademandados, por lo cual éstos deben restituirlo a aquélla. Tales disposiciones son conceptual y jurídicamente armónicas y compatibles, y pueden perfectamente ejecutarse simultáneamente.

Por tanto, esta tercera objeción también se rechaza.

Cuarto cargo

Apóyase en el cuarto motivo de casación, que consiste en la violación del principio de la no reformatio in peius. Arguye el recurrente que la sentencia del Tribunal en su punto 5º "contiene una condena injusta y más gravosa que la del primer grado", al considerar a los recurrentes como poseedores de mala fe, siendo que tenían en su favor la prescripción extraordinaria, para la que no se exige título alguno y en la que se presume de derecho la buena fé sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

La Corte considera

Como su nombre lo indica, el principio de la no reformatio in peius, prohibe al fallador de segundo grado hacer más gravosa la situación del apelante. Así si quien recurre en apelación fue considerado poseedor de buena fe por el a quo, el ad quem, sin quebranto de ese principio, no podría calificarlo como poseedor de mala fe, a no ser que por haber apelado también su contrincante, no se limite la facultad de revisión que tiene el superior.

Tal principio se funda en que, como lo impera el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, por lo cual al superior no se le otorga facultad de enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, "salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella" o cuando ambas partes apelaron o la no apelante hubiere adherido al recurso.

Como quedó visto al principio de esta providencia, el Juez de primer grado califi-

có a los recurrentes como poseedores de mala fe. De consiguiente, cuando el Tribunal, en la resolución quinta de su sentencia, expresó que Ananías y Alicia, por ser poseedores de mala fe, sólo tenían derecho a las prestaciones mutuas que la ley sustancial otorga a quienes así poseen, con ello no agravó la situación jurídica de los recurrentes, sino que confirmó ajustadamente la decisión del Juez a quo.

No existe, por tanto, ninguna reforma perjudicial en el punto, motivo por el cual no prospera la censura.

Cargo quinto

Lánzase en la órbita de la causal primera de casación y hácese consistir en que el Tribunal directamente infringió, por errónea interpretación, los artículos 762, 2518, 2531 del Código Civil, y 413 del de Procedimiento. Alega el censor que el fallador no captó que los reconvenidos poseyeron, al detentar con **animus** y **corpus**, desde abril de 1948, el inmueble sobre el cual la reconviniente se autocreó un título; que habiendo alegado la prescripción extraordinaria no requerían buena fe, ni título alguno; que Eva Sánchez no demostró que los contrademandados o poseedores hubieran reconocido dominio en cabeza de ella. Que, de otro lado, el ad quem "violó directamente, por interpretación errónea los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil". Expresa el casacionista que no obstante que la posesión de sus patrocinados es anterior al título que, para probar su dominio, adujo la adversaria, y a pesar de que "no se estableció la identidad entre la cosa pretendida y la poseída", se decretó la reivindicación. Que también violó indirectamente los artículos 762, 746, 950, 952, 2512, 2531 del Código Civil y 413 del Código de Procedimiento Civil por indebida aplicación a causa de error de derecho en la valoración de las pruebas aducidas para demostrar, de una parte, el dominio de la reconviniente y, de otra, la posesión de los reconvenidos. Entra luego el censor al análisis de las pruebas de presunción (Art. 762, inciso 2º), de testigos, de inspección judicial y peritación, para sacar la conclusión de que sí está probado que Ananías y Alicia poseyeron por más de 20 años. Después afirma que Eva no demostró tener título de dominio anterior a la posesión de aquéllos, por lo cual no debía haber prosperado la acción reivindicatoria propuesta por ella en la demanda de mutua petición. Finalmente añade que la confesión de Ananías Vaca se refiere no al inmueble que dá frente a la calle 3ª, sino al que da a la carrera 11A, no ocupado por él. Que, por último, el Tribunal quebrantó los artículos 740, 745 y concordantes del Código Civil, por falta de aplicación pues los títulos de propiedad aducidos por Eva Sánchez; la hijuela formada a ella en la sucesión de su primer marido y la Escritura número 805 corrida el 18 de marzo de 1927 en la Notaría Primera de Bogotá, por la cual había adquirido el causante el inmueble de la calle 3ª, no tienen correspondencia el uno con el otro, ni con lo poseído por los recurrentes; entre un título y otro "no existe relación, concatenación o vinculación traditiva entre los dos grupos de casas" a que se refieren esas cédulas.

De todo esto concluye el censor que "no se ha probado el dominio para efectos de la reivindicación; que no se ha probado la singularización de ninguno de los grupos de casas para efecto de la reivindicación; que no se ha probado la posesión material de los contrademandados sobre ninguno de los grupos de casas, ni de parte de esos grupos, para efecto de la reivindicación; y, que no se ha probado la identidad entre lo por reivindicar y lo poseído materialmente, por los contrademandados. Lo que estos poseen materialmente, con ánimo de dueños, con independencia y señorío, no se relaciona con ninguno de los grupos de casas antedichos; de esto se desconoce titulación alguna anterior".

La Corte considera

La errónea interpretación, uno de los tres modos como puede ser vulnerada una norma de derecho sustancial, tiene en casación una inteligencia propia que difiere fundamentalmente del sentido que a esa locución se le da en el lenguaje común y también en otros campos del derecho. Interpretar erradamente una norma, para el

efecto de fundar en ese hecho un ataque próspero en el terreno de la causal primera de casación, quiere decir que el sentenciador de instancia hizo actuar, para la composición del litigio la norma que era la idónea para resolverlo, pero dándole un sentido o un alcance de que la dicha norma carece en realidad. Con otras palabras, en casación el quebranto por erróneo entendimiento de precepto de derecho sustancial sólo se ofrece cuando dicho precepto es aplicado para decidir el litigio porque, en verdad, es el pertinente pero el fallador lo aplica dándole alcance e inteligencia que no se acomoda a su naturaleza. En este recurso extraordinario, pues, no puede hablarse de interpretación errónea de normas que no fueron aplicadas, ni de las que no son idóneas para resolver el caso debatido.

Añádese a lo anterior que como la interpretación errónea nace del desacierto en la interpretación de la norma pertinente que se aplica, sin relación ninguna con la valoración o estimación del material probatorio, es lógico y claro que esa forma de quebranto sólo se da por la vía directa, mas no por la que se origina en la comisión de yerros fácticos o de derecho. Prescindiendo del análisis de la norma contemplada en sí misma, aisladamente, sin conexión con el material probatorio, la vía del quebranto no puede ser otra que la directa. Por ello, en casación, nunca se puede llegar a la violación de normas de derecho sustancial por interpretación errónea, por la vía indirecta.

Frente a doctrina expuesta resulta que el cargo por interpretación errónea de los artículos 762, 2513, 2531, 946, 950 y 952 del Codigo Civil y 413 del Código de Procedimiento Civil, no puede prosperar porque, aunque allí se habla de violación directa, es indiscutible que haciéndose derivar ella de fallas que habría cometido el sentenciador en el análisis del material probatorio, el censor está transitando por la vía indirecta. Además, como la sentencia acepta que la reconveniente probó dominio y rechazó que los contrademandados sean dueños, no aplicó el artículo 762, por lo cual no pudo violarlo por interpretación errónea. Y como halló que Ananías y Alicia no habían demostrado haber ganado por prescripción el inmueble litigado, tampoco aplicó los artículos 2512, 2518 y 2531 del Código Civil y 413 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, ni el primer inciso del artículo 762, ni los cánones 740 y 745 del Código Civil son normas atributivas de derechos subjetivos o impositivas de obligaciones, por lo cual no son sustanciales.

El cargo, de consiguiente no prospera.

No puede dejar pasar la Corte esta ocasión, visto el texto de los artículos 72, 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil, para pedir a magistrados y jueces que utilicen las sanciones moralizadoras que deben ponerse cuando se den las hipótesis contempladas en esas normas, pues no es tolerable por más tiempo que salgan indemnes los litigantes y sus apoderados que, con manifiesta carencia de fundamento legal, proponen demandas, incidentes, excepciones, recursos u oposiciones.

Es patente en el recurso de casación que se despacha, cómo el apoderado formula cargos que no tienen fundamento ni en la ley ni objetivamente. Por tanto, las costas las pagarán solidariamente los vencidos y su procurador judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso promovido por Ananías Vaca y Alicia Camacho de Vaca frente a Eva Sánchez de Obando y Patrocinio Obando.

Condénase solidariamente al doctor Benito Melgarejo Báez, como apoderado de Ananías Vaca y Alicia Camacho de Vaca, y a estos dos recurrentes, a pagar a Eva Sánchez de Obando las costas causadas en este recurso de casación.

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

Aurelio Camacho Rueda. José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISION

Causas únicas de este recurso extraordinario; instituido no solo a favor de las partes sino en provecho de terceros perjudicados. — No es para remediar errores del proceso revisado. — Impedimento de magistrado de Tribunal: lo decide su propia Sala y no la Corte. — Nulidad procesal: no existe sin texto expreso. Falsedad como causal del recurso de revisión. Quién puede proponerla y en qué oportunidad.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Estando satisfechos los presupuestos del proceso y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, entra la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión que frente a Esso Colombiana S. A. promovieron Ricardo y Mario Posada Ochoa y Movifoto S. A. contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, pronunciada el 16 de febrero de 1973 al desatar la segunda instancia del incidente de excepciones, suscitado dentro de los procesos de ejecución acumulados de mayor cuantía, adelantados por Esso Colombiana S. A. frente a los ahora recurrentes.

En demanda presentada el 21 de febrero de 1975, se formula el recurso extraordinario de revisión.

Como antecedentes se relatan los episodios siguientes, que se compendian, acatando el orden de la demanda.

Las ejecuciones acumuladas adelantadas contra Movifoto S. A. tuvieron fundamento en tres pagarés "firmados el 2 de diciembre de 1969 y no el 19", como en éllos se estampó.

"Los tres títulos cobrados se discriminan de la siguiente manera:

"a) Un pagaré PB-3/69 por valor de $ 1.000.000 descargable en 42 cuotas mensuales de $ 23.809.68 la primera y las restantes de $ 23.809.52 cada una, reducido a $ 880.952.24.

"b) Otro pagaré, el PB-2/69, firmado en reemplazo del CR-2/67, por valor de $ 585.354.98, descargable en 24 cuotas de $ 24.389.79, reducido a la suma de $ 463.406.01.

"c) Un tercer pagaré el PB-1/69, firmado en reemplazo del CR-1/67 por $ 1.872.076.80, descargable en 24 cuotas mensuales de $ 78.003.20 cada una, reducido a la suma de $ 1.404.057.60.

"El total de lo cobrado sin incluir intereses asciende a la suma de $ 2.748.415.85.

Estos tres pagarés tuvieron como fuente la transacción ajustada el 2 de diciembre de 1969 entre Movifoto S. A. y Esso Colombiana S. A., contrato en cuya cláusula segunda, se estipuló al final:

"FACTURAS: 2) En cuanto a las facturas que recíprocamente se reclaman las partes por razón de la promoción 'Conozca a Colombia', éllas serán sometidas al estudio decisorio de una firma de auditores de reconocida competencia, para que con base en los comprobantes que las justifican y en los antecedentes que dieron lugar a éllas, dictaminen sobre su exigibilidad. Dicha firma, cuyos honorarios serán pagados por 'La Esso' y 'Movifoto', de por mitad, estará plenamente facultada para decidir en conciencia sobre la exigibilidad de aquellas facturas que total o parcialmente les dejen fundados motivos de duda'. . . . Fuera de tales facturas las partes no tendrán derecho a formular reclamo alguno por este concepto ni a presentar otras nuevas

a la consideración de la firma de auditores de que se trata. Tal firma será escogida por 'Movifoto' de una lista de tres que le pase 'La Esso' y deberá tener oficina en Medellín'. 'Además de las facturas y cuentas mencionadas en el parágrafo inmediatamente anterior, se ha convenido en someter al estudio y decisión de la misma firma de auditores, con idénticas facultades, las cuentas mencionadas en el punto V (página 6ª) de la carta GE-64, por un total de doscientos noventa y cinco mil setecientos veinticinco pesos con cincuenta centavos moneda corriente ($ 295.725.50 m/c.), las cuales aparecen explicadas y discriminadas en el memorandum interno de Esso Colombiana S. A. de fecha ocho de agosto del año en curso, marcado con el número AC-1603'. '... los saldos deudores y acreedores recíprocos que resulten del estudio de las facturas antes mencionadas, serán compensados y la diferencia se pagará así: a) Si fuere a cargo de 'La Esso', se abonará proporcionalmente a las cuotas del pagaré suscrito por 'Movifoto' en reemplazo del CR-1-67; ...".

Las dos citadas compañías habían celebrado convenciones antiguamente, pero teniendo graves diferencias en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones "ante el estado de indefinición y de falta de concreción del QUANTUM", a finales de 1966 llegaron a una primera transacción, "la cual dio origen a la aceptación de los mencionados pagarés CR-1-67 y CR-2-67, cuyas cifras, más revelaban un límite de crédito que cantidad virtual y positivamente adeudada".

Luego, explicando en qué consistió la transacción del 28 de diciembre de 1966 (folios 1 a 5 del cuaderno 5º), expresan los recurrentes.

"a) En la primera cláusula del mencionado convenio se estableció que Esso Colombiana S. A., produciría una nota de crédito por la suma de $ 1.409.769 a favor de Movifoto S. A. por el mayor valor del empaque de los sobres entregados hasta diciembre 22 de de 1966. Esta cantidad fue abonada a la cuenta de 'AVANCE' o anticipo a cargo de Movifoto, quedando reducido el saldo original de $ 1.800.000.00 a la suma de $ 165.465.00, como se desprende de la cláusula 2ª del citado pacto.

"b) En la cláusula quinta, Esso Colombiana S. A. aceptó que el valor a su favor y a cargo de Movifoto S. A., por concepto de la recompra de sobres y álbumes de la promoción 'Conozca a Colombia' cuyo 'TOPE' o 'LIMITE DE CREDITO' fijado en la suma de $ 1.300.000.00 quedara amparado en el Pagaré CR-1-67 firmado a principio de Enero, tal como se estipuló en la cláusula décima séptima de dicho pacto transaccional.

"Igualmente aceptó Movifoto S. A. el Pagaré CR-2-67 por la suma de $ 550.000.00, representativa de la financiación de vehículos con destino a la promoción 'Conozca a Colombia', de conformidad con lo pactado en la cláusula décima tercera en donde consta que a la fecha de la firma de tal instrumento sólo se había recibido la suma de $ 210.000.00; el saldo de $ 340.000.00, fue entregado seis (6) meses después. Se da esta explicación —dicen los recurrentes— porque nunca lo que figuraba en esos títulos valores, era realmente lo debido, sino un TOPE o LIMITE DE CREDITO, tal como allí se expresa".

La Esso demoró los pagos que debía hacer a Movifoto y sólo y de manera lenta fue reconociendo el valor de algunas facturas, mediante notas de crédito que debían abonarse al Pagaré CR-1-67, pero ni se entregaba el dinero de las nuevas facturas, ni rebajaba la cuantía del pagaré, la cual permanencia la misma.

Esta situación obligó a Movifoto a enviar 17 comunicaciones a la Esso demandando confirmar el saldo de la deuda, "después de los varios abonos que ella producía internamente, afectando así el saldo de la cuenta de facturas, amparado por el tantas veces citado Pagaré CR-1-67, firmado por $ 1.359.000.00". Sólo en marzo de 1969 (folios 198 del cuaderno 5º), el auditor de la Esso "precisa el saldo a cargo de Movifoto por concepto de Facturas", en la suma de $ 295.725.50, por lo cual "no queda la menor duda" de que el pagaré firmado por $ 1.359.000.00 quedaba rebajado en forma proporcional "al rebajar la deuda proveniente de facturas de la cifra original fijada en $ 1.300.000 a la suma de $ 295.725.50". No obstante, en marzo de 1969, y por primera vez la Esso, por medio de su gerente, envió a Movifoto carta de cobro en que se demandaba el pago, por separado,

del saldo de facturas, y de "los pagarés que las respaldaban".

Sucesivos incumplimientos por parte de la Esso del pacto de 28 de diciembre de 1966, originaron reclamos de Movifoto que dieron ocasión a múltiples reuniones, siete u ocho, en los años de 1968 y 1969, hasta que al fín se llegó al "acuerdo de voluntades plasmado en la transacción del 2 de diciembre de 1969, el cual —dicen los recurrentes— tampoco recogió cifras concretas a deber por la confusa situación que creó Esso Colombiana S. A. sobre el alcance de créditos y débitos recíprocos respecto de la tan mencionada cuenta de facturas, amparada en el Pagaré CR-1-67, que se transformó en el PB-1/69, por $ 1.872.076.80". Esto motivó una reunión el 4 de junio de 1969 de la que se retiró el gerente de la Esso "cuando le enrostraron la maniobra de pretender cobrar doblemente el saldo de unas facturas y a su vez el pagaré que las garantizaba". Hecha una nueva reunión al día siguiente, se acordaron las bases definitivas para la transacción que vino a celebrase el 2 de diciembre de 1969, no sin antes haber rechazado Movifoto cinco proyectos de arreglo que por escrito se le presentaron, por no constar en ellos la cláusula arbitral que había exigido.

"Cuando finalmente se concertó una cita en Medellín para la firma de la transacción se apareció el 1º de diciembre de 1969 el doctor José María Esguerra Samper, con un quinto proyecto (folios números 71 al 78, cuaderno 5º), el cual tuvo que ser otra vez modificado en las propias oficinas del doctor Gonzalo Arango E., porque en él no se incluían las cláusulas que por último aceptó la Esso incorporar en el proyecto postrero que se leen en el texto de la transacción a folios 2 vuelto y 3 vuelto.

"Ese acuerdo que pretendía definir totalmente la controversia surgida entre las dos compañías con motivo de los contratos antes mencionados se plasmó en el documento firmado en la ciudad de Medellín, el dos (2) de diciembre de 1969 (folios números 1 a 5 cuaderno número 5º). En tal convenio se acordaron obligaciones recíprocas para ambas partes, Esso Colombiana S. A. y Movifoto S. A. y se establecieron mecanismos y requisitos de riguroso cumplimiento para las dos sociedades, con miras a determinar las obligaciones y exigibilidades a cargo de ambas o de algunas de las compañías.

"Como existían facturas en discusión y a cargo de cada una de las partes, cuya aceptación no había sido definida, ambos contratantes decidieron someter la diferencia a un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO compuesto por firma de AUDITORES de reconocida competencia, que escogería Movifoto S. A. de una terna que presentara la Esso. Dicha firma, cuyos honorarios serían pagados por la Esso y Movifoto de por mitad, estaría plenamente facultada para decidir en conciencia sobre la exigibilidad de una serie de facturas detalladas en transacción (cláusula 3ª).

"Los árbitros nombrados tenían igualmente facultad para revisar, además de las facturas mencionadas, la descomposición de un saldo de $ 295.725.50, que aparecía en los libros de la Esso como el único pendiente a cargo de Movifoto S. A., por concepto de FACTURAS (precisamente el mismo que había sido reconocido en carta de marzo 12 de 1969 suscrita por el propio auditor de la Esso), y estudiar los cargos y abonos realizados por la Esso en la cuenta corriente mutua de la promoción 'Conozca a Colombia', a partir del mes de enero de 1967, fecha en la cual se firmó el Pagaré CR-1-67, por la suma de $ 1.359.000.00, —al decir de los recurrentes— como garantía de la mencionada cuenta de Facturas.

"Para facilitar la labor del Tribunal de Arbitramento, Movifoto exigió que en el texto de la transacción de diciembre 2 de 1969 se incluyera un pormenorizado recuento de la historia de los Pagarés CR-1-67 y CR-2-67, los cuales fueron sustituidos por el PB-1-69 y el PB-2-69, con la precisa indicación de los intereses menores pactados y la relación que tenían con el estudio decisorio arbitral. Dichos pagarés no podrían ser negociados puesto que se firmaban "PARA RESPALDAR" las obligaciones contraídas por medio de la transacción, como se desprende del texto mismo del documento, folio número 2.

"A su vez quedó muy claramente pactado que los saldos deudores y acreedores recíprocos que resulten del estudio de las facturas antes mencionadas, serán compensadas y la diferencia se pagaría así:

"a) Si fuere a cargo de la Esso se abonará proporcionalmente a las cuotas del

pagaré suscrito en reemplazo del CR-1-67. (Del texto de la transacción).

"Desde luego tales pagarés el PB-1-69 y el PB-2-69 por la suma de $ 1.872.076.80 y $ 585.839.80, así como otros dos que se firmaron, el PB-4-69 por $ 213.839.80 y el PB-3-69 por $ 1.000.000.00, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas 3ª y 4ª de la citada transacción, hacían parte del gran acuerdo vertido al convenio tantas veces mencionado y su exigibilidad dependía igualmente del cumplimiento por parte de la Esso a los compromisos contraídos mediante el documento suscrito el 2 de diciembre de 1969.

"Como quedó visto, uno de los pagarés, el PB-1-69 firmado en reemplazo del CR-1-67 quedaba sometido a la decisión arbitral y mientras ésta no se produjera no podía ser cobrado puesto que no indicaba una 'cantidad líquida precisa', y se había previsto en los mecanismos de la transacción la posibilidad de que la Esso quedara debiendo dinero, si se demostraba por medio del auditaje el descargo total del pagaré CR-1-67, dejando así sin piso el PB-1-69 firmado en su reemplazo. Movifoto estaba segura de que así ocurriría y por ello hizo modificar cinco proyectos del contrato.

"Movifoto empezó a evacuar las obligaciones y canceló totalmente uno de los pagarés, a pesar de que no se había instalado el Tribunal de Arbitramento. No obstante la circunstancia favorable establecida en el artículo 1609 del Código Civil: 'En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debido'.

"Entretanto la Esso desatendió todas sus obligaciones, y particularmente la de instalar el Tribunal de Arbitramento a pesar de que existen claras disposiciones procesales contempladas en los artículos 669-670 del Código de Procedimiento Civil, todas éllas de riguroso cumplimiento puesto que son de orden público".

A finales de 1971 y principios de 1972, Esso Colombiana S. A. y con fundamento en los pagarés PB-1-69, PB 2-69 y PB-3-69, promovió sendas ejecuciones contra Movifoto S. A. y Mario y Ricardo Posada Ochoa, las que se propusieron ante los Jueces Tercero, Cuarto y Quinto Civiles del Circuito de Medellín. Estos procesos ejecutivos se acumularon luego y se siguieron ante el Juez Tercero dicho. Los ejecutados propusieron incidente de excepciones formulando las que denominaron: incumplimiento del contrato de transacción, petición antes de tiempo, cantidad sujeta a deducciones indeterminadas, descargo o pago parcial superior a las cantidades que se tienen como abonadas a los pagarés, compensación y entrega o emisión u otorgamiento de los instrumentos sin intención de hacerlos exigibles por la cuantía que muestran, ni negociables. En sentencia de 17 de octubre de 1972, el Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín desató el incidente de excepciones premencionado, con sentencia que, en lo pertinente, dispuso:

"1º Se declara probada la excepción de petición antes de tiempo respecto del pagaré PB-1-69 por $ 1.872.076.80, y así ordénase suspender la ejecución por dicha suma.

"2º Se rechazan todas las excepciones propuestas respecto de los otros dos pagarés. En consecuencia, se ordena seguir adelante la ejecución por $ 330.952.24 como capital y sus intereses a razón del 2% mensual a partir del 1º de septiembre de 1970 de una parte, y de la otra por la suma de $ 463.406.01 y los réditos a la misma tasa anterior, a partir del 7 de agosto de 1970".

Como contra esta resolución interpusieron el recurso de alzada ambas partes, el Tribunal Superior de Medellín, luego que se rechazara el impedimento que, con fundamento en amistad, propuso el magistrado ponente, por medio de su sentencia de 16 de febrero de 1973, que es la que se ataca ahora en revisión, revocó el aparte 1º de la sentencia del a quo y en su lugar resolvió declarar no probadas las excepciones relativas al pagaré PB-1-69 por $ 1.872.076.80, y confirmar el numeral 2º.

Luego, en capítulo aparte, que es el IV de la demanda, se enuncian las causales de revisión en que ésta ciméntase y, separadamente, se exponen los argumentos en que se sustentan, así:

Primera causal de revisión

Arguye el recurrente que, por tres motivos diferentes, existe nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que

no era susceptible de recurso. Expresa, en síntesis, que el primer motivo de esta causal, que es la octava de las enumeradas por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, consiste en que el magistrado J. Emilio López quien fuera luego ponente de la sentencia de excepciones, pronunciada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en auto de 1º de febrero de 1973, se había declarado impedido "por amistad con varios de los demandados y con los padres de los doctores Mario y Ricardo Posada Ochoa", impedimento que, en providencia de 5 de los mismos mes y año, no fue aceptado por los miembros restantes de la Sala de Decisión; que pocos días después, con ponencia del mismo magistrado López, el 16 de febrero del apuntado año se dictó la sentencia de excepciones de segunda instancia, no obstante que del impedimento de amistad no había conocido la Corte Suprema de Justicia, pues lo decidió la Sala Dual compuesta por los dos magistrados restantes de la decisión que presidia el impedido; que, a pesar de existir la misma amistad, el magistrado López en dos ocasiones antecedentes a los hechos relatados, había conocido de este proceso al dictar los autos de 30 de junio de 1972 y 18 de julio siguiente.

En extensa e interesante alegación, que se compendia, dice el revisionista que si de conformidad con el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil el proceso se suspende desde que se manifiesta por el magistrado un impedimento, hasta cuando se decide sobre él en la providencia que ponga fin al respectivo incidente, entonces se generó la nulidad de este proceso, porque los magistrados de la Sala Dual que decidieron no aceptar el impedimento debían haber ordenado (y no lo hicieron así) que el expediente pasara a la Corte Suprema de Justicia, que es el respectivo superior, según el aparte 1º del artículo 141 del mismo Código aplicable al caso para llenar el vacío que muestra el aparte 2º; que el reclamado es el procedimiento que, en asuntos penales, expresamente consagra el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal. Para apuntalar más su tesis de que existió nulidad del proceso por haberse pronunciado la sentencia de segunda instancia cuando, en su sentir, aún estaba suspendido el trámite, el recurrente dice que la Corte Suprema, en providencia en que fue ponente el Magistrado Escallón Vargas, definió impedimento expresado por magistrado de tribunal y que fue denegado por los magistrados restantes de la Sala de Decisión; que, por tanto, mientras la Corte no conozca del impedimento del magistrado López, rechazado por sus compañeros de sala, el proceso continúa suspendido, por lo cual el dictar sentencia sin que haya casado esa suspensión, constituye nulidad, como lo impera expresamente el artículo 152, aparte 5º del Código de Procedimiento Civil, y como lo aceptó la Corte en sentencia de 18 de junio de 1974, aún no publicada.

Luego dice el recurrente que el segundo motivo de nulidad del proceso se presenta por cuanto la sentencia de excepciones fechada el 16 de febrero de 1973, "no discrimina, no analiza, no pormenoriza sobre cada una de las excepciones propuestas" ni en su parte motiva ni en su parte resolutiva, con lo cual se violó lo que preceptúa el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil y consecuencialmente el artículo 26 de la Constitución Nacional; que el Tribunal no hizo expresa referencia a las excepciones denominadas contrato no cumplido, cantidad sujeta a reducciones indeterminadas, descargo parcial compensación y entrega de los instrumentos sin intención de exigibilidad; que se limitó a estudiar para rechazarla, la excepción de petición antes de tiempo, que había sido acogida por el juzgado; que, en especial, no estudió las llamadas "cantidad sujeta a deducciones indeterminadas" y "entrega con intención de inexigibilidad y no negociabilidad".

Finalmente manifiestan los demandantes que el tercer motivo generador de nulidad consiste en que el Tribunal carecía de jurisdicción para decidir el litigio, en virtud de que en el pacto transaccional que celebraron las partes el 2 de diciembre de 1969, la definición del saldo en contra o en pro de éllas por razón de la promoción "Conozca a Colombia", se confió al arbitramento de una firma de auditores, a la que se sometió también, "con idénticas facultades, el estudio y decisión de las cuentas mencionadas en el punto V (página 6) de la carta GE-64, por un total de $ 295.725.50".

Se convino allí también que "los saldos deudores y acreedores recíprocos que resulten del estudio de las facturas antes mencionadas serán compensados y la diferencia se pagará así: a) si fuere a cargo de 'La Esso' se abonará proporcionalmente a las cuotas del pagaré suscrito por 'Movifoto' en reemplazo del CR-1-67". Que, por tanto, si estas materias se habían sustraído a la justicia ordinaria, mientras los árbitros no decidieran los saldos dichos, la jurisdicción civil no podía conocer del asunto, por lo cual brotó la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.

Segunda causal de revisión

Fúndase en que por parte de Esso Colombiana existieron maniobras fraudulentas que causaron perjuicios a la parte recurrente, "ejecutadas, urdidas o desarrolladas no solamente por quienes aparecían como procuradores de Esso Colombiana S. A. la ejecutante, sino también por los dos integrantes primeros de la Sala de Decisión del Tribunal de Medellín".

Estas maniobras fraudulentas, según el resumen hecho por el mismo demandante (folios 57 vto., 58 y 58 vto. del cuaderno 1 de revisión) consistieron en los siguientes episodios ejecutados por la Esso: "cambiar las fechas de los pagarés con preconcebida finalidad de desligarlos del pacto transaccional signado el dos de diciembre de 1969 y complementar esta sombría actitud, que el ilustre penalista, doctor Federico Estrada Vélez, coloca dentro de los contornos del Código Penal, con la búsqueda y la solicitud de dicho contrato para que al absorverlo, la demandada quedara desapoderada de todo medio exceptivo respecto a 'petición antes de tiempo', 'cantidad inexigible por estar sujeta a deducciones indeterminadas' y 'decisión arbitral' como supuesto previo a cualquier planteamiento ante la justicia ordinaria.

"Deficientemente agotado tal propósito y quebrantada la acción incoada en el pagaré de cuantía superior a $ 1.800.000.00, dado los alcances de la providencia proferida por el señor Juez 3º Civil del Circuito de Medellín, coloca en sustitución, como procurador de la ESSO Colombiana S. A., a un abogado de renombre y más que por éste en consideración de vivo contacto de servicio que ha tenido con los dos Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, quien presenta alegaciones "ex-témpore" que el ponente ve suficientes para prefabricar o elaborar ineficientemente la lesiva sentencia de excepciones.

"El Magistrado ponente fragua la trama del impedimento a la hora de nona, es decir, cuando había actuado sin exteriorizarlo por varias ocasiones, y cuando lo expone, su compañero de Sala proyecta la eliminación 'de ese arrimadijo' para que 'no se preocupe' y siga proyectando la fatal decisión que, también a la postre y en forma breve, llevaron a los ojos del insigne Magistrado Ospina Botero, quien dignifica el Tribunal de Medellín, no sólo por sapiencia sino por impresionable honestidad y sensatez, y éste de muy buena fe, convencido en exposiciones verbales sin que le dieran tiempo de reflexión y examen, firma con ellos.

"Se comprobó en la propia secretaría del Tribunal de Medellín cuando examinó los autos el doctor Agustín Montes Herrera, que la sola lectura del expediente con más de 1.800 páginas, demandó ocho días laborales. Entonces, cómo fue que en tres o cuatro (del 12 de febrero al 16 del mismo mes de 1973) se operó el estudio y definición por tres Magistrados para quienes es obligatorio decidir con conocimiento de causa? Ya el honorable Magistrado ponente en la Corte por su propio estudio podrá determinar el tiempo necesario que regularmente demanda el copioso aporte procesal.

"Publicado el fallo se separa el sustituto sin que el apoderado primitivo haya salido del país y para el 'consumatum est' sólo resta el agradecimiento compendiado en las mismas insinuaciones reiteradas a quien o quienes habrían de intervenir en la elección de Magistrado de Medellín para que se tuviera en cuenta al doctor Luján Zapata. Este hecho no es de difícil constatación por parte de los honorables Magistrados si revisan los antecedentes de tal elección (junio de 1973) donde encontrarán la actividad desplegada por el doctor Uribe Cadavid.

"El trámite final por lo que muestra el informativo, indica cómo se cierra el círculo de las maniobras con la práctica de una diligencia en San Andrés de cuya obtención

y modo de realización todo se desconoce, pero que establece plenamente la intención prolongada en el tiempo de ejecutar hechos lesivos y menoscabantes del patrimonio de los ejecutados, en muchas ocasiones perpetrados de manera furtiva.

"Y no se diga que la 6ª causal de revisión referente a colusión o maniobras fraudulentas, en relación con éstas, sólo comprende las que se realizan entre partes y no la que ejecuta una de éstas en perjuicio de la otra. Por fortuna, el tema o argumento ha sido definido por la honorable Corte, cuando con la ponencia del honorable Magistrado Humberto Murcia Ballén, en sentencia de 18 de julio de 1974 decidió otro recurso de revisión. Se expresa así:

"'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 VICTIMA DE EL, sino también el tercero que por causa de las maniobras de las personas que fueron parte en el proceso sufre perjuicios con la sentencia que en éste se profiera' ".

Tercera causal de revisión

Fúndase en que actualmente cursa investigación penal, (iniciada el 20 de junio de 1974 por denuncia del recurrente doctor Mario Posada Ochoa), relativa a que tres de los pagarés que, en favor de la ESSO Colombiana, suscribió Movifoto el 2 de diciembre de 1969, fueron calendados por aquélla con fecha del día 19, que es distinta a la que correspondía realmente, con lo cual buscaba esa entidad desvincularlos del contrato de transacción celebrado el 2 de diciembre, día en que también se suscribieron en blanco los dichos títulos valores. En el escrito de constitución de parte civil dentro del proceso penal, se precisó así este episodio por el apoderado del denunciante:

"'4º Impensadamente, ESSO Colombiana S. A., estableció tres demandas ejecutivas escalonadas contra Movifoto S. A., Mario y Ricardo Posada Ochoa, aportando como recaudo ejecutivo tres pagarés, entre los cuales se hallaba el PB-1-69 por $ 1'372.076,80, sin adjuntar, como era obligatorio si se procedía de buena fe, el convenio que había dado vida jurídica a los pagarés mencionados, sin mencionar siquiera su existencia, y con evidente rebeldía para aducirlo cuando en el curso del proceso debió hacerlo. Pero lo que es más grave, los tres pagarés fueron firmados el dos de diciembre de 1969 en esta ciudad, tenían en blanco el espacio destinado a la fecha de su otorgamiento lo que no fue advertido entonces por sus signatarios, aparecieron con la fecha manuscrita del 19 de diciembre de 1969, cuando es lo cierto que no fueron firmados en tal fecha, sino, repito, el dos de diciembre, y cuando no había autorización tácita o expresa para que el beneficiario colocara fecha diversa a la real'. (Subrayas de la Corte).

"'5º Esta mutatio veritatis estaba destinada a producir importantísimos efectos jurídicos. En efecto, aunque ESSO trató hábilmente su acción, si los pagarés hubieran tenido su fecha real auténtica, o sea la del día 2 de diciembre, se habría establecido claramente en el proceso la vinculación indisoluble de tales títulos valores con el convenio-madre que les dio origen. Lo que pretendió fue, pues, a través de una falsedad en la fecha de los pagarés, fácilmente constatable, desvincular jurídicamente tales pagarés del convenio celebrado entre Movifoto S. A. y ESSO Colombiana S. A. La razón para este procedimiento era bien clara: si los pagarés se consideraban como vinculados al acuerdo previo, actualmente no serían exigibles, ni lo eran en el momento en que se estableció el proceso ejecutivo. Pero si tales pagarés eran documentos independientes, sin relación alguna con el acuerdo previo, hasta el punto de que tenía fecha diversa a la del convenio, sí eran perfectamente exigibles. Prueba de ello es que ESSO Colombiana dirigió toda su acción a demostrar que esos títulos valores habían sido firmados el 19 de diciembre y no el dos del mismo mes".

"'Los hechos descritos constituyen y tipifican el delito de falsedad en documen-

tos en concurso real, según las prescripciones de los artículos 231 numeral 5º y 233 del Código Penal, en concordancia con el artículo 234 del mismo estatuto'".

Agrega la demanda que es grave indicio de la falsedad denunciada el que el apoderado de la ESSO haya dicho en su alegato de segunda instancia que si resultaba un saldo a cargo de esa compañía "se abonará proporcionalmente a la cuota del pagaré suscrito por Movifoto en reemplazo del CR-1-67", con lo cual tergiversó maliciosamente la cláusula del contrato de transacción de 2 de diciembre de 1969, que es la más importante de todas. Que esta tergiversación la repitió "por sexta, séptima y octava vez" el apoderado sustituto.

Concluye, entonces el recurrente que "denota ese protervo proceder inequívocamente el malhadado propósito de llevar al sentenciador al error, yerro en que "efectivamente lo hizo caer" en la sentencia. Que el Tribunal "cayó en la redada y el fraude surtió su pretendido efecto".

Para rematar dice el recurrente:

"Hallo oportuno manifestar a la honorable Sala que no se ha podido actuar dentro del primer enunciado del tercer inciso del artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto que no ha finalizado el proceso penal. Por lo tanto, facultado por el ordenamiento señalado en la segunda parte del mismo, se interpone este recurso extraordinario, con base en la segunda causal del artículo 380 ibídem, dentro del término de los tres años posteriores a la ejecutoria de la sentencia censurada (cuya revisión se pide), a fin de que se adelante el trámite del artículo 383, aun cuando haya de suspenderse la sentencia correspondiente a este procedimiento, hasta tanto se produzca la ejecutoria del fallo penal y pueda presentarse la copia respectiva".

Con los anteriores fundamentos, el recurrente pide que se revise "la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil integrada por los Magistrados J. Emilio López, Hernán Luján Zapata y Alberto Ospina Botero, el día 16 de febrero de 1973, ejecutoriada el 3 de marzo de 1973, en el proceso a que se alude en el cuerpo de esta comedida petición para que, con citación y audiencia del representante de ESSO Colombiana S. A., doctor Enrique Andrade, mayor de edad y vecino de Bogotá, Gerente de la antedicha compañía, en sentencia que cause ejecutoria se declare por esa corporación:

"a) Que carece de valor la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el día 16 de febrero de 1973, que desató el incidente de excepciones en el proceso ejecutivo propuesto por 'ESSO Colombiana S. A.' contra Movifoto S. A., Ricardo y Mario Posada Ochoa, por haberse probado los hechos consagrados en la causal 6ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto la Sala debe proceder a dictar la sentencia que en derecho corresponda. Si no procede la causal antedicha;

"b) Que por quedar establecida la causal que se contempla en el numeral 8º de la mencionada disposición, la sentencia impugnada no tiene valor y por consiguiente debe volver el proceso al Tribunal de origen para que sea repartido y se dicte de nuevo la sentencia, en reemplazo de la invalidada.

"De no prosperar las anteriores causales;

"c) Que por haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para proferirse la sentencia recurrida, ésta queda sin valor y en consecuencia la Corte proceda a dictar la que en derecho corresponde.

"Como la anterior declaratoria sólo podrá ser materia de pronunciamiento cuando aparezca en los autos la copia de la providencia que se produzca en el proceso penal, la honorable Sala, si al entrar el negocio a despacho ella no se ha producido, suspenderá la revisión hasta cuando se ejecutorie el fallo penal y esta circunstancia se acredite con la copia (Art. 381, inciso 3º del C. de P. C.);

"d) Que ESSO Colombiana S. A. debe cubrir las costas, perjuicios y agencias en derecho a los recurrentes, en armonía con los alcances de la sentencia revisoria".

2. Luego de integrarse la Sala de Casación Civil con la designación de dos conjueces por impedimentos aceptados de otros tantos magistrados de la corporación, y tras aceptar la caución prestada por el recurrente, en providencia de 11 de septiembre de 1975, se admitió la demanda de revisión. Notificado debidamente el auto admisorio, la sociedad demandada en forma

extensa dio respuesta a la demanda contestando uno a uno los cargos formulados por los recurrentes y oponiéndose expresamente a que se hagan las declaraciones impetradas.

3. Decretadas y practicadas las pruebas que las partes solicitaron, se les dió el término común de cinco días para que presentaran alegaciones, término durante el cual cada una presentó las suyas propias, aduciendo la parte demandante, además y en apoyo de sus defensas, dos conceptos de eminentes juristas, uno de los cuales ya había sido presentado en el proceso de ejecución.

Para resolver, la Corte considera

En principio, cuando la jurisdicción profiere sentencia definitiva en los litigios sometidos a su composición, queda dicha la última palabra en el punto. Por ello, ordinariamente, quienes fueron parte en el proceso, es decir quienes están obligados por el imperio de la sentencia, no pueden tornar a plantear ante los jueces los temas ya decididos, y, de la misma manera, a la jurisdicción le está vedado volver a resolverlos.

Así se logra, de una parte, que no se profieran sentencias contradictorias y, de otra, que no se abra la puerta de ingreso a la incertidumbre o a la inseguridad en las relaciones jurídicas que fueron discutidas ya. Si decidida una litis en forma definitiva, fuera posible volver a plantear el tema allí litigado, y una vez resuelto por segunda vez, se pudiera regresar a su nuevo planteamiento, reinaría el caos en el mundo jurídico y la inseguridad campearía en la órbita del derecho.

Para impedir que reine tal estado de cosas se ha erigido el principio de la cosa juzgada, que asegura la inmutabilidad y la definitividad de las declaraciones contenidas en el fallo que está en firme, dándole así eficacia al principio de la seguridad jurídica.

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 332, dispone:

"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes".

Con todo, el legislador ante el grave hecho, afortunadamente infrecuente, de que hay sentencias que notoriamente hieren la garantía de la justicia o que se pronuncian con claro quebranto del sagrado derecho de defensa, ha erigido un recurso extraordinario contra las que presenten vicio tal. Por ello, en el último inciso del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil (la disposición transcrita), expresamente dispuso:

"La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión".

Encuentra, pues, el legislador, y así lo consigna en el Código ritual, que, a pesar de que el principio de la seguridad jurídica es don de alta estirpe en el normal desarrollo de la vida en sociedad, hay situaciones en que, por motivos éticos, este principio debe ceder ante el superior de la justicia, cuando ésta aparece ostensiblemente quebrantada, y aún en el evento de que la sentencia no aparezca ser intrínsecamente injusta, si se ha pisoteado el derecho de defensa. Pero considerando que el principio de la seguridad jurídica generalmente no es de estirpe inferior al que predica la realización de la justicia, no autoriza revisar las sentencias ejecutoriadas siempre que un interesado alegue que son claramente injustas. Para la procedencia del recurso extraordinario de revisión exige, como presupuesto previo, el acaecimiento de alguno de los nueve hechos específicos que constituyen las únicas causas de revisión, según lo impera el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. Ninguna otra circunstancia, así llevara certeramente a demostrar que en el proceso antecedente faltaron elementos esenciales de la garantía de la justicia, puede fundar el recurso de revisión.

Hoy, como ya lo ha dicho la Corte, este recurso extraordinario no apunta exclusivamente al quiebre de las sentencias inicuas, es decir, de las obtenidas con claro quebranto de la justicia, (Art. 380-1-2-3-4-5 y 6), sino que busca también el imperio del derecho de defensa (Art. 380-7 y 8), o la tutela del principio de la cosa juzgada (Art. 380-9). El recurso de revisión, además, ya no sólo está consagrado en favor de quienes tuvieron la calidad de partes en el proceso cuya revisión se pretende, como

lo consagraba el artículo 542 del Código Judicial derogado, sino que también se ha instituido en provecho de quienes son terceros que reciben perjuicio originado en la sentencia, por colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que ella se dictó, aunque la colusión o el fraude no haya sido objeto de investigación penal (380-6 ibídem).

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

Descendiendo al caso de esta litis, obsérvase que el recurso de revisión que ahora está decidiendo la Corte, susténtase, como se vio puntualizadamente al resumir la demanda, en tres de las nueve causales que establece el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, a saber: a) en existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso; b) en haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes; y c) en que cursa ante la justicia penal sumario por delito de falsedad cometido sobre los pagarés que sirvieron de recaudo a los procesos de ejecución acumulados en que se dictó la sentencia de excepciones recurrida.

La Corte procede a estudiar las causales en el mismo orden en que los recurrentes las proponen:

Primera. Nulidad del proceso de ejecución. Las tres causas en que se funda.

a) El nuevo Código de Procedimiento Civil en su artículo 141 establece claramente que, en tratándose de impedimento declarado por un Juez, si el que ha de reemplazarlo considera que no constituyen causal de recusación los hechos alegados por aquél, "remitirá el expediente al superior para que resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento"; y agrega que declarando el superior "aceptado el impedimento, enviará el expediente al Juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, lo devolverá al Juez que venía conociendo de él". El mismo estatuto, en su artículo 144, impera que, proponiéndose recusación frente al Juez del conocimiento, si éste "no admite como ciertos los hechos alegados por el recusante, o considera que no están comprendidos en ninguna de las causales de recusación, remitirá el expediente al superior, quien decidirá el incidente".

Resulta ser claro, pues, que el superior del Juez que se declara impedido es a quien corresponde decidir si acepta o no el impedimento declarado, cuando el Juez que debería reemplazarlo estima que los hechos expuestos no constituyen causal de recusación; y de la misma manera se concluye que, en tratándose de recusación de un Juez, si éste no la admite, es también a su superior a quien compete decidir el respectivo incidente.

Mas si el impedimento o la recusación se refiere no ya a un juez, sino a un magistrado, entonces el nuevo estatuto procesal ha señalado un trámite diferente y una competencia distinta. En efecto, el último inciso del artículo 141 precitado dispone expresamente que el magistrado "que se considere impedido pondrá los hechos en conocimiento de la respectiva sala... para que ella resuelva sobre el impedimento". Obsérvase cómo, en este caso, al impedido se le ordena poner el hecho constitutivo del impedimento en conocimiento no del magistrado que le sigue en turno, sino de la sala de la cual hace parte. A esta sala, pues, y no al superior, expresamente se adscribe la competencia para decidir sobre el impedimento manifestado. Asimismo, el tercer inciso del artículo 144 siguiente, establece: "La recusación de magistrado... se resolverá por la sala respectiva", con exclusión de aquél.

Concluyese de lo expuesto que según las voces de los artículos 141 y 144 del Código de Procedimiento Civil que ahora nos rige, es imposible sostener que la competencia para decidir en definitiva sobre el impedimento declarado por magistrado integrante de Sala de Decisión Civil de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, esté atribuída a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, porque la competencia para tal resolución, según quedó visto, la tiene indudablemente la respectiva sala de decisión a que él pertenece y no a la Corte Suprema.

De consiguiente, habiéndose decidido definitivamente por la respectiva Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con prescindencia del magistrado que se declaró impedido, que los hechos alegados por éste no constituían causal de recusación, y teniendo esta Sala la competencia para resolver sobre el punto, síguese que el proceso, por disposición del artículo 146 ibídem, estuvo suspendido desde que el magistrado declaró el impedimento y sólo hasta cuando la Sala de Decisión resolvió el incidente, momento desde el cual el proceso recobró su movimiento.

Entonces, la alegación de los recurrentes de que la suspensión se inició al ponerse en conocimiento de la sala el impedimento y que en la hora actual esa suspensión subsiste, porque la Corte, que es el superior de los magistrados de tribunal, no ha decidido sobre el impedimento, carece de toda base legal.

Y si es absolutamente cierto que, en ocasiones pasadas, después de entrar a regir el nuevo Código, la Corte conoció de impedimentos manifestados por magistrados de tribunal, tal error suyo fue corregido desde su providencia de 19 de noviembre de 1975, aprobada por unanimidad, en que declaró que de los impedimentos de magistrados conoce la respectiva sala y no el superior, tesis que ahora se reafirma.

Por ende, la causal de nulidad alegada en este punto, no puede prosperar.

b) El principio de que no existe nulidad sin texto expreso que la consagre, es decir el postulado de que no hay nulidades virtuales, consagrado anteriormente sólo en la propia materia de las nulidades del matrimonio civil, fue acogido por el nuevo Código de Procedimiento. Hoy el principio de la especificidad rige el tema de las nulidades procesales: en el capítulo V, título XI, libro 2º del Código de Procedimiento Civil se estatuye que "el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente" en los casos enumerados en los artículos 152 y 153, y allí se precisa que "las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente". En la actualidad, pues, la infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional sólo genera nulidad del proceso cuando ha ocurrido alguno de los casos expresamente consagrados por la nueva ley procesal en esa materia. Las situaciones no contempladas allí, son irregularidades que no alcanzan a producir un vicio tal.

Síguese, entonces, que aún en el evento de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la sentencia de 15 de febrero de 1973, por medio de la cual desató la segunda instancia del incidente de excepciones, no hubiere "discriminado, analizado ni pormenorizado sobre cada una de las excepciones propuestas" y se hubiere limitado al exclusivo estudio, para rechazarla, de la excepción acogida por el fallador de primera instancia, el proceso de ejecución no sería nulo, pues tal omisión no está consagrada como causa de nulidad en los textos mencionados. De otra parte, como el Tribunal, en su sentencia de excepciones, expresamente dijo que declaraba no probadas las excepciones relativas al pagaré PB-1/69 y que confirmaba el numeral segundo del fallo del a quo, relativo al rechazo de cada una de las excepciones que no prosperaron, con ello prohijó las razones que tuvo el inferior para rechazarlas.

Por tanto, este segundo motivo de nulidad tampoco saldrá airoso.

c) Por último, se alega vicio de nulidad originado en falta de jurisdicción, con fundamento en que la definición del saldo a cargo o en contra de Movifoto —según dicen los recurrentes— se confirió expresamente a un tribunal de arbitramento que lo sería una firma de auditores, como quedó claramente consignado en el escrito calendado el 2 de diciembre de 1969, que re-

coge la transacción celebrada entre Movifoto y La Esso. Que por este motivo —añaden— la justicia ordinaria no podía conocer de la ejecución promovida con base en el pagaré PB-1-69, mientras la arbitral no hubiera decidido sobre su monto exigible.

Para la Corte, en este preciso campo, la primera pregunta que exige respuesta, es la siguiente: ¿cuál fue la materia discutida que las partes, en el punto final de la cláusula segunda del contrato de transacción apuntada, sometieron a la justicia arbitral? Veámoslo:

Estudiados los textos de los contratos de transacción celebrados entre Movifoto y La Esso el 28 de diciembre de 1966 (folios 13 y 14 del cuaderno 5º) y el 2 de diciembre de 1969 (folios 14 a 19 del cuaderno principal del recurso de revisión y 1 a 6 del cuaderno 5º); vistas las cartas AC 516 y GE-064 (folios 198 y 32 a 38 del mismo cuaderno 5º); y, finamente, analizadas las cláusulas del pagaré PB-1/69, para la Corte, sin la menor vacilación, se impone la conclusión de que, en el punto, dos fueron los temas definidos en la transacción de 1969: el primero, relativo al pago de las deudas que en ese momento Movifoto estaba en mora de pagar a Esso Colombiana; y el segundo, atinente a la manera de resolver, de una vez por todas, las "facturas en discusión a cargo de cada una de las partes, cuya aceptación y pago no se había definido" a la sazón. Obsérseve cómo las mismas partes, con claridad que no es posible enturbiar, dijeron bajo las letras b) y c) de las consideraciones previas de la transacción: "b) Que actualmente existen obligaciones vencidas a cargo de 'MOVIFOTO', pendientes de pago, situación que también se debe definir; y c) Que existen facturas en discusión a cargo de cada una de las partes, cuya aceptación y pago no se ha definido". Y en el aparte que se intitula PAGARES, textualmente se precisó: "1) 'MOVIFOTO' adeuda a 'ESSO' las cantidades dinero que constan en pagarés suscritos el doce (12) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967) por la sociedad deudora a la orden de la acreedora, en los términos y condiciones allí estipulados, así:

"Pagaré CR. 2-67 por $ 570.475.00;

"Pagaré CR. 1-67 por $ 1.359.500.00.

"Las partes convienen en sustituir las mencionadas obligaciones de plazo vencido, por otras nuevas, reemplazando los intereses moratorios allí pactados para, en su lugar, computarlos todos a la rata única del catorce por ciento (14%) anual como se indica en los anexos A y B que firmados por los representantes legales de las partes se consideran incorporados a este contrato. Los abonos efectuados por 'MOVIFOTO' a esas obligaciones con fechas diecisiete (17) de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968) por cien mil pesos moneda corriente, veintisiete (27) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968) por cien mil pesos moneda corriente ($ 100.000) y veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y nueve (1969) por cincuenta mil doscientos dieciséis pesos con treinta y dos centavos moneda corriente ($ 50.216.32 m/cte.), se han imputado a los intereses devengados por los pagarés en referencia, desde cuando éstos se hicieron exigibles a la nueva tasa de intereses del catorce por ciento (14%) anual. 'La Esso' para facilitar a 'Movifoto' la cancelación del capital de los instrumentos negociables antes mencionados y del saldo de intereses de los mismos, acepta que dicho pago se haga dentro de un término de dos años y medio (2½) contados a partir del primero (1º) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), en veinticuatro (24) cuotas mensuales sucesivas en las cuales quedarán incluidos los intereses allí indicados a la tasa del catorce por ciento (14%) anual para el primero de los mencionados pagarés, y a la tasa del siete por ciento (7%) anual para el segundo. Para respaldar estas obligaciones, 'Movifoto' suscribe a favor de 'La Esso', en unión de los señores Mario Posada Ochoa, personalmente considerado, y doctor Ricardo Posada Ochoa, solidariamente, unos nuevos pagarés por las cantidades que en seguida se indican:

"a) En reemplazo del CR-2-67, un nuevo pagaré por un total de quinientos ochenta y cinco mil trescientos cincuenta y cuatro pesos con noventa y cinco centavos moneda corriente ($ 585.354.95 m/cte.) pagadero en veinticuatro (24) cuotas mensuales iguales y consecutivas de veinticuatro mil trescientos ochenta y nueve pesos con setenta y nueve centavos moneda corriente ($ 24.389.79) cada una, así: la primera el día primero (1º) de junio de mil novecientos setenta (1970); la segunda el día

primero (1º) de julio de mil novecientos setenta 1970 y así sucesivamente mes a mes y sin interrupción hasta la total cancelación; "b) En reemplazo del CR-1-67 un nuevo pagaré por un millón ochocientos setenta y dos mil setenta y seis pesos con ochenta centavos moneda corriente ($ 1.872.076.80), pagadero en veinticuatro (24) cuotas mensuales iguales y consecutivas de a setenta y ocho mil tres pesos con veinte centavos moneda corriente ($ 78.003.20 m/cte.) cada una, así: la primera el día primero (1º) de junio de mil novecientos setenta (1970), la segunda el día primero (1º) de julio de mil novecientos setenta (1970), y así sucesivamente mes a mes y sin interrupción hasta la total cancelación.

"En caso de mora en el pago de una o más de las cuotas mencionadas en cualquiera de los dos pagarés a que se ha hecho referencia, los intereses serán del veinticuatro por ciento (24%) anual sobre el saldo insoluto de la obligación, el cual se hará exigible de inmediato". (Subrayas de la Corte).

Dedúcese de lo anterior claramente, que los dichos dos nuevos pagarés reemplazaron a los que había aceptado Movifoto en 1967, los que esta sociedad estaba en mora de pagar. Si las cantidades por capital de los nuevos instrumentos resultan ser superiores a las de los viejos, ello se explica por cuanto la transacción de 1969, en el punto y como brota de lo transcrito antes, consistió precisamente en liquidar el monto de las obligaciones exigibles hasta entonces por capital e intereses moratorios, pero computando éstos no al 24% como se había estipulado en el pagaré CR-1-67, sino al 14%, y sumándole de una vez los intereses del nuevo plazo concedido, que vencía el 1º de junio de 1970, y, además, descontando los abonos a la obligación hechos hasta ese momento por Movifoto.

La liquidez de dichos pagarés, por tanto, no puede discutirse. Ella surge de las cláusulas de la transacción de 2 de diciembre de 1969, en que se consignó expresamente que en caso de mora en el pago de una o más de las cuotas, los intereses de los saldos insolutos serían desde entonces liquidados al 24% anual y el capital debido sería "exigible de inmediato".

En resumen, las obligaciones de Movifoto para con Esso Colombiana, que tenían la calidad de exigibles cuando se ajustó la segunda transacción, el 2 de diciembre de 1969, respecto a las cuales ya estaba Movifoto constituída en mora, fueron reemplazadas por unas nuevas, con nuevo plazo, previa computación de intereses moratorios y compensatorios, así:

a) El pagaré CR-1/67 por $ 1.359.500.00 más los intereses moratorios causados y computando anticipadamente los intereses del nuevo plazo concedido que vencía el 1º de junio de 1970, se sustituyó por el PB-1-69 por $ 1.872.076, que era pagadero en 24 cuotas mensuales, cada una de $ 78.003.20, la primera de las cuales debía satisfacerse el 1º de junio de 1970.

"b) El pagaré CR-2/67, por $ 570.475.00, hecha la nueva liquidación y teniendo presente el nuevo plazo concedido, se sustituyó por el PB-2-69 por valor de $ 585.354.98, pagaderos en 24 cuotas mensuales de $ 24.389.79 cada una, la primera de las cuales debía solucionarse el 1º de junio de 1970.

Para la Corte, pues, sin la menor incertidumbre, tanto el pagaré PB-2-69 como el PB-1/69, contienen obligaciones claras y exigibles en su totalidad. No son, como con insistencia vana lo sugieren los recurrentes, sumas que representan límites máximos de créditos concedidos por Esso a Movifoto.

El segundo punto de la transacción al que se refiere el aparte que lleva por título "FACTURAS", atañe a la manera de terminar los recíprocos reclamos sobre las facturas en discusión a cargo de cada una de ellas, cuya aceptación y pago no se había definido a la sazón.

Sobre el punto, las partes ajustaron el siguiente convenio transaccional, según se lee en el contrato de 2 de diciembre de 1969.

"FACTURAS: 2) En cuanto a las facturas que recíprocamente se reclaman las partes por razón de la promoción 'Conozca a Colombia', éllas serán sometidas al estudio decisorio de una firma de auditores de reconocida competencia, para que con base en los comprobantes que las justifican con los antecedentes que dieron lugar a éllas, dictaminen sobre su exigibilidad. Dicha firma, cuyos honorarios serán pagados por 'La Esso' y 'Movifoto', de por mi-

tad, estará plenamente facultada para decidir en conciencia sobre la exigibilidad de aquellas facturas que total o parcialmente les dejen fundados motivos de duda. Las facturas sometidas a la decisión en referencia, serán exclusivamente las mencionadas en la carta GE64 de catorce (14) de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), dirigida por 'La Esso' a 'Movifoto', adicionadas con la número 4147 del siete (7) de noviembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) por ciento cuarenta mil pesos moneda corriente ($ 140.000.00) y otra por treinta y un mil seiscientos cuatro pesos con cuarenta centavos moneda corriente ($ 31.604.40), correspondiente a 'fletes', papeles Espacio" (sic). Fuera de tales facturas, las partes no tendrán derecho a formular reclamo alguno por este concepto ni a presentar otras nuevas a la consideración de la firma de Auditores de que se trata. Tal firma será escogida por 'Movifoto' de una lista de tres que le pase 'La Esso' y deberá tener oficinas en Medellín.

"Además de las facturas y cuentas mencionadas en el párrafo inmediatamente anterior, se ha convenido en someter al estudio y decisión de la misma firma de Auditores, con idénticas facultades, las cuentas mencionadas en el punto V (página 6) de la carta GE-64, por un total de doscientos noventa y cinco mil setecientos veinticinco pesos con cincuenta centavos moneda corriente ($ 295.725.50 m/cte.), las cuales aparecen explicadas y discriminadas en el memorandum interno de Esso Colombiana S. A., de fecha ocho (8) de agosto del año en curso, marcado con el número AC-1603.

"Los saldos deudores y acreedores recíprocos que resulten del estudio de las facturas antes mencionadas, serán compensados y la diferencia se pagará así:

"a) Si fuere a cargo de 'La Esso' se abonará proporcionalmente a las cuotas del pagaré suscrito por 'Movifoto' en reemplazo del CR-1-67; y b) Si por el contrario, resultare a cargo de 'Movifoto' ésta suscribirá a favor de 'La Esso', con la fianza solidaria del doctor Ricardo Posada Ochoa, un pagaré por la expresada diferencia, con plazo de dos (2) años e intereses durante éste a la tasa del siete por ciento (7%) anual y en caso de mora del veinticuatro por ciento (24%) anual, que podrá ser cancelado también en veinticuatro (24) cuotas mensuales. El pagaré en cuestión deberá ser suscrito por 'Movifoto' y el doctor Ricardo Posada Ochoa dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que la firma de Auditores hubiera proferido su decisión, y si así no ocurriere, 'Movifoto' incurrirá en una sanción penal de cincuenta mil pesos moneda corriente ($ 50.000.00) a favor de 'La Esso'. (Subrayas de la Corte).

"Según lo convenido y con posterioridad a la reunión del cuatro (4) de junio antes mencionada, las partes lograron aclarar definitivamente las facturas que en seguida se indican, señalándolas en el mismo orden que lo fueron en la citada carta GE-64:

"Facturas a favor de 'MOVIFOTO'

"1. Números 1791, 1792, 25, 45, 2567-A, 3207, por un total de ciento dieciséis mil novecientos cincuenta y nueve pesos con veinticinco centavos moneda corriente ($ 116.959.25 m/cte.);

"2. Números 2410 y 2411, por un total de veinte mil pesos moneda corriente ($ 20.000.00 m/cte.);

"6. Número 2567, por diez mil pesos moneda corriente ($ 10.000.00 m/cte.);

"12. Número 2946, por cuatrocientos treinta pesos moneda corriente ($ 430.00 m/cte.);

"14. Nota Débito número 959, por ocho mil trescientos sesenta y cuatro pesos moneda corriente ($ 8.364.00 m/cte.);

"Número 2907, por cuarenta y nueve mil novecientos sesenta y seis pesos con veinte centavos moneda corriente ($ 49.966.20 m/cte.).

"Queda establecido que estas facturas estaban canceladas o fueron abonadas a la cuenta de facturas a cargo de 'MOVIFOTO' y por tanto, ya no son materia de discrepancia entre las partes, ni de decisión de la firma de Auditores. Sin embargo, la firma de Auditores podrá verificar el saldo de doscientos noventa y cinco mil setecientos veinticinco pesos con cincuenta centavos ($ 295.725.50) moneda corriente que figura en el punto V (página 6) de la citada carta GE-64 del catorce (14) de marzo del año en curso y estudiar cómo se efectuaron la imputación de las facturas que acaban

de mencionarse, los cargos y abonos que a éllas se refieren, en la cuenta corriente mutua de la promoción 'Conozca a Colombia' a partir del mes de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967) exclusivamente".

Concluyese fácilmente de lo transcrito, que la sujeta materia que Movifoto y Esso Colombiana acordaron someter a la decisión arbitral de la firma de auditores, fueron "las facturas que recíprocamente se reclaman las partes por razón de la promoción 'Conozca a Colombia'", precisándose que no todas, sino "exclusivamente las mencionadas en la carta GE-64 de 14 de marzo de 1969 dirigida por la Esso a Movifoto, adicionada con la número 4147 del 7 de noviembre de 1967 por $ 140.000 y otra por $ 31.604.40", lo mismo que "las cuentas mencionadas en el punto V (página 6) de la carta GE-64 por $ 295.725.50)", con las expresamente exceptuadas en la transacción de diciembre de 1969.

Brota también de lo anterior que solamente se confió a la decisión arbitral definir qué debía cada parte a la otra por concepto de las facturas y cuentas mencionadas. La competencia de los árbitros no iba más allá de resolver, después de estudiar las facturas y las cuentas a que se refiere el contrato de transacción, qué sumas quedaba debiendo cada compañía a la otra. Los árbitros no tenían otra función. Proferida la decisión, que se contraía a sentenciar qué debía, por los exclusivos conceptos dichos, Esso Colombiana a Movifoto y Movifoto a Esso Colombiana, quedaba agotada la materia sometida a resolución de los árbitros.

No estaba adscrito a su competencia, pues, el definir, en caso de resultar saldos a favor de Movifoto, cómo se abonaba este crédito a las 24 cuotas que debía pagar esta sociedad para descargar el pagaré PB-1-69 por valor de $ 1.872.076.80; ni siquiera tenían los árbitros competencia para compensar los saldos deudores y acreedores recíprocos, pues tal materia no les fue confiada expresamente. La compensación se producía por expreso pacto consignado en la transacción y no por resolución de los árbitros.

Lo expuesto lleva a concluir que el campo donde podía moverse la jurisdicción arbitral era solo el atinente a facturas y cuentas discutidas a la sazón, no al de los pagarés, por lo cual ningún vicio que genere nulidad se presentó cuando la justicia ordinaria conoció del proceso de ejecución en que los pagarés sirvieran de recaudo ejecutivo.

Fuera de los argumentos dados, como las causas de nulidad alegadas se habrían originado desde antes de proferirse la sentencia recurrida, los hechos en que se sustentan no podrían generar la causal octava de revisión, pues ésta surge solamente cuando la nulidad se originó en la sentencia y no antes.

La primera causal de revisión propuesta, por ende, no prospera.

Segunda. Colusión o fraude

La segunda alegada por los recurrentes es la sexta de revisión, que consiste en haber existido colusión u otras maniobras fraudulentas 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, como se ha dicho por la doctrina, permite a quienes fueron terceros en el proceso, es decir a quienes no fueron parte en él, lograr la anulación del fallo que les perjudica, cuando existió colusión entre quienes fueron partes o cuando éstas mismas ejecutaron maniobras fraudulentas, todo con perjuicio del tercero, a quien la ley otorga la potestad de recurrir. Tal causal, que como las otras del recurso extraordinario, es de interpretación estricta, no se refiere a hechos, así fueran fraudulentos, cuya ejecución pudiera imputarse a los integrantes de una sala de decisión, ni mucho menos la constituye la posible amistad, o los nexos de respeto o admiración que pudieran existir entre el apoderado de una de las partes y alguno, algunos o todos los magistrados integrantes de la Sala de Decisión.

Consistiendo la causal sexta en que haya existido colusión entre las partes, es decir que entre éstas en el proceso se haya celebrado pacto con la intención específica de causar daño a un tercero, y que efectivamente ese perjuicio se haya producido o en que las partes hayan ejecutado otras maniobras fraudulentas, no se puede alegar como motivo tal, pues no constituye

colusión o maniobra fraudulenta de las partes el hecho de que a los pagarés se les haya estampado fecha de expedición distinta a la que en esos títulos extendidos, o el de que se les cambió la que tenían. Tampoco constituye motivo tal el que Esso Colombiana, cuando con base en los pagarés adelantó ejecución, no adujo con estos títulos la copia del contrato de transacción celebrado el 2 de diciembre de 1969; ni el que el apoderado de La Esso, sin lograrlo, hubiere tratado de apoderarse de la copia de dicho contrato de transacción que tenían en su poder los ejecutados; ni el que el ejecutante haya sustituido el poder para atender la segunda instancia del incidente de excepciones, en un ex-magistrado de la Corte, quien con los componentes de la Sala de Decisión del Tribunal que había de desatar el incidente, tendría gran ascendiente por vinculación afectiva, comunidad de intereses en otros asuntos, nexos de vecindad, cofamiliaridad o por haber influido decisivamente en su nombramiento para el cargo de magistrados; ni el que la sustitución del poder se hubiera hecho sin que el apoderado principal hubiera tenido que salir del país; y, finalmente, tampoco constituye colusión o fraude el hecho de que el Tribunal pronunciara en muy breve lapso su sentencia, hecho que se funda en que el proceso entró a estudio del ponente el 12 de febrero de 1973 y el fallo se dictó el 16 de los mismos.

Conviene agregar que, como quedó dicho al despachar la causal de nulidad que se estriba en falta de jurisdicción, las obligaciones de plazo vencido a cargo de Movifoto, es decir las exigibles en el momento de celebrarse la transacción, fueron novadas por otras con la concesión de un nuevo plazo y nueva manera de pagarse por cuotas. Y aunque es cierto que, por otra parte, se convino en someter a la decisión de árbitros lo relacionado con ciertas facturas y cuentas, esto en nada modificaba la obligación de descargar los pagarés en la forma y tiempo en ellos estipulados. Sólo, en caso de que resultara un saldo a favor de Movifoto, podía ser variada su cuantía en el sentido de que este saldo debía abonarse proporcionalmente a las cuotas del pagaré PB-1/69. Pero Movifoto S. A. a quien correspondía la carga de la prueba, no ha demostrado que, en verdad, existiera dicho saldo a su favor para que la cuantía de lo debido pudiera reducirse.

Finalmente se advierte que Esso Colombiana ha aceptado que los pagarés se firmaron el 2 de diciembre de 1969, pero que se les puso la fecha del 19, por ser esta la fecha en que se pagó el impuesto de timbre que los mismos causaron, como consta en el cuerpo de esos documentos.

Menester es, pues, rechazar la tesis de que los pagarés PB-1/69, PB-2/69 y PB-3/69 no representaban el derecho total en ellos consignado por concepto de capital, sino que apenas eran la manifestación de un "límite máximo de crédito" y que, por tanto no expresaban cantidad determinada a cargo de Movifoto.

Pero si los argumentos, antes expuestos, no fueran suficientes, para llegar a la misma conclusión bastaría considerar que, inicialmente, todas las partes entendieron que las sumas consignadas en los pagarés eran exigibles en su totalidad, en los días y del modo señalado dentro de los cuatro ángulos de los documentos que los contienen. Y tan cierto es esto, y no que las cuantías prefijadas fueron meros "límites máximos de crédito", que en el escrito que recoge la transacción de 2 de diciembre de 1969, explícitamente se convino que si resultaba una diferencia entre los saldos deudores y acreedores a cargo de Movifoto, "ésta suscribiría a favor de 'La Esso', con la fianza solidaria del doctor Ricardo Posada Ochoa, un pagaré por la expresa diferencia, con plazo de dos (2) años e intereses durante éste del 7% anual y en caso de mora del 24%, que podrá ser cancelado también en 24 cuotas mensuales" lo mismo que el pagaré PB-1/69. Si resultando un saldo definitivo a cargo de Movifoto ésta tenía que garantizarlo en un nuevo pagaré, sin menoscabo del PB-1/69, menester es concluir que en éste no se había consignado un "límite máximo de crédito", sino obligación determinada a cargo de quienes lo aceptaron.

Además, en carta de 25 de mayo de 1970 (fl. 69, cuaderno 2 de la Corte), enviada por Movifoto al gerente de Esso Colombiana, aquélla expresa: "En vista de las dificultades financieras por que hemos atravesado, de la manera más atenta rogamos a Ud. se sirva concedernos una prórroga para los documentos que vencerán el 1º de ju-

nio, ya que no estamos en capacidad de atenderlos...", lo cual indudablemente indica que no eran indeterminados y sin exigibilidad las obligaciones representadas en los pagarés PB-1-2 y 3 de 1969.

Tercera. Falsedad de los pagarés

El último motivo alegado para demandar la revisión de la sentencia de excepciones pronunciada el 16 de febrero de 1973 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fúndase en la causal segunda de revisión y se hace consistir en que actualmente cursa ante el Juez Cuarto Superior de allí un sumario iniciado el 20 de junio de 1974, por "varios delitos de falsedad en documentos, cometidos en los pagarés suscritos por Movifoto y Mario y Ricardo Posada Ochoa a favor de Esso Colombiana, con los cuales se instauraron varios procesos ejecutivos que se acumularon en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín". Dicen los recurrentes que con el cambio de fecha buscaba la sociedad ejecutante "desvincular los tres pagarés del contrato de transacción celebrado el 2 de diciembre de 1969, día en que también se suscribieron, pero dejando "la fecha en blanco, en los mencionados instrumentos negociables".

Según lo relatado en la demanda de revisión, el hecho en que se hace consistir la falsedad de los pagarés, es éste:

El 2 de diciembre de 1969, cuando el gerente de Movifoto y Mario y Ricardo Posada Ochoa suscribieron los pagarés PB-1/69, PB-2/69 y PB-3/69 a favor de Esso Colombiana, estaba en su cuerpo en blanco el espacio correspondiente a la fecha de expedición de esos instrumentos; posteriormente, y sin contar con los otorgantes, se manuscribió en los mismos y en el espacio dejado en blanco, la fecha diecinueve (19), como la de su expedición.

La adulteración denunciada se refiere, pues, solamente a ese hecho. El texto restante de los pagarés es verdadero, tanto respecto a su capital, como a los intereses de mora, y tanto respecto a la fecha de exigibilidad de cada cuota, como al monto de cada una de éstas. Nadie ha redargüido de falso su contenido.

Cuando el legislador extraordinario erigió en causal de revisión el haberse declarado falsos por la justicia penal documentos en que se apoyó la sentencia recurrida, con ello no expresó que cualquier tipo de falsedad instrumental fuera motivo para permitir la revisión del fallo. La declaración de falsedad constitutiva de causal tal, tiene que recaer sobre documentos que hayan sido "decisivos" en el pronunciamiento de la sentencia, es decir que hayan sido el fundamento y la razón del sentido en que se dictó ésta. Por tanto, si se declara penalmente la falsedad de un documento que para nada jugó papel en la resolución del litigio civil, o que jugó un papel que no era decisivo, tal hecho no podría invocarse como causal de revisión.

De la misma manera, no toda falsedad, cualquier falsedad documental, así recaiga sobre "documentos decisivos" tiene virtud para servir de sólido estribo a una demanda de revisión. La falsedad, para que pueda engendrar ese efecto, requiere además ser de tal naturaleza que, sin ella, el litigio necesariamente se hubiera resuelto de una manera diferente.

En resumen, para que se dé la causal consistente en haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida, indispensable es que el documento en que se dice cometida la falsedad haya tenido la calidad de "decisivo" para el proferimiento del fallo, y, además, que la falsedad sea de tal naturaleza que sin ella, la decisión del Juez civil, necesariamente hubiera sido distinta a la que pronunció; es decir, que si después de descubierta la falsedad declarada por los jueces penales, el sentido del pronunciamiento del Juez civil, seguiría incólume, entonces la causal segunda de revisión no tendría existencia, a pesar de la declaración de falsedad.

También conviene precisar, actualizando vieja doctrina de la Corte, que la segunda de las causales de revisión, la fundada en la falsedad de documentos, sólo puede ser alegada por quien en las instancias del respectivo proceso civil alegó la dicha falsificación, proponiendo la correspondiente excepción o redarguyendo de falsos esos documentos, o por quien asevera haber sabido de la falsedad sólo con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia cuya revisión pretende. Pero si alguien para quien son

bien conocidos los hechos en que se hace consistir la falsedad, deja transcurrir en silencio las instancias del proceso civil, sin redargüir de falsos documentos que serán decisivos para la resolución del litigio, y después de fallada definitivamente la litis ocurre ante la justicia penal a denunciar la falsedad que conocía y sobre la que guardó silencio prolongado, entonces no podrá alegar como causal de revisión la dicha falsificación, pues fue su propia negligencia la que sustrajo el tema de una resolución civil.

La Corte ha dicho (G. J. LVIII, 566) que quien conoce la adulteración de un documento que puede ser decisivo en la resolución del debate, debe alegar su falsedad tan pronto como el instrumento se presenta judicialmente en su contra, redarguyéndolo de falso en las instancias del proceso, pues si guarda silencio sobre la falsedad, "ha de considerarse que le dio su asentimiento y que luego en revisión no puede hacer lo que no quiso hacer en las instancias del juicio". Y agrega: "de otro modo, todo descuido o falta de diligencia de una de las partes en la producción de sus pruebas podría llevar a la revisión de los procesos".

Finalmente hay que puntualizar que cuando la ley civil establece qué efectos jurídicos se producen en caso de falsedad de un documento decisivo, entonces no se podría pretender que sean distintos interfiriendo un recurso de revisión. Así, vigente la Ley 46 de 1923, artículos 126 y 127, cuando un instrumento negociable era "alterado materialmente", entendiendo por esto no toda mutación física del mismo, sino toda adulteración sustancial, grave o importante, los efectos no eran siempre los mismos. En tal evento, era menester distinguir: si la alteración material ocurría sin el consentimiento de todas las partes, el instrumento quedaba descargado en favor de quienes no la consintieran, pero conservaba todos sus efectos frente a quien cometió la adulteración y frente a quienes la "autorizaron" o "consintieron". Pero cuando el instrumento había sido materialmente alterado y estaba en manos de un tenedor en debida forma que no había tenido parte en la alteración, podía éste exigir el pago de acuerdo con su tenor original".

Hoy, en cambio, según el artículo 631 del Código de Comercio, en caso de alteración del texto de un título-valor, los signatarios anteriores se obligan conforme al texto original y los posteriores conforme al alterado.

Visto, pues, lo anterior, en el caso de esta litis se tiene lo siguiente:

En el evento más favorable para los recurrentes, que se presentaría en la hipótesis de que la justicia penal decidiera que efectivamente los pagarés fueron adulterados, por habérseles puesto como fecha de expedición la del 19 de diciembre de 1969, siendo que esta ocurrió realmente el dos (2) antecedente, tal circunstancia en nada modificaría los efectos jurídicos de los pagarés, pues éstos no eran pagaderos a tantos días fecha, sino que cada cuota tenía previamente señalado el día cierto y determinado en que debía satisfacerse. Que los pagarés tuvieran como fecha de emisión el 1º de diciembre, o el 2 siguiente o el 19 de los mismos, en nada modificaba sus efectos jurídicos. Y ni siquiera, como lo insinúan los recurrentes, tal suceso cambiaba la identidad de esos títulos-valores, cuyas señales particulares eran: PB-1/69 o PB-2/69, o PB-3/69, el valor debido por principal, las fechas en que debían pagarse los abonos, el número de éstos, el valor de cada contado, etc.

Pero es más, como los recurrentes aceptan que el espacio en que debía figurar la fecha de emisión se dejó en blanco, el haberlo llenado no constituye adulteración física del instrumento; simplemente se le colocó a mano la fecha. Llenar un espacio dejado en blanco con una fecha que en nada modifica los efectos jurídicos de los pagarés no constituye adulteración grave o sustancial del mismo con el alcance que a este término le daba el artículo 127 de la Ley de instrumentos.

Además, plenamente están probados varios hechos que permiten deducir que Esso Colombiana estaba facultada para llenar el espacio de la fecha de expedición de los pagarés con una distinta de aquélla en que los aceptantes estamparon sus firmas.

En efecto, cuando el 2 de diciembre de 1969 se emitieron esos instrumentos, estaban completos tal cual hoy aparecen, con excepción del espacio destinado a colocarles la fecha. La entrega de los mismos se hizo con el dicho espacio en blanco. Los

aceptantes, con posterioridad al 19 de diciembre de 1969, día en que fueron registrados oficialmente al pagarse el impuesto de timbre y en que fueron fechados a mano, sin la más leve protesta de su parte por la fecha manuscrita, hicieron varios abonos por valor superior a $ 700.000 y descargaron uno de dichos documentos. Por varias ocasiones, como se ve en cartas de Movifoto a Esso, y con posterioridad al 19 de diciembre apuntado, solicitaron prórrogas por las difíciles circunstancias económicas que atravesaban. Al notificárseles los distintos mandamientos de pago librados con los dichos pagarés, ningún reclamo hicieron por estar fechados el 19 de diciembre, ni los redarguyeron de falsos por el cambio expresado.

De contera, como Esso Colombiana, desde la expedición de los pagarés, fue tenedora de los mismos, está cobijada por la presunción de haber llenado el espacio en blanco destinado a fecharlos, de acuerdo con las instrucciones dadas por los giradores.

En tales condiciones, aún declarada la falsedad denunciada, los efectos jurídicos de los pagarés PB-1/69, PB-2/69 y PB-3/69, seguirían siendo los mismos y, por tanto, no habría lugar a modificar, con ese fundamento, la sentencia de excepciones recurrida en revisión.

Despréndese de todo lo expuesto que la resolución que ha de recaer en la investigación penal que actualmente se adelanta ante el Juez Cuarto Superior de Medellín por delito de falsedad en documentos, iniciado por el Juez Once de Instrucción Criminal el 20 de junio de 1974, (por denuncia formulada por el doctor Mario Posada Ochoa), ninguna incidencia tendría en la resolución del recurso extraordinario de revisión, por lo cual no podrá decretarse la suspensión del pronunciamiento del fallo respectivo.

Pero dejando de un lado las consideraciones que antes se han hecho en torno a la cual de falsedad de los pagarés de 1969, aparece de bulto la falta de legitimación en los recurrentes para alegar la causal expresada, pues no obstante conocer ab initio que el espacio que se dejó en blanco para llenar la fecha fue completado con el 19 en letras y números manuscritos, cuando con base en cada uno de los tres pagarés, se promovieron contra éllos en noviembre de 1971 y enero de 1972 las tres ejecuciones, que luego se acumularon, no propusieron la excepción de falsificación de los mismos y sólo muchos meses después del 3 de marzo de 1973, día en que se ejecutorió la sentencia de segunda instancia, pronunciada para decidir el incidente de excepciones, uno de los ejecutados, ahora recurrente, denunció ante la jurisdicción penal la existencia de un delito de falsedad en los tres pagarés PB de 1969, mutación de la verdad que hizo consistir en que, a pesar de que esos títulos-valores habían sido expedidos el 2 de diciembre de 1969, se les había puesto la fecha del día 19. La denuncia respectiva se formuló el 20 de junio de 1974 ante el Juez Once de Instrucción Criminal de Medellín.

Por ende, tampoco ha de prosperar esta última causal.

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

Resuelve:

Primero. No se suspende el pronunciamiento del fallo.

Segundo. Declárase infundado el recurso de revisión propuesto por Movifoto S. A. y Mario y Ricardo Posada Ochoa contra la sentencia de 16 de febrero de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el incidente de excepciones suscitado dentro del ejecutivo adelantado por Esso Colombiana S. A. frente a los recurrentes.

Tercero. Revócase la orden dada de suspender los efectos pendientes de dicha sentencia, por lo cual se dispone que continúe el rito de la ejecución.

Cuarto. Condénase a los recurrentes, en forma solidaria, a pagar a Esso Colombiana S. A. las costas de este proceso de revisión y los perjuicios que con el mismo se le hayan causado.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y remítanse inmediatamente al juzgado de origen todos los autos, con excepción de los tres cuadernos formados con ocasión del recurso extraordinario de revisión.

Aurelio Camacho Rueda, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo, Arturo Mejía Borda, Conjuez.

Alfonso Guarín Ariza Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VENTA POR CABIDA

(Desistimiento unilateral del contrato)
La venta como cuerpo cierto es la regla general.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 19 de septiembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario instaurado por la entidad "Promotora Menga Limitada" frente a Manuel J. Quintana y otra.

II

Antecedentes

1. Mediante Escritura pública número 8021 de 30 de noviembre de 1964, otorgada en la Notaría Primera de Cali y debidamente inscrita, Luis Torres Cruz, Cecilia Ospina de Hernández, Alex Mauricio y Luis Alfonso Torres Ospina constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada que denominaron "Promotora Menga Limitada", con un capital social de $ 81.000.00, que fue aportado así: por el primero de los socios dichos $ 1.000.00; por la segunda $ 20.000.00, y $ 30.000.00 por cada uno de los dos restantes.

En la escritura de constitución estipularon los contratantes que la sociedad tendría una duración de 20 años; que su objeto social sería la "explotación de las industrias avícolas, ganadera, agrícola, de maquinaria para ingeniería civil y de mecánica en general"; que su domicilio principal estaría en la ciudad de Yumbo; y que su gerente general sería el socio Torres Cruz, con la suplencia de Cecilia Ospina, a quien, en caso de falta absoluta suya, la reemplazaría Mario Mora de la Hoz.

2. El 2 de diciembre de 1967, según lo expresa la Escritura pública número 5503 que en esa fecha otorgaron en la Notaría Primera de Cali y que se inscribió en la Oficina de Registro de allí el 5 de enero siguiente, se ajustó entre Manuel J. Quintana y María Antonia Ayala de Quintana, por una parte, y la sobredicha entidad "Promotora Menga Ltda.", por la otra, el contrato de compraventa, de cuyas estipulaciones, por ser relevantes en la presente controversia, es pertinente destacar las siguientes:

a) Los primeros expresaron vender a la última, y ésta comprar a aquéllos, el dominio "que en forma exclusiva tienen sobre una finca rural ubicada en el corregimiento denominada 'LA PROVIDENCIA', Municipio de Dagua, Departamento del Valle del Cauca, denominada 'California', finca que tiene un área de un mil ochocientos cuarenta y dos plazas (1.842) repartidas en 21 potreros de pastos artificiales, con pequeña granja sembrada de café, plátano y pastos de corte con pequeños montes para sacar postes para cercas, y el resto con montaña virgen todo lo cual queda incluido en plano que se protocoliza en la presente escritura";

b) Mediante la cláusula segunda del sobredicho documento escriturario, expresaron los contratantes que "la finca que se transfiere como cuerpo cierto en un solo globo, está formada por los predios" que más adelante especifican; y que el dicho "globo tiene los siguientes linderos generales:

"Por el Norte, en dirección de Este a Oeste, con las siguientes propiedades, así: con

la de Inés Campo de Lozano, antes de Artemio Alomía, quebrada 'El Paseo' de por medio desde un zanjón seco aguas arriba hasta encontrar la carretera que de Dagua sube al corregimiento de Santa María cruzando la carretera dicha; con la de Marcelino Zamorano V., antes de Manuel Montoya y Balbino Gutiérrez, pequeña quebrada sin nombre de por medio, aguas arriba y siguiendo el límite hacia la parte alta al borde del monte que sube a la cuchilla del potrero denominado 'Bellavista', montes y potreros pertenecientes a lo que por esta escritura transfieren los vendedores, monte que luego baja limitando en parte con la misma propiedad de Zamorano hasta encontrar el cerco que separa la propiedad de Zamorano con la propiedad de Miguel Angel Arango, antes de Salvador Moreno y de Luis Enrique Varona, monte que en su borde y bajando en línea recta continúa lindando con la propiedad del señor Arango hasta encontrar la quebrada Las Hortensias y por esta, aguas arriba, de por medio, limita también con la misma propiedad del señor Arango hasta encontrar un cerco que a partir de esta quebrada sube hasta el alto de la cordillera, cerco que así mismo limita de por medio con la misma propiedad del señor Arango, y de este sitio en dirección suroeste, en línea recta por trocha de por medio, con terrenos baldíos de la Nación a encontrar el lindero occidental; por el Oeste, del sitio anterior en dirección sur a encontrar el río Pepita y por este aguas arriba, en pequeña parte, y el resto subiendo a la cuchilla de la cordillera por trochas de por medio con baldíos de la Nación, a encontrar el lindero sur; por el Sur, del punto anterior descendiendo hacia el Este por trochas que de por medio limitan con terrenos baldíos de la Nación, hasta encontrar el cerco que de por medio limita con la propiedad del señor Carlos Valero Aznar, antes de Juan Paipa y Alberto García, cerco que llega a un mojón en la quebrada 'El Cogollo', la cual de por medio también limita con la propiedad del señor Valero, aguas abajo, hasta encontrar el cerco del lindero oriental; y por el Este, a partir de la quebrada 'El Cogollo' donde termina el punto anterior, cerco de por medio con las siguientes propiedades: con la de los herederos de Gonzalo Ramírez; con la de los herederos de Pedro Tovar y con la de Antonio Martínez; antes de Carlos Ochoa, hasta encontrar la carretera que conduce de Dagua al corregimiento de Santa María y cruzando la carretera, cerca de por medio, que baja por un zanjón seco con las propiedades de Gustavo Gañar y Temístocles Díaz, zanjón seco que encuentra la quebrada 'El Paseo', punto inicial de partida del lindero norte";

c) Acordaron los contratantes como precio de la compraventa la suma de $ 1.350.000.00, de los cuales la entidad compradora entregó en esa fecha a los vendedores, a satisfacción de éstos, $ 650.000.00, comprometiéndose a cancelar los $ 700.000.00 restantes en dos cuotas sucesivas de $ 350.000.00 cada una, la primera "dentro de seis (6) meses contados a partir de la fecha de la presente escritura"; y la segunda "dentro de un año a partir de la misma fecha";

d) Manifestaron los estipulantes, mediante la cláusula cuarta de la convención, "que el inmueble que transfieren los comparecientes, en un solo globo, fue adquirido" por los vendedores, así:

El predio denominado "Alpha", por compra que hizo Manuel J. Quintana a Hernando Llorente mediante Escritura número 3503 de 28 de diciembre de 1944, otorgada en la Notaría Primera de Cali y registrada en febrero siguiente; el fundo llamado "La Polea", por compra que hizo el mismo Quintana a Clara M. de Robledo según Escritura número 2752 de 20 de octubre de 1948, otorgada en la misma notaría e inscrita en diciembre del mismo año; la heredad conocida con el nombre de "Campoalegre", por compra que hizo el mismo Quintana a los herederos de Manuel J. Ordóñez, según Escritura número 1415 de 19 de junio de 1962, pasada ante el Notario Cuarto de la ciudad dicha e inscrita allí en julio siguiente; el predio "Siberia" por compra que hizo el mismo vendedor a Artemino Narváez mediante Escritura número 1396 de 1º de marzo de 1960, otorgada en la Notaría Tercera de allí y registrada en ese mismo mes; el predio denominado "La Poleíta" por adjudicación que al citado Quintana le hizo el Ministerio de Agricultura según Resolución número 441 de 7 de octubre de 1955, protocolizada en la Escritura número 3268 de 26 de agosto

de 1957 de la citada Notaría Primera; otro predio, sin denominación, adquirido por el mismo vendedor por compra que hizo a Rafaela Cerón viuda de Cruz, según Escritura número 250 de 8 de octubre de 1946, otorgada en la Notaría de Dagua y registrada en Cali en enero siguiente; y finalmente el fundo llamado "California", por compra que la vendedora María Antonia Ayala de Quintana hizo a Enrique y Jorge Sanclemente por medio de la Escritura número 192 de 11 de diciembre de 1943, otorgada también en la Notaría de Dagua y debidamente registrada en el mes de enero siguiente;

e) Por la cláusula octava de la precitada Escritura número 5503, manifestaron los tradentes, con la expresa aceptación de la sociedad adquirente, que convienen "en denominar 'CALIFORNIA' el globo íntegro de tierra que es el objeto de la presente compraventa, y que los vendedores aceptan recibir abonos de $ 50.000.00 o de suma mayor dentro de los primeros 6 meses y otros de $ 50.000.00, o de suma mayor dentro de los siguientes 6 meses... a fin de que tales abonos puedan tener lugar dentro del año estipulado como término para la cancelación del saldo adeudado por concepto del precio del inmueble", y

f) Finalmente, el representante legal de la sociedad compradora, luego de haber declarado que "me encuentro de acuerdo con las cláusulas de este instrumento", expresó en éste que para garantizar el saldo del precio de la compraventa constituía, a favor de los vendedores, "hipoteca especial y señalada de primer grado, sobre el mismo inmueble o globo de terreno que la sociedad ha adquirido por el presente instrumento público y tal como lo ha adquirido, esto es por sus mismos linderos y especificaciones".

3. El 2 de noviembre de 1968 compareció ante el Notario Tercero de Cali Luis Torres Cruz, quien en esa fecha otorgó la Escritura pública número 3204.

Mediante ella, invocando su calidad de gerente de la sociedad "Promotora Menga Ltda.", luego de referirse a la compraventa contenida en la Escritura número 5503 de diciembre del año anterior, expresó: que la venta allí aludida "se hizo por cabida y dijeron los vendedores que era de mil ochocientas cuarenta y dos plazas (1.842) repartidas en 21 potreros"; que al medir posteriormente la propiedad, su cabida real "es únicamente de mil quinientas setenta y tres (1.573), mucho menor en consecuencia que la declarada"; que la diferencia entre la cabida real y la declarada es por tanto de 268 plazas, diferencia esta que, según el precio asignado a la compra, tiene un valor que "alcanza a más de una décima parte del precio completo"; y que en consecuencia, a nombre de Promotora Menga, "desiste del contrato de compraventa" previamente ajustado y plasmado en la ya dicha Escritura número 5503 de 2 de diciembre de 1967.

II

El litigio

1. Así las cosas, mediante escrito de 6 de noviembre de 1968, la citada sociedad "Promotora Menga Limitada" demandó ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cali a los mentados Manuel J. Quintana y María Antonia Ayala de Quintana, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, la justicia hiciese los siguientes o similares pronunciamientos y condenas:

a) Que se declare desistido por la compradora el contrato contenido en la Escritura pública número 5503 de 2 de diciembre de 1967, otorgada en la Notaría Primera de Cali, "conforme a lo expresado en la Escritura número 3204 de 2 de noviembre de 1968, pasada en la Notaría Tercera" de la misma ciudad;

b) Que se condene a los demandados a restituir a la sociedad demandante, todo el dinero por ésta pagado a ellos como parte del precio de la referida compraventa; y

c) Que se los condene igualmente a pagarle los perjuicios sufridos por la compradora, "con ocasión del contrato desistido"; lo mismo que las costas procesales.

En subsidio de la primera de estas súplicas, solicitó la demandante la declaración de que ella, como compradora, "puede desistir del contrato de compraventa contenido" en la precitada Escritura número

5503 de 2 de diciembre de 1967, otorgada en la Notaría Primera de Cali.

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

Que al deslindarse especialmente en la escritura de compraventa la finca objeto de la negociación, los vendedores declararon que tenía una cabida de 1.842 plazas; que después de haberle sido entregado el inmueble, la compradora procedió a medirlo obteniendo que su superficie no alcanzó a 1.573 plazas; que, de consiguiente, halló una diferencia de algo más de 278 plazas entre la cabida asegurada y la real; que la sociedad compradora ha pagado a sus vendedores, por cuenta del precio del fundo enajenado, un millón de pesos, quedando un saldo de $ 350.000.00; y que les ha venido cubriendo "intereses al 15% anual" sobre los saldos de dicho precio.

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados se opusieron a las súplicas deducidas en ella; y en cuanto a los hechos allí afirmados, salvo los atinentes a la celebración del contrato y al pago del precio, negaron los demás.

Expresaron, para fundar su oposición, que, según se infiere de varias cláusulas de la Escritura 5503 de 2 de junio de 1967, las cuales transcriben, ellos vendieron la finca "como cuerpo cierto", "en un solo globo comprendido dentro de los linderos que" se consignaron en ese documento público; que no es cierto que la cabida real del fundo sea menor que la declarada, hecho este que, dicen los demandados, "carece de importancia porque 'CALIFORNIA' se vendió como cuerpo cierto".

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Séptimo Civil del Circuito de Cali, le puso fin con su sentencia de 24 de agosto de 1974, mediante la cual denegó las pretensiones de la demandante, absolvió a los demandados de los cargos formulados en su contra e impuso a aquélla las costas procesales.

5. Por virtud de apelación interpuesta contra dicha providencia por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, en fallo proferido el 19 de septiembre de 1975, confirmó el apelado e impuso a la recurrente las costas causadas en la segunda instancia.

III

La motivación de la sentencia impugnada

1. Después de compendiar los antecedentes del litigio y el trámite del proceso, en el proemio de las motivaciones de su fallo advierte el Tribunal que, según la demanda inicial, la pretensión de la demandante se contrae a la desistencia del contrato de compraventa contenida en la Escritura pública número 5503 de 2 de diciembre de 1967, porque, según la compradora, en dicho pacto se dan cita todos los presupuestos fácticos previstos en la parte final del artículo 1888 del Código Civil, norma legal esta que el sustanciador indica como fundamento jurídico de la acción deducida.

2. Asentado por él el anterior postulado, inicia sus consideraciones el ad quem afirmando que para determinar el alcance de la obligación de entrega que le corresponde al vendedor, es necesario distinguir, cuando se trata de un predio rústico, si la venta de éste se hizo como cuerpo cierto o con relación a su cabida.

Y entiende, con cita de la preceptiva legal que trae el artículo 1887 ibidem, que en el segundo de dichos dos supuestos el "contrato se celebra con base en la extensión del predio, ya que ésta (la extensión) es la causa o el móvil determinante del acto jurídico". Agrega que "la venta por cabida requiere la expresión de ésta y del precio, pues aquélla se hace a razón de una determinada suma por la unidad de la medida adoptada".

3. Proyectando su razonamiento al caso sub judice, luego de aquilatar el contenido de la precitada Escritura pública número 5503 estima el sentenciador, y así lo asevera en su fallo, que la venta plasmada en dicho documento se hizo como cuerpo cierto y no en relación con la cabida del predio enajenado.

En apoyo de la conclusión a que en el punto llega, el Tribunal transcribe algunas de las cláusulas de la precitada escritura pública: comentando la primera, afirma

que en ella "claramente consignaron los contratantes que la finca se transfiere como cuerpo cierto en un solo globo, que se conforma por la unión de los predios denominados 'Alpha', 'La Polea', 'Campoalegre', 'Siberia', 'La Polcita', 'California', y un predio pequeño" sin denominación; que allí mismo se determinó la finca "por los linderos generales"; que según las cláusulas 2ª, 4ª y 8ª de la escritura, "por convenio con la sociedad compradora ese 'globo íntegro de tierra' que es objeto de la compraventa se denominó CALIFORNIA"; y que, sin referirlo a la unidad de medida adoptada, "el precio de la negociación fue acordado globalmente en $ 1.350.000.00".

"Del contexto del contrato consignado en la escritura atrás citada, —reza la sentencia del Tribunal— deduce a Sala que la intención de los contratantes no fue la de vender el globo de terreno que denominaron 'California' en consideración a su cabida. En efecto, en parte alguna se da cuenta de que la venta se realizaba a razón de una determinada suma por plaza de terreno, ni que la compradora entendía adquirir un determinado número de esas unidades de medida. Por el contrario, muy claramente los contratantes consignan que la finca '... SE TRANSFIERE COMO CUERPO CIERTO, en un solo globo', producto de la unión de varios lotes o predios. Además, al fijarse el precio de la venta no se hizo referencia a que él fuera la resultante de la cabida o del número de plazas mencionadas en el contrato y del valor de cada una de ellas; únicamente se estableció una suma en total para la compra no sólo de los derechos de dominio y posesión que los vendedores tenían sobre el predio rural, sino también por la de los otros bienes que por adherencia o por destinación se incorporaron a éste como objeto del negocio".

4. Conclusión de su estudio es pues, para el Tribunal de Cali, la de que "vendido el inmueble 'California', como cuerpo cierto, designado claramente por sus linderos, carece el comprador del derecho por él ejercitado en el libelo, por disponerlo así expresamente el artículo 1889 del Código Civil".

IV

El recurso extraordinario.

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la sociedad demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, que la Corte entra a considerar y despachar en conjunto por cuanto sus fundamentos son sustancialmente similares.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de ser directamente violatorio de los siguientes artículos del Código Civil: del 1887 por interpretación errónea, del 1888 por falta de aplicación, y del 1889 por aplicación indebida.

2. En desenvolvimiento del cargo afirma el censor que habiéndose deprecado por la compradora el desistimiento del contrato de compraventa, por causa de que vendido el predio rústico con relación a su cabida, la cabida real de éste es menor en cantidad que alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida declarada, o sea que estando en presencia del ejercicio de la acción otorgada por el artículo 1888 del Código Civil, a la actora le correspondía demostrar, para el acogimiento de su pretensión, los siguientes dos presupuestos, a saber: a) la venta de un fundo rústico con relación a su cabida; y b) una cabida real inferior a la señalada contractualmente en más de una décima parte del precio de la cabida completa.

Estima el objetante que en el caso sub judice estos dos factores aparecen evidenciados: el segundo de ellos, con el dictamen pericial rendido en el proceso; y el primero, con la descripción que del fundo se hizo en la Escritura 5503 de diciembre de 1967, y en su identificación judicial y catastral en donde se expresa que tiene una cabida de 1.842 plazas, y además, en "la ausencia de cualquier declaración de las partes, entonces o luego, de que ellas no entendían hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resultara mayor o menor que la cabida que reza el contrato".

Consecuente con su aserción inicial, asevera el recurrente que estando demostrado el supuesto de hecho previsto por el precitado artículo 1888, se le imponía a los juzgadores de instancia la aplicación de dicho precepto legal; que la referida inaplicación por el ad quem, obedeció a que creyó que el artículo 1887 ibidem "no permite considerar hecha la venta por cabida sino cuando así se expresa o aparece incuestionablemente que la extensión del predio fue el móvil determinante del contrato".

3. Con abundantes citas de doctrinantes nacionales y extranjeros, acomete en seguida el recurrente el estudio del artículo 1887 del Código Civil, particularmente para determinar cuándo debe entenderse vendido un fundo como cuerpo cierto y cuándo con relación a su cabida.

Al punto dice que dentro de la autonomía de las partes para integrar el contenido de sus negocios jurídicos, ellas pueden contratar en una o en otra de dichas dos maneras; que sin embargo "la ley establece al respecto un contenido naturalia negotia, que se impone en caso de que los contratantes introduzcan expresamente un accidentalia negotia diferente".

Y así, agrega, el citado artículo 1887, luego de consagrar la disyuntiva entre venta como cuerpo cierto y venta por cabida, sienta el principio "de que siempre que en el contrato se exprese la cabida la venta se hace con relación a ella, sin que importe si se ha fijado directamente un precio total o éste ha de deducirse de la cabida o número de medidas que se exprese, y del precio de cada medida; o que se exprese una cabida total o varias cabidas parciales de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal de que de estos datos resulten el precio total y la cabida total, o se trate de un solo predio o de varias ventas en un solo contrato, como reza el artículo 1887".

Añade el censor que si no se expone la cabida directa o indirectamente, no hay lugar a pensar que la venta se hizo con relación a ella; que si bien esta venta per aversionem es la más frecuente, porque de ordinario no se señala de manera alguna la cabida del inmueble, es lo cierto que, según lo impera el artículo 1887, "siempre que se exprese la cabida del fundo en el contrato, la venta es con relación a la cabida, con todas las consecuencias de esta especie, salvo declaración de indiferencia de la realidad de la superficie en lo que respecta al precio".

4. En apoyo de la tesis que pregona y cuya adopción propugna, el recurrente hace numerosas citas doctrinarias y jurisprudenciales; censura el criterio de los autores y de las doctrinas que acuden al factor intencional para determinar si la venta se hace como cuerpo cierto, o con relación a la cabida.

Rematando su exposición, expresa el recurrente que "en tales circunstancias no aparece inoportuno ni improcedente encarecer el restablecimiento del artículo 1887 del Código Civil, que por fastidioso, inexacto o errado que se le haya ocurrido a algún autor nacional o a la Corte siguiéndolo en algunas oportunidades, ajenos al rastreo de su progenio y justificación, innecesaria e impertinente (pues los casos correspondientes no encuadraban dentro de sus dictados y para fallarlos como lo hizo demandaban aquel descarrío), no ha sido derogado y continúa rigiendo (Art. 8º C. C. y 3º Ley 153 de 1887), tal como fue concebido y redactado consciente y elegantemente, de acuerdo con un propósito y una tradición nítidos. Para que se entienda en su versión exacta que él ordena que 'se vende con relación a la cabida siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren' lo contrario".

Cargo segundo

1. Con éste se acusa la sentencia de segundo grado de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 1887 y 1888 del Código Civil, y el texto 1888 ibidem por aplicación indebida, a causa de los errores de derecho y de hecho en que habría incurrido el Tribunal "en la apreciación del contrato y de la prueba".

2. Desarrollando el cargo por su primera faz, asevera el censor que en su sentencia el ad quem estimó vendido el inmueble "California" como cuerpo cierto y no en relación a su cabida, "porque desconoció la presunción legal establecida por el artículo 1887, inciso 2º, procedente por hallarse debidamente probado el hecho en que se funda (Art. 176 C. P. C.)".

"Habiendo reconocido y transcrito, el punto primero de la Escritura 5503 de 1967, —dice el casacionista— donde se expresa la cabida en medida precisa, le negó el valor que legalmente tiene como presunción dentro del supuesto del inciso 2º del artículo 1887, en contra de lo ordenado por el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, para incurrir así en un error de derecho en cuanto a dicha presunción se refiere".

3. Concretando los yerros de hecho que denuncia, dice qué el sentenciador, frente a la escritura contentiva del contrato de compraventa, no tuvo en cuenta algunas expresiones que allí se consignaron, tales como la que reza que "todo lo cual queda incluido en plano que se protocoliza con la presente escritura"; que tampoco estimó el plano auténtico, en el cual se hace la "confrontación de la superficie con planímetro", por "sectores, cada uno con su área individual en hectáreas y plazas, y se contabiliza doblemente la cabida".

Añade el censor que el Tribunal, "por extractar fragmentaria, parcial y acomodaticiamente algunos pasajes de la escritura, perdiendo de vista o no dándole importancia a las restantes", presupuso una posición de indiferencia de los contratantes ante la cabida y su eventual inexactitud, y dedujo una intención evidenciada de ellos de vender el fundo como cuerpo cierto".

Asevera el recurrente que la expresión de la cabida en cifra exacta, consignada en la escritura de compraventa y remitida a un plano oficial protocolizado en el mismo documento escriturario, indica que las partes sí entendieron hacer la venta por cabida; y que la frase atinente a que "la finca se transfiere como cuerpo cierto en un solo globo", "no tiene en sí más sentido que el de aclarar que la venta se hace en bloque y no predio por predio, toda vez que la finca no tenía unidad jurídica ni material".

Rematando la formulación del cargo por este segundo aspecto, dice el objetante que el Tribunal no apreció en su sentencia; y por ello también incurrió en evidente error fáctico, el dictamen pericial rendido en el proceso.

V

Consideraciones de la Corte.

1ª Por sabido se tiene que una de las obligaciones del vendedor es la entrega de la cosa vendida (Art. 1880 C. C.); y que para el eficaz cumplimiento de este deber jurídico suyo aquél debe entregar "lo que reza el contrato" (Art. 1884 ibídem), norma que, dado su carácter genérico, es aplicable tanto a la venta de muebles como a la de inmuebles.

Tratándose de bienes raíces, y particularmente de predios rústicos, no son infrecuentes los casos en que resulta difícil determinar si el inmueble entregado por el vendedor al comprador es realmente el convenido por ellos, sobre todo en los supuestos en que no se ha expresado en el contrato con la claridad necesaria la intención de las partes, singularmente en cuanto a la determinación del objeto de la venta. Para zanjar las dificultades y dirimir las controversias que en la práctica implica tal cuestión, el Código Civil (Arts. 1887, 1888 y 1889) consagra una serie de regulaciones que, por tanto, son las aplicables a los presupuestos fácticos por ellas previstos.

2ª Dentro de la autonomía de la voluntad que a las partes asiste para integrar el contenido de sus negocios jurídicos, y que en el derecho positivo colombiano no tiene limitación distinta de la que le imponen el orden público y las buenas costumbres, aquéllas pueden ajustar la venta de un predio rústico ora como una especie o cuerpo cierto, o ya con relación a su cabida. Y es palmar que las consecuencias jurídicas de la negociación serán disímiles, según que el acto se acuerde en una o en la otra forma.

Porque, como es apenas obvio, cuando el contrato expresa la cabida el vendedor tiene el deber de entregarla toda, ya que el precio del fundo se entiende calculado de acuerdo con su superficie o extensión; entonces es posible que resulte una diferencia entre la cabida real y la declarada que incide en los efectos del pacto, ora autorizando el aumento o la reducción proporcional del precio de la cosa, o ya permitiendo a las partes desistir del contrato, según sea la cuantía de la diferencia resultante.

Cuando, en cambio, la extensión del predio no se señala en el acto, sino que apenas se lo determina allí por su situación y linderos, o sea como cuerpo cierto, la diferencia que resultare entre lo vendido y lo entregado, así sea mayor o menor, no da en principio lugar a acción alguna, puesto que en tal hipótesis se entiende que los contratantes no han tomado la cabida del fundo como motivo determinante en la fijación del precio.

Y como el artículo 1887 del Código Civil, después de expresar cuándo se vende un fundo con relación a la cabida, preceptúa en su parte final que "en todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto", fuerza es aceptar que esta forma, o sea la venta como cuerpo cierto, constituye la regla general; y que sólo por excepción se deben entender vendidos los predios rústicos con relación a su cabida.

3ª En la venta por cabida las partes contratantes dan a ésta primerísima y fundamental importancia, desde luego que para el comprador no es lo mismo adquirir un predio que tenga menos extensión de la convenida, porque si es inferior a ésta puede no serle el bien suficiente para responder al objetivo que lo impulsó a comprarlo. De ahí que sea preciso determinar con exactitud cuándo la venta se hace con relación a la cabida y cuándo como cuerpo cierto.

De acuerdo con la preceptiva contenida en el inciso 2º del precitado artículo 1887, hay venta por cabida "siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato", a menos que las partes declaren que la cabida real en nada influye en el precio convenido. De esta suerte, es pertinente afirmar que la norma en cita consagra la presunción de venta por cabida cuando en el pacto se señala precisamente ésta, presunción que, por ser puramente legal, queda infirmada o desvirtuada cuando se exprese o demuestre que sin embargo de la expresión de la cabida del predio, ésta no ejerció influjo alguno en la fijación del precio, o sea cuando aparezca que las partes apreciaron el valor del inmueble por consideraciones diferentes a su extensión o superficie.

Para que la venta de un fundo rústico se entienda hecha con relación a su cabida, es indiferente, según lo preceptúan los incisos 3º y 4º de la norma legal en comento, que su precio se fije de manera global, o que se deduzca del número de medidas que se expresa y del precio de cada medida; como es intrascendente también que se indique una cabida total, o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio. Pero en todo caso y por tratarse, como ha quedado dicho, de una situación excepcional, la venta por cabida debe quedar clara e inequívocamente determinada en el contrato; y, por lo mismo, en caso de duda, debe el juez decidir que el predio se vendió como cuerpo cierto y no en consideración a su cabida.

4ª En el caso de este proceso, no obstante que en la cláusula primera de la escritura contentiva de la compraventa las partes expresaron, en cifra exacta, la cabida total de la finca "California", al decir que tiene un área de 1.842 plazas "repartidas en 21 potreros", y que dicha extensión la remitieron al plano protocolizado entonces; es lo cierto, como paladinamente lo consignaron en la cláusula 2ª de dicho documento escriturario, que la sobredicha finca se transfirió "como cuerpo cierto en un solo globo" (subraya la Corte), sin embargo de haber quedado integrada por los varios lotes o porciones que allí se indican y se enmarcan dentro de los linderos o confines generales que para todo el fundo se relacionan.

La frase, "que se transfiere como cuerpo cierto en un solo globo" conscientemente allí consignada por las partes, y que es relievante en la estructura del contrato sub judice, no puede entenderse como una simple aclaración de que la venta se hizo "en bloque y no predio por predio", que es la inteligencia que a dicha oración atribuye el casacionista, sino como la clara declaración de los propios contratantes de que, muy a pesar de señalarse la cabida global del predio, ésta apenas sí desempeña en el contrato un papel secundario: dar mayor y mejor determinación al inmueble, cuyo precio lo fijaron con apoyo en consideraciones diferentes a su extensión.

Y si este no fuere ciertamente el verdadero alcance que se debiera atribuir a la expresión dicha; lo que sí parece indiscutible es que la declaración de venta como

cuerpo cierto, unida a la indicación de la cabida de la finca vendida, engendra un hibridismo que veda afirmar inequívocamente que el predio se vendió con relación a su cabida y no como cuerpo cierto.

5ª Si, pues, la venta contenida en la Escritura número 5503 de 2 de diciembre de 1967, se hizo como cuerpo cierto y no con relación a la cabida del predio vendido, o cuando menos es dudoso que lo haya sido en esta última forma, lo pertinente es hacer actuar en la especie de este litigio, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 1889 del Código Civil, y no la descrita en el texto 1888 ejusdem.

Como así lo hizo el Tribunal de Cali, se impone concluir que no hubo en la sentencia combatida aplicación indebida de la primera de dichas dos normas, ni, por ende, inaplicación de la última.

Y como el censor no ataca la interpretación que del contrato hizo el sentenciador de segundo grado, la que por ello queda en pie, no puede darse la acusada infracción del artículo 1887 ibidem en la especie de interpretación errónea.

6ª Pero si, contrariamente a lo que esta providencia sostiene, debiera la Corte aceptar la tesis del recurrente, y que en esencia consiste en que como la extensión de la finca "California" se indicó precisamente en la escritura, hay que entender que la venta se hizo con relación a la cabida del fundo muy a pesar de que las partes expresaron en el acto que lo transferían "como cuerpo cierto en un solo globo", habría que decir, por no estar plenamente demostrado que la cabida real del predio resultó inferior a la declarada en más de una décima parte del precio de la cabida completa, que por ausencia de uno de los supuestos de hecho previstos por el artículo 1888 del Código Civil no podría decretarse el desistimiento del contrato que pretende la compradora.

En efecto. En torno a la extensión de la sobredicha finca, inicialmente rindieron dictamen Lisandro Franky Alzate y Francisco Valencia (fls. 54 y 60, cuaderno Nº 2): el primero conceptuó que no había faltante: el segundo, en cambio, lo determinó en 469 plazas 3.860 metros cuadrados. Pero ante la prosperidad de la objeción que por error grave se formuló al primer dictamen se dispuso por el a quo, en decisión que fue confirmada por el ad quem (fls. 16 y 26 cuaderno Nº 2), repetir "la peritación por expertos idóneos" y al efecto designó a Jorge Durán y Hernando Prado, aunque, a la postre, solamente conceptuó el último por cuanto el juez consideró que el experticio de Valencia no había sido objetado, "se encuentra en firme y es inútil repetirlo" (fls. 41 y 50 cuaderno Nº 3).

La práctica irregular de la prueba conduce a afirmar que en punto de la diferencia entre la cabida real de la finca y la cabida declarada en la escritura, la determina solamente un perito; y que como no es el presente uno de los casos de excepción previstos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, el dictamen referido es insuficiente para dar por demostrado este presupuesto de la pretensión.

7ª Y si haciendo abstracción de la irregularidad indicada debiera la Corte considerar, junto con el dictamen de Hernando Prado el rendido anteriormente por Francisco Valencia, tendría que decir que tales dos peritaciones, por ser claramente incompletas en el punto, no permiten determinar con la precisión debida cuál es la diferencia existente entre la cabida real de la finca "California" y la cabida declarada en la escritura de compraventa. Tanto el uno como el otro de estos dos expertos aluden en sus dictámenes a la mensura de la parte llana del predio, y expresamente afirman que la otra, la montañosa, no fue medida por ellos por la imposibilidad que al respecto encontraron.

Dice en efecto Prado Arce, y así lo conceptúa, que "para establecer la cabida real de la propiedad, debo advertir que existen dentro de ella dos zonas: una compuesta por potreros que permite ser medida; y otra contigua, hacia el oeste de la anterior compuesta por montaña virgen, que no se puede medir" por las razones que en su dictamen consigna: agrega que "después de medida con tránsito, la zona de potreros arrojó una extensión" de 396 hectáreas 781 metros cuadrados, o sea 618 plazas 5.581 metros; y que "como la zona montañosa es inmedible por los accidentes anotados anteriormente, para determinar su cabida tuve en cuenta las copias de las escrituras que contienen la protocolización de las re-

soluciones de adjudicación expedidas por el Ministerio de Agricultura y Fomento de las diferentes fincas, que unidas integran la propiedad" (fl. 50 v. cuaderno Nº 3).

Y el otro perito, es decir Francisco Valencia, dice en su dictamen (fl. 60 del cuaderno Nº 2) que "El área de la ADJUDICACION llamada LA POLETTA no se midió, debido no sólo a las deficiencias de sus linderos, que no señala ni punto de partida, ni rumbos, sino también a la imposibilfdad de obtener con los lugareños información sobre su existencia. En relación con la medida de las áreas de montaña adjudicadas estuve en imposibilidad de hacerla materialmente, por cuanto en el terreno no existen ni mojones, ni trochas, ni cercas, de que habla la escritura y el plano protocolizado con ella, sino montaña virgen. La medida la dificulta además la ausencia de señalamiento de rumbos en el plano y la ausencia de colindantes, por cuanto la zona es de baldíos nacionales completamente inexplotados, y la formación del terreno es abrupta. Por tanto en el cálculo de estas áreas me ceñí a los señalamientos hechos en las diferentes resoluciones de adjudicación de baldíos hechas por el Ministerio de Agricultura que señala la titulación de la propiedad".

Si, pues, como paladinamente lo dicen en sus dictámenes los dos peritos, para determinar su extensión la finca "California" no fue totalmente medida por ellos, sino que en parte acudieron a las superficies declaradas en algunas de las escrituras públicas de adquisición de sus porciones integrantes, no es posible saber con la precisión requerida a cuánto asciende la diferencia entre la cabida expresada y la real; y, por lo mismo, determinar si lo es en la proporción requerida por el precitado artículo 1888 para que el comprador pueda desistir del contrato.

8ª Conclusión lógica de todo lo dicho es la de que los dos cargos que en casación le formula la sociedad demandante a la sentencia del Tribunal de Cali resultan infundados, y así tendrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva del presente fallo.

VI

Decisión

En mérito de todo 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 diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la recurrente.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Arizo, Secretario General.

REIVINDICACION

Causal quinta. — Pruebas en segunda instancia. (Causal sexta del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil). — Reivindicación para la sucesión (legitimación activa). — Buena fe posesoria. — Error de derecho.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 29 de octubre de 1974, en el proceso de Mercedes Ospina Chinchilla y otra contra la Nación.

Antecedentes

1. Justino Ospina y Rafael Antonio Calderón adquirieron, de por mitad, en el remate efectuado el 1º de junio de 1939 en el proceso de Rafael Antonio Calderón contra María Estella Calderón y otros, proceso que cursó en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, "una finca ubicada en el municipio de Madrid (Cundinamarca), formada por los potreros denominados "San Francisco y El Sosiego" y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Oriente, con el camino que va para La Mesa; Sur y Occidente, con tierras de Miguel Sánchez y viuda de Venancio Afanador; Norte con el camino que va para Facatativá; y Oriente con tierras de los herederos de Baltazar Gil y Juan N. Valderrama". Este remate fue inscrito en la oficina de Registro de Bogotá el 25 de julio siguiente (C. Nº 3, fl. 20).

2. Rafael Antonio Calderón vendió a Justino Ospina la mitad proindiviso de la finca descrita en el punto anterior, mediante Escritura número 1567 otorgada el 21 de septiembre de 1939 en la Notaría Quinta de Bogotá y registrada el 21 de mayo de 1964 en la misma oficina (C. Nº 3 fls. 20, 26 y 29 y 125 a 127).

3. Justino Ospina S., quien falleció en Armero el 13 de marzo de 1943, había otorgado testamento, el cual fue protocolizado luego de su apertura, mediante Escritura número 1835 del 13 de mayo de 1943 de la Notaría Cuarta de Bogotá (C. Nº 3, fls. 94 y 95) en el que dejó un legado a las entonces menores Mercedes y Justina, hijas naturales de Candelaria Chinchilla, e instituyó como herederos por quintas partes a su hermano Juan Antonio Ospina S.; a los hijos de Víctor Ospina S., llamados Víctor y Julia Ospina Barrera; a los hijos de César Ospina S., llamados Rosa Elena y Emilia Ospina Maldonado; a los hijos de Filomena Ospina de Morales, llamados Soledad, Carlota, Luisa y Filomena Morales Ospina y a los hijos de Emilia Ospina de Ospina, llamados Pedro María, Carlos Eduardo, Rosa Emilia y María Teresa Ospina Ospina, con derecho de acrecer de acuerdo con las respectivas estirpes.

4. En la diligencia de inventario y avalúo del proceso de sucesión de Justino de que conoció el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, llevada a cabo el 5 de junio de 1943 (C. Nº 2 fls. 6 a 12), en la partida primera del activo se inventarió como bien relicto la finca de "San Francisco y el Sosiego", con una cabida aproximada de 150 fanegadas, la que fue adjudicada en la partición correspondiente, proindiviso y por iguales partes, a los herederos Carlos, Pedro y María Teresa Ospina Ospina, Víctor y Julia Ospina Barrera, Rosa Elena y Emilia Ospina Maldonado, Filomena Morales Ospina de Rojas y Carlota Morales Ospina (C. Nº 3, fls. 36 a 77). Esta partición

fue registrada en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá en el mes de junio de 1944 (id. fls. 74 v. y 75), pero tales registros se anularon el 19 de junio de 1967 (id. fl. 27).

5. Mediante Escritura número 4170 otorgada el 3 de diciembre de 1945 en la Notaría Primera de Bogotá (C. Nº 3 fls. 1 a 5 y 21 a 25, C. Nº 2, fls. 14 a 19) seis de los herederos adjudicatarios en la Sucesión de Justino, es decir María Teresa, Julia, Rosa Elena, Filomena, Carlota y Emilia, quienes afirmaron haber comprado las cuotas de sus coherederos Pedro y Víctor, Julia Ortiz de Ospina, María Julia Ospina de Castilla y Joselín Ospina Ortega diciéndose sucesores de Carlos, el heredero adjudicatario restante, vendieron a "Líneas Aéreas Taca de Colombia S. A." un globo de 25 fanegadas, que formaba parte de las 150 que integraban la finca denominada San Francisco y el Sosiego ubicada en jurisdicción del Municipio de Madrid (Cundinamarca), porción esta que luego de indicar los límites de la hacienda de la cual formaba parte, alinderaron así: "Por el Sur en 681 metros, con el camino Madrid-Barroblanco que es el mismo que va para La Mesa; por el Occidente, en 185 metros formando ángulo de 100 grados 30 minutos con el lado anterior, con terrenos de herederos de Justina Ospina; por el Norte, en extensión de 516 metros, con terrenos de Justino Ospina y por el Oriente, en 317 metros sobre la zanja divisoria de la Base Aérea, con terreno de la Base Aérea de Madrid".

6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de fecha 17 de enero de 1961, dictada en el proceso de filiación natural promovido contra los herederos de Justino Ospina, previa revocatoria del fallo de primer grado (C. Nº 3 fl. 117), resolvió lo siguiente: A) Declarar que Mercedes Chinchilla u Ospina y Carmen Justina Chinchilla u Ospina, nacidas respectivamente, en Ambalema el 24 de septiembre de 1920 y el 4 de diciembre de 1921, son hijas naturales de Justino Ospina Sánchez y en tal carácter "tienen derecho a las tres cuartas partes de la herencia de su padre natural Justino Ospina Sánchez, imputando a buena cuenta de dicha cuota los $ 8.000.00 que éste las legó"; B) En estos términos reformó el testamento del causante y dispuso que se rehiciese la partición de los bienes sucesorales; C) Decretó también la cancelación de los registros de la partición hecha anteriormente: D) Condenó a los demandados a restituir a la sucesión de Justino y a las demandantes las ¾ partes, a aquélla de los bienes relictos y a éstas de los frutos producidos por los bienes que respectivamente se les adjudicaron en dicha sucesión desde la contestación de la demanda hasta el día de la restitución, como poseedores de buena fe. Esta sentencia fue inscrita en la oficina de Registro de Zipaquirá el 20 de agosto de 1952, siendo de advertir que el recurso de casación contra ella interpuesto por la parte demandada fue declarado desierto por la Corte (id. fls. 120 v.).

7. Mercedes Ospina Chinchilla y Justina Ospina de Stand demandaron a la Nación para que se hiciesen los pronunciamientos que enseguida se resumen: a) declarar que la sucesión de Justino Ospina S. es dueña de un lote de terreno con cabida aproximada de 25 fanegadas, que ocupa la Base Aérea de Madrid y que formaba parte de la hacienda denominada el "Sosiego y San Francisco", comprendido dentro de los linderos que se expresan en la demanda; b) que la Nación debe restituir a la sucesión ilíquida del citado Ospina, el lote de terreno en cuestión, con todos sus accesorios y mejoras; c) en subsidio, pagarle a la misma "el valor comercial actual que tenga ese lote de terreno conforme al precio comercial actual" del mismo que pericialmente se determine; d) que la Nación debe pagar a la sucesión ilíquida de Justino Ospina, "el valor de los frutos y productos que hubiere podido producir ese lote de terreno durante el tiempo que lo ha tenido en posesión y hasta la fecha de su restitución material o del pago de su valor comercial"; y e) que se declare que "la Nación no tiene derecho a reclamar el pago de mejoras de ninguna clase por carecer de título y por tanto de buena fe en su posesión".

8. Además de los acontecimientos que se desprenden de los antecedentes relatados en los numerales 1 a 6 de esta providencia, agregaron las demandantes, como fundamento de hecho de sus pretensiones los siguientes: A) Que Mercedes y Justina son herederas de Justino Ospina, de acuerdo con la decisión proferida por el Tribu-

nal de Bogotá en el respectivo proceso de filiación natural; B) que como consecuencia de ese fallo, la sucesión de Justino quedó nuevamente ilíquida y a ella pertenece la finca denominada "San Francisco y el Sosiego" de la cual forma parte el lote de terreno que se reivindica en este proceso; C) que la Nación, por conducto de quienes tenían la dirección de la Base Aérea de Madrid, procedió a ocupar una parte de la hacienda en mención, con un área aproximada de 25 fanegadas, para uso de la misma base sin título alguno, del cual carece en forma absoluta y por tanto sin buena fe; D) que este proceso sólo podía ser iniciado cuando se hubiese decidido judicialmente la filiación natural de las demandantes; E) que inicialmente el causante y luego la sucesión estuvieron en posesión material de la hacienda "San Francisco y el Sosiego" durante cerca de 15 años, y de la parte restante, a partir de la ocupación parcial de la Nación hasta hoy; F) que los dueños anteriores poseyeron la totalidad por más de 30 años; y G) que la Nación continúa en posesión del lote reivindicado.

9. La Nación, a través de sus diversos representantes que han actuado en este proceso, se opuso desde un principio a las pretensiones de los demandantes, y para justificar su posesión del inmueble que éstos reclaman, alegó la siguiente:

A) Que mediante Resolución número 2508 de 1945 (15 de diciembre) el Ministro de Guerra autorizó a "Líneas Aéreas Taca Colombia S. A.". (C. Nº 2 fls. 74 y 75) para ampliar una de las pistas de aterrizaje de la Base Aérea de Madrid y mejorar las instalaciones técnicas de la misma base de acuerdo con los siguientes requisitos: a) "La compañía pagará el valor del terreno que sea necesario adquirir para la ampliación de la pista y las mejoras que se autoricen en las instalaciones de la base; b) el valor de los derechos de aterrizaje de los aviones de la Compañía, en la Base Aérea de Madrid, se deducirá de la cantidad neta invertida por la Compañía en la adquisición del terreno y en la ampliación de la pista y demás mejoras autorizadas...."; c) "tanto el terreno expropiado en la ampliación de la pista como estas mejoras y las demás que lleve a cabo la compañía en la Base Aérea de Madrid, quedarán de propiedad exclusiva de la Nación, sin que la Compañía tenga derecho a indemnización, retribución o reembolso distintos del que se autoriza en el punto anterior...".

B) Posteriormente, por medio de la Resolución número 955 de 1947 (19 de mayo) del mismo Ministerio (id. fl. 78 a 80), se consideró que "el procedimiento compensatorio en la forma unilateral de una resolución pretermite disposiciones constitucionales y legales en materia de hacienda pública, que impiden su ejecución" y en tal virtud revocó implícitamente, al parecer, la mencionada Resolución 2508 de 1945, y en su lugar dispuso que por la Dirección General de Aeronáutica Civil se procediera a efectuar "el estudio y liquidación de los derechos de aterrizaje que resulte a deberle al Tesoro la empresa 'Líneas Aéreas Taca de Colombia S. A.', así como el examen de los comprobantes de gastos efectuados por la misma empresa en la base de Madrid, como consecuencia de las tantas veces citada Resolución número 2508 del 15 de diciembre de 1945".

C) Finalmente, mediante Resolución 2088 de 1947 (10 de octubre), el Ministerio mencionado declaró "como deuda líquida a favor del tesoro nacional y a cargo de la Compañía de Aviación Líneas Aéreas Taca de Colombia la suma de $ 175.483.01, por valor de los derechos de aterrizaje de sus aviones en las Bases y Aeródromos oficiales, más los intereses legales hasta que el pago se verifique" y dispuso que se enviasen todos los documentos necesarios para el cobro de la deuda en mención al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.

10. Luego de larga y accidentada tramitación, como que el proceso estuvo al conocimiento de los juzgados civiles, municipal y de circuito y del Tribunal Superior del entonces Distrito Judicial de Facatativá, y del Consejo de Estado, finalizó la primera instancia con el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá el 22 de enero de 1972, en el cual se dispuso lo siguiente:

"1º Declarar que la sucesión del señor Justino Ospina es dueña del lote de terreno que ocupa la Base Aérea de Madrid (Cundinamarca), y que forma parte de la hacienda denominada el Sosiego y San Francisco, lote que tiene una área aproximada de 25 fanegadas que se encuentra

comprendido dentro de los siguientes linderos especiales...

"2º En razón de la declaración anterior y con base en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia para aceptar la petición subsidiaria, CONDENASE a la Nación o al Estado Colombiano a pagar a la sucesión ilíquida de Justino Ospina Sánchez representada por sus herederas Mercedes Ospina Chinchilla y Justina Ospina Chinchilla de Stand —demandantes— el valor comercial de 25 fanegadas... o sea la suma de doscientos cuarenta y nueve mil doscientos pesos ($ 249.200.00) M/cte., pago que deberá hacerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"3º DENIEGASE la petición tercera en los términos en que se ha formulado y en su lugar CONDENASE a la Nación o al Estado Colombiano a pagar a la sucesión ilíquida de Justino Ospina representada por los demandantes in genere el valor de los frutos civiles producidos por el lote de terreno indicado... equivalentes al valor de los cánones de arrendamiento producidos a partir del mes de octubre de 1963 hasta cuando se verifique el pago... Así mismo se condena al pago de los intereses o lucro cesante del monto total que produjeren en definitiva los frutos civiles.

"La liquidación... se hará en el (sic) tenor de lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; y para ello se tomarán como base los trabajos realizados en los capítulos correspondientes del peritazgo rendido en este proceso.

"Parágrafo. No es el caso de dar aplicación a lo preceptuado en los artículos 965, 968 y 967 del Código Civil... en esta forma queda resuelta la petición cuarta de la demanda.

"4º Como se dijo en la parte motiva final de esta providencia, en la nueva partición y adjudicación que se haga dentro de la sucesión del causante Justino Ospina Sánchez, la Nación deberá ser reconocida como cesionaria de los derechos y acciones que le corresponden a las herederas Mercedes y Justina Ospina Chinchilla del lote de terreno determinado en el numeral 1º de la parte resolutiva de esta providencia, siempre y cuando presente la correspondiente constancia de los pagos a que se condene a la Nación...

"No hay condenación en costas".

11. Por apelación que interpuso la parte demandada contra el referido fallo, a la cual adhirió oportunamente la demandante, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que en su sentencia del 29 de octubre de 1974, objeto del recurso de casación que ahora se decide, desató la segunda instancia así:

a) Confirmó los numerales 1º, 2º y 4º; y b) reformó el numeral 3º en el sentido de "ordenar que se paguen los intereses legales de la cantidad mencionada en el numeral segundo desde el día de la notificación de la demanda, o sea a partir del último día del mes de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963)".

Las razones del Tribunal

Luego de resumir la actuación, el sentenciador acomete el estudio de los elementos esenciales de la acción reivindicatoria y encuentra demostrado el primero de éllos, es decir, el derecho de dominio en la parte demandante, con los documentos que la misma allegó a los autos y que se dejaron relacionados en los numerales 1º a 7º de los "Antecedentes" de esta providencia. Dice, en efecto, que esa prueba documental acredita plenamente que la sucesión de Justino Ospina es propietaria del inmueble objeto de la pretensión reivindicatoria, y agrega que "aun cuando no fue posible traer a los autos la copia del acta de remate en el cual se adjudicó a Justino Ospina y Rafael Antonio Calderón el inmueble 'San Francisco' y 'El Sosiego', el certificado del registrador la suple de conformidad con lo expresamente estatuído por el artículo 2675 del Código Civil".

En cuanto a la identificación del bien que se reivindica, dice el Tribunal que "es en este punto en donde se ha presentado mayor divergencia entre los litigantes, pues mientras los representantes de la Nación han venido sosteniendo que no se demostró esa identidad, al personero de la parte actora afirma que está eficientemente comprobada".

Transcribe enseguida el acta de la inspección judicial verificada sobre el terreno por el magistrado sustanciador el 2 de junio de 1964 y destaca que en ella aparece la siguiente frase: "Dentro de la hacienda

últimamente identificada (San Francisco y El Sosiego) se encuentra el lote de terreno ocupado en su integridad por la Nación, lote este último que es el mismo que está delimitado en la solicitud primera de la demanda de este juicio".

Advierte el fallador, que los peritos también identificaron plenamente la hacienda "San Francisco y El Sosiego" en "concepto que merece acogerse porque aparece suficientemente explicado y fundamentado con bases científicas e indudables. Lo mismo puede decirse de la aclaración del dictamen en la cual infirieron que ciertamente el lote de las veintícinco fanegadas materia de la reivindicación se encuentra dentro de la hacienda, con lo cual, por otra parte, no hicieron cosa distinta que confirmar lo ya verificado por el Tribunal en la inspección judicial antes aludida".

A continuación rebate los argumentos aducidos por el Procurador Judicial de Facatativá, en el sentido de que los peritos se vieron obligados a hacer inferencias que se salían del resorte de sus conocimientos técnicos, porque "fue precisamente con base en éstos como pudieron concluir después de hacer un análisis pormenorizado de planos, títulos, etc., que sí se encontraba dentro de la hacienda el lote objeto del litigio... Las diferencias en cuanto a orientación magnética —agrega— fueron plenamente aclaradas en ese dictamen, por lo cual sobraría cualquier otro comentario al respecto. Está, pues, plenamente identificado el lote materia de la reivindicación".

Por último, dice el ad quem que "como en cuanto a la posesión no hay duda ninguna, fácilmente se colige que la conclusión del juez en cuanto a la prosperidad de la reivindicación no merece reparo alguno".

En nuevo capítulo de su providencia que intitula "la posesión", se refiere el Tribunal al recurso interpuesto por la parte demandante, para lo cual comienza por estudiar el concepto jurídico de la buena fe en la posesión de que trata el artículo 768 del Código Civil y se expresa luego así:

"De conformidad con las pruebas allegadas por la parte demandada, ésta ocupó el lote materia de la reivindicación en virtud del contrato celebrado con la empresa Taca de Colombia S. A.,... que a su turno había comprado a quienes para ese entonces figuraban como herederos de Justino Ospina... Es cierto —advierte— que esa escritura no fue registrada, pero eso no evidencia que no se hubiera recibido el inmueble de quienes para ese entonces tenían la calidad de propietarios. Tanto que el mismo abogado del demandante en su alegato de conclusión en esta instancia, destaca como el título de adquisición (adjudicación en el sucesorio de Justino Ospina) 'es muy anterior a la posesión de la Nación'. De manera que si Taca compró con la convicción de que quienes le vendían eran los dueños y fue en virtud de tal contrato que la Nación entró a ocupar, mal puede predicarse posesión de mala fe. Taca ha podido entrar en posesión del lote en virtud de una mera promesa celebrada con los verdaderos propietarios e igualmente se predicaría la buena fe en la posesión.

"Según se desprende de las pruebas aportadas, Taca adquirió para la Base Aérea de Madrid, previa autorización de ésta y vuelve a reiterarse aún con una simple promesa de venta no podría decirse que la posesión es de mala fe".

En apoyo de este acerto, a renglón seguido transcribe una doctrina de la Corte y concluye diciendo:

"No existe, pues, error en materia de derecho que haga presumir la mala fe de la Nación en la ocupación de los terrenos cuyo pago se ha demandado, ya que no puede tenerse simplemente en cuenta la resolución o resoluciones dictadas por el Ministerio de Guerra sino la adquisición efectuada por la empresa aérea denominada "Taca de Colombia S. A.' ".

Y remata su argumentación expresando que no cabe aplicar en el caso sub judice lo dispuesto por el artículo 739 del Código Civil "porque la pretensión ejercitada dentro de este proceso no fue la contemplada por esa norma, como claramente se deduce de la sola lectura de la demanda".

En un nuevo capítulo denominado "la indemnización", comienza por recordar que los artículos 261 a 268 del Código de lo Contencioso Administrativo que se referían a la indemnización por trabajos públicos fueron declarados inexequibles por

la Corte, y transcribe una sentencia de ésta fechada el 14 de febrero de 1963, referente a procesos en que no obstante haber prosperado la acción reivindicatoria, la parte demandante no puede recuperar la zona objeto de la misma por haber sido destinada al servicio público, en cuyo evento la condena debe hacerse a pagar el valor del bien, con deducción de un 20% a título de la valorización obtenida por el resto del inmueble que el demandante conserva en su poder por razón de la obra pública realizada.

Copia en seguida algunos pasos del avalúo pericial rendido en el proceso, que alcanza un total de $ 249.200.00 y expresa que aunque los peritos no avaluaron por separado la plusvalía que hubieran adquirido los terrenos por la construcción de la pista de aterrizaje, es lo cierto que ellos mismos "consideran que ésta determina un menor valor de la zona, dadas las circunstancias de ser zona militar la limítrofe y que la pista hace inutilizable para la agricultura la parte sobre la cual se encuentra construida. "Entonces —continúa— lejos de considerar esa construcción como fenómeno de valorización, la estimaron como de desvalorización. Como tal concepto no fue objetado ni a él se formuló reparo alguno, entonces, debe concluirse que no debe operar la reducción del veinte por ciento (20%) contemplada por la norma atrás citada, pues no se produjo la plusvalía por ella consagrada como supuesto para la reducción referida".

Finalmente, dice el Tribunal que los frutos "no podrán ser otros que los intereses legales de la cantidad fijada como monto de la indemnización a partir de la notificación de la demanda, ya que la Nación se considera poseedora de buena fe, no sólo por las observaciones hechas a este respecto en este fallo, sino porque "en esta clase de juicios la buena fe de la entidad pública se presume, ya que la ocupación permanente de la propiedad privada se produce en interés general y por razón de un trabajo público...". (CXVII, pág. 231, 2282)" y como remate de lo anterior, expresa: "Superfluo resultaría entrar a calificar si la zona está empleada en una obra de interés general, pues se trata de la continuación de la pista aérea de las Fuerzas Militares de Colombia en Madrid y el mismo apoderado de las demandantes así lo reconoció...".

Recurso de Casación

Como antes se dijo, ambas partes lo interpusieron contra la sentencia que se deja reseñada. Por razones de método se estudia en primer término el ataque formulado por la demandada, ya que tiende a aniquilar totalmente la sentencia del inferior, al paso que el de la demandante se reduce a la parte de ésta que le fue desfavorable.

Cuatro cargos formula la parte demandada, los dos primeros dentro del campo de la causal quinta de casación y los dos últimos por la primera, los cuales se estudian enseguida en el orden en que fueron propuestos:

Primer cargo

Según el recurrente este proceso adolece del vicio de nulidad que contemplan los numerales 8º y 9º in fine del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, consistentes la primera en no haberse practicado "en legal forma la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda o su emplazamiento" y la segunda, en la falta de citación "en debida forma al Ministerio Público en los casos que la ley prevé".

Afirma en primer término que conforme al Decreto-ley 3071 de 1968, disposición que se reprodujo en el artículo 188 del Decreto 2337 de 1971, "en las demandas que se ventilen ante la jurisdicción ordinaria, su admisión (sic) deberá ser notificada personalmente al Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional", lo cual no se hizo en el presente caso.

Hace en seguida un breve recuento de la actuación y expone que por ese motivo el Consejo de Estado no ha debido decretar la nulidad solamente a partir del auto del 10 de marzo de 1966, sino la de todo el proceso desde su iniciación. "El Tribunal Superior de Bogotá —agrega—, por providencia del 28 de mayo de 1971... se limita a decir que no hay nulidad por cuanto en la fecha de la presentación de la demanda no se encontraba vigente el Decreto 3071 de 1968. Es verdad que no se encontraba vigente; pero sí se encontraban vigentes

las nulidades de los procesos (sic) originalmente adelantados ante el Tribunal Superior de Bogotá y ante el Consejo de Estado.

"Repárase —dice el recurrente— en que la demanda fue presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá y que éste por auto de octubre 26 de 1965... advirtió que carecía de competencia y que ésta correspondía al Consejo de Estado. No sólo carecía de competencia sino también de jurisdicción. Bien, el Tribunal olvidó decretar la nulidad de lo actuado, lo que ha debido hacer por cuanto se decidió que el conocimiento de dichos procesos correspondía a otra jurisdicción. El mismo artículo 152 del Código de Procedimiento Civil que es claro y terminante al estudiar (sic) que el proceso es nulo 'cuando corresponde a otra jurisdicción' ".

Luego de referirse al nomadismo a que estuvo sujeto este proceso en su etapa inicial, dice el recurrente que "cuando al fin se encontró la competencia correcta, ya se encontraba vigente el decreto que se cita... esto enseña: En ese instante preciso ha debido ordenarse que la demanda de 1963 se notificara al Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional". Como remate de su argumentación asevera que "este primer cargo debe prosperar por falta de la indicada notificación de la demanda cuando al fin apareció juez competente... la nulidad alegada en este cargo es por falta de jurisdicción del Tribunal Superior de Bogotá", la cual se deduce, a juicio de la censura, de que dicha corporación hubiese ordenado remitir el proceso a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. "La parte final del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil es explícito (sic) al afirmar que no podrá sanearse la nulidad proveniente de falta de jurisdicción".

Segundo cargo

También viene formulado dentro del campo de la causal quinta de casación, porque según el recurrente se incurrió en el motivo de nulidad de que trata el numeral 6º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Afirma, en efecto, que en este proceso "se omitió la oportunidad de practicar las pruebas pedidas por la Nación", por cuanto el auto del 15 de abril de 1972 que declaró admisible el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, por haberse notificado al Fiscal del Tribunal apenas el 26 de mayo siguiente y el 8 de agosto del mismo año al apoderado del Ministerio, no estaba en firme cuando el representante de la Nación presentó su escrito petitorio de pruebas el 25 de abril del mismo año y que por tanto éste no fue presentado fuera de tiempo. "Los representantes de la Nación —agrega— carecen de facultad para confesar y para sanear nulidades en razón de la omisión de las oportunidades para pedir pruebas".

Se tiene en cuenta

El motivo quinto de casación, consiste en "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152 siempre que no se hubiere saneado". En consecuencia, resulta forzoso concluir que es improcedente un ataque contra un fallo susceptible de tal recurso extraordinario basado en aquella causal, si las irregularidades de que adolece el proceso no están contempladas dentro de los motivos de nulidad que taxativamente enumera dicho artículo o si estándolo y siendo saneables, han sido convalidados por el asentimiento expreso o tácito de la parte afectada con ellos. Las únicas nulidades que no son susceptibles de convalidarse, por que están erigidas para conservar las bases de la organización judicial y la estructuración misma del proceso, son la falta de jurisdicción (Art. 156 inciso final), la ocurrencia de alguno de los casos que señala el numeral 3º del artículo 152 y la actuación posterior a un auto distinto del que admite la demanda que no fue debidamente notificado, en cuanto dicha actuación dependa de tal providencia (Art. 152 penúltimo inciso); cuando estas últimas se presentan en una litis deben declararse de oficio o a petición de parte, y de no serlo, configuran la causal quinta de casación.

"Las demás irregularidades del proceso —reza el inciso final del artículo mencionado— se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este Código establece".

De lo expuesto se deduce que es regla general en materia de nulidades, cuando el

motivo que las origina consiste en el desconocimiento del derecho de defensa, que son susceptibles de ser saneadas o convalidadas por la voluntad expresa o tácita de la parte cuyo derecho pudo haberse afectado. Así lo indica el claro texto del artículo 156.

Sobre estas bases legales indispensables se procede a estudiar el cargo propuesto.

La Corte no encuentra que este proceso adolezca de los motivos de nulidad que le atribuye al recurrente, por los siguientes motivos:

1º La demanda que dio origen a la litis, presentada el 3 de septiembre de 1963, fue admitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por auto del 6 de los mismos y notificada personalmente al Fiscal Tercero de esa Corporación el 26 de noviembre siguiente:

En esa época estaba vigente el artículo 78 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), cuyo numeral 1º le atribuía a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en primera instancia el conocimiento "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación". Según el numeral 3º del artículo 176 del mismo código, la representación del Estado ante esos Tribunales correspondía a los fiscales respectivos. De esta suerte, el Tribunal de Bogotá no sólo tenía jurisdicción sino que también era competente para conocer del proceso. Por otra parte, conviene advertirlo, el Fiscal no propuso la excepción dilatoria que consagraba el numeral 1º del artículo 330 del Código Judicial, ni pidió después que se declarara la nulidad que establecía el artículo 448 *ibídem* en su primer numeral.

La actuación se adelantó normalmente hasta que a petición del mencionado agente del Ministerio Público, el Tribunal dispuso en auto del 26 de octubre de 1965 que, por competencia, se enviase el proceso al Consejo de Estado, en atención a lo dispuesto en el literal b) del artículo 30 del Decreto extraordinario 528 de 1964, el cual entró a regir (Art. 71 *ibidem*) el 1º de julio del año siguiente, según lo dispuso el artículo 1º del Decreto extraordinario 1822 de 1964.

Hasta ese momento, pues, la actuación se surtió ante el Tribunal competente según la legislación que estaba en vigor; la representación de la Nación estuvo a cargo del funcionario a quien legalmente le correspondía; y, como es obvio, aún no se había dictado el Decreto-ley 3071 de 1968 que el recurrente invoca en su demanda. Y si por otra parte, según quedó dicho, el auto admisorio de la demanda se notificó personalmente al Fiscal del Tribunal (C. J. Art. 312 numerales 1º y 2º), a quien se le corrió traslado en legal forma, no se ve cómo pueda tildarse de nula esa tramitación.

b) El Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, una vez oídas las alegaciones de las partes, en providencia del 15 de febrero de 1968, consideró que dada la naturaleza de las pretensiones de la parte actora (ocupación permanente de un bien raíz de propiedad particular por parte de la Nación), según el numeral 6º del artículo 6º del mencionado Decreto extraordinario 528, el conocimiento del proceso le correspondía a la justicia ordinaria. En tal virtud, decretó la nulidad de todo lo actuado ante esa corporación a partir del auto del 10 de marzo de 1966 y ordenó devolver el expediente al Tribunal de origen. En consecuencia, la actuación anterior a dicho auto conservó todo su valor.

c) En escrito presentado en segunda instancia el 21 de agosto de 1970, el apoderado especial designado por el Secretario del Ministerio de Defensa (C. Nº 1 fl. 82), quien había sido reconocido en ese carácter más de tres meses antes, haciendo uso de la facultad concedida por el artículo 165 del Decreto-ley 3071 de 1968, (id. fl. 76), propuso como excepción y en subsidio solicitó que por la inobservancia de dicha norma se decretase la nulidad de lo actuado, la circunstancia de que a partir de la vigencia de la misma no se había citado al proceso al referido funcionario.

El Tribunal ordenó notificar al representante de la Nación el auto del 2 de octubre de 1969 (que se limitó a ordenar la notificación al agente del Ministerio Público de un auto en que se había omitido ese requisito). En cuanto a las dos providencias subsiguientes, declaró que una de ellas ya había surtido sus efectos, puesto que de autos obraba el alegato de conclusión presentado por el Fiscal y que la otra había notificado personalmente a éste. Implícitamente, pues, denegó la solicitud en referencia, sin que el abogado del Ministe-

rio formulase entonces reparo alguno contra esa negativa, pues no recurrió del auto en cuestión.

Por este aspecto, tampoco existen los motivos de nulidad que pretende el recurrente.

d) Ya en segunda instancia, en apelación del fallo de primer grado interpuesta, tanto por el agente del Ministerio Público como por el mismo Secretario del Ministerio de Defensa, el mismo apoderado judicial de éste en escrito presentado el 31 de julio de 1972 (C. Nº 4 fl. 3), pidió que se decretase la nulidad de que trata el numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 158 ibídem. Aduciendo como único motivo que no se había notificado oportunamente el auto del 20 de marzo del mismo año, mediante el cual se declaró admisible el recurso de apelación contra el fallo de primer grado.

Esta solicitud fue estudiada y negada por el Tribunal en auto del 11 de septiembre del año siguiente, contra el cual dicho apoderado no interpuso ningún recurso.

De lo anteriormente expuesto se concluye que el primer cargo está llamado al fracaso, porque no se configuran las causales de nulidad que afirma el recurrente.

En efecto, como aparece del expediente, los autos proferidos en el proceso se notificaron a los diversos representantes de la Nación que en él actuaron, cumplieron sus finalidades procesales y no se violó en manera alguna el derecho de defensa de la demandada.

Evidentemente el escrito a que alude la censura (C. Nº 1 fl. 122) no fue resuelto por el Tribunal; se limitó, tres meses después, a pedir informe a la Secretaría acerca de la oportunidad en que aquél había sido presentado. La Secretaría al recibir dicho escrito y pasarlo al despacho no informó si había sido presentado en tiempo ni atendió tampoco la orden que en ese sentido se le impartió en auto del 21 de junio de 1972 (C. Nº 1 fl. 142 v.).

No obstante la irregularidad expuesta la causal de nulidad invocada no se configura en el presente caso, como pasa a verse enseguida:

A) Porque con posterioridad a ella el abogado del Ministerio formuló una petición de nulidad basada únicamente en la causal novena del artículo 152, la que fue resuelta en forma adversa por el Tribunal, en providencia del 11 de septiembre de 1973 que no recurrió. En tal solicitud no se menciona el motivo que ahora invoca como causal de nulidad (Art. 156 numeral 1º), habiendo podido y debido hacerlo en esa oportunidad.

B) Bajo la vigencia del Código Judicial de 1931, al tenor del artículo 758, en la apelación de sentencias en procesos ordinarios, para que hubiese término probatorio ante el superior bastaba con que lo solicitara alguna de las partes durante la fijación en lista. Esta norma, sin embargo, fue modificada posteriormente por el artículo 1º del Decreto-ley 243 de 1951, que en el fondo se limitó a aplicar a aquella clase de procesos lo que disponía el artículo 505 del mismo estatuto, en "la apelación de sentencias dictadas en juicios especiales y en las de autos interlocutorios" en el sentido de condicionar la procedencia de dicho término a los precisos casos que éste enumeraba.

El Código de Procedimiento Civil, acogió ese mismo principio en su artículo 361, según el cual en segunda instancia sólo hay lugar a término probatorio para decretar las pruebas que las partes pidan de común acuerdo; aquéllas que sin culpa del peticionario no pudieron practicarse o perfeccionarse ante el inferior; las que tiendan a acreditar hechos ocurridos con posterioridad a la oportunidad de pedir pruebas en primera instancia; y para allegar documentos que por fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria no pudieron serlo ante el inferior, o también para desvirtuar tales documentos.

Como ninguna de las pruebas pedidas por el representante judicial de la demandada se ajustaba a los requisitos indicados, mal podía decretarlas el Tribunal y señalar término para practicarlas. Desde luego, incurrió en informalidad el no haber considerado ese escrito lo mismo que la Secretaría al haberse abstenido de rendir el informe que se le pidió.

Así, pues, la parte demandada no sufrió mengua alguna en su derecho a defenderse, a ser oído en el proceso y a demostrar sus afirmaciones, que es precisamente lo que la ley quiso evitar al establecer como motivo de nulidad procesal que se omitan

"los términos o oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión".

No sobra agregar que las pruebas que pidió el abogado del Ministerio en su citado escrito del 25 de abril de 1972 tenían la notoria calidad de superfluas, pues todas ellas obraban ya en el expediente, lo cual le habría permitido al Tribunal negarlas in limine, por aplicación del artículo 176. En efecto; a) la inspección judicial solicitada en el numeral 1º, ya había sido pedida, decretada y practicada en la primera instancia (C. Nº 3 fl. 30), con conocimiento e intervención de la parte demandada, pues a ella asistieron el Fiscal del Tribunal y el Asesor Jurídico del Ministerio de Guerra. Vale la pena recordar además, que el segundo inciso del artículo 244 prohibe como regla general que se decrete esta clase de prueba cuando ya exista en el proceso "practicada dentro de él o como medida anticipada con audiencia de todas las partes"; b) la escritura solicitada en el numeral 2º obra dos veces en los autos, allegada por ambas partes (C. Nº 3 fls. 21 a 25 y C. Nº 2 fls. 14 a 19); y c) el certificado de libertad del inmueble materia del litigio solicitado en el numeral 3º también figura en los autos a folios 19 y 20 del cuaderno número tres.

En vista de lo expuesto, a dicha parte demandada no se le cercenó en modo alguno su derecho o la oportunidad para pedir pruebas y las que solicitó no se habrían podido decretar por las razones atrás expuestas, de donde se concluye que no existe la causal de nulidad que ahora invoca, y que por tanto su acusación por este aspecto también está llamada al fracaso.

Tercer cargo

Se formula dentro del campo de la causal primera de casación y por la vía directa, porque a juicio del recurrente se dejaron de aplicar los artículos 949 y 956 del Código Civil y 305 del Código de Procedimiento Civil, y como consecuencia, lo fueron indebidamente los artículos 947 y otros (sic) del estatuto primeramente citado.

Para sustentar su acusación, comienza por recordar quiénes fueron los herederos adjudicatarios de los bienes relictos de Justino Ospina, entre éstos ... la finca denominada "San Francisco y El Sosiego", y que posteriormente se declaró por la justicia que las demandantes eran hijas naturales del de cujus, se les reconoció su derecho a heredarlo en las tres cuartas partes del caudal relicto y se condenó a aquellos adjudicatarios a restituirles esa cuota de los bienes sucesorales que habían recibido. Añade, en seguida, que la partición no se rehizo y que por tanto las demandantes "no son dueñas del objeto singular que se reivindica, sino apenas de un derecho proindiviso de tres cuartas partes", lo cual no les permitía ejercitar la acción de dominio en este proceso.

Más adelante agrega que como resultado de los hechos que expone "lo único existente es una propiedad indivisa en donde los comuneros son por una parte, los adjudicatarios en la mortuoria de Justino Ospina y cuyo derecho asciende a la cuarta parte, y, por la otra, las demandantes en este proceso y que son comuneras de las otras tres cuartas partes... En síntesis: no es cierto que las demandantes representen a todos los herederos como se afirma en la demanda".

En tal virtud, considera el recurrente que el Tribunal violó por falta de aplicación el artículo 949 del Código Civil, que permite la reivindicación de cuota determinada de cosa singular; el artículo 956 "según el cual la acción de reinvindicación puede dirigirse contra un heredero solo por la parte que posea en la cosa"; y el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, "que advierte que si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último".

Se observa:

1. El censor acepta como demostrados los siguientes hechos:

A) Que en la sucesión de Justino Ospina, que cursó en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, fueron adjudicatarios Carlos Ospina y otros del inmueble rural denominado "San Francisco y El Sosiego" con cabida aproximada de 150 fanegadas.

B) Que posteriormente el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 17 de enero de 1961 declaró a las demandantes herederas de Justino Ospina en su condición de hijas. En los términos de la resolución anterior quedó reformado el testamento

otorgado por Justino Ospina Sánchez el 8 de noviembre de 1928. Dispuso que con este alcance y en la proporción preindicada se rehiciese la partición de los bienes de la herencia de Justino Sánchez. Condenó a los demandados a restituir a la herencia de éste los bienes que les fueron adjudicados en el proceso testamentario y decretó además la cancelación de los registros efectuada en dicha sucesión.

En virtud de todo lo resuelto en la citada sentencia, la sucesión de Justino Ospina Sánchez quedó ilíquida, y se formó una comunidad universal entre los herederos testamentarios y las dos hijas naturales en la proporción de una cuarta parte para los primeros y de tres cuartas partes para las segundas.

Los que forman esta comunidad tienen sobre los bienes relictos un derecho real de herencia, no un derecho real de dominio, que, como es obvio no adquiere tal carácter sino con la partición y registro de la misma, cuando hay bienes raíces en el patrimonio hereditario.

Ahora bien, en el evento de que un tercero esté en posesión de un bien mueble o inmueble perteneciente a la sucesión ilíquida, ¿quién tiene la personería para iniciar y seguir la acción reivindicatoria correspondiente? Como la comunidad universal, conocida generalmente con la denominación de sucesión no es una persona jurídica que tenga un representante, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido siempre que por activa o como demandante en acción reivindicatoria de un bien para la sucesión puede comparecer cualquier heredero, y por pasiva o como parte demandada, a fin de que la acción produzca efecto respecto de todos los comuneros, deben ser citados todos los que forman dicha comunidad universal.

En sentencia de 1º de abril de 1954, en que se hace un recuento completo de la jurisprudencia sobre la capacidad para comparecer en juicio, de la comunidad de cosa universal o de cosa singular, dijo la Corte: "En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular puede promover la acción reivindicatoria en beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conservación de la cosa aprovecha a toda la comunidad, a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda favorece a todos los comuneros, como lo establece el artículo 2525 del Código Civil". (LXXVII).

Esta misma doctrina ha sido reiterada entre otros en fallos de 17 y 30 de agosto y 15 de septiembre del mismo año (LXXVIII, págs. 328, 397 y 606). Por manera que al demandar las herederas Mercedes y Carmen Chinchilla u Ospina a la Nación no en sus propios nombres sino para la sucesión ilíquida de Justino Ospina Sánchez la restitución o entrega del lote de terreno en extensión de 25 fanegadas que hacía parte de la hacienda "San Francisco y El Sosiego", y, al haberlo ordenado en esta forma la sentencia recurrida, reconoció correctamente la legitimación activa de la parte demandante.

2. De otro lado, la cita que hace la censura del artículo 956 del Código Civil, que señala como indebidamente aplicado, está completamente fuera de lugar, porque la parte demandada en este proceso no lo fue como heredera de Justino Ospina, sino como poseedora del bien que se reivindica. El texto en cuestión se refiere justamente al caso contrario: a la acción de dominio que se dirige contra un heredero.

Cuarto cargo

Viene planteado así: "Causal primera de casación, infracción indirecta de la ley por errónea apreciación de la sentencia del Tribunal de 17 de enero de 1961... Artículos legales violados 252, 254 y 305 del Código de Procedimiento Civil; 949, 956 y otros (sic) del Código Civil".

La censura afirma que "la sentencia recurrida estimó que las demandantes eran las únicas sucesoras por causa de muerte del señor Justino Ospina Sánchez, y, por tanto, dueñas exclusivas de los bienes de aquél... La partición que ordenó rehacer la citada sentencia del Tribunal... no se hizo: en consecuencia las demandantes actoras en este proceso no son dueñas de todo el terreno que se reivindica, sino apenas de un derecho proindiviso de tres cuartas partes", como lo afirma el fallo acusado. Y a renglón seguido agrega: "Los primitivos adjudicatarios y que vendieron sus derechos a TACA DE COLOMBIA S. A., no se han hecho presentes en este proceso; no

están reclamando la cuarta parte que les corresponde y que a su favor reconoció la sentencia del Tribunal del 17 de enero de 1961". Concreta el cargo en estos términos: "Este es un error de hecho consistente concretamente en no haberse tenido en cuenta la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, error de hecho evidente y que aparece de manifiesto en el proceso; fácilmente se descubre con solo leer los renglones 18, 19 y 20 del cuaderno tercero".

Se considera

1. El punto 2º de la sentencia dictada en el proceso de filiación por el Tribunal Superior de Bogotá el 17 de enero de 1961 (C. Nº 3, fl. 119), en el cual dice el recurrente aparece de manifiesto el error de hecho, es del siguiente tenor: "2º Mercedes y Carmen Justina Chinchilla u Ospina tienen derecho a las tres cuartas partes de la herencia de su padre natural Justino Ospina Sánchez, imputando a buena cuenta de dicha cuota los ocho mil pesos que éste les legó".

En el estudio del cargo anterior se vio que en virtud de dicha sentencia, la sucesión de Justino Ospina Sánchez quedó ilíquida o en comunidad universal entre las dos hijas naturales y los herederos testamentarios, en la proporción de tres cuartas partes para aquéllas y una cuarta parte para éstos, en todos los bienes que componen la herencia.

También quedó expuesto que Mercedes y Carmen Chinchilla u Ospina, como herederas o comuneras tenían personería para reivindicar no para ellas sino para la sucesión del causante Justino Ospina Sánchez el lote de terreno poseído por la Nación, en extensión de veinticinco fanegadas, que hacía parte de la finca denominada San Francisco y El Sosiego.

En esta calidad, las dos hijas naturales demandaron para la sucesión ilíquida de Justino Ospina Sánchez la entrega o restitución del lote de terreno poseído por la Nación.

Al aparte segundo de la sentencia de primer grado proferida en este proceso reivindicatorio y confirmada por el Tribunal Superior en el fallo acusado, dice: "... condénase a la Nación o al Estado Colombiano a pagar a la sucesión ilíquida de Justino Ospina Sánchez, representada por sus herederas Mercedes Ospina Chinchilla y Justina Ospina Chinchilla de Stand-demandantes el valor comercial del lote...".

El error de hecho consistente en que el Tribunal en la sentencia recurrida afirma que las dos hijas naturales son las únicas sucesoras en la sucesión de Justino Ospina Sánchez, carece de todo fundamento, pues en el aparte transcrito la única afirmación que hace el Tribunal es que la sucesión ilíquida de Justino Ospina Sánchez ha estado representada "por sus herederas Mercedes Ospina Chinchilla y Justina Ospina Chinchilla-demandantes...", no que sean las únicas sucesoras del causante. Además su condición de herederas de Ospina Sánchez y de representantes de su sucesión ilíquida o comunidad universal como demandantes en este proceso son hechos incontrovertibles.

No ha habido, por lo tanto, error de hecho en la apreciación de la parte resolutiva de la sentencia de 17 de enero de 1961.

2. Cabe añadir que el recurrente no explica en qué consistió la "violación" o la "infracción" de las normas que menciona. Su deber era señalar concretamente y en primer término si dicho pretendido quebranto provino de haberse omitido su aplicación o de haberlas hecho actuar indebidamente.

"Sea que de violación directa o indirecta se cuestione —ha dicho la Corte—, el recurrente debe sustentar los preceptos sustanciales y el motivo por el cual lo fueron (se subraya), es decir si por 'omisión', cuando dejaron de aplicar al caso del pleito habiendo debido serlo, o 'por aplicación indebida' cuando se les empleó no siendo pertinente al caso...". (XCV, pág. 507).

3. Por último, es oportuno agregar que carece de todo mérito acusatorio un cargo que afirma el quebranto de preceptos indeterminados de la ley, tal ocurre en éste en que se asevera la violación de un artículo del Código Civil y otros. Esta forma de acusar una sentencia, se ha dicho hasta la saciedad, "es incompatible con la precisión que debe caracterizar la cita de los preceptos legales en este recurso extraordinario". (CI, pág. 122). Es apenas obvio que dentro del principio dispositivo y formalista que rige en el recurso de casación, —como

atrás se expuso—. La Corte no puede indagar oficiosamente qué otras normas legales no acotadas dentro de los límites trazados por la acusción y de los que aquélla no puede salirse, pudieron haber sido violadas por el sentenciador. De idéntico defecto se resiente el tercer cargo.

De lo expuesto se concluye que la acusación no puede prosperar.

Recurso de la parte demandante

Los cuatro cargos que formula contra la sentencia del Tribunal todos ellos dentro del campo de la causal primera de casación, tienden a impugnar únicamente el pronunciamiento referente al pago de frutos.

Primero

Afirma el recurrente que el ad quem violó indirectamente por falta de aplicación los dos primeros incisos del artículo 964 del Código Civil y el tercero por haberlo aplicado indebidamente, a consecuencia de diversos errores de hecho "en la apreciación de la prueba de la buena o mala fe de la Nación sobre el terreno objeto de la demanda".

Comienza por copiar algunos pasos de la sentencia, en los que se expresa que la Nación ocupó el inmueble "en virtud del contrato celebrado" con Taca, "que a su turno lo había comprado" a los herederos de Justino Ospina, y que "aunque es cierto que esa escritura no fue registrada eso no evidencia que no se hubiera recibido el inmueble de quienes para ese entonces tenían la calidad de propietarios". Aquí encuentra la censura el primer error de hecho que le atribuye el Tribunal, el haber supuesto la existencia de pruebas que no obran en los autos, a saber: el contrato celebrado entre la Nación y la Taca, y que aquélla hubiera recibido el terreno de quienes para esa época eran los dueños, pues la que lo hubo, dice la censura, fue la citada empresa.

Asevera igualmente que el error apuntado condujo al sentenciador a incurrir en uno nuevo: suponer la prueba de la buena fe con que según el Tribunal obró la Nación al poseer el terreno, pues la hizo derivar de un título no expedido a su favor sino al de la empresa aérea.

Otro error fáctico que señala la censura, consiste en haber considerado como título de parte de la Nación, sin serlo, la Resolución número 2508 de 1945 proferida por el Ministerio de Guerra, pues el mismo despacho reconoció en resolución posterior (955 de 1947) que ese primer acto era "unilateral, abusivo, ilegal e inconstitucional", por lo cual hubo de declararlo sin valor.

En la segunda resolución, el citado Ministerio —continúa el censor— ordenó liquidar los derechos de aterrizaje que le adeudaba la Taca, "pero no se dispuso ocupar ni mantener la ocupación, de manera que si ésta continuó fue a sabiendas de la ilegalidad e inconstitucionalidad (de la primera), lo cual es prueba clara de mala fe (en cuya apreciación, también por este aspecto y desde ese momento, incurrió el Tribunal en grave error de hecho)".

Agrega el recurrente que el fallador cometió error de hecho al suponer la prueba, que no la hay en el proceso, de que Taca le transfirió el dominio o le entregó la posesión a la demandada, pues lo único que está demostrado es que las inversiones que hiciera Taca, previa autorización oficial, por compras de terrenos aledaños a la Base de Madrid y por mejoras, le serían pagadas en derechos de aterrizaje. "Por eso vengo afirmando —dice— que es un manifiesto error de hecho del Tribunal, el aceptar que hay prueba de que la Nación recibió con buena fe o simplemente recibió (con buena o con mala fe) la posesión material del terreno reivindicado, de manos de Taca. Porque esa prueba no existe en parte alguna del expediente".

Para reforzar lo expuesto arguye el impugnante que aún en el supuesto (que descarta) de que la Nación considerara como título justificativo de su posesión la escritura de la venta hecha por los herederos de Justino a la Taca, debe recordarse que tal instrumento no fue registrado, y que la Nación lo sabía puesto que la copia que su representante presentó como prueba está sin la nota respectiva, y que por otra parte, en tal escritura no aparece que las vendedoras hubieran entregado a la Nación el terreno vendido.

Por último se afirma en la demanda de casación que es absolutamente equivocado,

como lo expresa el Tribunal, que Taca hubiera adquirido el terreno "para la Base Aérea de Madrid, previa la autorización de ésta", pues si bien se lee la mencionada escritura, en ella no se dice que la adquisición se hubiese hecho en esa forma o con esa destinación, y que de autos no obra prueba alguna que respalde lo afirmado por el fallador.

Consideraciones de la Corte

Como se expuso al reseñar el fallo impugnado, el Tribunal consideró que había pruebas y razones suficientes para estimar que, si bien la Nación no es la propietaria del inmueble objeto de la reivindicación, su posesión del mismo es y ha sido de buena fe. De ahí que hubiese limitado la condena al pago de los intereses legales de su valor pericialmente justipreciado, a los devengados a partir del momento en que se formó la relación procesal.

El recurrente pretende, según se ha visto al sintetizar el cargo en estudio, que la Nación es poseedora de mala fe y que por consiguiente debe ser condenada a ese pago a partir del momento en que ocupó el terreno "o en subsidio desde cuando se dictó la resolución (del Ministerio de Guerra) número 955 del 19 de mayo de 1947, en la cual reconoció la Nación la ilegalidad de su posesión y ordenó liquidar las sumas a cargo de Taca, sin disponer que la Nación mantuviera la posesión del terreno, sino aceptando en las motivaciones y en la resolución, implícita pero claramente, que no tenía derecho alguno a esa posesión".

Toda la cuestión sub judice, por el aspecto que ahora se estudia, o sea, para los efectos que indica el artículo 964 del Código Civil, gira pues alrededor de la buena o de la mala fe con que ha procedido la Nación desde que tiene en su poder el terreno reinvindicado.

No se trata de determinar si la Nación es propietaria del predio objeto de de la reivindicación, ni tampoco si tiene o no justo título, ni si su posesión es regular. Para los efectos de la impugnación, basta con considerar su carácter de poseedora de buena fe, de lo cual fluye cuáles son las prestaciones que tiene a su cargo como consecuencia de la prosperidad de la pretensión reivindicatoria de las demandantes, a la luz de los artículos 966, 967 y 969 del Código Civil.

Si a términos del artículo 768 del Código Civil la "buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de otro vicio" esa calidad la tiene la parte demandada, pues la Taca le manifestó por escrito que la compra del predio que había hecho a los entonces únicos herederos de Justino Ospina la había efectuado para la Nación. En este sentido las cartas del 30 de abril de 1946 que obran a folios 1 y 2 del cuaderno número 2, apreciándolas en conjunto con las ya mencionadas resoluciones del Ministerio de Guerra (C. Nº 2 fls. 74 a 85), son concluyentes en cuanto a la celebración de un contrato entre la Taca y la Fuerza Aérea, en virtud del cual ésta recibió de aquélla el terreno en cuestión para los fines que en tales documentos se indican.

"En desarrollo de la doctrina consagrada por los artículos 768 y 869 (es obvio que se refiere al 769) del Código Civil —dijo esta corporación en fallo del 23 de mayo de 1936—, no puede menos de considerarse de buena fe a la persona que es tenedora de una finca por haberla recibido de manos del verdadero dueño, es decir, con plena y deliberada voluntad, en virtud de un contrato de promesa de venta, aunque después, por cualquier motivo, el promitente vendedor no haya cumplido con la obligación de otorgarle la escritura de venta". (XLIV, 56). Otro tanto puede ahora decirse de la cuestión que se debate. La Taca había comprado el terreno de quienes entonces aparecían como sus únicos y verdaderos dueños, como adjudicatarios del mismo en la participación de los bienes sucesorales de Justino Ospina, y en el entendimiento inequívocamente expresado por escrito de haberlo adquirido para la Nación, lo entregó a ésta, con plena y deliberada voluntad, en desarrollo de un contrato que habían celebrado para el uso de las bases aéreas militares por parte de aquella compañía.

Para calificar la conducta de la Nación, por el aspecto de su buena fe posesoria, resulta innecesario inquirir si tiene título o no, y si en caso de tenerlo, es justo o no, porque no se debate su calidad de poseedora regular ni menos aún de dueña. Ella

recibió la finca de buena fe, sin malicia, fraude ni ningún otro vicio, de quien la había comprado a los que legalmente figuraban como dueños de la misma.

En ciertas ocasiones la Corte ha considerado, con criterio puramente subjetivo, que puede haber buena fe aun en la posesión sin título alguno (16 de julio de 1931, XXXIX, pág. 185) o siendo éste nulo "mientras no se establezca con la debida plenitud probatoria que 'el poseedor' en el juicio especial actuó con toda malicia y con pleno conocimiento de que podían existir hechos que produjeran la nulidad..." (14 de diciembre de 1944, LVIII, pág. 580).

Finalmente y es el caso de destacarlo, la Corte ha coincidido siempre en el aspecto puramente moral e interno que tiene la figura jurídica de la buena fe y muchas ocasiones ha dicho que cuando el ataque en casación versa sobre ella, debe ser formulado por la vía indirecta —como lo ha sido en el presente caso— poniendo de presente las pruebas preteridas o supuestas por el sentenciador acerca de los hechos en que se funda. "La jurisprudencia ha establecido —se lee en sentencia del 13 de febrero de 1948— que la buena fe, o sea la persuasión de haber recibido las cosas de quien tenía la facultad de enajenarlas, es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes, y en cuya apreciación los tribunales son soberanos. La estimación del sentenciador sobre hechos morales, ha dicho la Sala, no puede ser desatendida por la Corte en casación, sino por pruebas evidentes en contrario, desechadas por el fallador en segundo grado". (LXIII, pág. 732). En el mismo sentido fallos del 27 de febrero de 1946 (LX, págs. 57 y 58), 18 de febrero de 1964 (XVI, pág. 105) y del 7 de junio de 1966 (aún no publicado). Esas pruebas evidentes en contrario no existen en este caso.

6. En el capítulo denominado "Antecedentes" de esta providencia se relató que la escritura de la venta que hicieron a la Taca los herederos de Justino Ospina, adjudicatarios de las fincas "San Francisco y El Sosiego" (4170 de 1945, Notaría Primera de Bogotá), no llegó a registrarse, porque estaba vigente la inscripción de una demanda ordinaria promovida por Rosalía Galindo contra dichos herederos ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá. Esta circunstancia, sin embargo, carecía de influencia en cuanto a la buena fe con que procedieron las partes que celebraron el aludido contrato, siendo de advertir además que en el respectivo instrumento legal de Taca confesó que ya estaba ésta en posesión del terreno comprado a los herederos de Justino Ospina.

El 15 de diciembre de 1945 el Ministerio de Guerra profirió la Resolución número 2508 de ese año, autorizando a la Taca para pagar el valor del terreno necesario para la prolongación de la pista de la Base Aérea de Madrid y para efectuar a costa de la misma compañía los trabajos necesarios al efecto. Allí mismo se declaró que el terreno y las obras correspondientes quedarían "de propiedad exclusiva de la Nación" (se subraya) y que el valor neto respectivo le sería reembolsado a la Taca con los derechos de aterrizaje de sus aviones en la misma Base Aérea "pudiendo llegar hasta concurrencia de esta cantidad". (C. Nº 2 fl. 74). Ciertamente la aludida resolución fue modificada más tarde por la número 955 de 1947, pero exclusivamente en cuanto al procedimiento compensatorio (valor del terreno y de las mejoras con derechos de aterrizaje) previsto en la primera de tales providencias.

Por último, a folios 1 y 2 del cuaderno número dos, como pruebas oportunamente aducidas por la Nación, obran las dos citadas cartas del 30 de abril de 1946, cruzadas entre el Director General de la Fuerza Aérea y "Líneas Aéreas Taca de Colombia S. A.", en las cuales se hace explícita alusión a un contrato celebrado entre ambas entidades de conformidad con lo que aparece en la Resolución 2508 de 1945, cuyos términos se reiteran en lo esencial. En su carta se refiere la Taca a "compras que ha hecho la Compañía para ustedes (la Fuerza Aérea) en terrenos aledaños a la misma Base de Madrid" los que, apreciando en conjunto toda la prueba documental mencionada, no pueden ser otros que aquéllos que Taca había comprado a los sucesores de Justino Ospina con destino a la Nación y en desarrollo del convenio que habían acordado. Hasta ese momento, pues, no había obstáculo legal alguno para que la Fuerza Aérea y Taca convinieran en todo lo expuesto, porque aún no se había registrado la demanda atrás mencionada.

Todo lo anterior conduce a concluir que para ese entonces la Fuerza Aérea ya tenía en su poder el terreno en cuestión; que lo había recibido de Taca en virtud de ese contrato; y que ésta a su vez lo había habido de quienes en esa época aparecían como únicos y verdaderos dueños del mismo. Esa posesión en todo caso era de buena fe, según las voces del inciso tercero del artículo 768 del Código Civil. En estas condiciones, —se repite— a falta de prueba en contrario, tiene plena vigencia la presunción de buena fe que consagra el artículo 769 del Código Civil que por otra parte no ha sido desvirtuada. No había obstáculo alguno para que la Taca como poseedora del terreno entregara a la Fuerza Aérea esa posesión y para que ésta la recibiese de buena fe.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que la Nación debe ser considerada como poseedora de buena fe del terreno objeto de este proceso.

El Tribunal estimó como prueba de que la Nación entró en posesión del terreno de que se trata, el contrato celebrado entre ésta y la Taca, de que dan cuenta las dos cartas del 30 de abril de 1946 antes mencionadas. Esta apreciación del ad quem no la ataca el recurrente, quien se abstiene de mencionar la misiva dirigida por Taca a la Fuerza Aérea en la fecha indicada, de la que se deduce inequívocamente el contrato a que aludió el Tribunal y en la que dicha Compañía afirma haber comprado el predio para la Fuerza Aérea. No hubo, pues suposición de prueba, por una parte, y por la otra, como quedó dicho, el casacionista no ataca la que el ad quem consideró como tal. A la Corte le está vedado indagar si las cartas en cuestión eran o no prueba eficaz y suficiente del contrato y si esta constituía o no justo título de la posesión que en virtud del mismo recibió la Nación. Esta última, en tanto no se demuestra lo contrario, tuvo la conciencia de haber recibido el terreno de quienes a la sazón podían ser tenidos como sus únicos y legítimos dueños, por medios exentos de fraude y de otro vicio (Art. 768), y por tanto es poseedora de buena fe. En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo

En este se acusan como quebrantadas por idénticos motivos las mismas normas legales señaladas en el anterior, pero por la vía indirecta, a consecuencia del error de derecho en que se afirma que incurrió el Tribunal al haberle atribuido el valor de plena prueba de la compraventa celebrada entre los herederos de Justino y la Taca "a una escritura sin nota de registro... y a pesar de que en el certificado de propiedad expedido por el señor Registrador consta que nunca se registró".

"Ese error de derecho —continúa el recurrente— influyó en la conclusión del Tribunal de que la Nación había recibido la posesión del terreno reivindicado, de manos de Taca, la cual a su vez lo había adquirido por la mencionada escritura".

Se tiene en cuenta

Además de los razonamientos expuestos en el despacho del cargo anterior, cuya pertinencia sobraría destacar, se debe poner de presente que la acusación en estudio adolece de un error de técnica que produce su inanidad.

En efecto, ha sido jurisprudencia constante de la Corte que para que el error de derecho "se pueda configurar en casación, es indispensable según lo tiene reiterado la doctrina, que en la demanda que funda el recurso se señalen en primer término las normas o preceptos que determinan el mérito del medio o medios de juicio sobre los cuales versa la tacha, y, en segundo, que se citen los preceptos sustanciales directamente infringidos, pues a la violación de éstos no se llega sino por la transgresión directa de aquéllos". (CVII, pág. 248). En el mismo sentido, entre muchas otras, (CVI, págs. 130 y 219, CVII, pág. 31).

El recurrente olvidó señalar las normas de índole probatoria según las cuales para que una escritura pública pueda ser apreciada como prueba debe obrar en los autos en copia registrada, normas estas en cuyo quebranto (violación medio) estriba su acusación por error de derecho. Ese olvido, dentro del estrecho marco riguroso y dispositivo, que rodea el recurso de casación, impide a la Corte considerar el cargo, que por tanto no puede prosperar.

Tercer cargo

Se atribuye al Tribunal haber aplicado indebidamente al proferir la sentencia impugnada los artículos 261, 263 y 268 de la Ley 167 de 1941, porque la Nación no realizó trabajo público alguno en el inmueble objeto de la litis ni la Nación no realizó trabajo público alguno en el inmueble objeto de la litis ni lo ocupó transitoriamente sino en forma permanente. El cargo viene formulado por la vía directa.

El recurrente estima que estuvo bien haber condenado a la demandada a pagar el valor del predio ocupado por la Nación, puesto que así se solicitó en la petición segunda subsidiaria de la demanda, pero que no ha debido negar la referente a los frutos correspondientes "y limitarla a los míseros intereses legales del 6% anual", porque la referida ocupación se hizo "para pagarse una deuda del supuesto dueño o del verdadero dueño inclusive" por concepto de derechos de aterrizaje.

La censura insiste, pues, en que la ocupación del terreno no se hizo por causa de un trabajo público y para respaldarla se remite a las cartas cruzadas entre la Fuerza Aérea y la Taca y a las Resoluciones del entonces Ministerio de Guerra, de las cuales se deduce, a su juicio, que "Taca amplió la pista y ejecutó otras mejoras y que el Ministerio entró a ocupar el inmueble reivindicado en virtud del contrato de aterrizaje que tenía con Taca y para cubrirse de la deuda que ésta tenía para con la Nación". Advierte, sin embargo, que no entra a analizar esos otros documentos que señala, por tratarse de una acusación por vía directa.

El ataque lo apoya en que el Tribunal, utilizó como premisa fundamental de su fallo el hecho de que la Nación recibió el terreno de manos de Taca y por razón de un contrato celebrado con la misma, luego no podía aplicar los mencionados textos legales que versan exclusivamente sobre ocupación de terrenos para una obra pública. Agrega también que, aún en la hipótesis de que esos preceptos fuesen pertinentes, ellos no disponen "que si la ocupación es permanente, no se deban pagar los frutos y productos desde la fecha de aquélla hasta cuando se pague su valor al propietario".

"También hay violación de esos artículos, por indebida aplicación —agrega—, en cuanto que la ocupación de la Nación no se hizo sólo de la pequeña parte del terreno que quedó convertida en pista, sino de su totalidad como zona aledaña de aquélla, considerada como necesaria para la Base Aérea (no para el trabajo público de la Nación, que no lo hubo como causa de ocupación)".

Y para rematar su ataque expresa lo siguiente: "Solicito, pues, que como consecuencia de este cargo se case la sentencia y se revoque o reforme el punto tercero de la sentencia del a quo, en cuanto limita la condena en los frutos y productos a partir del momento de la notificación de la demanda (esto, armonizando el primer cargo o el segundo, con este tercero), e igualmente en cuanto a que el a quo no aceptó el dictamen de los peritos, que es claro, fundamentado, contundente, respecto al valor de esos frutos y productos hasta la fecha del mismo dictamen y al futuro aplicando el valor del último año en que fue rendido, que la parte demandante acepta a pesar de que por la devaluación de la moneda debieran aumentar cada año, pero siempre que se acoja ese dictamen. En subsidio, solicito que se mantenga la condena en abstracto, pero desde la fecha de ocupación del terreno, o, en último caso, desde la fecha de la Resolución 955 del 19 de mayo de 1947, tal como lo pido en los cargos primero y segundo".

Se considera

1. Para mayor claridad en el estudio de esta acusación, vale la pena recordar que la Corte, en sentencia de su Sala Plena del 20 de junio de 1955, declaró la inexequibilidad, entre otros, de los artículos 261, 263 y 268 de la Ley 167 de 1941, únicos preceptos que la censura señala en este cargo como violados por el Tribunal, "pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la pro-

piedad privada por la administración pública" (LXXX, pág. 259).

En consecuencia, para casos como el que está sub judice, tales normas legales están vigentes.

2. El Tribunal, al referirse a la indemnización cuyo pago impetró la parte actora en el proceso, el avalúo pericial referente al terreno reclamado; estimó, con base en los razonamientos que el mismo contiene, prohijándolos, que no cabía aplicar "por sustracción de materia" el artículo 268 en cuanto a lo que debe deducirse del monto de la indemnización "por concepto de valorización por el trabajo público realizado"; y finalmente, son palabras del ad quem, que "en cuanto a los frutos, estos no podrán ser otros que los intereses legales de la cantidad fijada como monto de la indemnización a partir de la notificación de la demanda, ya que la Nación se considera poseedora de buena fe, no solo por las observaciones hechas a este respecto en este fallo", sino porque esa buena fe se presume, tratándose de personas jurídicas de derecho público. Este último aserto lo trae con palabras textuales de una sentencia proferida por la Corte el 24 de agosto de 1966 (CXVII, pág. 213). "Superfluo resultaría —agrega el sentenciador— entrar a calificar si la zona está empleada en una obra de interés general, pues se trata de la continuación de la pista aérea de las Fuerzas Militares de Colombia en Madrid y el mismo apoderado de los demandantes así lo reconoció en el escrito visible a folio 22 del cuaderno número uno".

3. La jurisprudencia y la doctrina han estimado, pues, que cuando se intenta la acción reivindicatoria contra una persona jurídica de derecho público y no se puede obtener la recuperación misma del predio ocupado por ésta, precisamente por haber sido utilizado para una obra de interés público o social, se restablece el derecho del dueño con el pago de la indemnización compensatoria. Esta última está constituida por el valor comercial del terreno que ocupa la demandada, según avalúo pericial producido en el proceso y debidamente valorado por el juzgador. Los párrafos de las sentencias de esta corporación que transcribe el ad quem son muy claros en ese sentido: en este tipo especial de acción reivindicatoria, como la restitución en especie se ha tornado imposible, la indemnización debe pagarse en dinero como expresión monetaria de equivalencia. "En este evento —dijo la Sala en fallo del 2 de junio de 1960— el dinero ocupa el lugar jurídico del objeto reivindicado, con el funcional carácter de medida de los valores en conformidad con el sistema monetario organizado por la ley. La reivindicación no pierde su naturaleza en derecho, aunque para el caso varíe la expresión de la condena.

"...La acción que tiene quien se ve definitivamente desposeído de su propiedad por consecuencia de trabajos públicos, es la de dominio organizada por las leyes civiles, y dirigida contra quien por hecho suyo se ha puesto en imposibilidad de restituir... Y si la sacó del poder de su dueño y la puso fuera del comercio como bien de uso público, consumó por su hecho una enajenación que hace imposible perseguir el objeto mismo por reivindicar, lo cual predica la indemnización de todo perjuicio al tenor del artículo 955 del Código Civil. El dinero, conforme viene dicho, ocupa el lugar del objeto, y la reivindicación prospera de acuerdo con las reglas del derecho común (se ha subrayado). Se reestablece así el equilibrio jurídico perturbado por el hecho de la administración". (XCII, pág. 905 y 906).

De lo anterior se concluye que el Tribunal sólo aplicó en lo pertinente los preceptos legales que menciona el cargo y, como lo reconoce y acepta el recurrente, decretó lo pedido en la segunda petición subsidiaria de la demanda que dió origen al proceso. Ante el hecho cumplido e irreversible, so pena de impedir u obstaculizar el normal uso de la pista en la Base Aérea de las Fuerzas Militares en Madrid, decidió reemplazar la condena a restituir la cosa, como consecuencia de haber prosperado la pretensión reivindicatoria, por la de pagar su valor pericialmente justipreciado, aspecto este sobre el cual no versa la impugnación. De otro lado, como el cargo viene formulado por la vía directa, debe partirse de la base de que el recurrente acepta las conclusiones de orden fáctico a que llegó el sentenciador.

La Corte no encuentra quebranto alguno de las normas que indica el recurrente, en cuanto el ad quem, en lugar de condenar a la Nación al pago de los frutos del in-

mueble reivindicado optó por ordenar el de los intereses legales del valor de la indemnización. Aquellos preceptos no contienen ordenamiento ni referencia algunos al pago de intereses. El artículo 268 se limita a expresar que en "las sentencias que se dicten en estos juicios, si hubiere condenación al pago de una suma de dinero a título de indemnización, se deducirá de esta suma la que los peritos hayan apreciado por concepto de valorización por el trabajo público realizado. Si los peritos no hicieron estimación de la valorización, siempre se deducirá el veinte por ciento (20%).

Ninguno de esos artículos de la Ley 167 de 1941 presuntamente violadas por el sentenciador a juicio de la censura pudo servir a éste como fundamento jurídico de su condena a pagar intereses. Tal fundamento, que no se menciona en el fallo impugnado, tuvo que estar constituido por "las reglas de derecho común" a que se refiere la sentencia atrás transcrita, pero en todo caso no fue el que señala el recurrente. Entre tales reglas que aplicó el Tribunal, como claramente se deduce de su sentencia, está a no dudarlo, el tercer inciso del artículo 964 del Código Civil, sobre cuya aplicación no se formula reparo alguno en este cargo. Toda la argumentación de la censura estriba en que aún aceptando que "los míseros intereses legales del 6% anual" reemplazaran el monto de los frutos que justipreciaron los peritos, la condena ha debido hacerse a partir de fecha muy anterior a aquélla en que se formó la relación jurídico procesal, porque la Nación no es ni puede ser considerada como poseedora de buena fe. Pues bien, como el recurrente no acusa el quebranto de las disposiciones legales atinentes a esa situación que fueron empleadas por el Tribunal en la sentencia atacada y que, como quedó dicho, no son únicamente las del Código de lo Contencioso Administrativo que se mencionan en el cargo, la Corte oficiosamente no puede entrar a inquirir cuáles fueron ellas, porque se lo impide el rígido sistema dispositivo y formalista que impera en el recurso de casación.

En consecuencia, la acusación no prospera.

Cuarto cargo

La acusación es la misma que contiene el cargo anterior, con la diferencia de que se hace por la vía indirecta a consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal "en la apreciación de pruebas".

Dice el recurrente que en los autos no obra ningún elemento probatorio que acredite que "la ocupación había sido con ocasión o por causa de trabajos públicos" sobre los cuales versan los artículos que estima indebidamente aplicados en este caso, de suerte que se trata de una típica suposición de pruebas. Las que fueron allegadas al proceso, agrega luego de haber enumerado algunas de ellas, la demanda misma y su contestación demuestran precisamente lo contrario de lo que equivocadamente consideró el sentenciador.

"Como consecuencia de este cargo —concluye— solicito se case la sentencia, se reforme la del a quo en el sentido que determiné al final del cargo anterior, para condenar a la Nación al pago de frutos y productos, desde que comenzó la ocupación o desde la fecha de la Resolución 955 del 19 de mayo de 1947 hasta el día del pago del valor del terreno, en concreto, conforme al dictamen de los peritos, o en último caso en abstracto".

Se tiene en cuenta

Las mismas razones que se expusieron para rechazar el cargo anterior militan para que éste corra la misma suerte. Atrás se dijo que los artículos 261, 263 y 268 de la Ley 167 de 1941 que según opinión del recurrente fueron indebidamente aplicadas por el sentenciador, no contienen ordenamiento alguno sobre frutos o intereses y todo el ataque en estudio versa sobre ese preciso punto.

La condena al pago de intereses sobre el valor de la indemnización, la determinación de que éstos fuesen los legales y finalmente que debían liquidarse a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda tienen, pues, un apoyo jurídico diferente al que menciona el censor y sobre ese fundamento no se formula ningún ataque. Y también se dijo por qué la Corte no puede de oficio averiguar cuáles fueron los

textos legales que sirvieron de apoyo al Tribunal para hacer el pronunciamiento impugnado, a fin de estudiar el hipotético quebranto que pudieron haber sufrido.

No prospera el cargo.

Como consecuencia de todo 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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 29 de de octubre de 1974.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Carlos Holguín Holguín, Conjuez; *Alfonso Peláez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

NULIDAD DE LA VENTA

(Ratifica doctrina sobre incapacidad por demencia) Restituciones mutuas.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de septiembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario de Virgilio Justiniano Jiménez frente a Myriam Roa Torres.

Antecedentes

1. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, por sentencia de 7 de junio de 1972, declaró en interdicción judicial por causa de demencia a María del Carmen Torres Mejía de Jiménez e incapacitada para administrar sus bienes, y como "curador provisorio" suyo designó a Virgilio Justiniano Jiménez. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de 30 de octubre del mismo año.

2. La dicha interdicta, por Escritura pública número 444, de 9 de marzo de 1972, de la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga, registrada el 21 de los mismos mes y año, había transferido a título de venta a Myriam Roa Torres el derecho de dominio sobre una casa de habitación y su solar correspondiente, ubicada en el dicho lugar, por un precio de $ 110.000.00, de los cuales declaró recibidos de la compradora la suma de $ 48.000.00 y el resto o sea la suma de $ 62.000.00 que dejó en poder de esta última, para pagarle otra de igual valor "que la vendedora había recibido en calidad de préstamo de la misma".

3. Afirmando estos hechos y que su pupila María del Carmen Torres de Jiménez se hallaba en estado crónico de demencia, desde varios años atrás, y con anterioridad al otorgamiento de la dicha escritura, según concepto de los médicos especialistas en psiquiatría Angel Octavio Villar, Roberto Serpa Flórez y Luis Guillermo Ortiz González; que ella "presenta un estado demencial crónico e incurable asociado a encefalopatía hipertensiva... que la incapacita totalmente para administrar sus bienes"; y que la presunta compradora, en su condición de sobrina legítima de la demente, no podía ignorar el estado mental de su tía, por lo cual obró con dolo manifiesto, pidió en demanda propuesta contra Myriam Roa Torres, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, se declarara la nulidad del contrato de compraventa consignado en la sobredicha escritura pública, que el inmueble materia de este contrato pertenece a la presunta vendedora María del Carmen Torres de Jiménez, la cancelación del registro de la escritura, y "que la demandada carece de derecho para pedir a la demandante la restitución del precio que se dice pagado en razón del contrato nulo".

4. Con oposición de la demandada se tramitó la primera instancia del proceso, a cuyo término el Juzgado expidió la sentencia de 5 de junio de 1974, en la cual resolvió que en la fecha de la escritura pública de compraventa referida, la vendedora "se encontraba en incapacidad absoluta por hallarse en estado irreversible y crónico de demencia producida por la arterioesclerosis y la hipertensión arterial"; que, en consecuencia, "es absolutamente nulo el con-

trato de compraventa que aparece consignado" en dicha escritura; que el inmueble singularizado en ésta "no ha salido del patrimonio de María del Carmen Torres de Jiménez para pasar al patrimonio de Myriam Roa Torres"; que se ordene al Notario Primero del Círculo de Bucaramanga y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Círculo la cancelación de la cuestionada escritura y su inscripción, y en su lugar, el registro de la sentencia decisoria de la litis; y que como consecuencia de la nulidad declarada, la vendedora "no se encuentra obligada a reembolsar o restituir lo que el comprador dice haber pagado por no haber éste demostrado que el incapaz se hizo con ello más rico".

La parte demandada apeló de la sobredicha sentencia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, al cual correspondió el conocimiento del recurso, luego del trámite de la segunda instancia, profirió la suya, con fecha de 12 de septiembre de 1974, por medio de la cual revocó la del Juzgado y absolvió a la demandada. La parte demandante, entonces, recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal.

Las razones del ad quem

1. Expresa el sentenciador que en la ocurrencia de autos se trata de decidir sobre la nulidad de un acto dispositivo contractual de una persona que pocos meses después fue declarada en absoluta incapacidad civil por lo que debe aplicarse el artículo 553 del Código Civil que reafirma el principio general de que la capacidad de las personas se presume y que la incapacidad es la excepción conforme al artículo 1503 ibídem.

2. Agrega a lo anterior que la carga de la prueba de la incapacidad de las personas para obligarse corresponde demostrarla a quien la alega, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y que el demandante, en este sentido, adujo los elementos de convicción que singulariza.

3. Refiriéndose a la prueba de la demencia de una persona, el sentenciador expresa, fundado en la doctrina de la Corte, que la demencia no se demuestra con declaraciones de testigos, sino que es necesario el dictamen de médicos especializados en la materia; que en este proceso no se halla la prueba pericial, "como producto de un ordenamiento directo del Juez del conocimiento, sino aceptando el traslado del dictamen presentado en el proceso de interdicción", en el cual, en síntesis, dicen los facultativos que la examinada padece "... un estado demencial bastante avanzado, fallas severas de la memoria, del juicio, de la inteligencia, de la capacidad de abstracción", estado de la paciente que, según informes de los familiares "comenzó hace más de un año y ha venido evolucionando grave e irremediablemente", y en conclusión que ella "presenta un estado demencial crónico e incurable asociado a encefalopatía hipertensiva".

4. Alude al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la prueba trasladada, y dice que en la ocurrencia de autos el traslado cuestionado carece de uno de los requisitos esenciales, y es el de que en el proceso donde se practicó "hubiera sido parte contradictoria la ahora demandada", por lo cual encuentra deficiente la referida prueba. En apoyo de este concepto dice que la prueba trasladada, como si se tratara de prueba testimonial, no es susceptible de ratificación, y que, si bien los experticios médicos "fueron ratificados presuntivamente con testimonios de los facultativos... tal circunstancia no le quita la calidad de testimonios a la segunda diligencia, y de prueba sumaria al experticio trasladado, como que, en el mejor de los casos, los facultativos actuaron sólo como testigos técnicos", y que "cuando la ley habla de peritación, o la doctrina y la jurisprudencia la mencionan y exigen, ha de entenderse que se trata de la prueba específicamente tratada por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 233 y demás siguientes y concordantes, no bastando para tener como tal toda exposición o informe rendido por persona cuyos conocimientos pueden calificarse de acuerdo (sic) a los principios de determinada rama del saber humano...". De la misma manera expresa que, sin tratar de discutir la idoneidad científica de los facultativos, éstos solamente sientan opiniones y probabilidades, "en lo referente a determinar el estado síquico de la interdicta en el momento de la celebración del contrato im-

pugnado de nulidad", deducidas del único hecho percibido por ellos y plenamente probado, esto es, "la demencia de la señora María del Carmen Torres de Jiménez, en la fecha en que la examinaron para rendir el dictamen que les exigió el Juez del conocimiento en el proceso de interdicción". Critica, además, el dictamen médico practicado en el proceso de interdicción, trasladado a este ordinario, por cuanto no se refiere al origen de la demencia ni a su estado en el momento de la celebración del contrato de compraventa cuya nulidad se pretende, y, finalmente, expresa que "se extraña de plano la práctica de un examen directo a la interdicta, con un cuestionario apropiado para poder determinar si no exactamente en el tiempo, las características de la deficencia mental y volitiva de la misma, si sentando bases firmes para llegar por presunciones legales a la demencia en el instante del acto dispositivo impugnado".

Demanda de casación

Dos cargos por la causal primera formula el recurrente contra la sentencia de segunda instancia, de los cuales prospera el segundo.

Segundo cargo

1. Por falta de aplicación de los artículos 1502, 1503, 553 inciso 2º, 1524, 1740, 1741, 1744, 1746 y 1747 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936, a causa de error de derecho cometido en la apreciación de las pruebas, con desmedro de los artículos 185, 187, 227 inciso último, 233, 234, 235, 238, 240, 241, 242, 243, 254, 252, 523, 264 y 265 del Código de Procedimiento Civil.

Las pruebas objeto del dicho error son las siguientes:

a) El "dictamen de los médicos siquiatras, doctores Ortiz González y Serpa Flórez, dentro del proceso de interdicción";

b) Las "exposiciones de éstos dentro del presente proceso";

c) La "declaración del doctor Angel Octavio Villar";

d) La "sentencia de interdicción de María del Carmen Torres de Jiménez"; y

e) La "declaración de parte de Myriam Roa Torres".

Según el recurrente, "el juzgador sin negar la existencia fáctica de los medios probatorios allegados les niega su mérito, esto es el contenido y alcance probatorio". Del dictamen médico legal trasladado del proceso de interdicción de María del Carmen Torres de Jiménez a este ordinario, dice que se estimó simplemente como prueba sumaria, pero que se olvidó relacionarlo con los demás medios que fueron aducidos; que "el fallador incurrió en equivocación al considerar el dictamen pericial imperfecto o insuficiente, aplicando e interpretando indebidamente los artículos 233, 238, 240, 241 y 185 del Código de Procedimiento Civil"; que "han de tomarse en cuenta las exposiciones de los médicos como prueba testifical y en manera alguna pericial. De consiguiente —dice— han de estimarse los testimonios en lo que son: testimonios científicos al tenor del último inciso del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de personas calificadas por sus conocimientos como médicos especializados"; y que "respecto a la declaración del doctor Angel Octavio Villar pueda anotarse que participa de las mismas calidades de testimonios científico y por ende aplicables los conceptos expuestos".

Consideraciones de la Corte

1. Como claramente resulta del extracto de la sentencia de segunda instancia que antecede, el Tribunal no dio valor probatorio al dictamen de peritos practicado en el proceso de interdicción de María del Carmen Torres de Jiménez y trasladado a este proceso ordinario, ni tampoco a las declaraciones de los médicos que actuaron en la peritación y que dieron testimonio aquí. Consideró que el dictamen no admitía ratificación, por lo cual, habiéndose practicado en proceso distinto, solamente tenía en éste el valor de prueba sumaria, y que, en cuanto a los testimonios de los médicos, éstos limitaron su labor a sentar opiniones y probabilidades.

2. El casacionista estima que esta conclusión de la sentencia adolece de error de derecho.

La Corte, en sentencia de 25 de mayo de 1976, aún no publicada (ordinario de María Rosa Wandurraga y otros contra Ana Dolores Corzo de Muñoz y otros), expresó:

"Dictamen pericial anterior a la interdicción y traslado al proceso de nulidad

"El dictamen pericial legalmente practicado en el proceso de interdicción judicial por demencia de la misma persona que celebró el acto o contrato cuya validez se impugna por este motivo, puede ser trasladado a este segundo proceso, de conformidad con lo que dispone el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. Si en el de interdicción intervinieron quienes son partes en el de nulidad, el referido dictamen podrá ser apreciado en éste 'sin más formalidades', sobre la base de que en el de interdicción no hubiere prosperado una objeción contra dicho dictamen, como es apenas obvio. En este caso, el juzgador puede valorar ese dictamen de acuerdo con las reglas generales y obtener de él por sí solo, la certeza jurídica necesaria para proferir su decisión.

"En cambio, si alguna de las partes en la segunda controversia judicial no intervino en el de interdicción, la prueba pericial trasladada no podrá ser tenida como prueba plena de la demencia, porque dicha parte no pudo ejercer su derecho de contradecirla. La testimonial es la única prueba trasladada que es susceptible de ratificarse para que se cumplan los mencionados principios, en la forma y términos que establece el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. Para el dictamen pericial no está prevista la ratificación, de suerte que ésta no puede cumplirse llamando a quienes fueron peritos en el primer proceso para que en el segundo reiteren el concepto que expusieron en su dictamen, porque esa no es la manera legal de contradecir dicha prueba. Sin embargo, esas declaraciones, en los procesos de que se trata, cuando como que provienen de los médicos que intervinieron como peritos en el proceso de interdicción, por tener los deponentes el carácter de técnicos, son admisibles en cuanto a los juicios y conceptos que contengan y se les puede dar el valor probatorio que más adelante se comenta.

"Lo que acaba de exponerse no significa en manera alguna que el traslado del dictamen pericial no pueda efectuarse ni que éste carezca por completo de valor probatorio, por no ser susceptible de ser ratificado y aunque en el segundo proceso no testifiquen los que fueron peritos en el primero. A la prueba pericial trasladada le es aplicable lo que dispone el inciso final del artículo 300 del Código de Procedimiento Civil. Para la producida como prueba anticipada sin citación de la persona contra la cual se aduce, es decir, debe dársele el valor de indicio. Ese indicio, por sí solo, desde luego no puede producir certeza en el juez, pero unido a otros y analizados todos ellos en conjunto, de acuerdo con las normas de la sana crítica, pueden lograr la convicción del juzgador acerca de la demencia objeto del debate.

"En el sistema probatorio actualmente en vigencia ya no impera el principio dispositivo y por tanto el juez puede decretar oficiosamente las pruebas que tiendan a esclarecer la verdad que se busca en el proceso "en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar" (Art. 180 C. de P. C.). Por aplicación, pues, de esta norma, si el juzgador lo considera necesario, puede decretar oficiosamente la práctica de un dictamen pericial, cuando estima que el indicio proviene del dictamen trasladada dado y las demás pruebas que obran en el proceso, no alcanzan a producirle certeza en cuanto a la demencia que padecía quien celebró el acto jurídico impugnado.

"Testimonio técnico

"Ahora bien, sin que haya mediado dictamen pericial practicado dentro del proceso sobre la enfermedad psíquica que padece o que sufrió una persona, la prueba testimonial legalmente producida y debidamente apreciada es admisible para establecerla, si proviene de persona o personas especialmente calificadas en la materia por sus conocimientos científicos, a las cuales por serlo, la ley les permite (Art. 227, inciso final y numeral 2º del artículo 228, del C. de P. C.) que expongan conceptos, como una excepción al principio de que los declarantes deben limitarse a relatar los hechos percibidos por ellos y que les está vedado emitir opiniones o juicios personales. Son los llamados testimonios técnicos. Tal sería el evento de los médicos que trataron al paciente y que al testimoniar sobre éste, conceptúan que padecía de una enfer-

medad mental cuando testó o celebró el acto o contrato cuya validez se discute. Al juez corresponderá en este caso resolver razonadamente si esos testimonios técnicos, debidamente analizados y apreciados en conjunto con los demás elementos probatorios que obran en los autos, le bastan para obtener la certidumbre de que la persona que contrató o testó "estaba entonces demente", o si requiere además un dictamen pericial que en todo caso está facultado para decretar de oficio. (Arts. 180 y 233, 2º inciso in fine por aplicación analógica). Si estima que tales pruebas resultan insuficientes o le suscitan alguna duda sobre la demencia que se discute, puede y debe decretar oficiosamente un dictamen pericial'.

3. No se trata en la ocurrencia de autos de decretar la interdicción judicial de María del Carmen Torres de Jiménez, con el fin de protegerla civilmente, dado su estado de demencia, caso en el cual sería forzosa la práctica de un dictamen de peritos, de acuerdo con la ley, sino de establecer si la dicha María del Carmen, en el momento en que otorgó la Escritura pública número 444 de 9 de marzo de 1972, de la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga, por medio de la cual vendió un inmueble a Myriam Roa Torres, estaba demente, y por lo tanto es nulo dicho acto de disposición de bienes, como ejecutado por una persona absolutamente incapaz.

En este último caso, según lo tiene dicho la doctrina de la Corte, puede demostrarse la insanidad de la otorgante del acto notarial, no solamente con el dictamen de peritos que así lo establece, sino además, por regla general, con "cualesquiera elementos de juicio, convenientemente apreciados por el juzgador a la luz de la sana crítica" (sentencia antes citada), entre ellos el dictamen pericial con base en el cual se hubiera decretado la interdicción judicial antes de la promoción del proceso ordinario en que se suplica la nulidad del acto notarial, trasladado y apreciado como prueba plena si la contraparte hubiera tenido oportunidad de contradecirlo, o simplemente como indicio en caso contrario; o también por medio del testimonio técnico proveniente de médicos que trataron al demente.

El sentenciador rechazó precisamente los dos medios probatorios prealudidos: el dictamen pericial de los médicos Luis Guillermo Ortiz González y Roberto Serpa Flórez, trasladado a este proceso ordinario del especial de interdicción judicial de María del Carmen Torres de Jiménez; y los testimonios técnicos de estos dos profesionales y además el del médico Angel Octavio Villar.

Como Myriam Roa Torres, aquí demandada, no fue parte en el proceso de interdicción judicial referido, no tuvo oportunidad de contradecir el dictamen pericial, y por esta circunstancia, respecto de ella, este medio es admisible sólo como indicio, conforme el inciso 3º del artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, pero es apreciable en conjunto con los demás aducidos; y de su lado, los testimonios, con calidad de técnicos, también son admisibles, con arreglo a los artículos 227 y 228 ibídem.

De lo anterior se sigue que el sentenciador incurrió en el error de derecho que le atribuye el acusador, por lo cual debe accederse a la súplica de que se case la sentencia de segunda instancia y en su lugar se profiere por la Corte la que debe reemplazarle.

Sentencia sustitutiva

1. En el caso de autos se reúnen los presupuestos procesales de competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad procesal, que son los requisitos que deben existir para que el juez pueda entrar a resolver sobre el fondo de un asunto.

2. Según los hechos de la demanda ordinaria propuesta por Virgilio Justiniano Jiménez contra Myriam Roa Torres, María del Carmen Torres de Jiménez, esposa del demandante, vendió a la demandada un inmueble situado en el área urbana de Bucaramanga, conforme a los términos de la Escritura pública número 444 de 9 de marzo de 1972, de la Notaría Primera del Círculo Notarial de esa ciudad.

El demandante afirma que la vendedora, desde varios años atrás, padecía de demencia crónica, como se demostró en el proceso de interdicción judicial que se le siguió el que culminó con la sentencia de esa naturaleza, de 7 de junio de 1972, proferida

por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 30 de octubre siguiente.

La escritura de venta pasada entre María del Carmen, como vendedora, y Myriam, como compradora, como puede observarse, es de fecha anterior a la sentencia que decreta la interdicción judicial de la primera, pero como el artículo 553 del Código Civil dispone que son nulos los actos o contratos ejecutados por el demente con posterioridad al decreto de interdicción, y también aquellos que ejecute estando "entonces" demente, procede examinar el acervo probatorio para ver de hallar esta última circunstancia:

a) El 10 de marzo de 1972, los médicos cirujanos, especialistas en psiquiatría y agregados al Instituto Psiquiátrico San Camilo, Luis Guillermo Ortiz González y Roberto Serpa Flórez, en cumplimiento de solicitud del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, dieron dictamen acerca de la salud mental de María del Carmen Torres de Jiménez, en el sentido de que existe en ella "un estado demencial bastante avanzado, fallas severas de la memoria, del juicio, de la inteligencia, de la capacidad de abstracción... presenta un estado demencial crónico e incurable asociado a encefalopatía hipertensiva".

Este dictamen pericial, como se dijo antes, tiene el valor de indicio sobre la insanidad mental de María del Carmen Torres de Jiménez, en la época de otorgamiento de la Escritura pública número 444, de 9 de marzo de 1972, el que es de mucho mérito en este proceso ordinario, en donde se debate la validez civil de dicho acto notarial y del contrato en él contenido, porque si el 10 de mayo siguiente a aquella fecha, (esto es dos meses después) en que se realizó el experticio médico-psiquiátrico, el estado demencial de María del Carmen estaba "bastante avanzado", ello quiere decir que en la fecha de la escritura (9 de marzo) ya existía dicho estado, con las funestas consecuencias que anotan los expertos sobre la personalidad de María del Carmen. Nada indica lo contrario, dada la calificación que al mal de la mente le dan los mismos expertos de "crónica e incurable";

b) El médico psiquiatra Angel Octavio Villar, especialista en enfermedades mentales y sistema nervioso, laureado de la Universidad Nacional, en audiencia de 4 de marzo de 1974, practicada por el a quo, se ratificó en el contenido del certificado de 29 de marzo de 1972, por él expedido respecto de la paciente María del Carmen Torres de Jiménez, en el cual expresa que ésta "presenta un síndrome demencial de etiología orgánica por arterioesclerosis e hipertensión arterial", agregando que ya antes la había examinado con un "pronóstico severo de su enfermedad", el cual dice confirmar en la fecha, y que el síndrome prealudido consiste en "amnesia, desorientación en el tiempo y estado confusional", que "la incapacita para actuar en los diferentes actos de la vida civil".

El prenombrado médico psiquiatra, observa, en su testimonio que la paciente "me consultó por primera vez en marzo 9 de 1971 y desde esa fecha venía sufriendo de alteración mental, que me consta puesto que era la primera vez que la veía" y que "para llegar al estado mental en que la encontré la primera debía tener una evolución de largos años, puesto que esas alteraciones mentales, no se establecen de un momento a otro sino que van paralelas a los trastornos orgánicos del enfermo o paciente, y por esa razón María del Carmen Torres de Jiménez está incapacitada en forma total para administrar y disponer legalmente de sus bienes". Y agrega que la vió por primera vez en la citada fecha, "no como médico de cabecera, sino como médico a quien ocasionalmente se me consultó", y que "en estos casos el tratamiento es simplemente paleativo, no curativo, ya que se trata de lesiones orgánicas irreversibles";

c) El médico especialista en psiquitría, Luis Guillermo Ortiz González, en audiencia de 4 de marzo de 1974, efectuada por el a quo. Luego de enterarse del certificado expedido por el médico de igual especialidad Angel Octavio Villar, manifiesta al referirse al dictamen pericial que rindió con el médico Roberto Serpa Flórez, de que se habló antes, que "en el momento del dictamen la paciente María del Carmen Torres se encontraba en fase terminal de una demencia arterio-esclerótica", y que "teniendo en cuenta que este tipo de demencia es progresivo desarrollándose en

fases desde su iniciación pasando por el período de estado y llegando por último a la fase terminal en la cual el individuo sufre graves trastornos psíquicos vinculados con lesiones anatómicas cerebrales. Una demencia arterio-esclerótica habitualmente se desarrolla en un período que va de tres a cinco años. Es imposible determinar en qué momento preciso se incapacita una persona a consecuencia de este tipo de demencia, ésto dentro del plano teórico. Ya viviendo el caso particular de la señora María del Carmen Torres de Jiménez, y tentativamente podría decirse que la incapacidad total podría ser de dos a tres años atrás de la fecha del dictamen —10 de mayo de 1972—". A una pregunta del apoderado del demandante, sobre que si "teniendo a la vista el certificado del doctor Angel Octavio Villar, en el cual afirma haber examinado a la enferma Torres de Jiménez el 9 de marzo de 1971, y afirmado por el psiquiatra que desde entonces se hizo el pronóstico de su síndrome demencial que confirma en el certificado, podría decirse que desde esa época la señora estaba incapacitada mentalmente para actuar con responsabilidad en los diferentes actos de su vida civil?, contestó el médico Ortiz González: "de acuerdo con la sintomatología descrita por el doctor Villar en dicho certificado: Amnesia, desorientación en el tiempo y estado confusional, la respuesta a la pregunta es afirmativa en el sentido de que dicha persona, sufriendo estos síntomas estaría incapacitada para actuar con responsabilidad en los diferentes actos de su vida civil". Y a una pregunta del apoderado de la demanda de que si "una persona como ésta que aquí se menciona permanece en estado de demencia completa durante todas sus horas del día, todos los días, o por el contrario puede tener momentos en que aparezca como normal?", contestó el testimoniante: "Durante la fase terminal de la demencia arterio-esclerótica sí permanece en estado demencial permanente. Durante el período de estado previo a la fase terminal puede tener períodos de lucidez, teniendo en cuenta las diferencias entre lucidez de conciencia y los trastornos en el juicio crítico y la capacidad de abstracción que estos enfermos presenten. En consecuencia, el 10 de mayo de 1972 la paciente en mención presentaba un estado terminal de su demencia que a mi juicio la incapacitaba para actuar con responsabilidad en sus actos";

d) El médico especialista en psiquiatría, Roberto Serpa Flórez, en la misma audiencia referida, con relación al dictamen pericial rendido el 10 de mayo de 1972, en asocio del médico Luis Guillermo Ortiz González, respecto de la salud mental de María del Carmen Torres de Jiménez, dice: "... yo no ví a la paciente antes del dictamen, no podría decir por conocimiento directo ni examen psiquiátrico con fecha anterior al dictamen, cuál sería su estado mental anterior, sin embargo, teniendo en cuenta que la evolución de una enfermedad de esta clase es lenta generalmente y tiene un proceso de varios años de progresivo deterioro de las facultades intelectuales, el juicio, el sentido crítico, la capacidad de abstracción y también de la memoria, es de suponer con bastante verosimilitud y con bastante probabilidad, que la demencia arterio-esclerótica que le reconocimos en el dictamen del 10 de mayo de 1972, viniera desde varios años atrás. Por otra parte, teniendo en cuenta el certificado del doctor Villar que informa que desde marzo de 1971 ya había él diagnosticado un síndrome demencial y realizado el desfavorable pronóstico que trae consigo un caso de éstos, es muy probable que desde varios años atrás viniera en proceso de deterioro gradual que constituye la demencia arterio-esclerótica y senil. No obstante existe la posibilidad de que en los últimos años se hubiera agravado este deterioro demencial por una agravación de la hipertensión arterial que tenía la paciente en la fecha en que se dio el dictamen y de cuya evolución no hay constancia médica pero que agravaría y podría acelerar el progreso de la demencia. No es posible decir sino en forma aproximada desde cuando venía sufriendo la interdicta la demencia senil que la incapacita, pero, dada la lenta evolución usual de estos casos, podría ser de varios años. Quiero agregar que la demencia arterio-esclerótica es un proceso orgánico, es decir, lesional, irreversible, incurable y progresivo, pues lesiona las arterias cerebrales y las células cerebrales con lesiones irreparables". A una pregunta del apoderado del demandante, sobre "si teniendo en cuenta el certificado del doctor

Villar en que afirma haber venido tratando a la enferma María del Carmen Torres desde el 9 le marzo de 1971, y habiendo diagnosticado el síndrome demencial (que la incapacita para actuar con plena responsabilidad en los diferentes actos de la vida civil) podría afirmar si al elevar la escritura pública exactamente un año después o sea el 9 de marzo de 1972, el contrato que contiene dicha escritura sobre disposición de sus bienes, tendría alguna validez a la luz de esa incapacidad mental", contestó el deponente: "un estado de demencia arterio-esclerótica, o demencia orgánica en general, como se contestó en la pregunta anterior, produce tan serios trastornos en la inteligencia, juicio y memoria de la persona que la sufre, que lo incapacita para obrar razonablemente, y lo incapacita así mismo para darse cuenta críticamente de las consecuencias de sus actos y naturalmente y con mayor razón de los actos importantes para la vida civil, como por ejemplo firmar una escritura, otorgar un testamento, etc.". Y a una pregunta del apoderado de la demandada de "si una persona como ésta de que aquí se trata puede sin embargo tener un momento de lucidez aunque sea pasajero para realizar un acto de esos que usted menciona", contestó el testigo que "precisando términos, la palabra lucidez que emplea el Código Civil tiene un significado distinto en psiquiatría, pues se refiere a la lucidez del sensorio o la claridad del sensorio: más posiblemente la pregunta se refiere a la capacidad de crítica o la comprensión de las consecuencias del acto que realiza la persona demente en un supuesto momento de juicio crítico o pasajero. Siendo así puede decirse que las perturbaciones mentales mencionadas varias veces atrás son permanentes, graves y progresivamente severas, de tal manera que no existen momentos o intervalos durante los cuales la persona puede tener juicio crítico para realizar actos que requieren reflexión, capacidad de abstracción y que tengan importancia para la persona por sus consecuencias. Sin embargo, estas personas pueden realizar actos automáticos, tener conductas completamente reflejas aprendidas e incluso aparentar una fachada relativamente común en actos sociales, sencillos, conversaciones triviales, etc., pero, repito, en un estado demencial como el de la señora María del Carmen Torres de Jiménez, no existe ni por un momento juicio crítico, claro, que le permita realizar actos complejos y medir las consecuencias de ellos".

4. Los médicos Angel Octavio Villar, Luis Guillermo Ortiz González y Roberto Serpa Flórez, son personas especialmente calificadas por sus conocimientos científicos en Psiquiatría, sistema nervioso y enfermedades mentales, por lo cual, las exposiciones precedentes debidas a ellos, tienen el carácter de testimonios técnicos, conforme al artículo 227, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil.

El médico Angel Octavio Villar, en su declaración, reconoce un certificado por él expedido el 29 de marzo de 1972, sobre la salud mental de María del Carmen Torres de Jiménez, en el cual dejó constancia de que había examinado a la misma persona el 9 de marzo de 1971, con "un pronóstico severo de su enfermedad", la que dice confirmar, agregando que la paciente sufre un "síndrome demencial" (amnesia, desorientación en el tiempo y estado confusional) que "le incapacita para actuar con plena responsabilidad en los diferentes actos de la vida civil". Y tanto el médico Villar, como los médicos Ortiz González y Serpa Flórez, en sus testimonios, aluden a la fecha del 9 de marzo de 1971, en que aquél practicó un primer examen psiquiátrico a la dicha María del Carmen, para conceptuar que ésta, desde entonces, padecía alteraciones mentales, como consecuencia de trastornos orgánicos, vinculados a lesiones anatómico-cerebrales, que la incapacitaban en forma total para administrar y disponer de sus bienes, agregando que tales trastornos, eran resultado de una evolución de largos años y que eran incurables, progresivos e irreversibles. De la misma manera, que como la demencia padecida por María del Carmen se desarrollaba por fases, en la fecha del 10 de mayo de 1972, en que los médicos Ortiz González y Serpa Flórez, la examinaron en el proceso de interdicción judicial, la enferma se hallaba en la fase terminal de la evolución de la dolencia, y que la incapacidad total de María del Carmen "tentativamente podría fijarse en una anterioridad de dos a tres años a la fecha del cuestionado dictamen pericial producido en dicho proceso".

Estas conclusiones científicas autorizan y respaldan la inferencia judicial de que, si la incapacidad mental de María del Carmen Torres de Jiménez se inició dos o tres años antes del 10 de mayo de 1972, necesariamente, en la fecha del 9 de marzo anterior, cuando se otorgó la Escritura número 444, de la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga, la dicha María del Carmen era incapaz para comparecer como vendedora, puesto que ya se hallaba en estado de demencia.

3. El contrato de compraventa contenido en la cuestionada Escritura pública número 444, es nulo de nulidad absoluta, porque en su celebración intervino María del Carmen Torres de Jiménez, persona absolutamente incapaz, dado el estado de demencia en que se hallaba sumida en el momento mismo del otorgamiento de la dicha escritura. Así lo establecen los artículos 553, inciso 2º, 1504 y 1741, inciso 2º del Código Civil.

Debe accederse, entonces, a la primera súplica de la demanda, en la cual se solicita se declare la sobredicha nulidad. Y como, de acuerdo con el artículo 1746 ibídem, "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo", debe accederse también a las súplicas subsiguientes que tienden a la restitución del inmueble, con sus frutos.

En relación con la súplica de que la demandada carece de derecho para pedir la restitución del precio que se dice pagado en razón del contrato nulo, esta corporación interpretando los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, ha expresado: "Efecto natural y lógico de la declaración de nulidad de un contrato es el derecho de las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, mediante las restituciones recíprocas que deben decretarse por el Juez oficiosamente en la sentencia que reconoce y declara la nulidad. (Art. 1746). Esta regla general, fuera de lo estatuído sobre objeto o causa ilícita, tiene su excepción en el caso de que se haya contratado con una persona incapaz sin los requisitos establecidos por la ley en razón de tal incapacidad, porque entonces, aniquilado el contrato por sentencia judicial, no puede pedírsele restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato. La prohibición de pedir al contratante incapaz lo que recibió como prestación del contrato anulado deja de existir en cuanto se probare haberse hecho por esa causa más rica la persona incapaz (artículo 1747). Este caso excepcional tiene su fundamento en el principio general de equidad que prohibe el enriquecimiento sin causa y se ilustra con los ejemplos del código sobre el modo como ha de entenderse el enriquecimiento". (XLV, 831).

En la ocurrencia de autos, se tiene que la suma de pesos fijada como precio de la compraventa celebrada por medio de la Escritura 444 ingresó al patrimonio de la vendedora, por lo cual ésta se hizo más rica con los valores que integran dicho precio, el cual se pretende retener por la parte demandante, de acuerdo con la súplica final del libelo. De acuerdo con el artículo 1747 ibídem, por tanto, para evitar el enriquecimiento sin causa, la vendedora deberá devolver a la compradora la suma de $ 48.000.00, con sus intereses, que recibió en dinero efectivo, y en cuanto a la suma de $ 62.000.00, que fueron dejados en poder de la última, para cancelar una deuda a su favor, quedará esta deuda como si no hubiera existido el contrato nulo, esto es, vigente en las relaciones jurídicas de la interdicta María del Carmen Torres de Jiménez y Myriam Roa Torres.

El a quo accedió a todas las súplicas del libelo, inclusive a la última en la cual se solicitaba que se denegase la restitución a la compradora de lo recibido por la vendedora a título de precio. Con excepción, pues, de ésta se confirmará lo resuelto por el juez.

Las costas de ambas instancias serán de cargo de la demandada y no las habrá en el recurso de casación.

Decisión

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en mérito de lo dicho, administrando justicia en nombre de la

República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 12 de septiembre de 1974, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga; CONFIRMA los puntos 1º, 2º, 3º y 4º, de la parte resolutiva de la sentencia de 5 de junio del mismo año del Juzgado Segundo Civil del Circuito de la ciudad dicha; REVOCA el punto 5º de la misma y además,

Resuelve:

a) Myriam Roa Torres restituirá a María del Carmen Torres de Jiménez, una vez ejecutoriada esta sentencia, el inmueble que relaciona la Escritura pública número 444, de 9 de marzo de 1972, de la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga, y también los frutos que hubiera podido producir desde la fecha en que lo recibió;

b) María del Carmen Torres de Jiménez devolverá a Myriam Roa Torres la suma de $ 48.000.00, que recibió como parte del precio estipulado en el contrato de venta que se declara nulo, lo que hará con sus intereses a la tasa legal desde el 9 de marzo de 1972;

c) En las costas de ambas instancias se condena a la demandada y sin ellas en el recurso de casación;

d) Regístrese esta sentencia en la oficina respectiva de Bucaramanga.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín A. Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

SOCIEDAD DE HECHO

La declaratoria de nulidad tiene sólo efectos futuros. — Diversas clases de aportes.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 15 de septiembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario instaurado por Luis Alfonso Rave frente a Rosalba Alarca Gaviria.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 13 de mayo de 1974, que en repartimiento correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, el citado Luis Alfonso Rave demandó a la mentada Rosalba Alarca Gaviria, en procura de que, previos los trámites del proceso ordinario, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que se declare la existencia entre ellos de una sociedad de hecho, de "las modalidades y características concretadas en la parte narrativa de este escrito";

b) Que se diga que durante la existencia de la sociedad dicha, ésta adquirió los bienes que la demanda discrimina "y que están radicados en cabeza de los integrantes de la misma";

c) Que, consecuencialmente, se ordene la disolución y liquidación del patrimonio social entre los dos socios, observando en la liquidación dicha "las normas que el ordenamiento adjetivo señala" al efecto; y

d) Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

En subsidio de las tres primeras súplicas anteriores, solicitó el demandante las siguientes dos declaraciones, a saber:

a) Que la demandada, "por razón de la actividad, trabajo y desarrollo de la capacidad personal del demandante", adquirió los bienes que en la demanda se relacionan y especifican; y

b) Que, como consecuencia del pronunciamiento anterior, se condene a la demandada a entregar a su demandante, dentro del término que en la sentencia se señale, la cuota parte que de dichos bienes corresponda a éste, "en la cuantía que su despacho" indique.

2. Como hechos constitutivos de la causa petendi el demandante invocó, en síntesis, los siguientes:

a) Que hace "cerca de 8 años", cuando él solamente poseía como activo un derecho de $ 20.000.00 radicado en un inmueble que se le había adjudicado en la sucesión de su padre, entró a convivir con Rosalba Alarca Gaviria, con quien resolvió unir sus capacidades de trabajo y aunar sus esfuerzos, "ante todo con la finalidad de levantar un patrimonio común, que redundara en beneficio de ambos";

b) Que durante el lapso de la convivencia, que se extendió desde 1967 hasta principios de 1974 en que la demandada en forma intempestiva abandonó "su calidad de compañera del demandante", y pretendió apropiarse de todos los bienes sociales, por la común actividad de los asociados, éstos realizaron muchos negocios que les produjeron beneficios de orden económico;

c) Dice el demandante que en 1967, mediante el esfuerzo de ambos, con un préstamo que les hizo el Banco Central Hipotecario construyeron un edificio de tres plantas sobre el lote ubicado en la calle

81-A con carrera 55-A de Medellín, previamente adquirido por ambos, aunque, "por conveniencia mutua", dicho lote "resultó a la postre escriturado a la demandada";

d) Que terminada la referida edificación, en la cual intervino decisivamente el demandante con su esfuerzo, dedicación y trabajo, fue permutada por el establecimiento comercial denominado "Club El Dorado", situado en el Municipio de Bello; que este establecimiento fue luego vendido por suma determinada, precio que, sumado a un préstamo obtenido personalmente por Rave, sirvió a los consocios para comprar en común los siguientes derechos: la mitad de la finca "El Edén", ubicada en el paraje "Malabrigo" de la jurisdicción municipal de Caramanta; y la mitad de otra finca situada en el paraje "El Alvarado" del Municipio de Copacabana;

e) Que sin embargo de que fue la demandada quien pagó las cuotas respectivas, "en razón de que era ella quien administraba el patrimonio común", en el año de 1973 los dos adquirieron "un billete de la lotería extraordinaria de navidad, el cual resultó favorecido en el sorteo respectivo" y les reportó ganancia de $ 900.000.00;

f) Con parte del producto de ese golpe de suerte, dice el demandante que por gestión suya adquirieron los socios en 1974 la propiedad de un edificio en la ciudad de Medellín, el que después de reparado, lo dieron en arrendamiento a Juan Montoya por un cánon mensual de $ 15.000.00;

g) Que con el producto de la actividad común de los dos hicieron, mediante intervención directa del concubinario, varios préstamos a personas diferentes, obteniendo así intereses de las sumas mutuadas, réditos que ingresaron al patrimonio social; y

h) "Por lo dicho hasta el presente, —reza la demanda en su hecho 7º— tanto la demandada como el suscrito demandante persiguieron, desde un principio, fines comunes, una asociación de esfuerzos, hasta el punto de adquirir un patrimonio respetable, que no habría podido alcanzarse por el simple esfuerzo individual".

3. Oportunamente la demandada contestó la demanda oponiéndose a los pedimentos de su demandante.

En cuanto a los hechos afirmados por éste, salvo el atinente al concubinato, el cual aceptó, la demandada negó todos los demás. Expresó, de consiguiente, que "a partir del 23 de enero de 1968, inició una comunidad de lecho con el actor Rave, en una vivienda ubicada al margen de la Avenida del Ferrocarril de esta ciudad de Medellín"; agregó, sin embargo, que dicha unión jamás tuvo por finalidad "crear un patrimonio común o levantar una empresa con miras a la creación de bienes o servicios, materia de especulaciones económicas"; y que los bienes referidos en la demanda fueron adquiridos exclusivamente por ella, sin que en sus negocios hubiera actuado, como socio, su demandante.

En esa misma oportunidad la demandada propuso las excepciones que denominó "inexistencia de la obligación o carencia de acción", "ilegitimidad en la personería sustantiva del actor", pago, compensación y prescripción.

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 14 de abril de 1975, mediante la cual resolvió el litigio así:

Reconoció la existencia de sociedad de hecho entre los querellantes; declaró como bienes sociales "los valores de la edificación y de las mejoras, sobre los inmuebles" que allí determinan; dispuso el avalúo pericial de ellos; decretó la disolución y ordenó la liquidación de la sociedad reconocida, lo que "se hará mediante la aplicación de las normas procedimientales pertinentes"; y finalmente condenó a la demandada a pagar el 50% de las costas procesales causadas en la instancia.

5.- Por virtud de apelación interpuesta por las dos partes contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en fallo pronunciado el 15 de septiembre de 1975, tomó las siguientes decisiones:

Confirmó los ordinales 1º, 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, o sea los atinentes a la declaración de existencia de la sociedad de facto, al decreto de disolución y liquidación de ella y a la orden de avalúo de los bienes sociales; revocó las otras dos resoluciones contenidas en dicho fallo y en su lugar dispuso: a) que como la sociedad reconocida existió "entre el mes de enero de 1968 y la fecha de

la presentación de la demanda", el patrimonio social está integrado por los bienes adquiridos durante su existencia "por cualquiera de los dos concubinos, y que al tiempo de la demanda les pertenecieren, deduciéndose a dicho acervo, el pasivo y la suma de $ 1.240.00 a favor de la demandada, como parte del precio pagado por ella, con antelación a la formación de dicha sociedad"; y b) que las costas causadas en las dos instancias del proceso las debe pagar la demandada.

II

Motivación del fallo impugnado

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y el trámite de las instancias, el ad quem inicia el examen de los medios de prueba aducidos, para inferir, con apoyo en ellos, que sí existió sociedad de hecho entre los sujetos aquí querellantes, "paralela a las relaciones extramaritales indubitables habidas y admitidas por ellos mismos".

En el proemio de las motivaciones de su fallo, advierte el Tribunal, sin embargo, que para arribar a dicha conclusión no hay "necesidad de relacionar los documentos aportados con el fin de demostrar que los actos que en ellos se contienen, fueron realizados en la época de la convivencia de los litigantes"; y que al efecto contrae su examen a "los restantes elementos probatorios".

2. Refiriéndose singularmente a la adquisición del lote de la calle 61-A de Medellín y a la construcción que sobre él se hizo, dice el sentenciador que de las declaraciones rendidas por Enrique Arismendy Gómez, Fernando Mesa Gómez, José Miguel Jiménez, Alberto Baena y Luis Alvarez Pérez, "se colige que para todos ellos el cuestionado inmueble era tanto de Alarca como de Rave, pues pese a que quien figuraba como dueña era ella, para todo negocio o actividad quien asumía la calidad de dueño o condueño lo era Rave, ya disponiendo lo relativo a la construcción, a su arrendamiento o a su venta, pues que con todos ellos fue él quien trató, limitándose la señora Alarca, diciéndose esposa de Rave, a firmar la escritura de venta... Para la Sala esos actos, así acreditados, revelan actividad económica paralela a las relaciones extramatrimoniales con miras a incrementar el patrimonio".

Y agrega el sentenciador, luego de ponderar la prueba testimonial, que no le queda duda "que por razón de la ocupación principal de Rave, que era la de contratista de pequeñas construcciones, éste instó a su concubina a conseguir los préstamos para librar el lote, y para construir sobre el mismo, como en efecto aparece demostrado que se realizó bajo su dirección entre 1968 y 1969, edificio y lote que fue vendido en julio de 1971, dejando un saldo" que luego se empleó para adquirir el "Club El Dorado"; y que después de vendido éste, por iniciativa del demandante se adquirieron derechos en las fincas Copacabana y Caramanta.

De todo lo cual dice, apoyando su acerto en la declaración de Darío Correa Díaz y en el contenido de "los distintos testimoniantes", que la actividad común desplegada por los amantes en sus negocios permite considerar "el patrimonio de Rave y la Alarca de ambos, pese a que quien figuraba en todos los actos jurídicos aducidos al plenario, fuera ella únicamente".

3. Aludiendo al billete de la lotería que resultó premiado y al empleo del correspondiente dinero recibido, también lo toma el Tribunal como actividad que se realizó por cuenta y en nombre de la sociedad. Dice, en efecto, que a más de la numerosa prueba testimonial, tales hechos son reconocidos como ciertos por la propia demandada.

Al punto expresa que "en adición a la fuerza indicativa de la realidad de esa sociedad patrimonial que acusan los hechos enunciados, cobran su fuerza los constituidos por el hecho de ir ambos a gestionar la consignación del premio de la citada lotería, como lo atestigua el propio gerente del Banco, doctor Hugo Salazar, el hecho de autorizar a Rave para igualmente girar sobre la cuenta corriente abierta sólo a nombre de Rosalba, lo que en su monto, con un depósito cuantioso a disposición, demuestra esa ilimitada confianza que surge de la existencia de relaciones sexuales".

Y agrega que todo "ello se corrobora con los incidentes y hechos correlativos a la inversión del producto de la lotería, en el inmueble de que da cuenta la Escritura

264 de 28 de enero de 1974... y con la otorgación de dineros en mutuo a distintas personas, créditos en los que, en parte, figura Rave como acreedor o propictario, quien estudia a los distintos deudores en su honorabilidad y responsabilidad", todo lo cual, dice el Tribunal, "revela esa concurrencia de actividades encaminadas a obtener rentas de los bienes sociales, pese a que solo figuraran en cabeza de ella".

Añade que además, según la prueba documental visible al folio 12 del cuaderno número uno, el demandante contribuyó a pagar el arrendamiento de la casa donde vivía con su amante, lo que "igualmente indica comunidad de intereses, pues que se responsabilizan como arrendatarios por el pago del mismo local ocupado por ellos, como comunidad de goce, disfrute e igualmente de reponsabilidad en el pago del cánon pertinente".

4. Finalmente, con cita de alguna jurisprudencia de la Corte en el punto, el sentenciador determina los presupuestos de hecho indispensables para que la justicia declare la existencia entre concubinos de una sociedad de facto; elementos que estima justificados en el presente caso.

"Para la Sala —dice— es nítida la actividad del demandante, con miras a obtener un aumento patrimonial y a la producción de frutos civiles, mediante la construcción en el lote que había adquirido la demandada y sobre el que ésta únicamente había pagado, antes de su unión, una mínima parte, para lo cual era obvio que había que acudir, además de su propio esfuerzo personal, a la consecución de financiación adecuada a cuyo efecto se realizan los mutuos con garantía hipotecaria, de que dan cuenta las escrituras citadas, todas fechadas con posterioridad a la época de iniciación de las relaciones extramatrimoniales entre ellos y antes de su terminación".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandada. En su respectiva demanda le formula dos cargos, ambos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar y despachar en el orden en que vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de ser indirectamente violatorio, por aplicación indebida, de los artículos 2079, 2081, 2083, 2094, 2096 y 2141 del Código Civil; y de los preceptos 1502, 1524, 2082 ibídem y 2º de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación, a causa del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba.

2. En desarrollo del cargo el censor, después de extractar el contenido de las normas legales que estima infringidas con la sentencia que impugna, concretando el yerro de hecho que denuncia asevera que éste consiste "en que el sentenciador ordenó la liquidación y partición del caudal social, a imitación de las sociedades conyugales, es decir, en dos cuotas iguales, sin estar pericialmente justipreciado el aporte del señor Luis Alfonso Rave ni el de su socia".

"La conclusión a que llegó el fallador —dice el censor— de repartir por igual, luego de las deducciones del pasivo y de $ 1.240.00, por causa del error comentado es abiertamente contraevidente a la realidad fáctica establecida", pues que supuso la existencia de un dictamen pericial "que imponía dividir por mitades el haber social".

3. Continuando en el desenvolvimiento de esta censura, expresa el impugnador que si la industria, servicio o trabajo apreciable en dinero es legalmente materia de aporte a una sociedad, de ello no puede inferirse que la aportación de dicha especie "otorgue derecho a la mitad de la masa partible, pues, para fijarla, es menester apreciarla en dinero y relacionarla, como es obvio, con la valoración pecuniaria que se haga de toda la masa partible".

Añade el censor que si en el caso de este proceso no se avaluó el aporte del demandante ni el de la demandada, "por medio de la prueba pertinente, mal podría el sentenciador, calificar cuantitativamente por mitades, el reparto".

Se considera

1. Tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia que la sociedad de hecho, ora sea la que se forma por virtud de un consentimiento expreso, o ya la que se origina en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resulta del consentimiento implícito de las actividades realizadas en común, es una sociedad nula.

Ha agregado, empero, que siendo la sociedad un contrato de ejecución sucesiva, la entidad que de éste resulta, a pesar de haber nacido con vida viciada entra en relaciones jurídicas, adquiere derechos, y contrae obligaciones, obtiene ganancias y pérdidas, y que por eso no es posible aplicar a dichas situaciones rígidamente el principio de la nulidad para deshacerlo todo. Dice que la nulidad de la sociedad de hecho no tiene efecto retroactivo sino futuro, una vez declarada la irregularidad; que no puede afectar los derechos de terceros de buena fe que hayan contratado con ella; ni que a éstos les es posible alegarla para exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones.

Con fundamento en estos principios el legislador colombiano consagró, mediante los artículos 2083 del Código Civil y 505 del Código de Comercio hoy vigente, el derecho de cada uno de los socios de una sociedad de facto para pedir su liquidación, a fin de que se paralicen las actividades sociales, se liquiden sus operaciones anteriores y retire "lo que hubiere aportado", adicionado con la parte proporcional de las ganancias si la sociedad fue próspera, o disminuido en la proporción correspondiente a las pérdidas, en caso contrario.

2. De acuerdo con las normas legales regulativas de su trámite (Título XXXI, Libro Tercero del C. de P. C. y Capítulo IX, Título I, Libro Segundo del C. de Co.), el proceso seguido con la finalidad indicada puede representar dos etapas, cada una de ellas con objetivos propios: la primera, que constituye un proceso declarativo, tiene por objeto único discutir y resolver si existe la sociedad de hecho para declararla y ordenar su liquidación; y la segunda, que asume el carácter de ejecución de la sentencia del contenido dicho, busca determinar precisamente cuáles son los bienes partibles y cuál el monto de lo que a cada socio corresponde.

Por consiguiente, cuando el referido proceso no ha salido de su etapa puramente declarativa, sólo procede decidir las pretensiones de la demanda concernientes a la declaración de existencia y disolución de la sociedad de hecho y al decreto consecuencial de liquidación, correspondiendo dejar para la etapa subsiguiente, si la sentencia es estimativa, lo relativo a la concreción del pago de aportes, a fin de no festinar los trámites legalmente debidos.

3. En absoluta consonancia con los anteriores principios doctrinarios el Tribunal de Medellín, después de haber considerado que entre los sujetos de esta litis existió una actividad común que tendió, con la unión de sus trabajos y esfuerzos, a la explotación de una empresa creada por ellos para obtener ventajas económicas, reconoció la existencia de la sociedad de hecho deprecada en la demanda; declaró que dicha sociedad quedaba en estado de disolución y ordenó la liquidación de los bienes sociales "mediante la aplicación de las normas procesales pertinentes"; y dispuso que ellos se avaluaran.

En ninguna parte de su fallo, ni en la motiva ni en la dispositiva, dijo pues el sentenciador aú quem que los bienes sociales debían repartirse "por partes iguales" o en proporción concretamente determinada en cuantía alguna, entre el demandante y la demandada. Y siendo ello así, como en realidad lo es, al golpe advierte la Corte que el cargo, montado sobre la creencia de haberse ordenado repartir el patrimonio social en proporción determinada, cae en el vacío; y que por no corresponder la censura al contenido real del fallo impugnado, aquélla resulta claramente infundada y por ende improcedente.

Se rechaza pues el cargo.

Cargo segundo

1. Denúnciase en él violación indirecta, por inaplicación, de los artículos 749, 756, 759, 826, 1857 y 1880 del Código Civil; y de los preceptos 2079, 2081, 2083 y 2095 ejusdem, por aplicación indebida, a causa del error de derecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas.

El censor denuncia, como violación medio, la de los artículos 251, 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil.

2. Estima el recurrente, y en ello funda el error de derecho que acusa, que si la sociedad de hecho se inició en enero de 1968 "con aportes consistentes en un derecho real de herencia y de un inmueble, por parte de actor y demandada respectivamente", erró el sentenciador al reconocer su existencia, puesto que, dice, falta en el proceso la escritura pública registrada que, según los preceptos cuya inaplicación denuncia, es prueba única para acreditar la tradición de inmuebles, o de derechos reales constituidos sobre éstos.

Se detiene el censor en el análisis del aporte como requisito esencial del contrato de sociedad, y en sus especies; afirma que cuando la aportación dicha consiste en derechos reales "debe constituirse por medio de escritura pública inscrita".

"La necesidad imperiosa de pactar el importe —expresa— arranca del hecho de que para llenar los fines que se tuvieron en vista al comenzar la sociedad, ésta necesita de un patrimonio propio que se va nutriendo, no con cualquier clase de bienes que adquieran los socios, sino con aquéllos que tengan nexo causal con la sociedad. Si cada una de las partes no se obliga a efectuar aporte, en la forma prevenida por la ley, y es considerada, en cambio, para los efectos del reparto de utilidades, no hay sociedad a su respecto; no es socio".

3. Rematando la formulación del cargo, asevera el recurrente que erró de derecho el sentenciador al atribuir a la prueba testimonial y a la documental que discrimina, virtualidad suficiente para demostrar la existencia de la sociedad de hecho, pues, añade, por tratarse de especiales aportes dichas probanzas no son idóneas para justificarlos.

Se considera:

1. Tomando por punto de partida la preceptiva legal pertinente, ha dicho la doctrina que la aportación, como elemento que es de la esencia de la sociedad y que consiste en lo que cada socio entrega para formar el capital de ésta, puede ser de tres clases, a saber: a) aporte en dinero; b) aporte en especie; y c) aporte en industria. Corresponde al primer grupo el que se hace en dinero efectivo; es de la segunda clase el que consiste en toda cosa comerciable (distinta del dinero) capaz de prestar alguna utilidad, como los créditos, las cosas muebles o inmuebles, etc.; y pertenece a la tercera clase la industria o trabajo personal de un asociado. No hay inconveniente legal alguno, empero, para que en la constitución de la sociedad se combinen las aportaciones en dinero, en especie y aún en industria.

2. El contexto de la sentencia impugnada permite inferir en forma inequívoca que en el caso sub judice el ad quem, para dar por establecida la sociedad de hecho cuya existencia declaró, estimó que el aporte del demandante a ella consistió en su industria o trabajo personal, del cual dice fue factor determinante en la creación y aumento del capital social cuyo repartimiento busca.

Refiriéndose a la construcción y administración del edificio de la calle 61-A, que encontró realizadas con el trabajo y esfuerzo de los dos socios, dijo en efecto el sentenciador que "esos actos, así acreditados, revelan actividad económica paralela a las relaciones extramatrimoniales con miras a incrementar el patrimonio"; agregó, aludiendo a la compra del billete de lotería, a la inversión del producto del premio y a las operaciones de mutuo con interés, actos en los que encontró la participación del demandante, que todo ello "revela esa concurrencia de actividades encaminadas a obtener rentas de los bienes sociales, pese a que sólo figuraran en cabeza de ella"; y analizando el alcance que dio al hecho de que el actor pagara en parte los arrendamientos causados por la común vivienda, dice que también él "indica comunidad de intereses, pues que se responsabilizan como arrendatarios por el pago del mismo local ocupado por ellos, como comunidad de goce, disfrute e igualmente de responsabilidad en el pago del canon pertinente".

Si, pues, el aporte que el fallo reconoce hecho a la sociedad por parte del demandante consiste en su industria o trabajo personal, y no en el derecho de dominio sobre inmuebles o de derechos reales constituidos sobre éstos, se impone aceptar que para darlo por establecido no se requiere de prueba especial, o sea de escritura

pública debidamente registrada. Y siendo ello así, a más de que el artículo 498 del Código de Comercio consagra libertad probatoria para demostrar la sociedad de hecho, cabe concluir afirmando que no existe el error de derecho que el censor le enrostra al Tribunal en la apreciación de la prueba tendiente a demostrar los aportes de los asociados.

El cargo resulta entonces infundado.

IV

Decisión

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha quince (15) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo de la recurrente.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Arizo, Secretario General.

QUEJA

Interés para recurrir en casación en proceso de pertenencia.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide la Corte el recurso de queja introducido por la entidad "J. & F. Montoya Soc. Ltda.", quien fue opositora en este proceso de pertenencia instaurado por Darío Forero Pinilla y otros.

I

Antecedentes

1. En escrito de 14 de febrero de 1973, Darío y Jorge Forero Pinilla y Deogracias Sintura solicitaron al Juzgado Civil del Circuito de Chocontá que los declarara dueños, por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, del inmueble denominado "La Unión", con cabida aproximada de 600 fanegadas, ubicado en las veredas de "Teusaquirá" y "El Hatillo", de la jurisdicción municipal de Suesca y comprendido dentro de las específicas alindaciones que la demanda consigna.

Afirmaron los demandantes, como fundamentos fácticos de su pretensión, que desde hace más de 20 años vienen poseyendo el inmueble referido, en forma pública, pacífica e ininterrumpida, sin reconocer dominio ajeno y realizando en él actos de señores y dueños.

2. Admitida la demanda, y por cuanto en ésta no se indicó a persona determinada alguna como demandado, el Juzgado ordenó emplazar "en legal forma a las personas indeterminadas" que se creyeran con derecho sobre el inmueble.

Surtido que fue el emplazamiento, ese mismo juzgado designó curador ad litem a las personas indeterminadas que hubieran podido hacerse parte en el proceso": y, además, admitió la oposición que a la solicitud de pertenencia formuló entonces, por conducto de su representante legal, la entidad "J. & F. Montoya Soc. Ltda.".

Fundó ésta su oposición en la cardinal afirmación de que es ella la propietaria del inmueble que los demandantes pretenden haber adquirido por usucapión, puesto que lo había comprado a Jesús Montoya Vélez según Escritura número 3944 de 20 de agosto de 1966, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá.

3. Adelantado así el proceso con la intervención del curador ad litem designado y de la entidad opositora, el Juzgado, después de haber decidido negativamente las excepciones previas propuestas por ésta, de practicar las pruebas solicitadas por ella y por los demandantes, y de haber agotado todo el trámite correspondiente, pronunció su sentencia de 31 de marzo de 1975.

En tal providencia declaró a favor de los demandantes la propiedad que éstos deprecaron en su demanda: estimó, y así lo decidió, "infundada la oposición" presentada por la sobredicha sociedad; y ordenó, para el caso de que no se apelara, consultar su fallo.

4. Ciertamente, esa sentencia no fue apelada ni por el curador ad litem ni por la sociedad opositora; entonces subió en consulta al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, al decidir el grado, la confirmó en todas sus partes mediante providencia proferida el 9 de enero del año siguiente.

5. Contra la sentencia del Tribunal la entidad opositora a la declaración de pertenencia interpuso oportunamente el recurso de casación, que el ad quem, por auto de 9 de

marzo de 1976, no concedió, al considerar que como la recurrente extraordinaria no había apelado del fallo de primer grado, carecía de legitimación para impugnar el de segundo, que fue confirmatorio de aquél.

Pedida que fue oportunamente la reposición del auto anterior, el Tribunal, apoyándose jurídicamente en la preceptiva del artículo 369 del Código de Procedimiento Civil, la denegó; en consecuencia ordenó expedir las copias que estimó pertinentes para efectos del recurso de queja interpuesto subsidiariamente.

6. Dentro de la oportunidad prevista para el caso por el artículo 378 ibídem, la parte interesada ha presentado a esta corporación la solicitud de que se le conceda el recurso extraordinario por ella interpuesto, acompañando al respectivo libelo la copia de las piezas procesales ordenadas, expedidas por la Secretaría del Tribunal ad quem.

7. Asevera la recurrente, a intento de que se acoja su pretensión, que no obstante no haber apelado la sentencia que le fue desfavorable no ha perdido el derecho a impugnar la que confirmó aquélla, pues que, añade, la confirmación fue el resultado de una consulta concedida "para defender los intereses de las personas no demandadas como persona determinada, que exprofeso no insten la segunda instancia mediante la apelación ante la existencia del recurso de consulta que forzosamente debe tramitarse y decidirse".

Y agrega que "la consulta procede precisamente cuando la sentencia no ha sido apelada y procesalmente es una verdadera apelación establecida en interés de la ley y por su ministerio, para que el superior revise el proceso y de este modo se favorezcan las personas en cuyo beneficio se ha establecido, como son las personas no demandadas directamente en el juicio de pertenencia, pues que de haberlo sido, no estarían amparadas por la consulta y forzosamente tendrían que haber apelado, para recurrir en casación".

Consideraciones de la Corte

1ª Dentro de la teoría del derecho procesal es hoy verdad averiguada que, para recurrir en casación, no es bastante que quien interpone este recurso extraordinario sea parte en el proceso, sino que se requiere además que el recurrente sufra perjuicio con la sentencia que así impugna.

El agravio que el fallo causa a la parte recurrente, es precisa e invariablemente lo que determina el interés en recurrir; interés este que, como presupuesto integrante de la legitimación para impugnar en casación, lo consagra positivamente la ley Colombiana, tal cual se infiere inequívocamente de la preceptiva contenida en los siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil:

a) El 365 al señalar, como fin secundario de la casación, el de procurar la reparación de "los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida";

b) El 366 al determinar la procedencia del recurso, "cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de cien mil pesos"; y

c) El 369 in fine, al preceptuar que "no podrá interponer el recurso, quien no apeló de la sentencia de primer grado, ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando la del Tribunal haya sido exclusivamente confirmatoria de aquélla".

2ª Fluye de lo anterior, como obvia y lógica consecuencia, que carece de interés para recurrir en casación una sentencia el litigante que por acogimiento de sus pretensiones no sufre con el fallo agravio o perjuicio alguno; y el que, habiendo recibido lesión patrimonial con éste, renuncia sin embargo expresa o implícitamente a su propio interés al consentir la providencia que le es desfavorable.

Hablando del interés para recurrir en casación, dice el maestro Manuel De La Plaza que "puede ocurrir, como hemos visto, que existiendo inicialmente interés, haya desaparecido, por el aquietamiento ante las resoluciones de la primera instancia (asentimiento tácito), o por actos de expreso pronunciamiento a los del proceso, que nos constriñen a estar y pasar por una situación que hemos creado irrevocablemente" (La Casación Civil, pág. 361, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid).

3ª A fin de tutelar los derechos de ciertas personas, la ley de enjuiciamiento civil Colombiana (Art. 386 C. de P. C.) ha establecido, frente a determinadas sentencias

de primera instancia, el excepcional grado de consulta, cuando dichos fallos son adversos a esas personas. Lo cual significa que la sentencia consultable, a pesar de que no se impugne, no adquiere firmeza ni es por ende coercible hasta tanto que el superior, en ejercicio de la competencia funcional que así se le atribuye, no la revise oficiosamente y tome las correspondientes decisiones, sin olvidar la prohibición de la reformatio in pejus.

Sin embargo de que la consulta, por expreso mandato de la ley, "se tramitará y decidirá por el superior en la misma forma que la apelación", no puede decirse que sea propiamente un recurso de alzada: la consulta se asimila a la apelación por su trámite y decisión, es cierto, pero se diferencia porque no proviene de la parte perjudicada, que es nota esencial en todo recurso. Es la consulta, como se ha dicho, "una apelación oficiosa".

Uno de los casos en que, según el precitado artículo 386, procede la consulta, es el de las sentencias de primera instancia "que fueren adversas a quien estuvo representado por curador ad litem". Lo cual significa que el segundo grado de competencia funcional excepcional referido no se concede a favor de las personas que estuvieron presentes en el proceso directamente, o por conducto de su representante legal o convencional, quienes, por lo mismo, pudieron ejercer allí su derecho de defensa y dentro de éste singularmente la impugnación, al través de apelación, de la sentencia de primer grado que les causó agravio patrimonial.

4ª De acuerdo con las normas regulativas del trámite del proceso de pertenencia, ya sea que la demanda con la cual se inicia señala persona concreta como demandado, o que no designe a ninguna, lo que ocurre cuando no figura titular de derecho real principal sobre el inmueble que se pretende usucapiar, el auto admisorio debe disponer el emplazamiento de las "personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien", a fin de que se presenten oportunamente a formular oposición dentro de los diez días siguientes a la fecha en que quede surtido el emplazamiento, o aun después, en cualquier estado del proceso.

Para completar la garantía del emplazamiento de las "personas indeterminadas", dispone la ley que una vez perfeccionado éste se les designa a ellas curador ad litem, "quien ejercerá el cargo hasta la terminación del proceso", lo que implica que muy a pesar de que se presenten opositores y sean admitidos como tales, el citado curador continúa en sus funciones, pues está representando a los posibles interesados ausentes, pero no a los opositores que han comparecido al proceso. Y así puede ocurrir, como acontece en el caso presente, que al proceso se adelante con el demandante, con el opositor u opositores que se presenten antes de proferir sentencia y con el curador ad litem.

De esta suerte se impone afirmar que la consulta de la sentencia que en tal caso acoja las pretensiones de la demanda, ordenada por el numeral 11 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, lo es exclusivamente a favor de quienes pudiendo haberlo hecho, no se presentaron al proceso a hacer valer sus posibles intereses y por ello continuaron representados por el curador ad litem; y no en favor de opositores que, por estar presentes allí, pueden apelar la sentencia que les resulte desfavorable. Si así no lo hicieren, su silencio significa que consienten la resolución adversa, la cual por tanto se torna intocable por el juez que conoce la consulta establecida en garantía de otras personas, o sea de los posibles interesados que no han concurrido al proceso.

5ª En el caso sub judice la entidad hoy recurrente, no obstante no haber sido concretamente demandada, oportunamente compareció al proceso, en el cual, a más de haber formulado sin éxito excepciones previas, presentó oposición a la demanda de pertenencia, alegando ser dueña del bien objeto de la litis.

Tal oposición, como quedó visto, fue estudiada en la sentencia de primera instancia y expresamente rechazada al considerarla el a quo carente de fundamentos; y como frente a esa resolución la opositora guardó silencio absoluto, su conducta significa que implícitamente la consintió al no apelarla y que el fallo, en lo atinente a esa específica decisión, alcanzó ejecutoria desde entonces.

En estas circunstancias, tiene cabal aplicación la preceptiva contenida en la parte final del artículo 369 del Código de Proce-

dimiento Civil, frente a la parte que, habiendo comparecido al proceso desde su primera instancia, no impugnó sin embargo la sentencia para ella desfavorable que allí se pronunció. La conformidad del vencido con el fallo judicial de primer grado, priva a la misma parte de base adecuada para censurar en casación la sentencia confirmada.

III

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve:

1º Declárase que estuvo bien denegado el recurso de casación interpuesto en este proceso por la parte opositora a la declaración de pertenencia, contra la sentencia de 19 de enero de 1976 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2º Envíese esta actuación a dicho Tribunal para que forme parte del expediente respectivo.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.



VENTA POR CABIDA

Reitera Jurisprudencia.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 2 de diciembre de 1974, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso ordinario de Francisco Salazar Mejía frente a Jairo Gómez Ortiz.

Antecedentes. El litigio

1. Por medio de Escritura pública número 1927, de 23 de noviembre de 1973, celebraron un contrato de compraventa Salazar Mejía y Gómez Ortiz, de cuyo tenor resulta que el primero dijo vender al segundo un lote de terreno rural ubicado en jurisdicción del Municipio de Pereira, comprensivo de tres hectáreas y ocho mil cuatrocientos metros cuadrados (3 h. 8.400 mts.2.) de superficie, alindado como se indica en la precitada escritura, y por un precio total de $ 150.000.00 que el comprador quedó debiendo al vendedor.

2. En demanda que éste propuso contra aquél ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, para que se declarara que el demandado está en la obligación de aumentar el precio de compra fijado en el contrato, de acuerdo con la mayor cabida de terreno cogido por él, y además, en la de pagárselo en el plazo que fije la sentencia, salvo su derecho de aumentar proporcionalmente el precio o desistir del contrato, afirmó que el objeto primordial de éste fue el de hacer una venta del predio por cabida no el vender o comprar un lote encerrado por éste o aquellos linderos, y que el comprador, sin previa medición del terreno adquirido, tomó posesión de un lote de terreno mayor que excede en dos hectáreas y media más o menos del vendido, con lo cual, además de lesionar sus intereses "se extralimitó en los términos del contrato".

Con oposición del demandado se tramitó la primera instancia del proceso, a cuyo término el juzgado, por sentencia de 4 de septiembre de 1974, denegó las declaraciones solicitadas. El demandante apeló de este fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que conoció del recurso, confirmó la decisión dicha en sentencia de 2 de diciembre siguiente, contra la cual la misma parte interpuso casación.

Las razones del ad quem

1. El sentenciador considera que en la ocurrencia de autos se trata de establecer si la compraventa a que se refiere la escritura pública número 1927, de la fecha y procedencia citadas, se celebró con relación a la cabida que en ella se singulariza, es decir, si ésta fue el móvil determinante para establecer el precio, o si se fijó dicha cabida "por vía meramente ilustrativa" y la verdadera intención de los contratantes fue la de vender y comprar, respectivamente, el lote de terreno alindado como aparece en la sobredicha escritura.

2. Fijado este objetivo del proceso, trae a colación el concepto de algunos expositores de derecho civil y la doctrina de esta corporación sobre la sujeta materia en cuestión, y de estas diversas opiniones concluye "que la sola expresión de la cabida de un inmueble, cuando ella sea elemento

determinante para la fijación del precio, es factor suficiente para concluir que la venta se hizo por cabida, a menos que la intención de las partes aparezca claramente manifiesta en el contrato en sentido contrario, es decir, expresando que no obstante la fijación de la cabida y el precio por unidad de medida, las partes sólo han tenido la intención de vender y comprar cuerpo cierto".

3. En la misión que se traza el sentenciador de poner en claro la verdadera intención de los otorgantes de la Escritura 1927, dice que la parte demandante adjuntó al alegato de segunda instancia un documento que contiene una promesa de venta celebrado entre Salazar Mejía, como prometiente vendedor, y Gómez Ortiz, como prometiente comprador, respecto de un lote de terreno de seis cuadras de cabida, cada cuadra de ochenta metros cuadrados, tomados de la finca "Consota Hamburgo", que se medirá en el tiempo que acuerden las partes, teniendo en cuenta que todo su frente ha de lindar con la carretera y su centro con la quebrada Consota, para así ponerle los linderos especiales a la correspondiente escritura; y que el precio de la venta prometida es de $ 300.000.00.

Dice también que, según el apelante, "lo ocurrido en esta compraventa por cabida es de diaria repetición", puesto que Salazar Mejía vendió a Gomez Ortiz seis cuadras del predio, a $ 50.000.00 cada una, y que para no pagar muchos impuestos y para que la boleta de registro valiera menos, acordaron los contratantes fijar un precio de $ 150.000.00, pero que conservaron la cabida convenida de las seis cuadras al decir que se vendían tres hectáreas y 8.400 metros cuadrados. Advierte, empero, que este documento no puede tenerse como prueba ni que su contenido lo recoge la Escritura número 1927.

4. Refiriéndose el sentenciador a la prueba aducida al proceso, examina "los testigos citados por la parte demandada", Nelson Trujillo Cadavid, Omar Montoya, Jesús María Marulanda y Julio Enrique González Castaño, de los cuales discrimina que el primero declara "que entre Francisco Salazar y el señor Jairo Gómez se entabló una negociación según la cual este último compraba al primero un número determinado de cuadras de terreno. Se contrataron topógrafos para que efectuaran la medición del terreno. Se puso un precio de $ 50.000.00 por cuadra"; que el segundo "dice que el señor Jairo Gómez le compró un lote de terreno a don Francisco Salazar Mejía a razón de $ 50.000.00 la cuadra; que la negociación se hizo por seis cuadras, las cuales debían medirse... El negocio se hizo por la cabida del terreno, comprando cada cuadra a $ 50.000.00 y don Francisco iba a vender seis cuadras"; que el tercero "dice que él personalmente, en asocio del señor Julio González, midieron una tierra de propiedad de don Francisco Salazar, ubicada en la región de 'El Rocío', en este Municipio. Que el negocio sobre medición de la tierra lo hicieron con el señor Nelson Trujillo, con quien convinieron en medir seis cuadras que el señor Francisco Salazar le vendió al señor Jairo cuyo apellido ignora"; y que el cuarto manifestó "que rinde declaración sobre una venta que el señor Francisco Salazar le hizo al señor Jairo Gómez de una parcela ubicada en el paraje de 'El Rocío'. La medición del terreno la contrataron el testigo y el señor Marulanda con el señor Nelson Trujillo y un compañero de éste de nombre Omar". Pero que todos los testigos, continúa el sentenciador, declaran que el día que iban a otorgar la escritura de compraventa, los topógrafos llevaron los linderos del lote materia de la venta y un mapa a la Notaría, pero que el vendedor Salazar manifestó que no aceptaba los informes de aquéllos, que los linderos los daba él por una hilera de quiebrabarrigos o nacederos, por lo cual hubo necesidad de reformar los linderos que ya estaban dictando en la Notaría y aceptar los que sugirió el vendedor, y que por ello en la escritura constan los que Salazar dictó, y que consultado el comprador Jairo Gómez dijo que aceptaba la decisión del vendedor para evitar problemas y así quedó definida la situación.

El sentenciador deduce de estos testimonios "que la venta del lote de terreno objeto de controversia, se hizo en principio por cabida, es decir, en consideración a una cabida de seis cuadras a razón de $ 50.000.00 cada una, pero a última hora el señor Francisco Salazar no quiso aceptar los datos que iban a suministrar quienes midieron el terreno... y resolvió que vendía por una línea de quiebrabarrigos

que existe en el predio", lo cual fue aceptado por el comprador Jairo Gómez Ortiz "para evitar dificultades en el otorgamiento de la escritura", y además, que de esta manera se modificó la intención de las partes, y que "ésto es precisamente lo que demuestran las pruebas aportadas al proceso y lo que se deduce de la Escritura de compraventa número 1927 de 23 de noviembre de 1973, de la Notaría Primera de Pereira, en la cual no aparece que la expresión de la cabida hubiera sido el móvil determinante que indujo a las partes a contratar, pues los $ 150.000.00 que en la citada escritura aparecen estipulados como precio global del inmueble, no corresponden a una venta de seis cuadras (3 hect. y 8.400 mts.) a razón de $ 50.000.00 cada cuadra, que fue el negocio celebrado inicialmente". Continuando el Tribunal, expresa que el demandante dice que la venta se hizo en la suma de $ 150.000.00, pero que "sobre esta aseveración no existe prueba de ninguna naturaleza y por tanto, el juzgador tiene que atenerse a las estipulaciones consignadas en el instrumento público que recoge el contrato de compraventa", y finalmente dice que "la prueba aportada por la parte demandante" —diligencia de inspección judicial y dictamen pericial— "no conduce a desvirtuar el hecho claro demostrado por la parte demandada, es decir, que el contrato de compraventa que en un principio se acordó por cabida, fue modificado en el momento de otorgarse la respectiva escritura pública, en el sentido de vender cuerpo cierto y por linderos determinados".

Demanda de casación

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia, de los cuales prospera el primero.

Primer cargo

"Causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: artículo 1887 del Código Civil, por interpretación errónea y 1888 del Código Civil por falta de aplicación".

Estima el acusador que dadas las súplicas contenidas en la demanda incoativa del proceso y el haberse demostrado que el lote de terreno vendido tiene una superficie de 6 hectáreas 3.528.34 metros cuadrados, o sea una cabida mayor en 2 hectáreas 9.688.34 metros cuadrados, era menester la aplicación del mandato final del inciso 1º del artículo 1888 citado, que el sentenciador no hizo actuar porque, a su entender, en la Escritura 1927 no aparece que la expresión de la cabida hubiera sido el móvil que llevó a las partes a contratar, y de resultar de los testimonios "un cambio del rumbo de cabida a cuerpo cierto".

Explica el concepto del artículo 1887 del Código Civil y observa que "se puede vender un fundo como cuerpo cierto, como con relación a la cabida. Lo usual, regla general, es que se venda como cuerpo cierto. Lo excepcional es que se venda por cabida. ¿Cuándo se entiende que la venta se hace con relación a la cabida? La ley no exige fórmulas sacramentales. Siempre que aparezca esa intención. Y en términos tajantes declara que la venta es por cabida (se vende por cabida) siempre que la cabida se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que, excepción a la excepción, las partes declaren lo contrario (Art. 1887 C. C.)". Y agrega que "cuando se expresa la cabida la venta es con relación a la cabida, a menos que las partes declaren lo contrario".

En pro de su tesis, acude al primer proyecto de Código Civil del señor Bello, el señor Vélez, "cuyo texto —nota— fue curiosamente recortado en la transcripción hecha por el Tribunal", a la doctrina de la Corte expuesta en distintas épocas, y concluye diciendo que "la ley dispone que cuando se declara la cabida la venta es con relación a la cabida, salvo declaración en contrario. Aquí se vendieron seis cuadras desmembradas de un fundo mayor, que se tomaron en razón de la venta, y las partes jamás hicieron declaración de entender que para ellos sería irrelevante una discrepancia entre la medida declarada y la real. Era pues el caso de aplicar los artículos 1887 y 1888 del Código Civil, cuyo quebranto en la forma mencionada lleva a la casación del fallo para que, en instancia se revoque el proveído del juez y se dicte sentencia estimatoria".

Consideraciones de la Corte

1. De acuerdo con el artículo 1887: "Un predio rústico puede venderse con relación a su cabida, o como una especie o cuerpo cierto. — Se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato. — Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida. — Es así mismo indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total. — Lo mismo se aplica a la enajenación de dos o más predios por una sola venta. En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

2. Del precepto transcrito, resulta la regla general de que un predio rústico se vende como una especie o cuerpo cierto, y sólo excepcionalmente por cabida, cuando ésta se expresa en el contrato en una medida de superficie conocida. Se presume esta última por la mera mención de la cabida, pues, como advierte el cuestionado precepto "se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese en el contrato de cualquier modo". Pero como esta presunción es simplemente legal, se puede infirmar por la declaración de las partes, contenida desde luego en el contrato, de que no hacen diferencia en el precio del predio si la cabida real resulta mayor o menor que la cabida declarada.

3. En relación con el entendimiento del cuestionado artículo 1887 del Código Civil, la Corte en sentencia de 14 de junio de 1976, aún no publicada, expresó que como este precepto, "después de expresar cuándo se vende un fundo con relación a la cabida, preceptúa en su parte final que 'en todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto', fuerza es aceptar que esta forma, o sea la venta como cuerpo cierto, constituye la regla general; y que sólo por excepción se deben entender vendidos los predios rústicos con relación a su cabida". Y agrega la Corte, en la misma providencia, que de acuerdo con la preceptiva contenida en el inciso 2º del precitado artículo 1887, hay venta por cabida "siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato", a menos que las partes declaren que la cabida en nada influye en el precio convenido. De esta suerte, es pertinente afirmar que la norma en cita consagra la presunción de venta por cabida cuando en el pacto se señale precisamente ésta, presunción que, por ser puramente legal, queda infirmada o disvirtuada cuando se demuestra que sin embargo de la expresión de la cabida del predio, ésta no ejerció influjo alguno en la fijación del precio, o sea cuando aparezca que las partes apreciaron el valor del inmueble por consideraciones diferentes a su extensión o superficie. (Proceso ordinario de Promotora Menga Ltda. contra Manuel J. Quintana y otro).

4. Descendiendo al caso de este proceso ordinario, se observa, como lo hace notar el acusador, que el sentenciador incurrió en interpretación errónea del comentado artículo 1887 del Código Civil, y como consecuencia de este quebranto, en inaplicación del artículo 1888 de la misma obra, pues, sin embargo de que el primero era el pertinente a la situación fáctica del proceso, lo hizo actuar en forma que no consulta su verdadero entendimiento, y el segundo, porque hizo caso omiso de lo que el precepto dispone y por tanto no lo aplicó en el caso. En efecto, no obstante admitir que dentro de los términos de la Escritura número 1927 se había expresado la cabida del predio vendido por Salazar Mejía a Gómez Ortiz, lo que constituye una presunción legal de venta en tal forma que sólo admite la prueba en contrario que señala el mismo precepto, el sentenciador entendió equivocadamente que se trataba de averiguar en este caso "si la fijación de la cabida fue móvil determinante para establecer el precio de la compraventa, o si se fijó dicha cabida por vía meramente ilustrativa" y que la verdadera intención de los otorgantes fue la de negociar "el lote de terreno comprendido dentro de los linderos especificados en el instrumento respectivo", esto es de una venta de cuerpo cierto. Esta indagación, de la cual dedujo lo segundo, no venía al caso, porque ya las

partes habían establecido esa intención al expresar la cabida del predio materia del contrato de venta. Lo que el sentenciador admite con su ulterior reforma. "Nada se opone —dice— a que un contrato de compraventa de un terreno, que en principio se ha pactado por cabida, se modifique luego y en el momento de otorgar la escritura pública correspondiente, se resuelva que la venta se hace por linderos determinados". Esta modificación del contrato no se consignó en la Escritura pública número 1927. Todo lo contrario, allí se dejó vigente la estipulación de la venta por cabida, pues se dijo vender tres (3) hectáreas ocho mil cuatrocientos metros cuadrados de terreno por un precio de $ 150.000.00.

5. Como el sentenciador, entonces, interpretó erróneamente el cuestionado artículo 1887 del Código Civil y no aplicó el artículo 1888 ibídem, debiendo hacerlo, prospera la acusación y se impone el quiebre de la sentencia de segunda instancia y su reemplazo con la sentencia sustitutiva que ha de proferir la Corte.

Sentencia sustitutiva

1. Aparecen demostrados en el proceso los presupuestos del mismo, consistentes en la competencia del juzgador, la demanda en forma, la capacidad de las partes y la capacidad procesal de las mismas, que son los requisitos que previamente deben reunirse para poder obtener una sentencia de fondo.

2. Según la demanda introductoria de este litigio, Francisco Salazar Mejía y Jairo Gómez Ortiz celebraron un contrato de compraventa en razón del cual el primero dio en venta al segundo un lote de terreno rural, ubicado en jurisdicción del Municipio de Pereira, paraje de Consota, que habría de denominarse La Ribera, comprensivo de tres hectáreas y ocho mil cuatrocientos metros cuadrados de superficie (3 h. 8.400 mts.2), mejorado con plantaciones de café, plátano, guadual y casa de habitación en mal estado, alindado como se expresa en el libelo y además en la Escritura pública número 1927, de 23 de noviembre de 1973, de la Notaría Primera del Círculo de Pereira, en la que se hizo constar el cuestionado contrato.

3. El vendedor le entregó al comprador el inmueble, pues así lo declaran ambos contratantes en la cláusula cuarta de la Escritura número 1927; pero resulta que el primero, en la demanda incoativa de este proceso, en el hecho tercero, se queja de que "el comprador, sin previa medición del terreno adquirido, el cual como era lógico y natural debía estar dentro de los linderos que se dieron, tomó posesión de un lote mayor que excede en dos hectáreas y media más o menos", por lo que afirma lesión de su patrimonio y extralimitación en los términos del contrato, y como consecuencia propone la acción que al vendedor otorga el artículo 1888, inciso 1º, del Código Civil, esto es la de aumento proporcional del precio, salvo el derecho que le asiste al comprador de desistir del contrato.

El comprador dió contestación a la demanda aceptando el hecho del otorgamiento de la Escritura pública número 1927 y negando los demás hechos que en ella se afirman; y ya en el término de pruebas del proceso se practicó una diligencia de inspección judicial, en asocio de peritos, el fundo materia de negociación entre demandante y demandado, donde, en primer término se identificó éste, previa confrontación de sus linderos. En dicha diligencia, según el acta respectiva, el demandado aceptó "que el terreno que actualmente tiene cogido es el mismo que comprende la escritura de la demanda (sic) y por los linderos que allí se señalen". Y a su vez el demandante manifestó que "en la escritura dice que el terreno mide 3 hectáreas 8.400.00 metros cuadrados, que es lo que yo quiero entregarle, y él tiene cogidos en total de seis hectáreas con 3.400, o sea que el mayor o el excedente es de dos hectáreas cinco mil (5.000) metros cuadrados". Los peritos, cumplido el plazo que les fijó el Juzgado dieron concepto en estos términos: "de acuerdo con la orden del juzgado procedimos a la medida del lote y elaboración del plano respectivo, copia del cual adjuntamos al presente informe, con los siguientes resultados: Area del lote, sesenta y tres mil quinientos veintiocho con 34 metros cuadrados (63.528.34), o sea seis (6) hectáreas más 3.528.34 metros cuadrados, equivalentes a nueve (9) cuadras más 5.928.34 metros cuadrados. Como en la escritura figura una cabida de treinta y ocho mil cua-

trocientos metros cuadrados, o sea seis (6) cuadras, queda el predio aumentado en veinticinco mil ciento veintiocho con treinta y cuatro metros cuadrados (25.128.34 mts.2), es decir tres (3) cuadras más cinco mil novecientos veintiocho con 34 (5.928.34 Mts2) metros cuadrados que afectan notablemente al vendedor, si como lo manifestó en la diligencia y consta en la escritura vendió seis (6) cuadras".

Tanto la inspección judicial como el dictamen pericial referidos son plena prueba, porque ambos, bajo todo respecto se acomodan a lo que disponen los Capítulos V y VI, Título 13 Sección 3, del Libro 2 del Código de Procedimiento Civil que tratan por separado de estos medios probatorios. En el dictamen pericial se destaca la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, así como la competencia de los expertos, ingenieros de profesión, por todo lo cual tienen pleno mérito de convicción sus conclusiones, entre las que se destaca la de que el precio recibido por el comprador, de una cabida de tres hectáreas ocho mil cuatrocientos metros (3 h. 8.400 mts2), según la escritura, aparece aumentado en veinticinco mil ciento veintiocho, 34 metros cuadrados (25.128.34 mts.2), equivalentes a tres (3) cuadras cinco mil novecientos veintiocho treinta y cuatro metros cuadrados, terreno este en relación con el cual, de acuerdo con el artículo 1888, inciso 1º, ibídem, el comprador deberá aumentar proporcionalmente el precio o desistir del contrato, porque el precio de la cabida que sobre (25.128.34 mts.2), alcanza en más de una décima parte del precio de la cabida real (63.529.34 mts.2). Dada la cantidad de metros en ambas cabidas, el precio de la primera resulta mayor que la décima parte de la segunda.

A pesar de que los testigos, de común acuerdo afirman que el precio de la venta fue de $ 300.000.00, es lo cierto que por cuanto en la petición a) de la demanda se solicitó que el reajuste demandado se hiciera "aumentando proporcionalmente el precio de compra hecha por medio de la Escritura 1927", la Corte tomará como base lo manifestado por las partes en este punto, en el instrumento citado.

Por consiguiente, si el inmueble vendido por su cabida que inicialmente se estimó en 38.400 metros cuadrados, resulta tener una cabida de 63.529.34 metros cuadrados, es decir que su extensión excedió en 25.128.34 metros cuadrados a la cabida declarada en el contrato, menester será que el comprador, si no hace uso del derecho de desistir de la compraventa, deberá pagar al vendedor, por concepto de aumento proporcional del precio, la suma de $ 98.157.58, que sería el valor del exceso de la cabida declarada inicialmente.

Decisión

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 2 de diciembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso ordinario de Francisco Salazar Mejía contra Jairo Gómez Ortiz, REVOCA la de 4 de septiembre del mismo año, originaria del Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar

Resuelve:

Primero. Declárase que Jairo Gómez Ortiz está en la obligación de pagar la suma de noventa y ocho mil ciento cincuenta y siete pesos, cincuenta y ocho centavos ($ 98.157.58) a Francisco Salazar Mejía, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, como aumento proporcional del precio de la compraventa contenida en la Escritura pública número 1927, de 23 de noviembre de 1973 de la Notaría Primera del Círculo de Pereira, si no opta por desistir del mismo contrato, para lo cual se le concede un término de quince (15) días a contar de dicha ejecutoria.

Segundo. En las costas de ambas instancias se condena al demandado y sin ellas en el recurso de casación.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín A., Secretario General.

SEGUROS

Nulidad por reticencia o inexactitud. — Carga de la prueba. — Diligencia a que está obligado el asegurador.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Antecedentes

1. Seguros Universal S. A., por conducto de su representante legal, demandó por la vía ordinaria a Yolanda Naranjo de Karan para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que las pólizas números 6442 y 1542 de seguros contra incendio y contra pérdida de utilidades, respectivamente, expedidos por Seguros Universal, S. A., son nulas relativamente de conformad con el artículo 1058 del Código de Comercio;

b) "Que por haberse actuado en la solicitud de mala fe plenamente comprobada no habrá derecho a la restitución de la prima, como consecuencia de la declaración de nulidad", de acuerdo con el artículo 1059 del mismo Código;

c) "Que se condene a la demandada a pagar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (sic) a mi poderdante" y al pago de las costas procesales.

2. La demandante apoyó sus peticiones en los hechos que enseguida se resumen:

a) "El señor Elías Karan, autorizado legalmente de acuerdo al (sic) certificado de la Cámara de Comercio de Cali, para firmar a nombre de Yolanda Naranjo de Karan respecto del almacén denominado Litania ubicado en la carrera 8ª número 13-135 de la ciudad de Cali, solicitó a Seguros Universal S. A., de Pereira un seguro contra incendio y otro contra pérdida de utilidades a favor del almacén ya referido, el día 4 de marzo de 1972, por un término de 365 días y por valor de setecientos cincuenta mil pesos ($ 750.000,00) y ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda corriente, respectivamente;

b) "Seguros Universal, por intermedio de su agente colocador el señor William Rojas expidió las pólizas números 6442 y 1549 a favor del almacén Litania con base en la solicitud presentada por el señor Elías Karán", quien al hacerla afirmó textualmente: "las anteriores declaraciones son exactas y constituyen la base del seguro que solicitó";

c) Resulta que Karan "incurrió deliberadamente de (sic) mala fe en inexactitudes tan protuberantes y graves como la de afirmar cuando se le preguntó: "¿a qué compañía ha hecho usted una solicitud para el seguro de estos mismos bienes y con qué resultado?" y a esto respondió que a ninguna", afirmación que era falsa por lo siguiente: en primer término, porque el almacén Litania antes del 4 de marzo de 1972 ya había solicitado pólizas de seguro contra incendio a las Compañías Skandia, Aliadas, Seguros Bolívar, La Libertad, Seguros del Pacífico, Seguros Colombia, Seguros Universal y Seguros Tequendama, a pesar de lo cual no lo manifestó al llenar la solicitud dirigida a Seguros Universal de Pereira: y en segundo lugar, cuando Karan "se dio cuenta de que no era posible obtener en Cali ningún seguro acudió al señor Bernardo Molina, agente de seguros para ofrecerle bonificaciones con el fin exclusivo de que le consiguiera una póliza de seguro contra incendio con cualquier compañía y de cualquier ciudad. Al lograr su propósito llegó a manifestarle al señor Molina que él sólo era el administrador del Al-

macón Litania y que la dueña era la señora 'Yolanda Naranjo de Ayala', nótese (sic) que ni siquiera dió el nombre exacto ya que omitió el apellido que es de Karán, puesto que la señora Yolanda es cuñada de él";

d) "Otras de las preguntas base del contrato de Seguro fue 'si estos bienes han sido asegurados anteriormente indique el nombre de la Compañía y hasta qué fecha' a este interrogatoro el señor Elías Karan no contestó dejando en blanco el espacio para ello. La verdad es que el almacén Litania ya había estado asegurado contra incendio por la Compañía Colombiana de Seguros. Esta compañía canceló las pólizas de los hermanos Nabail y Elías Karan después de haber comprobado que el siniestro del incendio del Almacén Lolita había sido provocado";

e) "Otra pregunta que debía contestarse fue: 'SI HA PRESENTADO ALGUNA RECLAMACION POR PERDIDAS, POR INCENDIO, CITE EL NOMBRE DE LA COMPAÑIA Y DE INFORME COMPLETO DEL CASO'. A esta pregunta igual que en la anterior se abstuvo de contestar, a pesar de que él ya había hecho reclamaciones por incendio a algunas compañías de Cali";

f) "Otro hecho sumamente sospechoso es de (sic) que el seguro se solicitó el 4 de marzo de 1972 y el siniestro se produjo el 31 de marzo del mismo año, es decir, que en el mismo mes y en el mismo año se produjo (sic) la póliza y el siniestro";

g) Seguros Universal en asocio de un agente del F-2, inició investigaciones tendientes a establecer las causas del incendio y por presumirse que éste había sido provocado presentó denuncio criminal. La respectiva investigación aún está pendiente.

3. El apoderado judicial de Yolanda contestó el libelo negando en su mayor parte las afirmaciones hechas por la sociedad actora, se opuso a las pretensiones y solicitó numerosas pruebas.

4. Luego de algunas incidencias procesales, culminó la primera instancia con fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali el 2 de septiembre de 1974, en el cual se resolvió lo siguiente:

"Primero. DECLARAR que las pólizas números 6442 de seguro contra incendio, expedida por Seguros Universal S. A. el día 4 de marzo de 1972, y la póliza número 1549 de seguro contra pérdida de utilidades, expedida por la misma campañía en la misma fecha, son nulas relativamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1058 del Código de Comercio.

"Segundo. Como consecuencia de dicha nulidad, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1059 del Código de Comercio.

"Tercero. NO CONDENAR a la demandada a pagar indemnización por los daños y los perjuicios solicitado por el demandante.

"Cuarto. COSTAS a cargo de la parte demandada".

5. Por apelación que contra dicho fallo interpuso la demandada, subió el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que en sentencia del 22 de julio de 1974 decidió el recurso así:

a) Declaró la nulidad relativa de la póliza 6442 de seguro contra incendio y dispuso que la compañía aseguradora tenía derecho a retener a título de pena la totalidad de la prima correspondiente; b) negó la nulidad de la otra póliza; c) confirmó el punto tercero de la sentencia apelada, en cuanto absolvió a Yolanda de los perjuicios impetrados; y d) limitó la condena en costas de primera instancia al 75% de su valor y declaró que no las había en el segundo grado de jurisdicción.

6. Ambas partes recurrieron en casación de la sentencia mencionada, pero la Corte hubo de declarar desierto el recurso interpuesto por la compañía demandante, por lo cual sólo compete estudiar el que interpuso la demandada.

Motivación del Tribunal

El sentenciador comienza por transcribir las pretensiones de la parte actora y los hechos aducidos por ésta para sustentarlos; compendia luego la tramitación del proceso y esta vez sí la encuentra libre de vicios; y acomete enseguida el estudio de la contestación de la demanda y de las pruebas que se adujeron para demostrar los antecedentes y la celebración del contrato de seguro que, a su juicio, se halla plenamente acreditado con las pólizas y las respectivas solicitudes que allegó la demandante.

Analiza enseguida, con respaldo en doctrina de la Corte sobre el ordinal 1º del ar-

tículo 681 del Código de Comercio derogado "cuyo contenido es igual a la disposición del inciso primero del artículo 1058 del actual", la situación planteada en el presente caso, estudia el sentido y el alcance de lo que debe entenderse por reticencias e inexactitudes de parte del asegurado para los efectos de la mencionada norma legal y llega a las siguientes conclusiones:

a) Que el contrato de seguro, eminentemente mercantil de conformidad con los artículos 20, numeral 10 y 22 del Código de Comercio, debe celebrarse de buena fe como lo impera el artículo 871;

b) Que a ésta se oponen las inexactitudes y reticencias en que incurra el asegurado al dar respuesta al cuestionario que debe llenar sinceramente cuando solicita el seguro, y que según el numeral 1º del artículo 1048 forma parte del contrato, de conformidad con lo que ordena el artículo 1058 ibídem, lo cual permite decretar la rescisión de dicho contrato;

c) Que la demandada al contestar dicho cuestionario y haberse abstenido de responder si los bienes sobre los cuales solicitaba el seguro habían estado asegurados anteriormente en otras compañías y si con anterioridad había hecho reclamaciones por pérdidas por incendio, incurrió en reticencia, y en inexactitud al afirmar que no había formulado ninguna solicitud a otras compañías para el seguro de los mismos bienes;

d) Que esa conducta de la demandada estaba demostrada en primer término con el original de las solicitudes de seguro que se acompañaron a la demanda y en segundo lugar con las declaraciones testimoniales del agente de seguros Bernardo Antonio Molina Urrea, del gerente regional de la Compañía de Seguros Tequendama Carlos Enrique Rafael Múnera Gaviria y de Luis Enrique Lozano Alhay gerente de la Compañía Colombiana de Seguros;

e) Que de tales testimonios aparecía acreditado que Yolanda Naranjo de Karan, por conducto de Elías Karan, a finales de 1971 o principios de 1972 había solicitado "urgentemente un seguro de incendio y pérdidas indirectas... con relación a un almacén situado en la carrera 8ª número 13-135..." petición que le había sido negada porque obtuvieron malas informaciones de "dicho cliente" y que desde el 21 de enero de 1971 hasta el 30 de noviembre del mismo año, fecha en que le fueron canceladas las respectivas pólizas, Yolanda había tenido asegurado su referido almacén por incendio y "pérdidas excepcionales" en la Compañía Colombiana de Seguros;

f) Que en esas condiciones las súplicas de la demanda, en cuanto a la póliza de incendio número 6442, estaban llamadas a despacharse favorablemente, pero no así la de la póliza restante, porque respecto de ésta no se había demostrado ni inexactitud ni reticencia algunas en la correspondiente solicitud.

La parte demandada en la contestación del libelo agrega alegó que no era cierto que hubiese sido inexacta en su respuesta a la pregunta del cuestionario de la solicitud de seguro de incendio que dice así: "¿A qué compañía ha hecho usted una solicitud para seguro de estos mismos bienes y con qué resultado?". En efecto, afirmó que en el original del cuestionario anexo a la demanda aparecía como respuesta "a ninguna", pero que ella simplemente no la había contestado. En respaldo de su aserto acompañó una fotocopia de dicha solicitud, que dijo haberle sido entregada para efectos del traslado de la demanda, en la que evidentemente la respuesta a la pregunta en referencia aparece en blanco.

Sin embargo, el sentenciador consideró que ese documento y los demás que se acompañaron al libelo habían quedado reconocidos y adquirido el carácter de auténticos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil al no haber sido tachados de falsos. En vista de esa omisión, dice el Tribunal, "carece de validez la alegación de la parte demandada de que no eran idénticas al original las copias que de los anexos se entregaron al efectuarse el traslado de la demanda. Deduje, pues, la inexactitud que le atribuye a la demandada en la solicitud del seguro contra incendio, del texto de ésta y de lo expuesto por los testigos Molina y Múnera.

"Y es explicable ese mayor rigor de la ley para exigir la observancia de la buena fe en las declaraciones del tomador del seguro, expresa el ad quem, pues tales declaraciones son el medio por el cual el asegurador conoce los factores que pueden influir en el riesgo, de tal modo que cuando

otorga el consentimiento para el contrato, lo hace confiado en la sinceridad de dichas declaraciones e informaciones suministradas por el tomador.

"Si bien es cierto que el asegurador tiene la libertad de hacer averiguaciones tendientes a confirmar las declaraciones que suministren el tomador y a comprobar si no ha omitido dar información de alguna circunstancia que pueda influir en el riesgo, también es cierto que la ley no pone específicamente al asegurador la carga de realizar investigaciones para el objeto que se acaba de mencionar. Tal carga se la asigna la ley al tomador en la forma de obligarlo a obrar con extrema buena fe y de ser totalmente sincero en las declaraciones que suministre para lograr el consentimiento del asegurador".

Tales son, en síntesis, las consideraciones en que se basó el Tribunal para proferir la sentencia objeto del recurso ahora en estudio.

La demanda de casación

Primer cargo

Causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil: La sentencia es violatoria del artículo 1058 del Código de Comercio por interpretación errónea y del artículo 1057 ibídem por aplicación indebida"

Al sustentar su acusación comienza el recurrente por reconocer que el Tribunal declaró la nulidad relativa de la póliza 6442 porque "consideró demostradas inexactitud y reticencia de parte del tomador en sus respuestas al cuestionario propuesto a él por la aseguradora para la aceptación del contrato, y también que esas reticencias o inexactitudes versaron sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato o inducido a estipular cuestiones más onerosas. O sea, por haber encontrado pleno el supuesto de hecho de dicha nulidad, que se encuentra prevenido en el artículo 1058 inciso 1º del Código de Comercio".

"... Según el Tribunal —agrega— la sola circunstancia de que el hecho sobre el cual se produce la inexactitud o la reticencia figure en el cuestionario propuesto por la aseguradora basta para que por ello se considere, sin más, que este hecho es determinante de la voluntad contractual por parte de ella, en forma que cualquier equivocación o silencio al respecto es causa de nulidad en cuestión. Igualmente el asegurador puede y debe confiar plenamente en la exactitud de estos datos y omitir toda diligencia propia para confirmar o completar las declaraciones del tomador, dado que la ley no le impone específicamente esa carga, de modo que demostrados la inexactitud y la reticencia o ambos en la respuesta al cuestionario oficial, y presumido legalmente la naturaleza determinante del consentimiento del asegurador de los hechos contenidos en él, nada importa si aquellas provienen de error inculpable del tomador del contrato o si el asegurador conoció o debió conocer los hechos, o si subsanó los vicios de la declaración o los aceptó luego. De todos modos ha de pronunciarse la nulidad".

"La sola lectura del precepto mueve a entenderlo de modo distinto —asevera el recurrente—, y un análisis más profundo de la integridad de sus prevenciones persuada de que el sentido que le da la sentencia es equivocado. En efecto, el artículo 1058 del Código de Comercio previene un dolo sui generis consistente en la inexactitud o reticencia del tomador en sus declaraciones antecedentes del contrato, que la doctrina ha tratado como engaño por medio de conducta omisiva o reticente... imponiendo al tomador el deber (carga) de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el riesgo o que impliquen su agravación objetiva, sancionando la reticencia, inexactitud o encubrimiento con la nulidad relativa del contrato siempre sobre la base que no se han presentado por error inculpable del tomador (inciso 3º), de que el asegurador no conoció o debió conocer la realidad o no se allanó a subsanar los vicios de la declaración o no las aceptó expresa o tácitamente (carga correlativa inciso 4º), y que ante todo, de que los hechos o circunstancias alterados u ocultados, el asegurador no hubiera contratado o lo hubiera hecho en condiciones más onerosas".

Afirma enseguida que el cuestionario que menciona el inciso primero del artículo 1058 "no posee el significado de lista cierta y única de los hechos y circunstancias re-

llevantes para la nulidad allí dispuesta que le atribuye el Tribunal", porque el contrato que puede celebrarse sin ese requisito y no porque un hecho o circunstancia definitivo bien puede no constar en el formulario, sin que por esa razón quede privado de relevancia, y porque el influjo determinante de éste o aquél hecho o antecedente en el contrato no puede considerarse en abstracto, genéricamente, sino en función de su singularidad específica. Refiriéndose en concreto al formulario firmado por quien solicitó el seguro y que la compañía demandante acompañó como prueba junto con el libelo, destaca cómo ella misma expidió la póliza solicitada, sin haberle exigido al tomador que contestara la totalidad de las preguntas que contiene dicho cuestionario. "De manera que la propia aseguradora muestra en su práctica vertida en formularios impresos a propósito, cómo no consideraba esenciales y menos determinantes todos los hechos o circunstancias que propuso en el cuestionario".

Luego de diversos comentarios sobre el valor y alcance del cuestionario mencionado, dice el recurrente que en contra de lo que consideró el Tribunal, la totalidad del formulario en cuestión no es en manera alguna determinante de la voluntad de la compañía aseguradora de celebrar el contrato de seguro; que los factores que ésta debe tener en cuenta en cada caso para conceder o nó el seguro que se le solicita, deben estar plenamente demostrados, porque la ley exige para que el dolo constituya vicio del consentimiento contractual, debe ser determinante y estar plenamente probado "presumiéndose sólo en los casos especialmente previstos por ella (artículo 1516)"; que en cambio "sí se puede presumir legalmente en casos singulares (Art. 1516 C. C.) de los que es ejemplo ese tipo de dolo negativo por reticencia, inexactitud u ocultamiento de factores cuyo conocimiento habría disuadido al asegurador o lo habría impelido a estipular condiciones más onerosas en el seguro. En otras palabras, ni la redacción misma del artículo, ni el contexto de la figura, ni el sistema general del negocio jurídico o del contrato, permiten pensar siquiera en que un hecho cualquiera pueda constituir factor determinante universal del contrato o de sus condiciones, simplemente porque una de las partes lo incluya dentro de un formulario patrón, en ejercicio de poderes concedidos por el legislador. Y por consiguiente, aparece rara la interpretación que el Tribunal le dio a la norma para entenderla en el sentido de que tales o cuales circunstancias, tan solo por aparecer en el cuestionario de la compañía adquieren el valor absoluto de determinantes para la nulidad relativa".

Afirma el recurrente que la norma que contiene el artículo 1058 del Código de Comercio "no puede tomarse fraccionadamente, sino en su conjunto, en sus cuatro incisos y dentro de todo el sistema jurídico (Arts. 1º y 2º C. Co.). Sin que se pueda desconocer su tenor literal (Art. 27 C. C.), negando que impone una carga que evidentemente establece a cargo del asegurador, con efectos enervantes de la sanción en caso de incumplimiento (in cuarto) y viendo sólo la carga del tomador del seguro".

Como fundamento de esta aseveración dice que el mencionado artículo, si bien es cierto que sanciona el dolo del tomador del seguro, cuando no declara sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por la compañía aseguradora, también lo es, que impone a dicha compañía una obligación de prudencia y diligencia en cuanto a la verificación de esos hechos, cuando dispone en su último inciso que las "sanciones consagradas en este artículo no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente".

Consideraciones de la Corte

"Sabido es —dijo la Corte en sentencia del 15 de diciembre de 1970— que los postulados de la buena fe y de la diligencia y cuidado (se subraya) son piedras angulares de todo el ordenamiento jurídico. Toda persona, por el solo hecho de vivir en sociedad, debe observar una conducta leal y diligente para que sus actos u omisiones no lesionen injustamente el derecho ajeno. Así, quien participa en la celebración de

un contrato debe proceder de buena fe y con todo el cuidado necesario para que su actuación no perjudique indebidamente a los otros interesados.

En punto del contrato de seguro, el artículo 880 del Código de Comercio pone especial énfasis en ese deber de lealtad y cuidado que ha de observar el asegurado, imponiéndole la obligación de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos (subraya el texto). Esta consideración que el legislador le presta a las declaraciones del asegurado se explica, según la doctrina inveterada al respecto, por cuanto quien pretende obtener un seguro ciertamente están en mejor capacidad que el asegurador para conocer todas las circunstancias del riesgo que se trata de cubrir, lo que consecuencialmente le impone el deber de revelarle tales circunstancias al asegurador para que éste pueda así apreciar dicho riesgo y decidir si lo asume o nó y, en caso afirmativo, en qué condiciones, lo hace.

"Hasta tal punto el legislador le atribuye relevancia a las declaraciones del asegurado que ya en el artículo 681 ibídem, con el propósito de proteger plenamente al asegurador contra la inexactitud de aquellas, autoriza la rescisión del contrato". (CXXXVI, pág. 188. En idéntico sentido tomo id. pág. 90).

Estos dos postulados son los que informan, como no podía ser de otra manera, el precepto que contiene el artículo 1058 del Código de Comercio actualmente en vigencia, relativo y aplicable a todos los contratos de seguros terrestres y conceptualmente idéntico al numeral 1º de los artículos 880 y 681 del Código anterior.

El mencionado artículo contempla varias situaciones, a saber:

A) En desarrollo de la norma general consagrada por el artículo 871, según el cual los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, lo cual impone una severa norma de conducta para todas las partes que lo celebran, el artículo 1058, en sus dos primeros incisos, la reitera y la exige aún con mayor severidad al tomador del seguro, al ordenarle que declare "sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador" y sanciona el incumplimiento de ese elemental imperativo, con la nulidad relativa del contrato y con la pérdida de la prima, cuando dicha nulidad se decreta (Art. 1059 ibídem).

B) Esos hechos o circunstancias a que se refiere el primer inciso del artículo 1058, están constituídas por los que señalen las preguntas del cuestionario elaborado por el asegurador, tendientes a que el consentimiento de éste se halle libre de todo vicio al celebrar el contrato, especialmente del error; a que conozca exacta y debidamente la naturaleza, extensión y magnitud del riesgo y que va a asumir y a que pueda juzgarlo convenientemente. Ese pleno conocimiento de la responsabilidad que va a tomar a su cargo permite al asegurador conceder o negar el seguro solicitado o en el primer caso, estipular condiciones que establezcan una razonable proporción entre el riesgo que va a cubrir y la prima que tiene derecho a cobrar como contraprestación equitativa.

La rescisión del contrato de seguro —como lo expresó esta corporación en fallo del 31 de mayo de 1954— prevista en el ordinal 1º del artículo 681 del Código de Comercio (y reiterada en el Art. 1058 del actual, se observa), se cumple en las siguientes hipótesis de hechos: a) Que el asegurado haga declaraciones que no sean verídicas acerca de los riesgos que debe asumir el asegurador; o b) Que haya callado u ocultado alguno de los riegos; y c) Que esas declaraciones inexactas o reticentes sean capaces de influir sobre el consentimiento del asegurador para asumir el riesgo". (LXXVII, pág. 171. En igual sentido, XCI, pág. 11).

El expositor Messineo dice que "no en todo caso el error del asegurador es causa de anulación del contrato; lo es solamente cuando el asegurador no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él en condiciones diversas, si hubiese conocido el verdadero estado de los casos; en otras palabras, cuando el presupuesto en que el asegurador se ha fundado, haya sido sustancial.

"Se deduce de ello que en grado mayor que en los otros contratos, el contratante está obligado a observar la buena fe (se subraya) —bajo el aspecto o especial de cargo de lealtad y veracidad— en las declaraciones hechas al futuro asegurador" (Francesco Messineo — Manual de Derecho Civil y Comercial, trad. Santiago Santis Melendo, Ed. EJEA, Buenos Aires, Tomo VI, pág. 164).

"Todo contrato debe pactarse de buena fe y en tratándose del seguro, este principio es más riguroso (se ha subrayado); de manera que el asegurado debe 'declarar sinceramente todas las circunstancias, necesarias para... apreciar la existencia de los riesgos' (Art. 880). Generalmente la ley castiga las declaraciones falsas; pero en este contrato prohibe las simples reticencias y el silencio, sobre los motivos que pueden agravar los riesgos del asegurador". (Félix Cortés, Comentarios al Código de Comercio Terrestre, Tip. Moderna, Bogotá 1933, pág. 277).

Por consiguiente la ley pretende impedir con esa norma (Art. 1058) que la conducta del tomador del seguro pueda producir en el asegurador un consentimiento errado; quiere que ésta actúe y pueda obrar con plena conciencia".

C) La redacción misma del segundo inciso del precepto que se comenta indica muy claramente que el solicitante, aunque el asegurador no le someta cuestionario en todo caso está obligado a declarar los hechos o circunstancias que permitan a dicho asegurador tener un consentimiento libre de todo vicio para conocer el riesgo que va a cubrir y aceptar o rechazar el seguro pedido, o para estipular condiciones más onerosas que las habituales para ese tipo de riesgo. En este evento, pues, además del imperativo legal de la buena fe, rige para el tomador el de la diligencia y cuidado que debe observar para que el asegurador no ignore tales hechos o circunstancias, es decir, que no puede encubrir aquellos que de haberlos conocido éste lo habrían llevado o negar el seguro o a aceptarlo pero en condiciones distintas.

D) En uno y otro caso, o sea, con cuestionario o sin él, si las apuntadas inexactitudes o reticencias del tomador del seguro están libres de culpa de su parte, la sanción que establece la ley es más benigna. Al tenor del tercer inciso del artículo que se comenta, en ese preciso evento —salvo el caso previsto en el 1060—, "el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo..."

E) Por último, si el asegurador "antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versen los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente" (se ha subrayado), en ese evento no son aplicables las sanciones establecidas para cuando el tomador incurre en inexactitudes o reticencia en la solicitud del seguro.

Este caso tiene a su vez dos aspectos: a) si el asegurador sabe que el solicitante del seguro ha callado o falseado esos "hechos o circunstancias" a que se refiere la ley y no obstante celebra el contrato para pedir luego la rescisión del seguro y que se le reconozca el derecho a retener la prima, es claro que obra de mala fe dolosamente. Esta conducta no la puede permitir y no la permite la ley; de ahí lo establecido en el precepto arriba transcrito. Esto en cuanto se refiere a los hechos conocidos por el asegurador antes de celebrarse el contrato. Desde luego, cuando el asegurado invoca en su favor la norma que se comenta como argumento defensivo en el proceso de nulidad que le ha promovido el asegurador, tiene la carga de demostrar plenamente que este conocía esos hechos. Es una simple aplicación de los principios onus probandi incumbit actori y reus in excipiendo fit actor que consagra el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Mal se podría imponer el deber contrario al asegurador, vale decir, acreditar que no conocía esos hechos o circunstancias, lo cual constituiría una proposición negativa indefinida y por consiguiente de imposible demostración (ibidem inc. 2º);

b) La situación cambia cuando se trata de los hechos o circunstancias que el asegurador ha debido conocer. Obsérvese que la ley no se refiere a aquellos que ha podido conocer. Los primeros son los hechos o

circunstancias en que intervino o participó el mismo asegurador y que por este motivo necesariamente los conoce, respecto de los cuales basta con que el asegurado demuestre que el asegurador participó en ellos, lo cual significa que debía conocerlos.

Como quedó dicho, el recurrente le atribuye al sentenciador una mala interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio, atrás comentado; afirma que lo tomó fraccionadamente por que considera que al aplicarlo le dio prevalencia a las inexactitudes y reticencias del tomador del seguro al llenar el cuestionario correspondiente y pasó por alto o minimizó la conducta culposa de la compañía aseguradora en cuanto el conocimiento real o presunto de los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo, lo cual lo condujo además o nó aplicar el inciso 4º y aplicar indebidamente el artículo 1059 del mismo estatuto.

La lectura del fallo impugnado demuestra que el Tribunal le dio su debido entendimiento al citado artículo 1058, que lo tomó en su conjunto sin cercenarle su alcance ni menos aún omitir la consideración del inciso 4º. Claramente expuso que estando probadas reticencias e inexactitudes de parte del tomador del seguro en el cuestionario que le sometió la compañía demandada, cabía decretar la nulidad relativa de la póliza de incendio, porque la ley no le imponía a dicha compañía el deber específico de verificar tales inexactitudes o de suplir las reticencias, en que hubiere podido incurrir Elías Karan en representación de la demandada.

Para el Tribunal pesó más de la conducta dolosa del asegurado que la culposa o negligente de la compañía aseguradora, por no haber efectuado ésta ninguna indagación en su sucursal, agencia y oficina de Cali, lugar de ubicación del Almacén Litania, como era apenas obvio que lo hubiese hecho.

Para efectos de la calificación del riesgo que va a asumir, el artículo 1058 autoriza al asegurador a preparar libremente, sin pauta alguna, y a proponer al tomador del seguro un cuestionario que éste está obligado a responder sinceramente en su integridad. Es imperativo, pues, considerar que el asegurador requiere que el tomador del seguro conteste todas las preguntas del citado cuestionario, porque éstas se enderezan a permitir a aquél que conozcan cabalmente los hechos o circunstancias que a su juicio le permiten ora conceder el seguro solicitado, ya rechazarlo u otorgarlo pero con estipulación de condiciones más onerosas.

Esta corporación, en su sentencia del 31 de marzo de 1954 atrás citada, en cuanto al referido cuestionario dijo y ahora lo reitera: "Los cuestionarios o preguntas que hace el asegurador al asegurado para conocer la extensión de los riesgos que va a asumir en virtud del contrato, tienen importancia jurídica porque determinan o precisan el límite de las obligaciones recíprocas de los contratantes. Cuando el asegurador, en esos cuestionarios, hace una pregunta, ésta tiene el sentido de que el hecho a que se refiere es considerado por él como esencial para determinar su consentimiento en el contrato, en cambio, otros hechos que el asegurador pasa en silencio deben considerarse como que no tienen importancia para él, según su experiencia en la materia de los riesgos sobre que versa el seguro". (LXXVII, pág. 173).

Es pues, incontrovertible, que si la compañía demandante incluyó las preguntas que figuran en el cuestionario adjunto a la demanda, esos hechos o circunstancias sobre los cuales versaban tales preguntas, los clasificaba como imprescindibles para prestar su consentimiento para convenir el seguro de incendio solicitado por la parte demandada en este proceso. Esta última no estaba autorizada legal ni convencionalmente para omitir ninguna respuesta ni menos aún para darlas contrariando la verdad, como ciertamente lo hizo.

En la misma sentencia que acaba de citarse, la Corte había definido muy claramente las declaraciones inexactas y las declaraciones reticentes de esta manera: "En el primer caso están las declaraciones falsas, es decir, aquellas en que el asegurado, a sabiendas, altera las circunstancias que influyen sobre la apreciación de los riesgos; y las declaraciones erróneas, es decir, aquellas en que el asegurado sufre un error acerca de esas circunstancias y declara ese error. En el segundo caso están las declaraciones en que el asegurado no altera, a conciencia o por error, la verdad de los hechos, sino que omite u oculta alguna cir-

cunstancia que, conocida, hubiera podido retraer al asegurador a asumir el riesgo. Esta reticencia que origina la nulidad del contrato, debe necesariamente, referirse a circunstancias conocidas por el asegurado". (G. J. cit. pág. 171).

Indudablemente es el asegurador el que sabe cuáles hechos o circunstancias son los que le permiten apreciar el riesgo que va a asumir, para conceder o rechazar el seguro, y en consecuencia la que puede incluir en las preguntas del cuestionario todas aquéllas que a su juicio le suministren una información adecuada para contratar con pleno conocimiento de causa. El tomador del seguro —se repite— no está autorizado para calificar unilateral y arbitrariamente la pertinencia de tales preguntas a fin de contestar algunas de ellas y callar sobre las demás pues el silencio sobre estas últimas es precisamente lo que la ley califica de reticencia. Ese tipo de calificación sólo le corresponde hacerla, en últimas, al juzgador.

"La ley, pues, interpreta la voluntad del asegurador y lo protege del error en que haya podido incurrir y que lo haya inducido a contratar el seguro, es decir, asumir riesgos sobre bases que de haberlas conocido lo hubieran retraído de hacerlo. Como tales bases no siempre son o pueden ser conocidas por el asegurador, la ley impone al asegurado la obligación de ponerlas en conocimiento de aquél. (CXXXVI, pág. 90). Y esas bases a que se refirió la Corte en el párrafo la sentencia que acaba de transcribirse, son y no pueden otras que las que resulten de las respuestas al cuestionario que se trata.

Todo lo expuesto hasta aquí lleva a la conclusión de que el Tribunal de Cali no malinterpretó el artículo 1058 del Código de Comercio actualmente en vigencia, ni aplicó, por tanto, en forma indebida el artículo 1059 ibidem, por lo cual la acusación no puede prosperar.

Segundo cargo

Causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia es violatoria de los artículos 1058 inciso primero y 1059 del Código de Comercio, por aplicación indebida, y del artículo 1058, incisos tercero y cuarto, por falta de aplicación, provenientes de error de derecho en la apreciación de una prueba y de hecho manifiesto en la apreciación de otras".

El recurrente comienza por recordar que el Tribunal decretó la nulidad de la póliza de seguro de incendio por haber considerado que estaban probadas la inexactitud, por una parte, y la reticencia, por otra, en algunas respuestas al cuestionario que presentó el solicitante. Para sustentar el ataque que formula contra esa apreciación del ad quem, aduce las siguientes razones:

a) Que la inexactitud se hallaba demostrada "con documento privado que obra al folio 7 del cuaderno 1º, en cuanto a la pregunta impresa allí: ¿A qué compañía ha hecho usted una solicitud para el seguro de estos mismos bienes y con qué resultado?', aparece en máquina la respuesta: 'ninguna', bajo la firma de Elías Karan, autorizado para firmar a nombre del establecimiento Almacén Litania";

Pone de presente enseguida, que en la respuesta de la demanda se afirmó categóricamente que en la fotocopia del cuestionario mencionado que se entregó a la parte demandada para efectos del traslado del libelo, no aparece esa palabra "a ninguna", luego es el caso — agrega— que el Tribunal "no tuvo en cuenta el documento de folio 5º (se refiere a la citada fotocopia), pese a haber sido aportado y reconocido legalmente, y que destruye por completo la fuerza del original. En consecuencia, medió un error de hecho, consistente en la falta de consideración de él como prueba de que no hubo declaración negativa en la solicitud o respuesta al cuestionario oficial".

Recalca además que si se considera la "pureza del documento original (folio 7) y a éste se le tiene en cuenta, como se le tuvo, en su integridad, pese a que habiendo sido acompañado a la demanda en la contestación de ésta (Arts. 289 y 252 C. de P. C.) se le rechazó por falsedad, con empleo reiterado del vocablo y solicitud expresa en la relación de pruebas... aparece el error de derecho. En ninguna parte exige el código procesal palabras sacramentales, y si el juez no tramitó esa objeción como lo prescribe la ley, su omisión no significa que la parte demandada no hubiera rechazado oportuna y adecuadamente la pureza del documento, como tampoco que por no haberse practicado el cotejo, el escrito resul-

te purgado de todo vicio, puro y genuino, no empero el contrato mencionado y a su denuncio oportuno".

De lo anterior concluye el recurrente que dicho documento no es auténtico, pues fue tachado en oportunidad (Art. 252 C. de P. C.); no tiene la fuerza de tal (Art. 279 ibíd.); es decir, no puede hacer plena fe de las declaraciones que en sí aparecen (Art. 264 C. de P. C.), y menos la negativa en cuestión; y no puede ser tenido en cuenta para nada mientras su autenticidad esté por definir (Arts. 280 a 393 ibíd.);

b) Que en cuanto a la inexactitud y reticencia, el juzgador incurrió en error de hecho porque no tuvo en cuenta varios medios probatorios "que en sí y en su conjunto demuestran de manera irrefragable que la aseguradora conoció o debió conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración o que los aceptó tácitamente". Menciona los siguientes:

1) Comunicación de Compañías Aliadas de Seguro sobre la solicitud de seguro de incendio del Almacén Litanía presentadas en febrero de 1972 por Yolanda Naranjo de Karan o Elías Karan, que fueron rechazadas por informaciones confidenciales sobre mala experiencia con los citados señores;

2) Comunicación del gerente de Seguros Universal de Cali en la cual se manifiesta que el 21 de febrero de 1972 fue solicitado a nombre de Yolanda un seguro de incendio del mismo almacén, que "fue negada por nuestra sucursal de Cali", no obstante lo cual la sucursal de Pereira de la misma compañía expidió las pólizas de seguro impugnadas en este proceso;

3) Declaración de parte del gerente de la empresa demandante, según la cual, "la compañía se atiene a los datos suministrados por el solicitante y sólo hace investigaciones cuando la respuesta a alguno de los puntos que contiene la solicitud ofrece alguna duda o menciona la experiencia con alguna otra compañía de seguros... En algunos casos cuando se trata de clientes conocidos, se aceptan algunas omisiones (a las respuestas del cuestionario) por tratarse de asuntos ya conocidos por la compañía";

4) Declaración del agente de seguros Bernardo A. Molina, según la cual es corriente y además deber de las compañías de seguros estar en permanente contacto con sus agentes y colocadores "en averiguación de todos los aspectos que puedan formar un amplio criterio para resolver, decidir si aceptan o no un riesgo... no solamente es costumbre, sino un derecho y un deber de las compañías estar en permanente investigación... en Cali hay un comité regional de aseguradores... averiguando la posición de ciertos riesgos, tanto en lo material como en lo moral";

5) Testimonio de Carlos E. Múnera, representante en Cali de Seguros Tequendama, quien afirma no recordar que la compañía demandada les hubiera solicitado informaciones acerca de Yolanda o de Elías Karan;

6) Nota dirigida por el gerente general de la sociedad demandante al juez del conocimiento según la cual la sucursal de Pereira constató el riesgo físico del seguro solicitado por la demandada o a su nombre pero no así el riesgo moral; y el interrogatorio a que fue sometido aquél, según la cual el gerente de la sucursal de Cali vino a enterarse del seguro expedido por la de Pereira después de ocurrido el incendio; que los riesgos morales solo se investigan cuando la solicitud ofrece dudas; y que sólo en caso excepcionales no se exige que los solicitantes contesten la totalidad del cuestionario; y

7) Finalmente, que en los originales de las solicitudes anexas a la demanda, "se advierte que si bien todas las preguntas se deben contestar, la omisión de una respuesta puede ocasionar demoras y que las informaciones sobre el edificio deben ser contestadas siempre, a la vez que en los cuadros respectivos hay numerosos claros o espacios en blanco, correspondiente a preguntas no respondidas".

El recurrente hace énfasis en que el sentenciador no tuvo en cuenta todas esas pruebas, pues de haberlas apreciado a la par con todos los antecedentes de que da cuenta el proceso y que motivaron el rechazo del seguro de incendio pedido para el Almacén Litania por parte de las aseguradoras de Cali, fueron conocidas o han debido serlo por la empresa demandante. "Todo lleva a pensar —afirma— que, no pudiendo ni debiendo ignorar, o en términos del artículo 1058, inciso 4º conociendo o debiendo co-

nocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, los aceptó con su conducto concluyente. Y, en todo caso que no podía ignorarlas, lo cual basta para que no se pueda declarar la nulidad impetrada".

Pone de presente a renglón seguido que si "el agente de la compañía de Pereira viajó a Cali a inspeccionar el edificio objeto del seguro solicitado y otorgado por aquella sucursal, se pregunta cómo no averiguó nada al respecto en esta última ciudad, tratándose de la misma aseguradora? ¿Cómo entender que las solicitudes del señor Karan, con numerosos vacíos, no hubieran sido objeto del tratamiento de persona no conocida en Pereira, que pedía seguro sobre bien en Cali, donde hay sucursal de la misma compañía? Entonces, o se conocieron los vicios de la declaración y se les aceptó tácitamente, o se ha debido conocerlas y en ambos casos no se puede declarar la nulidad, según el inciso cuarto del artículo 1058".

Luego de otras consideraciones similares, concluye la censura diciendo que indudablemente "el Tribunal no tuvo cuenta los hechos indicados, presente en los medios relacionados atrás, ciertamente indicativos de que la compañía, o bien sabía la supuesta inexactitud de la declaración sobre peticiones anteriores y el seguro procedente en otra compañía y su cancelación y no las tuvo en cuenta, las aceptó tácitamente; o bien las ignoró debiendo conocerlas, pues la más elemental diligencia lo habría puesto al corriente de todo ello... Ignorancia de lo que debía saber, de lo que no quiso saber. Su actitud... contraría el sentido común, a la más mínima diligencia y advertencia, al más elemental cuidado...".

Por último dice el casacionista que además de todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal no advirtió "que las evasivas e inexactitudes en las respuestas a los formularios o cuestionarios que suministra el asegurador para la solicitud del contrato no tiene el valor determinante que según él les atribuye la ley, pues como lo declaran los agentes y empleados de seguros que declararon aquí, comenzando por lo de la demandante, de todas maneras es deber de la aseguradora, que ellos cumplen con celo, cerciorarse del estado físico y moral del riesgo, salvo cuando se trata de persona bien conocida, con antecedentes en la propia compañía o en la actividad... Por último, insisto en ello, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de las declaraciones de terceros y de parte y de los documentos indicados, como también en la aplicación de una supuesta presunción legal, al no tener en cuenta los hechos contenidos en aquellas declaraciones y documentos, demostrativos de las excepciones consagradas en el inciso 4º del artículo 1058, y al considerar probados, sin réplica, los factores en que la presunción se basa (Art. 176 C. de P. C.)".

Consideraciones de la Corte

1. El Tribunal tuvo en cuenta como prueba de las reticencias e inexactitudes cometidas por el solicitante del seguro el original de la solicitud y del cuestionario que al efecto Elías Karan firmó y presentó a la compañía en nombre de la demandada, documentos estos que se allegaron como pruebas con la demanda. En el original de ese cuestionario figuran preguntas sin contestar y aparece también que a la referente a si con anterioridad se habían solicitado seguros sobre los mismos bienes, se contestó negativamente, lo cual se probó en el proceso que no era exacto.

La parte recurrente pretende hallar un error de hecho por haber el sentenciador preterido la fotocopia de dicho original anexa a la contestación del libelo, en la cual aparece la pregunta en cuestión como no contestada.

Afirma, en consecuencia, que al no haberse tenido en cuenta dicha fotocopia, se supuso una respuesta inexacta donde no la hubo, lo cual llevó al ad quem a considerar que la demandada no cumplió con el deber de sinceridad que le imponía el artículo 1058 del Código de Comercio, especialmente en su primer inciso.

En primer lugar preterición de la aludida prueba no la hubo. Lo que aconteció, como se expresa en la reseña que se hizo del fallo impugnado, fue simplemente que al apreciarlo, se le dio prevalencia al original del citado cuestionario, lo cual era justificable a la luz del artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, una vez que

la referida fotocopia no se presentó autenticada y, además, que el original del cuestionario quedó reconocido al no haber sido tachado de falso dentro de la oportunidad legal correspondiente, tal como lo dispone el numeral 3º del artículo 252 ibidem. Mas aún, para que la fotocopia en cuestión tuviere mérito probatorio, la parte que la presentó, es decir la demandada, ha debido dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 268 del mismo Código.

En segundo término, aún en el supuesto de que el solicitante no hubiere dado respuesta alguna a esa pregunta del citado cuestionario y por tanto que no hubiere incurrido en la inexactitud que señala el Tribunal, es lo cierto que entonces habría cometido una nueva reticencia. En estas condiciones el fallo impugnado habría sido el mismo por aplicación del inciso 1º del artículo 1058 del Código de Comercio, como se expresó ampliamente al despachar el cargo anterior.

2. El recurrente pretende encontrar un error de derecho cometido por el Tribunal al haber éste apreciado como prueba el original del cuestionario atrás comentado que se presentó junto con la demanda. Afirma, en efecto, que dicho cuestionario fue tachado de falso por la parte demandada en la respuesta del libelo y que la tacha no fue tenida en cuenta por el juzgador.

Si bien es cierto que en derecho moderno no existen palabras sacramentales, como lo afirma la censura, también lo es que la tramitación de un proceso está sujeta a ciertas formas de riguroso cumplimiento para que la actuación pueda desenvolverse y adelantarse debidamente. En el caso concreto de la tacha de falsedad de un documento, esa forma está establecida claramente en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, en el escrito en que se formula "deberá expresarse en qué consiste la falsedad y pedirse las pruebas para su demostración".

En el presente, caso el apoderado judicial de la demandada al contestar el hecho cuarto del libelo, se limitó a decir que la parte actora "hace una afirmación falsa (se subraya), puesto que en ninguna parte del cupón de solicitud del seguro, el señor Karan respondió en la forma que se asegura haber respondido". En efecto, al preguntársele al suscriptor de la póliza sobre "¿a qué compañía ha hecho usted una solicitud para el seguro de estos mismos bienes y con qué resultado?, el espacio para esta respuesta fue dejado en blanco, luego es falso que hubiera contestado que 'a ninguna' ".

La transcripción de esta respuesta demuestra claramente que la parte demandada no formuló una tacha de falsedad contra el original del cuestionario, ni pidió tampoco pruebas para demostrarla. Se limitó a manifestar que era falsa la afirmación contenida en el hecho cuarto de la demanda, como se deducía de la citada fotocopia, pero no hizo siquiera alusión al original anexo a la demanda. Es de advertir que la demandada se conformó con la actitud del juez de no tramitar esa hipotética tacha de falsedad en la forma que estatuye el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, pues no formuló entonces reparo alguno.

De esta suerte la pretendida tacha no fue propuesta ni menos aún tramitada como lo exige la ley, con traslado del escrito en que se formula, con solicitud de pruebas por parte de quien la propone y la posibilidad de pedirlas para la otra parte. No se vislumbra, pues, el error de derecho que alega el recurrente.

3. Finalmente, en cuanto al pretendido error de hecho en que a juicio del recurrente incurrió el Tribunal, al no haber tenido en cuenta las pruebas que enumera en el cargo y que según él demuestran que la compañía aseguradora conoció o debió conocer los hechos y circunstancias a que se refiere el artículo 1058 del Código de Comercio, debe observarse lo siguiente:

a) La Corte ha expuesto reiteradamente que "no se presume ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento no chocan con lo que de las mismas pruebas resulta". (Cas. Civil 12 julio de 1966, aún no publicada);

b) "El error de hecho —ha dicho también— puede ocurrir por dejar de percibir lo que hay o imaginar lo que no hay en el proceso; pero en el primer caso la falta de estimación formal no implica error cuando el fallo acepta la existencia del hecho como si expresamente hubiese tomado en

cuenta los elementos probatorios pertinentes. Ello equivale a haberlos percibido, primero, y valorado, después. Distinto es el caso en que existiendo la prueba, declara, sin detenerse en ella que el hecho no está probado. Pero, aceptada la existencia del hecho, es razonable suponer que el sentenciador tomó en cuenta la probanza, sin embargo de no haberla mencionado en el fallo". (LXXVIII, pág. 805);

c) De acuerdo con el criterio expuesto en el párrafo anterior, aplicado al presente caso, se observa que el Tribunal de Cali no expuso que no estuviese demostrado lo que pudieran acreditar las pruebas que a juicio del recurrente fueron preteridas, ni profirió tampoco su sentencia haciendo caso omiso de las mismas. Lo que ocurrió fue simplemente, que el *ad quem* consideró más grave la conducta contractual del tomador del seguro, al haber incurrido en reticencia e inexactitudes al responder el cuestionario que le fue sometido y que la posible culpa de la compañía aseguradora, por no haber averiguado la verdad de aquéllas o la exactitud de éstas, tenía menor trascendencia que la mala fe de la persona que solicitó y contrató el seguro;

d) Por último, las pruebas que la censura estima preteridas por el Tribunal (salvo que la misma compañía demandante, a través de su sucursal de Cali, había negado el mismo seguro de incendio) no demuestran que dicha sociedad hubiera conocido o debido conocer esos hechos callados o deformados por las respuestas del tomador del seguro, sino, algunas de ellas, que hubiera podido conocerlas. Esa extrema diligencia y cuidado, correspondiente a la culpa levísima, no se le impone al asegurador; su responsabilidad en este contrato, a falta de disposición en contrario que la establezca expresamente, sólo llega hasta la llamada "culpa leve" (Art. 63 inciso 3º C. C.). Por consiguiente no es razonable imponer a una sociedad aseguradora el deber de verificar la sinceridad y exactitud de las declaraciones de un tomador del seguro haciendo indagaciones en todas las demás empresas dedicadas a la misma actividad mercantil, y no sólo a sus casas principales sino a la totalidad de las sucursales o agencias que tengan en el territorio nacional.

No estando, pues, probados los errores de índole probatoria que la demanda de casación atribuye al sentenciador, el cargo en estudio no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Arizo, Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FILIACION NATURAL

Aplicación de la Ley 75 de 1968 en el caso de concurrencia de hijos naturales con legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936. Impugnación de legitimidad.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entrase a desatar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de julio de 1975, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso ordinario que suscitara Myriam Reyes de Córdoba frente a los herederos y a la cónyuge sobreviviente de Ramón Emiliani Vélez.

I

El litigio

1. Ante el Juez 9º Civil del Circuito de Barranquilla, en demanda que fue admitida por auto de 28 de abril de 1970, Myriam demandó a Adela Heilbron viuda de Emiliani, consorte supérstite, y a Ana María, Ramón y Julia Emiliani, legitimarios de Ramón Emiliani Vélez, para que, rituado el proceso ordinario, se declarase que la demandante es hija natural del causante Emiliani y, por ende, legitimaria suya con derecho a sucederlo, por lo cual debe ordenarse rehacer el trabajo de partición hecho en el proceso sucesorio de aquél.

2. La causa petendi se hizo consistir en que desde febrero de 1931 y hasta 1936, Celia Alonso viuda de Reyes y Ramón Emiliani Vélez sostuvieron relaciones sexuales en la casa de propiedad de éste que aquélla habitaba en la calle 66 Nº 47-B-56 de Barranquilla, donde nació la demandante el 26 de abril de 1932, como fruto de ese trato carnal: que, además, Ramón trató a Celia, durante el embarazo y parto, de tal manera que el trato era ciertamente indicativo de paternidad natural; que Emiliani Vélez falleció el 7 de enero de 1969.

3. Con oposición de los demandados, quienes, desde un principio, alegaron que la madre de la demandante era mujer casada cuando Myriam fue concebida, se adelantó la primera instancia que finalizó con sentencia absolutoria. Al decidir la segunda, que se originó en la apelación que interpuso la demandante contra el fallo desestimatorio del a quo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante el suyo de 16 de julio de 1975, revocó el apelado y en su lugar acogió todas las pretensiones de la demanda.

Contra esta providencia, los demandados propusieron el recurso de casación que ahora se está decidiendo.

II

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

El fallador de segundo grado, apoyado especialmente en la prueba de testigos y en la indiciaria, concluyó, previo exhaustivo análisis probatorio y previo amplio estudio de lo que la doctrina ha entendido por relaciones sexuales como causa para declarar judicialmente la paternidad natural, que estaba probada la presunción de paternidad que emana de haber existido, en la época en que de derecho se presume haber ocurrido la concepción de la demandante, relaciones de tipo sexual entre la madre de ésta y el hombre a quien se señala como presunto padre. Dijo el Tribunal

que de la prueba testimonial se colige a plenitud que el trato carnal de Ramón y Celia coincide con la época en que Myriam fue concebida y que, del mismo modo, se establece la época, al menos aproximada, de la iniciación y de la culminación de tales relaciones amatorias, circunstancias sin las cuales el Juez no podría apreciar el hecho concreto en que debe fundarse la dicha presunción de paternidad natural; "de ahí que para el Tribunal se encuentre plenamente demostrada la causal alegada por la actora, siendo procedente presumir la paternidad natural cuya declaratoria se solicita por aquélla con fundamento en lo preceptuado por el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968". Añade luego el fallador que la serie de indicios, que analiza a espacio, "viene a reforzar las conclusiones" sacadas de la prueba testimonial por lo que debe darse aplicación a la disposición antecitada de la Ley 75.

Advierte después el fallador que, no obstante que durante la segunda instancia los demandados demostraron que la madre de la demandante, para cuando ésta fue concebida y nació, estaba casada con Narciso Reyes, lo que determinaría la aplicación de la presunción de que es hija legítima de éste(artículos 213 y 214 del Código Civil), y la imposibilidad de reconocerla como hija natural, tales normas no pueden ser aplicadas porque la demandante, en la misma instancia y con base en el artículo 361-3 del Código de Procedimiento Civil, logró que se tuviera como prueba la copia de la sentencia de 22 de abril de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual "se declaró que Myriam nació y fue concebida por María Celia Alonso de Reyes durante la separación absoluta de cuerpos de los expresados esposos Reyes-Alonso y que, en consecuencia, aquélla no pudo tener por padre al legítimo esposo de su madre, José Narciso Reyes Alvarado"; que, en tales circunstancias, la prohibición de reconocer como natural al hijo de mujer casada debe ceder ante la demostración de una de las excepciones establecidas para tal principio en el artículo 3º de la Ley 75 de 1968; que como la copia de la sentencia se adujo "simplemente" para probar la desvirtuación de la presunción de legitimidad de la demandante y no para otros efectos jurídicos, se le concede mérito probatorio contra los demandados aunque ellos no hubieran sido citados al proceso de impugnación, ni la sentencia se hubiera dictado entre legítimos contradictores.

Expresa luego el Tribunal que es en el artículo 30 de la Ley 75 y no en el 28 de la 45 de 1936 donde se da vocación hereditaria a la demandante, pues si bien es cierto que la Ley 75 entró a regir totalmente el 1º de marzo de 1969, su artículo 30 está en vigor desde el 31 de diciembre de 1968, fecha en que la ley fue sancionada, por disposición expresa de ese mismo artículo; que, por tanto, si la delación de la herencia de Ramón Emiliani se hizo el 7 de enero, día de su óbito, para entonces ya estaba en vigor el artículo 30 de la Ley 75 de 1968 que otorga ahora vocación hereditaria a todo hijo natural concurriendo con hijos legítimos.

III

La demanda de casación y Consideraciones de la Corte

Cuatro cargos enfila la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, estribados todos en la causal primera.

Cargo primero

En éste denúnciase quebranto, por falta de aplicación de los artículos 3º de la Ley 45 de 1936 y 1.013 del Código Civil y, por indebida aplicación, de los artículos 3º de la Ley 75 de 1968 y 4º y 18 de la Ley 45 de 1936.

Expresa el impugnador que como Myriam fue concebida por mujer que estaba unida por vínculo matrimonial a la sazón, y como su legitimidad presunta nunca fue impugnada airosamente por el marido de su madre, "existía una imposibilidad legal para que la actora fuera reconocida como hija natural, ora voluntariamente (cosa que nunca ocurrió), ora judicialmente". Que, por tanto, al no haber aplicado el Tribunal el artículo 3º de la Ley 45 de 1936, que prohibe el reconocimiento como natural del hijo de mujer casada, lo violó y, de consiguiente, el fallo debe ser casado. Que así mismo, y ya por aplicación indebida

transgredió el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, pues si Ramón Emiliani Vélez falleció el 7 de enero de 1969, por mandato del artículo 1.013 del Código Civil en esa fecha se produjo la delación de su herencia, "y como ese día (7 de enero de 1969) aún no había entrado en vigencia la Ley 75 de 1968, necesario era concluir que la vigente en ese momento era la Ley 45 de 1936, es decir, que estaba en vigor la terminante prohibición para reconocer como naturales a hijos de mujer casada". Que por estas mismas razones se violaron las otras normas de derecho sustancial indicadas en la censura.

Cargo segundo

La infracción denunciada aquí consiste en no haber sido aplicados los artículos 28 de la Ley 45 de 1936 y 1.013 del Código Civil y en haber sido indebidamente aplicado el artículo 30 de la Ley 75 de 1968.

Alega el recurrente que, por cuanto Ramón Emiliani Vélez dejó de existir el "9 (sic) de enero de 1969", cuando aún no había entrado a regir la Ley 75 de 1968, cuya vigencia se inició el 1º de marzo de 1969, la ley aplicable entonces era la 45 de 1936 que, en su artículo 28 niega derecho herencial a los hijos naturales concebidos antes de 1936 cuando concurren con hijos legítimos, por lo cual el Tribunal no podía reconocer derecho herencial a la demandante, pues no era aplicable al caso el artículo 30 de la Ley 75, sino el 28 de la 45.

Tercer cargo

El censor manifiesta que fueron quebrantados, por aplicación indebida, los artículos 6º y 30 de la Ley 75 de 1968 y 18 de la 45 de 1936; por interpretación errónea el 3º de la Ley 75 dicha; y por falta de aplicación los artículos 213 y 214 del Código Civil, quebrantos generados en error de hecho en la interpretación de la demanda.

En desarrollo del cargo, el recurrente dice que en la causa petendi de la demanda introductoria del proceso se expresó que "la madre de la demandante en el momento de la concepción y el parto era viuda, vale decir soltera, es decir, no atada en ese momento por vínculo matrimonial". Que este hecho de la causa petendi se cambió sustancialmente cuando durante la segunda instancia se demostró que aunque la demandante estaba cobijada con presunción de legitimidad por haber sido concebida por mujer casada, se había destruído esa presunción en el proceso de impugnación suscitado frente a su madre y a los hijos del marido de ésta. Que como la acción de impugnación de la legitimidad debe ser promovida antes de la de filiación natural o al menos concurrentemente con ella, el Tribunal no debía haber acogido la demanda de filiación, pues la acción de impugnación se promovió mucho después de haberse iniciado el proceso de investigación de paternidad natural.

Cargo cuarto

Fúndase en que el Tribunal infringió, por indebida aplicación los artículos 3º, 6º y 30 de la Ley 75 de 1968 y 18 de la 45 de 1936 y, por falta de aplicación, los artículos 213 y 214 del Código Civil, "infracciones provenientes de la apreciación errónea de la prueba consistente en la copia de la sentencia de impugnación de la paternidad legítima dictada por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, por error de derecho consistente en la violación medio de los artículos 71, 174, 175, 176, 177, 178, 179 y 361, numeral 3º, del Código de Procedimiento Civil y de los artículos 105 y 107 del Decreto 1.260 de 1970".

Explicando el ataque, el recurrente asevera que el ad quem cometió error de hecho en la interpretación de la demanda, al entender que "la impugnación de la filiación legítima formó parte de la causa petendi", y además incurrió en error de derecho al apreciar como prueba la copia del fallo en que el Tribunal de Bogotá declaró que la demandante no está cobijada con la presunción del artículo 214 del Código Civil. Luego manifiesta que la demandante obró deslealmente, pues en la demanda, a sabiendas, afirmó que era hija de mujer viuda y después, cuando los demandados demostraron que ésta estaba casada para cuando aquélla fue concebida,

"cambió abruptamente la causa petendi aceptando entonces que lo afirmado por ella no era cierto"; que se violó el principio de la regularidad y oportunidad de la prueba, pues para la demandante no constituía hecho nuevo el que su madre fuera mujer casada cuando la concibió, por lo cual no podía en segunda instancia, sin haberlo alegado como hecho de la causa petendi, haber demostrado la impugnación tardía de su legitimidad; que el juez no puede apoyar su convencimiento en la prueba de episodios no relatados como constitutivos de la causa para pedir, pues con ello se altera el planteamiento hecho en la demanda; que "el hecho del matrimonio de la madre de la demandante lo demostró plenamente la parte demandada, como lo aceptó el Tribunal en su fallo de segunda instancia, luego era procedente la consecuencia jurídica. Ahora bien, la destrucción de esa presunción la ha debido proponer la parte demandante antes de la demanda, con citación de los futuros demandados en este proceso, o a más tardar acumulada a la demanda de filiación, como lo ordena perentoriamente el artículo 3º de la Ley 75 de 1968. Al no haberse propuesto en las oportunidades dichas, era preciso para el Tribunal tener por procedente la presunción de paternidad y la consecuencia fundamental de que siendo la demandante hija legítima no podía ser reconocida como natural"; que como en la demanda se dijo que la demandante había sido concebida por mujer viuda, a ella correspondía la carga de probar tal suceso, según lo dispone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y, sin embargo, probó todo lo contrario; que las pruebas que conducen a demostrar hechos no alegados en la demanda son impertinentes y el juez debe rechazarlas in limine, como lo impera el artículo 178 del Código de Enjuiciamiento Civil, por lo cual si obrando en contra de este mandato las aprecia, comete error de derecho, como sucedió en la especie de esta litis, ya que, a pesar de que no se invocó como episodio de la causa petendi la impugnación de la legitimidad, el Tribunal apreció la copia de la sentencia en que se dijo que la demandante, Myriam Reyes de Córdoba, no tiene por padre al marido de su madre; que Myriam, alegando la existencia de un hecho nuevo, logró con estribo en lo que dispone el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, que se decretara como prueba la expedición de la copia del fallo de impugnación, siendo que esto no era hecho nuevo para ella y, de otro lado, no fue alegado en la causa para pedir; que, como al tenor de lo que mandan los artículos 106 y 107 del Decreto 1260 de 1970, las sentencias sobre estado civil, para que valgan en juicio y tengan fuerza contra terceros, requieren ser registradas, el Tribunal, al darle mérito probatorio a la de impugnación sin haber sido registrada, cometió error de derecho.

IV

Consideraciones de la Corte

1. Sea lo primero resaltar que los recurrentes no impugnan la conclusión sacada por el Tribunal relativa a que durante la época en que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92 del Código Civil, se presume de derecho que la demandante fue concebida, su madre, Celia Alonso de Reyes, sostuvo relaciones de tipo sexual con Ramón Emiliani Vélez. Esta conclusión, pues, se impone a la Corte por no haber sido combatida. Los recurrentes la aceptan.

Toda la fuerza impugnativa de los censores se centra en la demostración de los siguientes puntos: a) Que la ley aplicable al caso debatido era la 45 de 1936 y no la 75 de 1968, pues Ramón Emiliani falleció el 7 de enero de 1969 y la última ley entró a regir el 1º de marzo siguiente; que como la Ley 45 autorizaba sólo al marido la impugnación de la legitimidad presunta del hijo concebido por su mujer y esa ley era la aplicable, si Narciso Reyes nunca hizo tal impugnación, la demandante debe considerarse como hija legítima suya; b) Que como al fallecer Emiliani Vélez estaba en vigor la Ley 45 que en su artículo 28 niega vocación hereditaria al hijo natural concebido antes de su vigencia cuando concurre con hijos legítimos de matrimonios celebrados también con anterioridad a ese momento, entonces Myriam Reyes no puede participar en los bienes que forman el caudal hereditario de aquél; c) Que como en la demanda introducto-

ria del proceso se expuso que la demandante había sido concebida por mujer viuda a la sazón, el Tribunal no podía haber concebido mérito probatorio a la sentencia de impugnación de la legitimidad de aquélla, pues con ello se cambiaron los hechos de la causa petendi aceptando que aquélla era hija de mujer casada entonces; y d) Que la copia de ese fallo carecía de valor probatorio, pues los hechos que con él se demostraron no fueron alegados como causa para pedir y porque tal providencia ni fue registrada, ni se pronunció entre legítimos contradictores.

2. En el caso sub lite, tanto los hijos legítimos de Ramón Emiliani Vélez, que son demandados, como Myriam Reyes de Córdoba, su hija extramatrimonial, fueron concebidos antes de entrar a regir la Ley 45 de 1936. Por tanto, la demandante, mientras subsistió el artículo 28 de esa ley, carecía de derecho para suceder ab intestato a su presunto padre natural, en virtud de que en tanto estuvo en vigor este precepto, concurriendo hijos naturales con legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45, los derechos hereditarios de aquéllos sólo se otorgaban a los concebidos con posterioridad a la fecha en que empezó a regir y no a los engendrados antes. Mas como la delación de la herencia, es decir, el llamamiento de la ley al asignatario para aceptar o repudiar la herencia, sólo se le hace al hijo en el momento de fallecer su padre y no en ningún tiempo anterior, ya que la sucesión en los bienes de una persona sólo se abre al momento de su muerte (artículo 1.012 del Código Civil); porque la herencia sólo se defiere al heredero al punto de morir la persona de cuya sucesión se trata (artículo 1.013 ibídem); por cuanto en vida del padre sus hijos, ora legítimos, ora naturales, sólo tienen la mera expectativa, pero ningún derecho cierto de llegar a sucederlo como legitimarios suyos; y como quiera que en la adjudicación y partición de una herencia han de observarse las reglas que regían al tiempo de su delación (artículo 37 de la Ley 153 de 1887), indispensable será definir, previamente y como punto de partida, qué derechos sucesorales, concurriendo con hijos legítimos, tenía el hijo natural al momento de fallecer Ramón Emiliani Vélez.

Se advierte, en primer término, que el 7 de enero de 1969, fecha en que ocurrió el deceso de éste, ya había sido expedida, sancionada y promulgada la Ley 75 de 1968, en cuyo artículo 30 se dispuso, modificando así radicalmente lo que imperaba hasta entonces el artículo 28 preditado, que los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 tendrán, aún en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores, los derechos hereditarios que al hijo natural concede dicha ley.

Alega el recurrente que, como ya lo definió la Corte en su sentencia de 5 de abril de 1973, la Ley 75 de 1968 empezó a regir el 1º de marzo de 1969, pues no habiendo sido aprobado el artículo 68 del proyecto que indicaba desde cuándo debía entrar ella en vigor, su observancia debía determinarse con base en el principio general sentado en el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal que, en esa hipótesis, dispone que la obligatoriedad de la ley empieza dos meses cabales después de su promulgación. Este planteamiento de la censura es ajustado a la verdad en cuanto a que desde el primero de marzo de 1969 está vigente el estatuto mencionado. Sin embargo, como el legislador puede establecer distintas fechas para la vigencia de los varios mandatos contenidos en una misma ley, desde luego que está expresamente facultado por el artículo 53 del Código de Régimen Político y Municipal para señalar el día cierto o determinado en que empiece la observancia de una norma legal, es claro que el principio general de que ésta principia dos meses después de promulgada la ley, se entiende sin perjuicio de los preceptos en que explícitamente se haya fijado día distinto, anterior o posterior, para que empiecen a regir. En tal caso "principiará a regir la ley el día señalado", como terminantemente lo dice el artículo 53 antecitado, y no dos meses después de su inserción completa en el Diario Oficial.

Ahora bien, como en el propio artículo 30 de la Ley 75 de 1968 se estatuyó que el cambio de legislación allí contemplado se

empezaría a aplicar "en las sucesiones que se abran después de la sanción de la presente ley", sanción ocurrida el 30 de diciembre de 1968, y como la sucesión de Ramón Emiliani, según el artículo 1.012 del Código Civil, fue abierta el 7 de enero de 1969, cuando ya estaba sancionada la Ley 75, entonces su hija natural, aunque concebida antes de la Ley 45, tiene los mismos derechos hereditarios que desde 1936 se habían otorgado a los hijos naturales concebidos después de entrar a regir dicha ley.

3. Es claro así mismo que cuando se abrió la sucesión de Emiliani Vélez, es decir, el 7 de enero de 1969, día de su fallecimiento, la demandante aún no tenía la calidad de hija natural suya, pues ni había sido reconocida por aquél como tal, ni para entonces se había proferido la sentencia que declaró la paternidad natural. Mas como esta especie de fallos pertenece a las sentencias típicamente declarativas, pues se limitan a constatar la existencia de hechos ya ocurridos, es claro que los efectos de un pronunciamiento favorable sobre filiación natural se retrotraen no sólo al momento del nacimiento sino al de la concepción del hijo, en virtud del adagio: infans conceptus pro nato habetur, quoties de comodis ejus agitur.

Por todo lo anterior, Myriam Reyes de Córdoba desde este ángulo visual, tiene vocación legal para suceder a Ramón Emiliani Vélez, en concurrencia con los hijos legítimos suyos, y a pesar de que ella fue concebida antes de regir la Ley 45 de 1936, pues cuando se produjo la delación de la herencia había quedado insubsistente, pocos días antes, la norma restrictiva del artículo 28 mencionado. Y aunque es bien sabido que hasta el 30 de diciembre de 1968 los hijos legítimos de Emiliani habrían excluido de la herencia a su hija natural, por haber sido ésta engendrada antes de la Ley 45, como la norma aplicable al momento de deferirse la asignación mortis causa (enero 7 de 1969) ya era otra la del artículo 30 apuntado, y las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene, como lo fulmina el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, síguese que Myriam Reyes de Córdoba, como hija natural de Ramón Emiliani, tiene vocación hereditaria para suceder a éste en calidad de legitimaria suya.

4. Como ya tuvo oportunidad de decirlo la Corte en sentencias de 19 de junio y 9 de octubre de 1975, aún no publicadas en la Gaceta Judicial, una fue la solución que, en punto de impugnación de la legitimidad presunta de hijos concebidos por mujer casada, hizo la Ley 45 de 1936, y otra muy distinta la que ahora hace la 75 de 1968. En la segunda de estas decisiones se dijo:

"Antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 no era posible concebir jurídicamente un hijo natural de mujer casada, por la razón paladina de que para tener esta calidad se exigía que quienes habían tenido el hijo fuera de matrimonio, 'pudieran casarse entre sí al tiempo de la concepción'. Y es evidente, entonces, que si a la sazón la mujer era casada, no podía contraer simultáneamente otras nupcias con el cómplice de su infidelidad. El hijo de mujer casada, pues, aunque se impugnara victoriosamente su legitimidad, no podía ser nunca hijo natural, pues siendo adulterino quedaba clasificado en el género de los llamados de dañado y punible ayuntamiento, categoría que excluía a los naturales.

"Fluye de lo anterior que hasta la vigencia de la citada ley, el hijo de mujer casada no podía ser hijo natural en ningún caso, pues como lo declaraba el artículo 54 de la Ley 153 de 1887, sólo podían ser reconocidos como tales los que no provinieran de dañado y punible ayuntamiento.

"Mas como la citada Ley 45 cambió la estructura anterior relativa a los hijos naturales y, en su artículo 1º, estableció que tienen calidad de tales los nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando han sido reconocidos o declarados tales, a partir de su vigencia las mujeres y los hombres casados pudieron tener hijos naturales, pues, desde entonces, para tener esa calidad no se requirió que los padres, al tiempo de la concepción, pudieren casarse entre sí, sino simplemente que no estuvieran casados el uno con el otro.

"Como era indispensable, empero, proteger la intimidad y el sosiego de los hogares formados bajo la tutela del matrimo-

nio, previniéndolos contra los ataques malintencionados y alejándolos de todo escándalo, el legislador de 1936, en el inciso 1º del artículo 3º de la Ley 45, estableció:

"'El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo".

"Y para tutelar mejor ese principio, en su segundo inciso, de manera tajante preceptuó:

"'Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en el caso final del inciso anterior'.

"Seguramente por cuanto con antelación a la Ley 45 el hijo de mujer casada en ningún caso podía considerarse como natural, la legislación derogada no conoció disposición semejante a ésta del artículo 3º transcrito.

"La doctrina jurisprudencial de la Corte, no obstante la precisión del texto antes transcrito, apoyándose en que el artículo 20 de la Ley 57 de 1887 expresamente declaró que no es hijo del marido el concebido por mujer casada durante el estado de divorcio o de separación legal, sostuvo, que, en estos dos eventos, el hijo concebido por mujer casada también podía ser reconocido como natural, sin que el marido de la madre tuviera que adelantar, previamente y de manera victoriosa, el proceso de impugnación de la legitimidad presunta, por la razón palmaria de que en los eventos contemplados en ese artículo 20 no operan las presunciones de legitimidad y de paternidad legítima de los artículos 213 y 214 del Código Civil. Cuando se dan los supuestos de aquella norma, la presunción es la contraria: la de que el padre del hijo dado a luz por la mujer casada no es el marido de ésta.

"Esta situación legal imperó hasta cuando entró en vigor la Ley 75 de 1968 que, acogiendo en norma positiva lo que ya era doctrina de la Corte, y regulando claras situaciones de hecho que no habían sido contempladas por el legislador, modificó profundamente el sistema anterior, al disponer en su artículo 3º:

"'El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

"'1. Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

"'2. Cuando el marido desconoce el hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el título 10 del libro 1º del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuera capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor.

"'3. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.

"'El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el juez de menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta ley, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el juez civil competente, por la vía ordinaria.

"'Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo'.

"Despréndese de lo anterior que desde la vigencia del Código Civil y hasta el momento en que entró a regir la Ley 75 de 1968, era absoluto el principio sentado en el artículo 216 del Código Civil:

"'Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo'.

"La ley erigía al hombre casado como árbitro supremo de su paternidad legítima presunta: nadie, contra su voluntad, podía poner en duda que él fuese el progenitor de los hijos que diera a luz su mujer. Y sólo él podía impugnar esa paternidad. Con ese fundamento pudo decir la Corte: 'si el padre reconoce como suyo al hijo na-

cido durante el matrimonio, nadie puede sostener lo contrario; él es juez soberano en este asunto'. (G. J. T. XXVI, 235).

"'Sería inconcebible —dicen los hermanos Mazeaud— que alguien que no fuere el marido pudiera ser juez de la legitimidad del hijo; no pertenece sino al marido decidir si conviene o no, en interés de la familia misma, no revelar que el hijo nacido de su mujer es el fruto de un adulterio... sea cual sea el interés que se una a la manifestación de la verdad y a la exactitud del estado civil, ese interés debe ceder ante el de la familia y el hijo, interés que debe poder determinar soberanamente el marido'. (Derecho Civil, parte I, Volumen III, Pág. 332).

"Hasta la vigencia, pues, de la apuntada Ley 75, mientras viviera el marido, nadie, ni el hijo mismo, ni siquiera la madre podían reclamar contra la legitimidad presunta que abriga a todo hijo de mujer casada que fue concebido durante el matrimonio. Para la ley, sólo el marido tenía interés jurídico para discutir esa presunta legitimidad, presunción que, por cuanto solamente podía ser impugnada por el marido, era relativamente a éste una presunción simplemente legal, que admitía prueba en contrario, pero que, en relación con toda otra persona, incluyendo entre éstas al hijo mismo, a su madre, y a los demás parientes de los progenitores, era en el fondo una verdadera presunción irrefragable, desde luego que para toda otra persona distinta al marido, la presunción de legitimidad se imponía plenamente por cuanto no podía impugnarla. Tal estado de cosas varió a partir de la vigencia de la Ley 75, pues, desde entonces, la acción de impugnación de su legitimidad se concedió también al hijo, más sólo en el caso de que su nacimiento hubiera tenido lugar después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal, como expresamente lo dice en su aparte 5º el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, antes transcrito.

"Hoy, pues, la acción de reclamación contra la legitimidad presunta del hijo concebido por mujer casada no es exclusiva del marido. El hijo, en el evento a que antes se hizo referencia, puede también ejercerla. Pero como tanto el padre legítimo presunto como a la madre casada les afecta directamente la decisión que se tome en proceso en que se discute la legitimidad del hijo, el legislador de 1968, al conceder al hijo la acción dicha, expresamente dispuso que deben ser citados al debate al padre legítimo y la madre, o sus herederos, si alguno hubiere fallecido.

"Ahora bien, mientras el hijo no triunfe en el litigio en que a su solicitud se discuta su legitimidad o mientras no pruebe estar situado en una de las tres posiciones a que aluden los numerales del artículo 3º de la Ley 75, es claro que no puede adelantar el proceso de investigación de paternidad natural, desde luego que, en tanto, sigue amparado con la presunción de legitimidad que impide hacer el reconocimiento respectivo o, en su caso, la declaración judicial de paternidad natural. No sobra precisar que el hijo puede, en un mismo proceso, acumular las pretensiones de impugnación de su legitimidad y de investigación de su paternidad natural.

"Sobre este último tema, la Corte, en sentencia del 19 de junio de 1975, no publicada aún, (proceso de Angela Jiménez contra Aldemar López), dijo:

"'Antes de la vigencia de la 'ley Cecilia', la presunción de paternidad legítima impuesta por la ley al marido, relativamente a los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio, a pesar de ser presunción simplemente legal, sólo podía ser impugnada por él mientras viviera (artículo 216 del Código Civil), pues como lo había declarado la Corte el marido era el juez soberano en ese asunto.

"Tal situación fue modificada por la Ley 75 de 1968 que, en la primera parte del inciso segundo del numeral 3º de su tercer artículo, dispuso:

"El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal.

"Expresamente dice la norma citada que ejercitándose por el hijo este derecho debe hacerlo "con audiencia del marido y de la madre, o de sus herederos si ya hubieran muerto ellos".

"Brota del texto legal transcrito que hoy, pues, son ya dos las personas que,

viviendo el marido, pueden reclamar contra la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio, a saber: el hijo mismo y el marido. Cuando es el primero el que ejercita la acción de impugnación, para que pueda decidirse sobre la relación sustancial nacida de dicha presunción de legitimidad, expresamente la ley exige que al proceso sean citados la madre y el marido de ésta; y si uno de ellos ha fallecido, deben ser citados sus respectivos herederos.

" 'Pero requiere el presunto hijo legítimo triunfar previamente en la apuntada acción de reclamación para que pueda promover la de investigación de su paternidad natural? Yerran quienes así lo creen, porque el citado artículo 3º, en la parte final del inciso 2º del numeral 3º, tácita, pero nitidamente, permite acumular las dos pretensiones en una misma demanda, sin que, por ende, sea menester adelantar por separado y previamente el proceso de impugnación, para luego, si se sale victorioso en éste, se proceda a intentar el de investigación de la paternidad natural. La norma impera que los jueces civiles y no los de menores conocen de la acción de impugnación cuando a esta pretensión se acumula la de paternidad natural.

" 'No existe, pues, indebida acumulación de pretensiones cuando en una misma demanda se solicita la declaración de que determinado hijo concebido por mujer casada no tiene por padre al marido de ésta y que, a la vez, se falle que es hijo natural de la persona a quien se señala como tal'.

"De lo expuesto conclúyese que, aún frente a la legislación que ahora rige en el punto, no es posible que el hijo nacido de mujer casada adelante proceso de investigación de su paternidad sin que, ya previamente, ora en forma simultánea, impugne, con citación de su madre y del marido de ésta, su legitimidad presunta, o sin que demuestre estar en uno de los tres casos enumerados por el artículo 3º de la Ley 75 como situaciones en las que se permite el reconocimiento como natural del hijo dado a luz por mujer casada. Ni el padre natural puede hacer el reconocimiento si no se ofrecen los supuestos de hecho requeridos para cuando el reconocimiento recae en un hijo que estaba cobijado por la presunción de legitimidad del artículo 213 del Código Civil, ni el juez puede declarar la paternidad sino en los mismos supuestos".

Conviene precisar, finalmente, que desde la vigencia del Código Civil, tanto en relación con el hijo póstumo como relativamente al caso en que el marido falleciera antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, la acción de impugnación de la paternidad legítima presunta podía y puede todavía ser promovida por los ascendientes legítimos del marido, por sus herederos y por toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual, en las circunstancias y dentro de los términos señalados en los artículos 219, 220, 221 y 222 del Código Civil.

Sin que, con anterioridad a hoy, la doctrina jurisprudencial hubiera hecho las precisiones necesarias según que en la demanda de paternidad natural la concepción del hijo se atribuya o no a mujer casada, se había dicho que, cuando no se demanden conjuntamente la impugnación y la declaración de paternidad, para iniciar separadamente el proceso de investigación de su paternidad natural el hijo de mujer casada debía haber triunfado previamente en el de impugnación de su presunta legitimidad, y en otras ocasiones se dijo que los supuestos de hecho para la declaración de paternidad en caso similar debían ofrecerse no propiamente al promoverse la demanda sino al momento de hacerse la declaración. Pero es lo cierto que no puede establecerse siempre un mismo instante para tal procedimiento. En efecto: está bien que tratándose de declaración judicial de paternidad natural tales supuestos deben existir al momento de admitirse la demanda, si en ésta se afirma que se trata de hijo concebido por mujer casada; pero cuando en el libelo demandador no se hace tal afirmación, sino que la concepción del hijo se atribuye a mujer viuda o soltera, entonces, aunque en el curso de la actuación se demuestre que la madre era casada para entonces, lo importante para que prospere la petición es que al momento de hacerse la declaración judicial de paternidad, el hijo demandante no esté amparado con presunción de legitimidad, ya porque no la tenga, ora porque haya sido

destruida completamente. Obrar de otro modo sería proceder con notoria injusticia frente al hijo a quien se hubiera ocultado el verdadero estado civil de su madre para cuando lo concibió, estado que se viene a descubrir luego, sea por revelación de la parte demandada o por otra causa, cuando ya estaba en movimiento la acción de investigación de la paternidad natural.

5. Ahora bien, como cuando se trabó la relación procesal en este proceso ordinario, es decir, cuando se notificó el auto admisorio de la demanda, ya regía en todas sus disposiciones la Ley 75 de 1968, es claro que ella es la aplicable para decidir el litigio, pues, como ya lo tiene confirmado la doctrina jurisprudencial de la Corte, las normas de derecho sustancial que deben usarse para la composición de un pleito sobre filiación, son las que regían cuando la relación jurídico-procesal se estableció cabalmente, y no aquéllas que estaban en vigor cuando el hijo fue concebido o cuando murió el progenitor presunto. Por tanto, en el caso de este pleito no es aplicable la Ley 45 de 1936, sino la 75 de 1968.

6. En el proceso de investigación de la paternidad natural, el preciso tema litigado no es otro que la determinación de quién es el padre del demandante. Allí no se discute otro asunto. Por tanto, lo fundamental en los hechos de la causa petendi, lo sustancial para identificar la pretensión debatida, es que se señale la persona a quien se atribuye la paternidad y se expresen las presunciones en que ésta se basa. Y cuando la demanda se apoya en la presunción que nace del hecho de que en la época de la concepción del demandante, existieron relaciones sexuales entre la persona de quien se predica la paternidad natural y la madre de aquél, es indispensable también que se precise quién dio a luz al hijo y se pruebe la maternidad. Pero de que en éste último caso se exija identificar a la madre y demostrar que el demandante es el hijo de ella, no se sigue que sea necesaria además probar que la madre es soltera o viuda.

La simple afirmación de que ésta es soltera o viuda, hecha en la demanda, constituye hecho accidental en proceso en que se discute una paternidad natural. Otra cosa es que el adversario pruebe que ni es soltera ni viuda, pues, en tal evento, para que la pretensión de filiación natural prospere, requiérese la demostración de que el demandante está situado dentro de una de las tres hipótesis contempladas en el artículo 3º de la Ley 75 de 1968 para que el hijo de mujer casada prueba ser reconocido como natural.

Dedúcese de lo expuesto que no constituye cambio de la causa petendi la circunstancia de que en el libelo introductorio del proceso se haya dicho que la madre de Myriam era viuda para cuando la concibió y que luego, cuando la parte demandada demostró que para entonces era casada, aquélla durante la segunda instancia haya demostrado que fue concebida por mujer casada, pero más de 300 días después de que su madre había sido abandonada totalmente por su marido, es decir cuando éstos estaban definitivamente separados de cuerpos.

El hecho que es fundamento de la pretensión, es decir la alegación de que Ramón Emiliani Vélez era el padre de la demandante, en nada fue variado. (Véase sentencia de 25 de abril de 1975 aún no publicada).

7. Finalmente, es cierto que aparece sin inscripción la copia de la sentencia en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró que Myriam no es hija de Narciso Reyes. Pero del mismo modo es cierto que tal hecho no fue alegado en las instancias del proceso, por lo cual su alegación por primera vez en el recurso extraordinario de casación constituye medio nuevo. En el punto, la Corte ha dicho:

"'Por cuanto no puede traerse al recurso extraordinario un asunto sobre el cual no se haya discutido en la segunda instancia por no haber sido objeto de la apelación, y por haber sido aceptada por el recurrente la decisión tomada por el fallador de la primera instancia, toda alegación que sobre el particular se produzca en casación queda en el vacío' (Casación Civil de 26 de octubre de 1954).

"Además, como lo dice el opositor, durante la vigencia de los artículos 2.673 y 2.674 del Código Civil, cuyos textos guardan estrecha relación con los citados por el censor como violados por el Tribunal, toda vez que sus disposiciones coinciden en cuanto a la ninguna fe en juicio de un título sujeto a inscripción y no registrado,

y a la carencia de efectos legales de un título sujeto a registro con anterioridad a la fecha de su inscripción, la Corte se pronunció en estos términos.

" 'Así, componen el medio nuevo:

"1. Su transcendencia (subraya del texto) en relación con la decisión, hasta el punto de que su aceptación en el recurso habría de causar ineludiblemente la casación vr. gr., el fallo reposa en un instrumento público que está sin registrar; pero la parte interesada en atacar su validez, no lo hace en instancia; si se admitiese su ataque en casación, el fallo se derrumbaría necesariamente.

" '2. La falta de alegación de las instancias. El ingreso de un hecho en cuestión a la litis, puede ser explícito o implícito. 'No se puede hacer valer —dice Faye— un medio nuevo, esto es, que no haya sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al Tribunal cuya decisión se ataca, o que no haya sido apreciado por este Tribunal'. Llevado al juicio, el hecho o planteamiento queda haciendo parte integrante de él, y es apto, en consecuencia, para influir en la decisión. Alegado en instancia vr. gr., que la escritura pública no fue registrada, tal extremo quedó incluido en el debate judicial, y en casación, por tanto, procede su estudio porque es simplemente un medio viejo. Mas, si en el juicio no fue formulado, es como si no existiese para el recurso extraordinario: lo que no se alega en instancia no existe en casación.

" 'Puede, empero, ingresar a la controversia un medio o extremo, no por la iniciativa de las partes sino del Juez.

" 'Hay casos —dice Faye— en que el Juez ha creído de su deber examinar de oficio un medio que no había sido presentado. Este medio no puede ser considerado como nuevo, puesto que su admisión o su repudiación han servido de base a la sentencia atacada que puede encontrarse viciada'. Por ejemplo, la sentencia habla de título registrado (subraya el texto), sin que la parte a quien interesaba su invalidación hubiera alegado en instancia la falta de inscripción; no será ya un medio nuevo, y puede promoverse en casación'. (LXXXIII, 77).

"La sentencia acusada está en este último caso, precisamente: en ella, el fallador no mencionó, para apreciar la prueba, si la sentencia del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá estaba o no registrada: simplemente la tuvo como fundamento de su decisión. Además, los apelantes no alegaron en la segunda instancia, pero ni siquiera en la primera, la falta de inscripción. Por otra parte, de aceptarse la tesis de la demanda de casación, según la cual por el solo hecho de valorarse una prueba se abre la vía para impugnarla en el recurso extraordinario, se derrumbaría toda la teoría del medio nuevo y el principio, que es básico, de la lealtad que las partes se deben en el proceso".

Síguese de lo expuesto que ninguno de los cuatro cargos puede prosperar.

Pero antes de proferir la competente resolución, la Corte se ve precisada a rectificar la tesis del Tribunal que exige la prueba de la fecha en que las relaciones sexuales empezaron y la de aquella en que terminaron. Lo indispensable para la prosperidad de la pretensión de filiación cuando se alega la presunción nacida del trato carnal, es que se demuestre que las relaciones dichas sucedieron en la época en que tuvo qué ocurrir la concepción del demandante. Si los testigos desconocen el momento en que las relaciones se iniciaron o en que cesaron, ello en nada perjudica la causa del hijo demandante, pues lo requerido por la ley es que se demuestre que por la época del engendramiento existieron esas relaciones sexuales entre la madre del demandante y el hombre a quien se señala como demandado. Sobre el punto, la Corte tiene doctrina sentada, como se lee en el fallo de 22 de enero de 1974, aún no publicado.

A mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 16 de julio de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este proceso suscitado por Myriam Reyes de Córdoba frente a los herederos y la cónyuge sobreviviente de Ramón Emiliani Vélez.

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,

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Conducta negligente del Banco. — Concurrencia de culpas.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

I
La controversia

Cervecería Andina S. A. demandó por la vía ordinaria al First National City Bank para que éste fuese condenado a pagarle la cantidad de ciento cuarenta y siete mil quinientos veintiséis pesos ochenta centavos ($ 147.526.80) moneda corriente, junto con sus intereses corrientes "desde la fecha en que debió hacer el pago hasta el día en que éste se haga" y los perjuicios que sufrió con motivo de los hechos narrados en la demanda que la Corte resume de esta manera:

La demandante giró a la orden de la Compañía Nacional de Vidrios S. A. - Conalvidrios, el cheque número 8937 contra el Banco Comercial Antioqueño Suc. Paloquemao, que estaba cruzado para los efectos del artículo 8º de la Ley 75 de 1916, por la cantidad antes expresada, el cual fue a dar a manos de personas distintas de los representantes de la sociedad beneficiaria y consignado en una sucursal del banco demandado, en cuenta corriente fraudulenta abierta a nombre de la misma sociedad y pagado por canje por el banco girado, previa consulta telefónica con la compañía giradora sobre la cantidad respectiva y el nombre del beneficiario.

El banco incurrió en culpa al no haber identificado a las personas que abrieron la cuenta en cuestión a nombre de la Compañía Nacional de Vidrios. En consecuencia, el cheque de que se trata fue descargado de la cuenta corriente que tenía la sociedad demandante en el Banco Comercial Antioqueño y abonado a la fraudulenta, y por otra parte, como en realidad no llegó a manos de la sociedad beneficiaria, la factura que con él pretendía cancelarse quedó insoluta "ocasionándole a Cervecería Andina S. A. el doble pago de los dineros mencionados. Por lo anterior deducimos claramente —se afirma en la demanda— que el cheque cobrado fue falsificado en su endoso y que la conducta del Banco intermediario fue culposa, pues no realizó ninguna gestión tendiente a la verificación de las facultades de quien debía representar a la Compañía Nacional de Vidrios S. A., en el contrato de cuenta corriente".

Opúsose el banco a las pretensiones de la parte actora, aceptó algunos de los hechos afirmados y negó los restantes, en especial el de su negligencia.

Concluyó la primera instancia con fallo proferido por el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá el 5 de diciembre de 1973, en el que se condenó al banco demandado al pago de la cantidad impetrada, junto con sus intereses legales a partir del 28 de julio de 1971 y a las costas del proceso.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió la apelación que el banco interpuso contra la sentencia de primer grado, confirmándola en todas sus partes, mediante la suya del 26 de julio de 1975. Compete ahora a la Corte decidir el recurso de casación que el referido banco interpuso también contra el fallo de segundo grado que acaba de citarse.

II
La sentencia recurrida

El ad quem ubica la pretensión de la parte demandante dentro del campo de la

responsabilidad civil extracontractual, como consecuencia del descuido con que obraron los funcionarios del banco demandado, al no haber exigido identificación alguna a las personas que suplantaron al gerente y al pagador de Conalvidrios, y en tal carácter solicitaron y obtuvieron la apertura de una cuenta corriente a nombre de dicha sociedad, a través de la cual esos suplantadores lograron apoderarse indebidamente de la cantidad con la cual Cervecería Andina había pretendido cancelar una factura a su cargo y a favor de Conalvidrios.

Acomete enseguida el análisis del material probatorio y llega a las siguientes conclusiones:

"Que la sociedad demandante en cumplimiento de obligaciones contraídas con la sociedad denominada 'Compañía Nacional de Vidrios S. A.' giró a favor de ésta un cheque distinguido con el número 8937 fechado en julio 27/71 por la suma de $ 147.526.80, contra el Banco Comercial Antioqueño Sucursal Paloquemao de esta ciudad... que este cheque fue retirado de las oficinas de la giradora en forma dolosa por quien aparentaba ser mensajero de la beneficiaria.

"Que el 28 de julio de 1971 fue abierta en el First National City Bank, sucursal del Parque Nacional de esta ciudad, una cuenta corriente distinguida con el número 719-986 a nombre de la Compañía Nacional de Vidrios S. A., por parte de Hernán González Montoya y Henry Cifuentes Vásquez, quienes se hicieron figurar como gerente y pagador, respectivamente, de la expresada compañía, todo con sus firmas y sellos registrados.

"Que en la expresada cuenta fueron consignados los siguientes cheques emitidos por Laboratorios Roche a favor de Conalvidrios... y uno más por $ 147.526.80 girado por Cervecería Andina S. A., a la orden de la misma compañía... Que este título fue en canje al Banco Comercial Antioqueño... y fue pagado por éste...".

Que por falta de precauciones de la sucursal del banco demandado, pues no identificó a los que abrieron la cuenta a nombre de Conalvidrios, el valor del cheque fue "a parar a manos de quien no era su destinatario y no se cobrara por la Compañía Nacional de Vidrios S. A., lo mismo que para que el ilícito se cometiera ocasionando a Cervecería Andina S. A. según se dice un doble pago de los dineros adeudados".

En su labor de analizar las pruebas destaca el sentenciador que el banco, tratándose de personas jurídicas que pretenden abrir una cuenta corriente, sólo les exige —como ocurrió en este caso —el certificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio y el número de identificación tributaria (NIT) y posteriormente, en algunas ocasiones, la escritura de constitución; que en los archivos de Conalvidrios no figura Henry Cifuentes Vásquez como pagador y que Hernán González Montoya, gerente de dicha compañía cuando ocurrieron los hechos, negó haber abierto la cuenta corriente en referencia, no reconoció las firmas que como suyas aparecen en la tarieta de apertura de la cuenta ni la autenticidad de los sellos utilizados por los suplantadores; y que esto último (falsedad de firma y sellos) fue comprobado pericialmente con dictamen de grafólogos.

Al referirse más adelante a la falta de de identificación de las personas que abrieron la cuenta a nombre de Conalvidrios, dice que ello "constituye una omisión de tal gravedad que lo hace responsable (el banco) de culpa por omisión... el banco no tomó las precauciones aconsejables y de mero sentido común que deban guardarse como depositario de la fe pública de sus clientes o de terceros. Luego para la Sala es indiscutible que demostrada como está la falta de previsión del demandado al abrir la aludida cuenta corriente, deberá ser responsable del daño que se pueda causar a terceros".

Estudia enseguida lo que debe entenderse por culpa leve y como consecuencia de tal análisis, y de la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente, se la atribuye al banco demandado. Luego pasa a referirse el argumento defensivo esgrimido por éste y que consiste en que Cervecería Andina carece de legitimación en causa para demandar la indemnización que pretende, por cuanto con la entrega del cheque al cobrador de Conalvidrios y el recibo expedido por el mismo con el sello de la compañía, aquélla canceló la obligación a su cargo y dejó de ser titular del instrumento. "Está acreditado, observa la Sala,

que el cheque por la suma de $ 147.526.80 girado por ANDINA a la orden de Conalvidrios fue consignado en la cuenta corriente abierta fraudulentamente...; que dicha cuenta fue abierta con base en documentos falsos, lo mismo que los sellos empleados y demás distintivos de la cuenta corriente; que en virtud de la falsedad los delincuentes abrieron la aludida cuenta; el cheque fue al canje del banco girado (y pagado por éste)...; y que en virtud de ello la cuenta de ANDINA (giradora) fue debitada en la suma o importe de dicho cheque... y por tanto la capacidad económica de dicha firma fue disminuida en esa cantidad, restando así su poder económico, esto es, causándole un daño en su patrimonio. Ello es un hecho indiscutible".

Encuentra, pues, plenamente demostrados, además de la culpa del banco, el perjuicio sufrido por la sociedad demandante. "El argumento de que Andina satisfizo a Conalvidrios —dice— obligaciones pendientes por dicha suma, es algo que no encuentra respaldo probatorio alguno. Y como es un hecho que corresponde probarlo a quien lo alega, en este caso el demandado, el no hallarse la prueba del aludido hecho, el argumento queda inane, sin efecto alguno.

"No sobra agregar que las circunstancias de extinción de las obligaciones entre Andina y la empresa Conalvidrios, son extremos que competen únicamente a esas dos entidades y no al demandado, porque lo cierto es que, con el cobro fraudulento del cheque el patrimonio de la actora se lesionó en la forma indicada, haya o no cubierto la obligación que tenía pendiente por ese valor con Conalvidrios".

De todo lo expuesto concluye el Tribunal "que el daño causado debido a culpa del banco demandado es evidente: que el cheque hubiera sido perdido por Andina o por Conalvidrios, tampoco son signos que pueden destruir la responsabilidad y el daño imputados a la parte demandada, porque ello atañe a relaciones distintas que tienen que ver sólo Andina y Conalvidrios, por lo cual no es incumbencia del First National City Bank, por cuyo motivo el argumento se hace también ineficaz en busca de su absolución o irregularidad en el caso debatido.

Por último, luego de hallar demostrada también la relación de causalidad entre el daño sufrido por la demandante y la culpa del demandado, concluye el sentenciador con respaldo en doctrina de la Corte sobre una situación semejante en cuanto a conducta negligente de un banco, que el fallo recurrido debe confirmarse.

III

El recurso de casación

Como atrás se dijo, la parte demandada en el proceso recurrió en casación del fallo de segundo grado, al que ataca, dentro del campo de la causal primera, por los dos aspectos que enseguida se indican:

Primer cargo

Afirma la censura que el Tribunal incurrió en aplicación indebida del artículo 2341 del Código Civil, y en falta de aplicación de los artículos 740 y 741 ibídem y 652 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hechos manifiestos en la apreciación de las pruebas.

Tales errores consisten, a juicio del impugnante, en no haberse apreciado el recibo del cheque expedido por Conalvidrios, que no fue tachado del falso, el cual acredita que dicha compañía recibió de Cervecería Andina el cheque número 8937 por $ 147.526,80, y en que tampoco se tuvo en cuenta la confesión del representante legal de la cervecería según la cual, el cheque en cuestión fue entregado a la persona a quien Conalvidrios concedió el uso de un talonario oficial de recibos y un sello, destinados precisamente para reclamar cheques girados a su favor, la que se identificó debidamente.

De tales errores se derivó, según el recurrente, que el Tribunal no se hubiese percatado de que el cheque de marras, por la tradición que en esa forma efectuó la sociedad demandante a favor de Conalvidrios (entrega al cobrador) salió del patrimonio de aquélla, la que por consiguiente carece "de personería sustantiva" para reclamar perjuicios a consecuencia de haber sido depositado tal instrumento en una cuenta corriente abierta fraudulentamente a nombre de la sociedad beneficiaria.

El respaldo de su aserto transcribe un párrafo de la sentencia impugnada, en que para refutar argumentos del banco demandado se afirma que no hay prueba alguna que acredite que "Andina satisfizo a Conalvidrios obligaciones pendientes por esa suma". El recurrente afirma que esa prueba que el ad-quem dijo echar de menos en el proceso, está constituida por esos dos elementos de juicio que señala como preteridos e ignorados por el Tribunal.

"Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el recibo del cheque expedido por Conalvidrios a favor de Andina —agrega la censura— así como la confesión del gerente de la sociedad demandante sobre el hecho de haber hecho entrega —tradición del cheque a Conalvidrios, necesariamente habría tenido que dar por probado el hecho de que Cervecería Andina no era propietaria o titular del cheque, correspondiendo únicamente a Conalvidrios las acciones que pudieran surgir con relación al instrumento, y concretamente para el caso de autos, en lo referente a la forma regular o irregular en que se descargó mediante pago. Es pues evidente que al ignorar el Tribunal dichas pruebas dejó de aplicar los artículos 740 y 741 del Código Civil..." y 882 del de Comercio, de acuerdo con las cuales considera el casacionista que la obligación a cargo de Andina y a favor de Conalvidrios que pretendía pagarse con el cheque mencionado, en efecto lo fue en la forma que revelan tales pruebas, con la correspondiente extinción de la obligación que fue causa del cheque. "Está reñida entonces con la realidad probatoria la afirmación del Tribunal citada en la que dice no haber prueba de la cancelación de obligaciones de Cervecería Andina por igual valor a la suma del cheque".

Afirma así mismo que en el presente caso se dan los dos supuestos que implican pago y la consiguiente cancelación de la obligación causa del instrumento con la "entrega-tradición del cheque y su descargo mediante pago del banco girado... Dentro de un estricto orden de cosas, la titularidad de la acción de reclamo contra un tercero por pago o cobro irregular de un cheque por culpa de un tercero, o cualquier otro, no puede estar indistintamente en cabeza del girador o del girado; necesariamente debe corresponder su ejercicio a uno u otro".

Ya para terminar su ataque expresa que no tiene lógica la afirmación del Tribunal "de que se hubiera extinguido la obligación a cargo de Andina... por el solo hecho de ver debitados los fondos de su cuenta corriente" y que ello la autoriza para reclamar. "Esa afirmación... contradice expresamente la norma del Código de Comercio contenida en el artículo 882 y aquellas referentes al enriquecimiento sin causa, pues por una parte el girador vería cancelada su obligación con el girado de conformidad al (sic) artículo 882 citado, y de otra parte, vería restituidos los fondos a su cuenta corriente mediante acción contra el responsable de un hipotético pago irregular del cheque... en el presente caso es indudable que el titular es el beneficiario del cheque por las siguientes razones: 1. Porque es el dueño del instrumento desde la entrega. 2. Porque su derecho de acreencia para con el girador quedó extinguido (Art. 882 del Código de Comercio). 3. Porque el hecho de que se imputa culpa al Banco demandado es la apertura irregular de una cuenta de esta sociedad y no de Andina".

Como corolario de todas sus argumentaciones, expone el casacionista que la sociedad demandante no sufrió perjuicio alguno por razón de los hechos apuntados, y que en estas condiciones, faltando uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil por culpa aquiliana que señala el artículo 2341 del Código Civil, esta norma fue indebidamente aplicada.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia por aplicación indebida del artículo 2341 del Código Civil y por no haber aplicado los artículos 625 y 882 del Código de Comercio, ocurridas en forma directa.

El recurrente estima que el fallador "dejó de aplicar o no tuvo en cuenta dos normas del Código de Comercio aplicables de manera especial a lo relacionado con la creación, circulación y cancelación de los títulos valores y en relación con las obligaciones que surgen o se extinguen, en los fenómenos a que dan origen su creación, circulación o extinción". Transcribe enseguida los artículos arriba citados en segundo término y arguye lo siguiente:

a) Que el inciso 6º del artículo 625 presume "la entrega-tradición de los títulos valores cuando creados por el girador vienen a encontrarse en manos de persona distinta... se presume la entrega por el girador al beneficiario, siempre que salga el instrumento de manos del girador";

b) "... la aplicación de la presunción en este caso implica la necesaria admisión de... que el propietario del instrumento desde la fecha de la entrega, o sea desde el día 27 de julio de 1971, era la sociedad Conalvidrios y no Cervecería Andina... (y) hace de imperiosa aplicación el artículo 882 del Código de Comercio en cuanto declara la extinción de las obligaciones que fueron causa del otorgamiento del título";

c) Que en virtud de lo anterior "surge necesariamente el hecho de que Andina, como girador del instrumento, no tiene en relación al (sic) cheque ninguna acción, toda vez que las que surjan con ocasión o relación a (sic) el pertenecen al dueño del instrumento, o sea Conalvidrios";

d) Que, en consecuencia, si el Tribunal hubiese empleado los artículos 625 y 882 del Código de Comercio no habría podido aplicar el artículo 2341 del Código Civil, "por cuanto queda eliminado, con toda certeza lo correspondiente al elemento daño que no se sufrió por Cervecería Andina sino por Conalvidrios.

"No sobra señalar que la razón de la presunción contenida en el artículo 625 del Código de Comercio tiene como fundamento el de que la ley da a los títulos-valores, y especialmente al cheque, el mismo poder liberatorio del dinero. Ahí se encuentra el nudo gordiano del que depende este caso. Fue ese el concepto que no tuvo en cuenta el Tribunal y del cual vino la indebida aplicación del artículo 2341 del Código Civil".

Consideraciones de la Corte

El sentenciador enfocó la cuestión debatida en el caso sub judice tal como fue planteada en la demanda que le dio origen: dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual. Tales enfoque y planteamiento corresponden a la realidad, porque los hechos revelan muy a las claras que entre Cervecería Andina y el First National City Bank no había ninguna relación jurídica, como consecuencia de la cual aquélla hubiese recibido el perjuicio cuya reparación impetra.

La parte demandante pretende el resarcimiento del daño que sufrió a consecuencia de que un cheque girado por ella destinado a pagar obligaciones a su cargo y a favor de un tercero, no llegó a poder de éste, no obstante lo cual fue debitado de la cuenta corriente bancaria de la giradora. Ello obedeció, como lo expresa el Tribunal, a que una persona fingiéndose cobrador de la sociedad acreedora recibió el cheque en cuestión, el cual fue a dar a manos de los que haciéndose pasar por gerente y pagador de la sociedad beneficiaria y suplantándolos, abrieron una cuenta corriente en el banco demandado y consignaron el cheque mencionado. Este se hizo efectivo a través del canje y fue debitado de la cuenta de la sociedad giradora. La apertura de dicha cuenta a nombre de la sociedad a cuyo favor se había girado el cheque, según apreciación de las pruebas que hizo el sentenciador y que el recurrente no ha discutido ni atacado, obedeció a culpa del banco, por no haber identificado a los suplantadores, exigiéndoles la exhibición de sus cédulas de ciudadanía, pues se conformó con la presentación que éstos le hicieron de un certificado de la Cámara de Comercio sobre existencia y representación legales de la sociedad en cuyo nombre decían actuar.

De los hechos expuestos dedujo el Tribunal que estaban reunidos los elementos esenciales de la responsabilidad por culpa aquiliana (culpa, daño y relación de causalidad entre una y otro) y en tal virtud despachó favorablemente las súplicas de la demanda. El recurrente, sin embargo, considera que falta el perjuicio que no lo sufrió la sociedad demandante, por lo cual ésta carece de interés jurídico o de legitimación en causa para solicitar la indemnización que pretende.

Sus razonamientos giran alrededor de normas del Código de Comercio actualmente en vigencia que no lo estaban cuando ocurrieron los hechos relatados ni cuando se formó la relación jurídico procesal. Si tales preceptos aún no habían entrado a

regir, es apenas obvio que no pudieron ser aplicados o dejados de aplicar por el sentenciador al decidir este proceso, luego su eventual quebranto en manera alguna permitiría la casación del fallo impugnado. Brillan por su ausencia en la demanda de casación las normas pertinentes al respecto de la legislación que entonces estaba en vigor.

En la hipótesis de que los artículos 740, 741 del Código Civil que señalan como violados por inaplicación fuesen pertinentes en el caso controvertido, es lo cierto que para la validez de la tradición a ellos se refieren se requiere de un lado el consentimiento del adquirente o de su representante, que no lo hubo en este caso según el testimonio del gerente de Conalvidrios, y de otro, que el tradente no padezca error en cuanto a la identidad de la persona a quien se hace la entrega (Arts. 743 y 746 ibídem). Recuérdese que quien recibió el cheque se hizo pasar por cobrador de dicha sociedad.

Resulta, pues, inane toda la argumentación del censor consistente en que Cervecería Andina no sufrió perjuicio alguno, porque con la entrega del cheque que hizo, al haberlo puesto en manos de quien finjió ser cobrador de la sociedad beneficiaria, dicho instrumento y el valor que representaba salieron de su patrimonio y además se extinguió por el modo del pago la obligación que pretendía cancelar. Como se expuso en el capítulo II, la convicción del Tribunal al respecto se basa en elementos de juicio que la censura no ha atacado y por tanto permanece incólume.

En consecuencia, el fallo impugnado continúa firmemente apoyado en las razones fácticas y de orden jurídico que expresó el sentenciador para sustentar su decisión, y resulta inútil estudiar si se produjeron o no los errores de hecho que por preterición de algunas pruebas le atribuye la censura. Tales pruebas, según se vio, a la luz de las normas legales que impertinentemente indica el recurrente, acreditarían que la entrega del cheque al supuesto cobrador de la entidad beneficiaria, constituyó pago válida de obligaciones a favor de ésta y a cargo de la sociedad giradora, y que por tanto ésta no sufrió perjuicio alguno con lo ocurrido. Son, pues, intrascendentes.

Por otra parte, como claramente aparece en la sentencia recurrida, el Tribunal encontró el perjuicio en el hecho, plenamente acreditado en los autos, de que la cuenta de la sociedad giradora del cheque en cuestión, fue debitada por el valor de éste, el cual además, no llegó a manos de la sociedad acreedora. No sobra advertir, por último, que asiste razón al Tribunal al haberse abstenido de expresar, como lo pretendía la parte demandada, que ese pretendido pago, efectuado en forma fraudulenta y a todas luces anormal, había extinguido una obligación a cargo de Cervecería Andina y a favor de Conalvidrios. A espaldas de ésta, como que no es parte en el proceso, era jurídicamente imposible hacer semejante declaración.

Finalmente, aunque la censura está en lo cierto al señalar la culpa que cometió la sociedad demandante con la entrega del cheque a un presunto cobrador de Conalvidrios a quien no exigió identificación alguna, nada puede proveer la Corte en ese sentido, porque no se acusó el quebranto del artículo 2357 del Código Civil, norma que es precisamente la que regula el fenómeno de la concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual.

No prosperan los cargos.

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 impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SIMULACION

Error de hecho en la apreciación probatoria. — Indivisibilidad de la confesión. "Debía pero pagué". — Enriquecimiento sin causa.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 29 de octubre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Inocencio Castillo Castillo frente a Blanca Castillo Arias.

I

Antecedentes

1. El 4 de febrero de 1955, mediante Escritura pública número 120 que en esa fecha se otorgó en la Notaría del Círculo de Zipaquirá, se ajustó entre Inocencio Castillo Castillo y Blanca Castillo Arias el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) El primero expresó vender a la segunda, y ésta comprar a aquél, el derecho de dominio que dijo tener sobre los siguientes cuatro inmuebles, a saber:

1º El denominado "La Primavera", integrado por los lotes "Terreno", "Casa Mogua", "Mogua" y "La Zorra", ubicado en la jurisdicción municipal de Nemocón y comprendido dentro de estos linderos: "Por un costado, colindando con la zona de la carretera que de Nemocón conduce a Ubaté; por otro costado, colindando en parte con propiedades de Delfina viuda de Alfonso, pared medianera y en la otra parte con propiedades de herederos de Nicolás Calderón, cerca de piedra medianera; por otro costado, colindando con zona de la línea del Ferrocarril Central del Norte; y por el último costado, colindando en parte con propiedades de herederos de Fernanda Sánchez de Martínez, cerca de piedra medianera y en la otra parte, con propiedad de herederos de Rafael Acuña, cerca de alambre y pared medianera";

2º El predio denominado "El Vergel", ubicado en la vereda Mogua de la misma jurisdicción municipal, demarcado por estas alindaciones: "Por tres costados, colindando con propiedades hoy de Emilia Ospina, antes de Arístides Calderón R.; y por el cuarto y último costado, colindando con una zona de camino público que de Nemocón conduce a Ubaté";

3º El fundo llamado "El Triángulo", situado en la vereda Checua, de la jurisdicción municipal antecitada y cuyos linderos son: "Por un costado, colindando con propiedades de Isabel Herrera de Caballero; por otro costado, colindando con propiedades de Felipe Sánchez, Evangelina y Benilda Herrera, vallado de por medio; por otro costado, con propiedades hoy de Armando Jaimes, antes de herederos de Aracely de Castillo; y por el último costado, colindando con zona del camino público que de Nemocón conduce a Tausa"; y

4º El lote de terreno denominado "Piratuta", situado también en la vereda Mogua de Nemocón y comprendido dentro de estas alindaciones: "Por un costado, colindando con zona de la carretera que de Nemocón conduce a Ubaté; por otro costado, colindando con propiedades hoy de Jesús Espitia, antes de herederos de Isidro Forero; por otro costado colindando igualmente con propiedades hoy de Jesús Espitia, antes de Isidro Forero; y por el último costado, colindando con propiedades de Aurelio Castro";

b) Acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00), que en ese acto el vendedor declaró "haber recibido de manos de la compradora, a su entera satisfacción"; y

c) Mediante la cláusula quinta de la citada escritura, el vendedor expresó que en esa fecha hizo entrega real y material de las fincas a su compradora, y ésta delaró haberlas "recibido a su satisfacción".

2. En diciembre de 1966 Inocencio Castillo demandó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Nemocón a Blanca Castillo Arias, a efecto de que, previo el trámite de un proceso ordinario, la justicia declarase la nulidad del contrato de compraventa contenido en la precitada Escritura número 120 de febrero de 1955; o, en subsidio de la anterior petición, resuelto el referido contrato por falta de pago del precio estipulado.

Este proceso terminó con sentencia de 21 de enero de 1971, mediante la cual la Corte Suprema de Justicia, luego de casar la del Tribunal de Bogotá y revocar la del Juzgado de Nemocón, las que habían decretado la resolución contractual deprecada, denegó las peticiones del demandante y absolvió por tanto a la demandada. Consideró entonces la Corte, y en ello fundó su decisión, que atendidas las respuestas dadas por la demandada al interrogatorio formulado en febrero de 1967, "resulta contrario a la evidencia la afirmación hecha por el sentenciador, con base en ellas, de que la demandada no pagó el precio". Y agregó que la Escritura número 120 contenía "un contrato relativamente simulado, en que bajo la apariencia de una compraventa se celebró realmente un contrato innominado, puesto que el precio se pagó con el valor de los servicios que la adquirente del bien le prestó al tradente del mismo, contrato que no puede declararse resuelto en razón de que la afirmación de la demandada de haber pagado el precio en la forma indicada no aparece contradicha".

3. Mediante la Escritura pública número 626 de 4 de junio de 1971, otorgada también en la Notaría de Zipaquirá, se protocolizaron los testimonios rendidos extraprocesalmente a instancia de Inocencio Castillo ante el Juez Municipal de Nemocón en mayo de ese año, por Pablo Arcenio Rodríguez, Moisés Guzmán, Uldarico Jiménez, Juan Bautista Wilches, Francisco Rojas, Nicolás y Aristides Calderón, quienes declararon que el citado Castillo venía ejerciendo, "desde hace más de 20 años", la posesión de los cuatro inmuebles descritos en la Escritura número 120 de 4 de febrero de 1955.

4. Surtido que fue el trámite del proceso posesorio instaurado por Blanca Castillo Arias contra Inocencio Castillo, tendiente a obtener que éste entregara a aquélla los inmuebles referidos, el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá procedió, el 1º de febrero de 1973 y luego de haber desechado las oposiciones formuladas, entre ellas, la de Hermencia Vega Pinzón, a entregar a la demandante los inmuebles referidos, quien entonces los dio por recibidos.

5. Según se infiere de las piezas del proceso que ahora estudia la Corte, aunque sin que se sepa la fecha de iniciación, contra la mentada Blanca Castillo Arias hay en curso dos acciones de pertenencia, instauradas la una por Inocencio Castillo y la otra por Hermencia Vega Pinzón, procesos en los cuales los demandantes persiguen, cada uno para sí, la declaración de dominio por prescripción de los ya referidos inmuebles "La Primavera", "Casa Mogua", "Mogua" y "La Zorra".

II

El litigio

1. Mediante libelo de 7 de diciembre de 1972, que fue reformado por el de 27 de febrero siguiente, el citado Inocencio Castillo demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá a la mentada Blanca Castillo Arias, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el contrato de compraventa a que se refiere la Escritura pública número 120 de 4 de febrero de 1955, de la Notaría de Zipaquirá, celebrado entre el demandante como vendedor y la demandada como compradora, es absolutamente simulado;

b) Que, consecuencialmente, se declara que los inmuebles descritos y especificados en dicha escritura pertenecen al de-

mandante, por no haber salido de su patrimonio;

c) Que se ordene la cancelación del registro de la dicha Escritura número 120 de 4 de febrero de 1955;

d) Que se condene a la demandada a restituir al demandante los inmuebles que fueron objeto de la compraventa simulada, junto con los frutos naturales y civiles producidos por éstos, desde cuando aquélla "los tiene en su poder, como poseedora de mala fe"; y

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

En subsidio de la primera de estas súplicas, el demandante solicitó las siguientes dos declaraciones:

a) Que el contrato contenido en la Escritura número 120 de 4 de febrero de 1955 es relativamente simulado, "pues oculta una donación entre vivos en virtud de la cual Inocencio Castillo transfirió a título gratuito a Blanca Castillo Arias los inmuebles determinados en ese instrumento"; y

b) Que el contrato oculto de donación, realmente contenido en dicha escritura, es absolutamente nulo "por no haber sido insinuado ni llenar los requisitos exigidos por la ley para su validez".

Y para el evento de que las súplicas referentes a la simulación deprecada no alcanzaren prosperidad, el demandante pidió que se declarase que si el propósito de Inocencio al traspasar los bienes a Blanca fue el de remunerar servicios de ésta, "hubo un enriquecimiento sin causa por parte de la demandada, un pago de lo no debido, pues Blanca no le prestó servicios de ninguna clase al demandante, y si alguno le prestó le fue inmediatamente remunerado".

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

a) Que por los años de 1954 y 1955 Inocencio requirió de amores a Blanca, quien entonces, aprovechándose de que aquél se hallaba "perdidamente enamorado de ella, le exigió que para casarse o ir a vivir con él debía asegurarla previamente, haciéndole escritura de sus bienes";

b) Que en vista de qué Inocencio no se decidía a acatar la exigencia de Blanca, ésta "valiéndose de artimañas", logró que aquél otorgara en la Notaría de Zipaquirá la Escritura número 120, de 4 de febrero de 1955, por la cual expresó cederle a título de venta el dominio de los cuatro inmuebles a que atrás se ha hecho alusión;

c) Que al otorgar la precitada escritura el aparente vendedor no tuvo intención de enajenar sus propiedades, pues no tenía entonces necesidad económica para venderlas; sólo quiso cederlas a Blanca "ficticiamente, razón por la cual ésta no pagó ningún precio por ellas, ya que se trataba de una escritura de confianza";

d) Que para esa época la demandada era mujer reconocidamente pobre, a tal punto que por carecer de rentas y bienes no hacía, hasta el año de 1954 declaración de renta, "y por lo mismo no podía pagar la cantidad de $ 20.000.00 que se hizo figurar como precio de la venta";

e) Que sin embargo de haberse expresado en la escritura contentiva del contrato la entrega de los bienes por el demandante a la demandada, aquél continuó poseyéndolos hasta cuando "mal aconsejada y de mala fe, Blanca lo demandó..., para que le fueran entregados, lo que obtuvo recientemente"; y

f) Que la demandada nunca estuvo al servicio de Inocencio, "como empleada o trabajadora, y si algún servicio le prestó ocasionalmente, le fue inmediatamente remunerado".

3. En su escrito de contestación a la demanda la demandada, después de negar los hechos invocados por el demandante, salvo los atinentes a la celebración de la compraventa y al otorgamiento de la Escritura número 120, los cuales sí aceptó, se opuso a todas las súplicas.

Expresó que el contrato que se impugna como simulado es real, que "fue un hecho evidente con ocasión de las circunstancias sentimentales de buena fe de la señorita Castillo. Se trata simplemente, —agrega— de arruinar a una mujer que comprometió lo mejor de su vida en sus relaciones con el demandante".

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas solicitadas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 12 de febrero de 1975, mediante la cual denegó las pretensiones deducidas por el

demandante, e impuso a éste el deber de pagar las costas causadas.

5. Por virtud de apelación interpuesta por esta misma parte contra lo así decidido, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de agotar el trámite de la instancia, incluso la práctica oficiosa de pruebas, en sentencia de 29 de octubre del mismo año confirmó el fallo apelado, con costas de la instancia a cargo del recurrente.

6. Contra la sentencia del Tribunal de Bogotá interpuso casación el demandante, recurso que, por encontrarse debidamente rituado, procede hoy la Corte a decidir.

III

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. En el proemio de su fallo, después de compendiar los antecedentes de la cuestión litigiosa y de la actuación procesal surtida, el Tribunal pasa a enumerar pormenorizadamente, discriminándolas, todas las pruebas aducidas por los litigantes y las practicadas oficiosamente, extractando su contenido, para deducir luego los hechos que a su juicio ellas demuestran.

2. Tras advertir que, según el libelo incoativo del proceso, la pretensión principalmente deducida en él es la simulación de la compraventa contenida en la Escritura número 120 de 4 de febrero de 1955, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, el sentenciador acomete el análisis del fenómeno simulatorio de los actos jurídicos, cuyo fundamento legal sitúa en la preceptiva del artículo 1766 del Código Civil.

Y después de determinar la naturaleza de la simulación, sus clases y su finalidad, nota el *ad quem* que "puede ocurrir que a pesar de aparecer que el acto aparente es ficticio, el realmente querido no sea el que cree el demandante sino uno distinto aunque con efectos semejantes, como se pretende que lo querido fue una donación, cuando ciertamente hubo una dación en pago que tiene igual finalidad, pero causa diferente, pues que en la primera la transferencia es gratuita mientras que en la segunda es onerosa como que supone una obligación que se paga".

3. A vuelta de acoger la doctrina de la libertad probatoria en la prueba de la simulación, asevera el Tribunal que si al punto son particularmente demostrativos los indicios, éstos, para ser tenidos como tales requieren, según los artículos 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, que "el hecho indicador esté plenamente probado en el proceso, y, además, el juzgador tiene el deber de verificar la gravedad, concordancia y convergencia entre sí y su relación con las demás pruebas, para darles una apreciación de conjunto".

Asentado por él el anterior postulado, el *ad quem* emprende el estudio de los que, según el demandante, constituyen aquí indicios de simulación de la compraventa plasmada en la sobredicha Escritura número 120.

Y así, refiriéndose a las "relaciones amorosas habidas entre demandante y demandada", las que da por probadas, dice el sentenciador que ellas comenzaron no en 1954 sino desde 1942; y que, agrega, "es verdad, eso sí, que en los citados años de 1954 y 1955 fue cuando Inocencio le propuso (a Blanca) matrimonio o que se fuera a vivir con él, pero la propuesta, entonces, era la culminación de largos años de amoríos". Expresa además, aludiendo a los "vínculos afectivos entre los contendientes", que este hecho "es el mismo que el de las relaciones amorosas, de suerte que fundado como se indica en sucesos iguales no puede tomarse como otro hecho indicador".

En lo atinente a la alegada por el actor "pobreza de la adquirente para pagar el precio", el Tribunal no la acepta porque, dice, en las respuestas al interrogatorio a ella formulado la demandada "respondió que había pagado en dinero en efectivo y que en 1955 era dueña de una finquita en la vereda 'Chequa', y de otro terrenito 'Loma del Espino' que vendió en 1958 y que los $ 20.000.00 expresados en la escritura los pagó con ahorros que había hecho con sus animales y en sus labores 'donde se pueden conseguir centavos'... Por manera que tomando en conjunto no es absolutamente necesario concluir que Blanca no pudiera haber ahorrado, como ella lo afirma, cuando es admisible que obtenía sustento de sus labores".

No acepta el Tribunal que el vendedor, como éste lo afirma, hubiese continuado en

posesión de los bienes enajenados, puesto que "la propia demandada explica esta circunstancia cuando dice que se los arrendó a Inocencio y como surge de sus declaraciones de renta". Añade que, de otra parte, fue Blanca quien pagó el impuesto predial de las fincas, según se desprende de los certificados expedidos por el Tesorero de Nemocón; y que si Blanca fue demandada en acción de pertenencia por Hermencia Vega Pinzón, entonces sería ésta y no Inocencio quien poseía los bienes.

4. Conclusión de su estudio es, para el Tribunal, la de que "mirados en conjunto los que el demandante esgrime como indicios de la simulación absoluta, se encuentra, descartado el de vínculos de afección como que es el mismo de lo que él denomina en su alegato causa simulandi, que no son estrechamente concordantes y que converjan de manera segura a que no hubo intención de vender por parte de Inocencio ni de comprar por parte de Blanca, conclusión que en ninguna forma es desvirtuada por las probanzas allegadas".

5. Concretándose el ad quem a la primera petición subsidiaria, o sea a la de simulación relativa y por tanto a la nulidad de la donación que, según la demandada, se halla disfrazada de compraventa, dice que "del haz probatorio relacionado hay datos que permiten inferir por lo menos de que el acto jurídico verdadero no fue gratuito, toda vez que aún de las contradicciones de la demandada, ésta cumplió una prestación a favor del actor, o como quiera que en el peor de los casos 'pagó con su honor' ".

Y luego de aseverar, con cita de los artículos 1443, 1461, 1480 y 1490 del Código Civil, que las donaciones "no siempre y necesariamente son gratuitas" puesto que pueden tener una causa onerosa, a manera de conclusión expresa: "Por lo tanto, si hubo algo a cambio de los bienes recibidos la donación cuya nulidad se pretende no fue la que el demandante busca invalidar ... Si no probó suficientemente que la compraventa que se consignó en la escritura oculta una donación gratuita, no es jurídico, aún aceptando que una donación por causa onerosa fuera la realmente querida, invalidar ésta porque no es la pretendida por el demandante".

6. Finalmente, refiriéndose a la pretensión atinente al enriquecimiento sin causa que en forma subsidiaria deduce el demandante, también la desecha en su fallo el sentenciador.

Para fundar su rechazo dice que la demandada, en las respuestas por ella dadas al interrogatorio, afirmó haber pagado precio por los bienes adquiridos; "al menos que pagó con su honor, o sea que de todas maneras dio algo a cambio de las cosas. Si el demandante recibió una contraprestación, no puede fundarse, admitiendo que no recibió dinero como precio, en que hubo un empobrecimiento suyo sin contraprestación y equivalentemente un enriquecimiento de Blanca sin dar nada a cambio".

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula tres cargos, todos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Sala pasa a considerar y despachar en el orden en que ellos vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 1602 y 1766 del Código Civil, 264 y 267 del Código de Procedimiento Civil, "a causa de los manifiestos errores de hecho que luego puntualizo".

2. En desenvolvimiento de la censura el censor, después de advertir que en la simulación, dada su misma índole, la prueba principal es la de indicios, pasa a puntualizar los que, a su juicio, el Tribunal no dio por demostrados, estando probados en el proceso, lo que hace en la siguiente forma:

A) Asevera que el móvil determinante que indujo a las partes a celebrar la compraventa, por el señalado en su demanda como causa simulandi, fue el propósito de Inocencio de conseguir que Blanca se casara o se fuera a vivir con él, mediante el traspaso de sus bienes raíces, propuesta que

hizo en 1954 o 1955, época que coincide con la fecha del otorgamiento de la Escritura número 120.

"El Tribunal, en forma realmente desconcertante, —dice el casacionista— aceptó como verdadero aquel hecho, pero consideró que no se configuraba el indicio porque 'la propuesta era la culminación de largos años de amoríos'. No vio el Tribunal que el hecho indiciario radicaba esencialmente en la aludida propuesta y en la coincidencia de ésta con la fecha en que se otorgó la escritura", por lo cual incurrió en evidente error de hecho;

B) Añade que el sentenciador "pasó por alto" estos otros dos indicios de la simulación: la falta de necesidad para enajenar por parte de Inocencio Castillo, y la venta de todo su patrimonio inmobiliario.

"... no aparece en el proceso que Inocencio tuviera deudas que pagar o que proyectara hacer inversiones que justificaran la enajenación de sus bienes raíces. De esta suerte, si no tenía necesidad de enajenar sus bienes inmuebles, y si a nadie se los ofreció en venta, como lo atestiguan José Nicolás Calderón, Pablo Arcenio Rodríguez, Uldarico Jiménez, Aristides Calderón, Francisco Antonio Rojas y Moisés Guzmán; y si la escritura de venta la otorgó Inocencio a favor de Blanca a raíz de la propuesta que le hizo de que se casara o se fuera a vivir con él, por fuerza hay que concluir que el motivo que determinó a aquél a otorgar esa escritura fue obtener que Blanca aceptara la propuesta'.

Asevera el recurrente que el sentenciador, "al haber pasado por alto estos dos indicios, plenamente establecidos en el proceso, y al no haber tomado en cuenta los testimonios antes mencionados, de los cuales aparece que Inocencio no tenía necesidad de enajenar sus bienes raíces, incurrió en manifiesto error de hecho";

C) Estima el impugnador, y así lo asevera, que el ad quem incurrió en error de derecho al no haber atribuido valor probatorio a la afirmación de que la adquirente carecía de medios económicos para pagar el precio de la compraventa, la que, por ser negativa indefinida, no requiere prueba según lo impera el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Y que en el presente caso la demandada "no solo no probó haber pagado el precio, sino que confesó paladinamente no haber existido precio y, por ende, no haberlo pagado"; que ésta, ante la imposibilidad de demostrar que pagó los $ 20.000.00 que se hicieron figurar como precio, "optó por decir que 'yo pagué con mi honor',... manifestación que implica desde luego la confesión perentoria de no haber pagado los $ 20.000.00 en dinero efectivo".

Añade el censor que posteriormente la demandada, contradiciéndose, afirmó que había pagado el precio con servicios prestados durante 24 años a su vendedor; y que después dijo que "yo lo pagué de acuerdo con lo que dice la escritura en dinero efectivo". "No advirtió el Tribunal —expresa el censor— que el hecho de que la demandada fuera propietaria de dos lotes de terreno en 1955, no significa en modo alguno que el 4 de febrero de ese año, fecha de la escritura de venta, tuviera en su poder $ 20.000.00 en efectivo para pagar el precio que se hizo figurar en ese instrumento. Tampoco se dio cuenta el Tribunal de que la demandada confesó que no tenía cuenta bancaria, ni cuenta de ahorros, ni bienes adquiridos por herencia, ni de que la afirmación escueta de que tenía en su poder esa suma como fruto de sus ahorros es inadmisible, pues no es de suponer que persona reconocidamente pobre como lo atestiguan José Nicolás Calderón, Uldarico Jiménez, Francisco Rojas y Aristides Calderón, guarde en su casa suma para ese entonces cuantiosa".

Concretando esta censura, dice el impugnante que "por no haber tomado nota el Tribunal de estas confesiones, testimonios y manifestaciones, incurrió en manifiesto error de hecho que lo llevó a tener por cierto que la demandada sí estaba en condiciones de pagar la suma de $ 20.000.00 en dinero efectivo";

D) Cree además el censor, y así lo afirma, que también incurrió en error de derecho el ad quem al exigir la prueba de la afirmación de que la demandada "no había prestado servicios a Inocencio, pues que tratándose de una negación indefinida no requería prueba"; y que incurrió en yerro de facto al no haber visto que la demandada, al ser interrogada sobre si alguna vez prestó servicios al demandante, contestó: "yo no me acuerdo de eso", respuesta alusiva esta que, dice el censor, "es

la más paladina demostración de que jamás prestó servicios a Inocencio".

E) Continuando en el desarrollo del cargo, expresa el recurrente que también incurrió el sentenciador en error de hecho al no atribuir el carácter de indicio de simulación a los "vínculos de afecto entre los aparentes contratantes", probados con los testimonios de los declarantes atrás citados.

"Estima, pues, el sentenciador —añade— que el indicio consistente en la causa simulandi y el de los vínculos de afecto son uno mismo", lo que constituye error evidente de hecho, puesto que aquella radicó en el vehemente deseo de Inocencio de que Blanca se casara o se fuera a vivir con él; y los "vínculos de afecto, en cambio, consisten en el hecho de tener amores";

F) Continuando la cadena de los errores de hecho que enrostra al Tribunal, el censor dice que aquél tampoco tuvo como indicio de simulación la retentio possessionis por parte del vendedor, hecho que, dice, está probado con la confesión de la demandada, con las declaraciones de testigos y con copia de la diligencia de entrega realizada el 1º de febrero de 1973.

Añade que es contraevidente sostener, como lo hace el ad quem, que Blanca dio en arrendamiento los inmuebles a Inocencio con la sola manifestación que ésta hizo al respecto y en sus declaraciones de renta, porque "ese contrato no se prueba con el solo dicho de Blanca, ni con las manifestaciones hechas en las declaraciones de renta"; que igualmente cayó en falencia al creer que los recibos de pago del impuesto predial acreditaban la posesión de la demandada; al apreciar el certificado del Juez Civil de Zipaquirá para inferir que la posesión no la tenía el demandante. "No vio, en cambio —agrega— que en la copia de la diligencia de entrega de los inmuebles a Blanca, llevada a cabo el 1º de febrero de 1973, esto es cerca de 18 años después de otorgada la escritura de venta, se dice que esa copia se tomó 'del proceso posesorio seguido por Blanca Castillo contra Inocencio Castillo', lo que indica claramente que Inocencio se hallaba en posesión de los inmuebles", hecho que está probado por el dicho de los testigos atrás citados y que el Tribunal "pasó inadvertidos".

3. Puntualizando las violaciones de ley sustancial que denuncia, asevera el recurrente que de "no haber incurrido el Tribunal en los errores de derecho y en los manifiestos errores de hecho" que acusa, habría llegado a la conclusión de que la compraventa plasmada en la Escritura número 120 de 4 de febrero de 1955 es absolutamente simulada, "puesto que no hubo intención de vender por parte de Inocencio, ni de comprar por parte de Blanca, ni se pactó realmente un precio, ni mucho menos, hubo pago del mismo".

Y que al haber negado el decreto de simulación deprecado violó, por no haberlos aplicado al caso debiendo haberlos aplicado, los artículos 1602 y 1766 del Código Civil y 264 y 267 del Código de Procedimiento Civil.

Se considera

1. Con apoyo en la preceptiva legal contenida en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, en doctrinas que son muchedumbre ha sostenido exhaustivamente la Corte que el error de hecho en la apreciación de las pruebas sólo tiene virtualidad para quebrar una sentencia cuando, a más de ser ostensible o manifiesto, resulta trascendente en casación, es decir, que haya sido la causa determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal.

2. En el caso de este proceso el casacionista impugna la sentencia porque, a su juicio, los diferentes indicios que considera no apreciados por el sentenciador conducen a demostrar la simulación de la compraventa contenida en la Escritura pública 120 de 4 de febrero de 1955, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, en razón a que el acto no tuvo precio real porque el estipulado en el documento escriturario fue apenas aparente.

Acontece, empero, que aun en el evento de que el ad quem no hubiere apreciado los indicios referidos, su yerro resultaría intrascendente desde luego que otros elementos de prueba que aparecen en el proceso, también considerados en su fallo por el sentenciador y no impugnados por el recurrente, conducen a desvirtuar la cardinal afirmación de éste.

En efecto. A más de que en la demanda con la cual se inició el proceso instaurado por Inocencio Castillo contra Blanca Castillo Arias para obtener la resolución del contrato plasmado por ellos en la citada Escritura número 120, aquél afirmó en diciembre de 1966 que la compraventa dicha sí había tenido precio y que ésta no lo había pagado, confesión suya que infirma frontalmente lo que ahora sostiene; es lo cierto que ese aspecto de la cuestión fue decidido por la Corte Suprema en su sentencia de 21 de enero de 1971, trocándose por tanto en asunto ya juzgado y por ende inmutable, en el sentido de que el precio sí se pactó realmente y que la compradora lo pagó.

Consideró entonces la Corte, y con base en tal juicio denegó la resolución contractual deprecada, que la manifestación de la demandada de que "los ahorros o dineros que tengo y que he tenido siempre los he tenido personalmente en mi poder", contraría el aserto de que "la demandada no pagó el precio por carencia de patrimonio económico'.

Para dar fuerza corroborativa a su fallo, dijo entonces la Corte: "Es evidente, de otra parte, que la respuesta dada a la pregunta sexta del interrogatorio no contiene 'una paladina confesión acerca del no pago del precio', pues en ella expresa la absolvente todo lo contrario cuando dice: 'yo pagué esos dineros como lo reza la citada escritura'. Y tampoco puede verse en la expresión: 'yo pagué con mi honor', contenida en la respuesta a la pregunta séptima, la confesión 'paladina' de no haber pagado, como lo pretende el Tribunal, máxime cuando en la respuesta a la pregunta 14 dice la demandada que pagó el precio con los servicios que le prestó al vendedor, y cuando más adelante hace la aclaración de que 'el valor de los inmuebles que le compró al señor Inocencio Castillo se lo pagó a él en servicios prestados a él mismo durante 24 años', pues tales manifestaciones forman con las contenidas en las respuestas a las preguntas sexta y séptima un todo indivisible que, por lo mismo, hay que aceptarlo como cierto en su integridad dada la íntima relación que entre tales manifestaciones existe, y la falta de prueba que les contradiga".

3. Abstracción hecha del anterior razonamiento, la Corte, después de analizar el contenido de las pruebas a que se contrae la demanda de casación y de parangonarlo con las deducciones que en el punto sacó el ad quem, no encuentra que éstas contrarían ostensiblemente la fidelidad objetiva de aquéllas; y, por ende, tiene que decir que los errores fácticos denunciados no existen.

Es doctrina reiterada e invariable de esta corporación la de que la ponderación de los hechos indiciarios, a fin de determinar sus calidades de gravedad, precisión y concordancia o convergencia, que son las requeridas por la ley para apreciar como prueba los indicios, es tarea privativa del juzgador de instancia, investido de poder discrecional al efecto, cuyo dictamen permanece intocable en casación, salvo en los casos excepcionales en que esa inferencia raye en lo absurdo por contrariar el sentido común, o a los fenómenos naturales, o por ser el resultado de un error manifiesto de hecho, o de un error de derecho, en la estimación de las probanzas concernientes a los propios hechos indicadores.

4. Tomando como punto de apoyo los medios probativos existentes en el proceso, la sentencia aquí impugnada reconoce que el otorgamiento de la escritura de compraventa hecha por Inocencio a favor de Blanca en 1955, coincidió con la época en que aquél propuso a ésta que se casara o se fuera a vivir con él; pero agrega que como las relaciones entre los hoy querellantes tuvieron su inicio en 1942, el traspaso de bienes no es indicio de simulación, y que la tal propuesta es apenas "la culminación de largos años de amoríos".

La conclusión del ad quem en el punto no es, para la Corte, contraria a la evidencia que los hechos muestran; ni puede decirse inequívocamente que para sacarla se haya establecido por el sentenciador una relación que repugna la lógica en la vinculación de causa a efecto. Una promesa de matrimonio o de concubinato no es ni puede ser, ciertamente, circunstancia que unívoca y necesariamente conduzca a deducir que el traspaso de bienes sea el efecto obligado de ella; o que la enajenación tenga como única causa determinante la promesa de la estirpe dicha.

Por lo demás, si la demandada aceptó haber tenido relaciones con su demandan-

te, pero agregando que lo fueron desde 1942 y no desde 1955, como éste lo afirma, su confesión se torna indivisible y debe tomarse en su integridad por la íntima relación existente entre el hecho confesado y las aclaraciones o explicaciones que concernientes a él se dieron, tal cual lo preceptúa el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil.

5. No olvidó el ad quem en su sentencia, ni "pasó por alto", las declaraciones testimoniales de las personas que afirmaron la falta de necesidad del demandante para enajenar sus bienes, y por ende no incurrió en el error de hecho que al respecto le enrostra la censura.

Al relacionar las pruebas recibidas a instancias del demandante, cita en efecto el Tribunal los testimonios de José Nicolás Calderón, Pablo Arcenio Rodríguez, Uldarico Jiménez, Francisco Antonio Rojas, Moisés Guzmán y Aristides Calderón, que el impugnante considera "no tomados en cuenta"; y agrega aquél que de tales declaraciones se infiere, entre otras cosas..., "2) Que Blanca Castillo Arias era mujer pobre que vivía en una casita con sus padres...; 4) Que Castillo no necesitaba enajenar los bienes que dijo vender en la escritura 120 prenombrada".

Sí consideró y apreció en su fallo el sentenciador los aludidos testimonios, y con ellos la afirmada "falta de necesidad del demandante para enajenar sus bienes"; estimó sin embargo que tal hecho no es indicativo de simulación, y su conclusión al respecto en nada contradice el sentido común, puesto que no siempre la enajenación de bienes se hace en presencia de esa necesidad económica. De que una persona carezca de tal necesidad, no puede seguirse que la venta que entonces haga de bienes es simulada, pues la enajenación puede responder a circunstancias distintas.

6. Refiriéndose a la afirmación contenida en la demanda incoativa del proceso, atinente a que la adquirente de los inmuebles carecía de medios económicos para pagar su precio, dice el Tribunal que tal aserto, por implicar "una negación absoluta indefinida", no requeriría prueba "si otros medios condujeran a la carencia de recursos económicos de la compradora porque incumbiría ahí a ella probar lo contrario". Y aceptó que ésta, en algunas respuestas al interrogatorio a ella formulado, manifestó que "en 1955 era dueña de una finquita en la vereda 'Chequa' y de otro terrenito 'Loma de Espino' que vendió y que los $ 20.000.00 los pagó con ahorros que había hecho con sus animales y en sus labores 'donde se pueden conseguir centavos' ".

Lo cual claramente significa que el Tribunal tomó como negación indefinida la afirmación referida, pero que no le dio mérito probatorio por haber encontrado demostrado el hecho positivo contrario: su juicio guarda absoluta consonancia con la preceptiva del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, no aparece en él el error de derecho alegado. Y si en la apreciación de las pruebas del hecho positivo hubiere incurrido en falencia el sentenciador, ese pretenso yerro, por referirse a la fidelidad objetiva de la prueba, que no a la fidelidad jurídica, sería de hecho, el que la Corte sólo podría estudiar a través de su pertinente planteamiento en casación.

Por otra parte, para desechar la acusación que por **error de derecho** se denuncia al respecto en la censura, cabría añadir que en el planteamiento del cargo dicho yerro se hace derivar de la comisión de uno de hecho, y que, como tales dos especies de errores son distintos y aún incompatibles, esa forma de acusación contraría los principios regulativos de la técnica de la casación.

7. Frente a la censura que también por **error de derecho** se le hace a la sentencia, con relación al aserto de la demanda consistente en que "la demandada no prestó servicios personales a Inocencio", cabe formular, para desecharla, las mismas consideraciones anteriores, o sea, que el Tribunal sí la tomó como negativa indefinida, pero que no le atribuyó mérito demostrativo por haber encontrado la prueba del hecho contrario.

8. Contrariamente a lo que el vendedor viene sosteniendo, estimó el **ad quem** que aquél no tuvo, después de la compraventa aludida, la posesión de los bienes por él enajenados; es decir, que no hubo por parte suya la alegada **retentio possessionis**.

Si, como lo evidencian las copias del respectivo posesorio que con éxito inició en 1968 Blanca Castillo Arias contra Inocen-

cio Castillo, en el cual se reconoció la posesión de aquélla y se condenó a éste a restituirle los inmuebles, lo que justamente se cumplió en febrero de 1973, a más de que la demandada demostró, con las copias de sus declaraciones de renta, que desde 1954 viene recibiendo arrendamientos de parte de su demandante por esos inmuebles, ni remotamente puede afirmarse que la conclusión del Tribunal sea contraevidente, o que se trate de una inferencia que raye en lo absurdo.

A más de lo anterior, las copias del proceso de pertenencia que sobre los mismos bienes instauró Hermencia Vega Pinzón contra la citada Blanca Castillo, también le impedían al sentenciador sacar en el punto una de deducción distinta de la que abrazó en su fallo.

No encontrándose plenamente probada la retentio possessionis que el demandante invoca a su favor, no le era dado al Tribunal, so pena de incurrir entonces sí en ostensible yerro fáctico, tener esa circunstancia como indicio de simulación.

9. El Tribunal sí aceptó en su sentencia que, según el dictamen pericial, el precio dado a los bienes en la Escritura número 120 de 4 de febrero de 1955, fue "reducido".

Y aunque expresamente no lo dijo, no atribuyó a ese hecho el carácter de indicio suficiente para declarar la simulación deprecada, quizás por considerarlo único y no necesario sino apenas contingente. Todo ello da base para descartar el error de hecho que en el punto denuncia el acusador.

10. Restaría recordar, para hallar la sinrazón del cargo que se estudia, que el ad quem, respetuoso de lo imperado por el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, apreció en conjunto y relacionándolas entre sí todas las pruebas existentes en el proceso; y que de ese análisis global dedujo la inexistencia de indicios graves, precisos y convergentes de simulación.

El censor, lejos de impugnar ese análisis en conjunto de la prueba y la conclusión a que con base en él llegó el sentenciador, se limita a objetar separadamente la apreciación de los hechos que toma como indicativos de simulación. Tal forma de ataque es, por lo mismo, insuficiente para advertir si en la labor de relacionar los varios indicios entre sí el ad quem incurrió en contraevidencia manifiesta, tanto menos si, como se ha visto, al considerarlos aisladamente esos hechos no tienen grave ni precisa significación indiciaria de simulación.

No prospera, pues, el cargo.

Cargo segundo

1. En éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1458, 1602, 1740, 1741, 1746 y 1766 del Código Civil, 264 y 267 del Código de Procedimiento Civil; y los textos 1461, 1486 y 1490 de la primera de estas dos codificaciones, por indebida aplicación, "a causa de los manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas".

2. En desenvolvimiento de este cargo el recurrente, concretando sus razonamientos a la pretensión de simulación relativa contenida en la demanda introductoria del proceso, luego de transcribir las consideraciones que el ad quem esgrimió para desecharla, dice que a esta conclusión llega la sentencia, por haber incurrido en el siguiente yerro fáctico: haber visto en el contexto de la precitada Escritura número 120 "una donación con causa onerosa o una remuneratoria", y en no haber percatado que dicho documento "no expresa la causa de la donación..., ni se especifican los servicios que se quieren remunerar", tal cual lo exigen los artículos 1461 y 1490 del Código Civil.

Discriminando el yerro que denuncia, dice que él se debió a que:

A) No advirtió el Tribunal que el móvil determinante de la celebración del contrato de compraventa, fue el deseo de Inocencio de que Blanca aceptara su propuesta, hecha, según lo confiesa la demandada, en 1954 ó 1955, época que coincide con la fecha del otorgamiento de la escritura.

B) En haber "pasado por alto" los testimonios de José Nicolás Calderón, Uldarico Jiménez, Francisco Antonio Rojas, Aristides Calderón y Moisés Guzmán, "de los cuales aparece que Inocencio Castillo no tenía necesidad de vender sus bienes pues no tenía deudas que pagar, ni a nadie se los ofreció en venta".

C) En que "no vio el Tribunal que la alegación hecha en la demanda de que la demandada carecía de rentas y patrimonio y, por lo mismo no podía pagar los $ 20.000.00" se halla establecida en el proceso, no sólo por ser negación indefinida sino por falta de prueba en contrario.

D) En que "no tomó en cuenta que al preguntarse a Blanca cómo pagó el precio" ésta contestó con respuestas contradictorias, de las que "hay que estar a la que perjudique más al confesante o favorezca más a la parte contraria".

E) En que "pasó inadvertida la confesión de la demandada de que no tenía cuenta bancaria, ni cuenta de ahorros, y que el simple dicho de aquélla de que el 5 de febrero de 1955 tenía en su poder la cantidad de $ 20.000.00 como fruto de sus ahorros, es inadmisible", por tratarse de una suma entonces cuantiosa.

F) En que "olvidó los testimonios" de los declarantes atrás citados, "de los cuales aparece que Blanca era persona reconocidamente pobre y, por lo mismo, no estaba en capacidad de desembolsar la cantidad de $ 20.000.00"; y

G) Finalmente, en que "no se dio cuenta de que la afirmación que se hizo en la demanda de que la demandada nunca estuvo al servicio de Inocencio como empleada o trabajadora" es negativa indefinida que, como tal, no requiere prueba.

2. Rematando la formulación de este cargo, asevera el recurrente que el ad quem, además de los indicados como de hecho, "incurrió en errores de derecho, consistentes en exigir la prueba de las negaciones indefinidas a que aluden las letras E) y G) del numeral anterior, con quebranto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil".

Se considera

1. Aquilatada la sentencia del Tribunal de Bogotá, en ninguna parte de ella encuentra la Corte que el fallador haya dicho, expresa ni implícitamente, que la Escritura número 120 de 1955 indique o contenga "una donación con causa onerosa o una remuneratoria"; muchísimo menos que dicho instrumento "expresa la causa de la donación". Y si en estos dos asertos suyos estriba el censor sustancialmente el error de hecho que denuncia, se impone afirmar que tal yerro no existe, desde luego que el ad quem vio y apreció dicha prueba tal como ella obra en el proceso, sin mutación o adición alguna de su contenido objetivo.

Concretando su estudio a la pretensión de simulación relativa, se limitó el Tribunal a afirmar que, aún aceptando que la Escritura número 120 no contenga una verdadera compraventa, habría en ella un negocio de dación en pago, puesto que, explica, "del haz probatorio relacionado hay datos que permiten inferir por lo menos que el acto jurídico verdadero no fue gratuito, toda vez que aún de las contradicciones de la demandada ésta cumplió una prestación a favor del actor, como quiera que en el peor de los casos pagó con su honor". La sola transcripción del fundamento del cargo y la conclusión del sentenciador es bastante para avizorar la falta de correspondencia entre aquél y ésta, y, por ende, la ineficacia de la censura.

2. Con estrictez jurídica no puede decirse que la manifestación de la demandada de que "yo pagué con mi honor" constituye la plena prueba de que el negocio no tuvo precio, ni menos que la correspondiente escritura se otorgó para disfrazar de compraventa una donación, máxime cuando en respuestas posteriores la absolvente expresó haber pagado el precio con los servicios que le prestó a su vendedor, y que "el valor de los inmuebles que le compró a Inocencio Castillo se lo pagó a él en servicios que le presto a el mismo durante veinticuatro años".

Todas las manifestaciones que en punto de pago del precio hizo la compradora al absolver el interrogatorio que se le formuló en febrero de 1967, forman un todo invisible que, como tal, es imperioso aceptarlo como cierto, dada la íntima relación que entre ellas existe.

En principio de la indivisibilidad de la confesión consagrado en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil debe entenderse, y así se lo ha interpretado tradicionalmente, como prohibición de atribuir

eficacia legal de prueba a la parte desfavorable sin la admisión del hecho favorable al declarante, en los casos en que las aclaraciones y explicaciones al hecho confesado tengan íntima relación con éste. Y esa relación siempre la ha reconocido la jurisprudencia en la confesión de "debía pero pagué".

3. Como claramente se infiere del resumen que del cargo que aquí se estudió se ha hecho, aunque concretándolos a su pretensión de simulación relativa el censor, repite, sin agregar argumento nuevo alguno, los mismos errores de apreciación probatoria que ya había denunciado en el cargo inmediatamente anterior.

Al desarrollar este segundo cargo dice, en efecto, que el Tribunal "no advirtió" que el móvil determinante del otorgamiento de la Escritura número 120 fue el deseo de Inocencio de que Blanca aceptara la propuesta de matrimonio o de concubinato que aquél le formuló; que "pasó por alto" los testimonios de las personas que depusieron sobre la falta de necesidad que para enajenar presentaba el vendedor; y que no concedió mérito probatorio a los asertos que, con carácter de negaciones indefinidas, se hicieron en la demanda inicial del proceso en torno a la pobreza de la compradora y a que ésta no prestó servicios personales a su vendedor.

Siendo ello así, como en realidad lo es, resultaría ocioso que, para desechar este segundo cargo, la Sala repitiera lo expuesto al examinar en los puntos pertinentes al cargo primero.

Por lo tanto, también se rechaza esta censura.

Cargo tercero

1. Con él se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por inaplicación, de los artículos 2313, 2317 y 2323 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas y que lo llevaron a denegar la segunda súplica subsidiaria, o sea la atinente al enriquecimiento sin causa.

2. A intento de demostrar el cargo el recurrente, después de transcribir los pasajes pertinentes del fallo que impugna, dice que en la correspondiente conclusión desestimatoria el ad quem cayó en los siguientes errores de hecho:

A) Haber dado "por establecido, con el simple dicho de la demandada", que ésta pagó el precio de los inmuebles "con su honor", siendo que nadie puede crearse su propia prueba.

B) En que "no vió" que esa respuesta de la demandada "obedeció simplemente al propósito de aquélla de eludir una respuesta categórica acerca de la forma como pagó los $ 20.000.00.

C) En que tuvo como confesión esa respuesta de la demandada, "sin caer en cuenta de que carecía del requisito fundamental de toda confesión, producir consecuencias jurídicas adversas al confesante o favorables a la parte contraria"; y

D) Finalmente, en que "tampoco vio que las respuestas elusivas de la demandada en cuanto a la forma como pagó el precio, entrañan la manifestación clara de no haberlo pagado".

3. Concluyendo la formulación de esta censura, expresa el casacionista que si el demandante no recibió de Blanca contraprestación alguna por los inmuebles que le traspasó, "y si nada le debía Inocencio, hay un evidente enriquecimiento de la demandada, o un pago de lo no debido por parte de Inocencio, que le dan derecho de exigir de la demandada la restitución de las cosas que recibió indebidamente".

Y que al no reconocerlo así el ad quem, infringió el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que manda al juez aplicar las reglas generales de derecho, cuando no existe norma exactamente aplicable, entre las cuales está la del enriquecimiento sin causa.

Se considera

1. En la demanda con la cual se inició este proceso, se pidió principalmente la declaración de simulación de la compraventa plasmada en la Escritura número 120 de 4 de febrero de 1955, otorgada en la Notaría de Zipaquirá; y, en subsidio de la anterior pretensión, la de que hubo de parte de Blanca Castillo Arias, al adquirir los inmuebles que le traspasó Inocencio Castillo, un enriquecimiento sin causa.

En su sentencia decidió el Tribunal que la compraventa referida fue real, o que, cuando menos, el acto contenido en la sobredicha escritura correspondió a una dación en pago. En congruencia con su razonamiento, el sentenciador denegó todas las súplicas del demandante.

2. Ante la improsperidad de los dos primeros cargos que el impugnante formuló contra la sentencia del ad quem, atinentes a la desestimación de la pretensión simulatoria, se impone aceptar que la resolución judicial en el punto queda en firme, es decir, que sí hubo realmente compraventa, o que por lo menos se ajustó entre los sujetos de esta contienda un contrato innominado.

El cargo que aquí se estudia, como se infiere no sólo de su planteamiento sino de todo su desarrollo, lo destina el censor para impugnar únicamente lo decidido por el sentenciador en torno a la petición atinente al enriquecimiento sin causa.

3. En tales circunstancias es ostensible que la censura resulta incompleta y por ende ineficaz, puesto que si precedió un acto jurídico, ya se lo llame compraventa o ya dación en pago o contrato innominado, el desplazamiento de los bienes del patrimonio del demandante al de la demandada tiene una causa jurídica que impide hablar de enriquecimiento torticero.

Según la doctrina general del derecho, es hoy verdad averiguada que una de las condiciones constitutivas del enriquecimiento sin causa, y por ende de la acción in rem verso, es la de que al desplazamiento patrimonial que el fenómeno implica no haya tenido derecho el demandado. Por consiguiente, ni por asomo puede darse el enriquecimiento injusto en los casos en que el aprovechamiento o ventaja de una de las partes es legítimamente causado, vale decir autorizado por el derecho.

Habiendo quedado, pues, firme la decisión del Tribunal que sí medió entre los sujetos de la litis un acto jurídico, de ello resulta cerrado el camino que en la demanda de casación se traza para llegar al estudio del pretendido enriquecimiento sin causa.

El cargo es pues infundado.

V

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del demandante. Tásense.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SEGURO DE TRANSPORTE

Nulidad procesal. Por no tener en cuenta el alegato de conclusión oportunamente presentado.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Mendoza y Mendoza).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de abril de 1974 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de "Aseguradora Gran Colombiana S. A." frente a "Transportes Duque S. A.".

El litigio

1º En libelo repartido el 7 de octubre de 1969 al Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá, la primera de las nombradas sociedades demandó a la segunda para que se declarara: a) Que ésta, por falta de entrega a la Federación Nacional de Arroceros, de 36 tambores, de 55 galones cada uno, contentivos de Stam-F 34, incumplió el contrato de transporte a que se refiere la carta de porte de fecha 25 de octubre de 1968, serie E-91935; b) Que la sociedad demandada es responsable de la falta de entrega de la citada mercancía; c) Que Transportes Duque debe reembolsar a la demandante el valor pagado a la Federación Nacional de Arroceros; d) Que en consecuencia se le condene a pagar, a la actora como subrogataria de la Federación Nacional de Arroceros, la suma cubierta por el seguro, o sea la cantidad de $ 245.995.20, con los intereses comerciales desde el 25 de mayo de 1969, fecha del pago de la indemnización y las costas del juicio.

2º Los veintidós hechos en que se funda la demanda se resumen así:

a) La federación aseguró en Aseguradora Gran Colombiana S. A. contra los riesgos de pérdida total, robo y falta de entrega, el transporte de mercancía, especificados en los respectivos "certificados de seguro", con aplicación a la póliza automática de seguro de transporte número TR-0112, expedido en Bogotá, el 13 de diciembre de 1961;

b) En virtud de dicho contrato, la aseguradora expidió el 24 de octubre de 1968 el certificado de seguro número 17.552, que corresponde a la aplicación número 169, mediante el cual quedó cubierto el riesgo de falta de entrega del cargamento de los tambores de Stam F-34, que debía transportarse a Barranquilla a Purificación (Tolima);

c) La federación contrató con Transportes Duque el transporte de los tambores, en los términos de la carta de porte serie E número 91935, de fecha 25 de octubre de 1968, siendo el cargador "Rhinco Productos Químicos S. A.", por autorización de la federación, según comunicación de 28 de octubre de 1968, número 28383. El cargador entregó la mercancía según nota número 6020;

d) El porteador determinó como medio de transporte el camión de placas V-24170, afiliado a Transportes Oriente de Medellín, de propiedad de Francisco Gómez, conducido por Everardo Cuadros, no afiliado a la empresa porteadora y sin carnet de ésta, según carta de porte número 91935 de 25 de octubre de 1968;

e) Embarcado el cargamento, la federación esperó el tiempo normal de la duración del viaje, y luego al no recibir la mercancía hizo al transportador la respectiva reclamación, habiendo respondido éste en comunicación de 15 de enero de 1969 nú-

mero 00198, que la mercancía se había extraviado, y que por ello había formulado la denuncia correspondiente, tardíamente, pues fue presentada el 2 de diciembre y la federación no conoció tal hecho sino el 15 de marzo siguiente;

f) En comunicación de 20 de enero de 1969 número 30928, hizo a la aseguradora la reclamación correspondiente y ésta después del estudio pertinente reconoció la responsabilidad del portador, y así se lo comunicó a éste, sin obtener respuesta, en carta número 233968 de 19 de febrero de 1969;

g) El 5 de marzo de 1969 presentó al transportador reclamación formal, según nota 32616 que tampoco fue contestada. Agotado este trámite y en cumplimiento del contrato de transporte, la aseguradora pagó al asegurado, el 25 de marzo de 1969, la suma de $ 245.995.20, según liquidación de siniestro número TR-025/69 y la orden de pago número 576. Y cubierta la indemnización la aseguradora volvió a reclamar al transportador en carta de 12 de abril de 1969, quien contestó que por tratarse de un caso fortuito no atendía la solicitud de reembolso;

h) Pagado el siniestro, la aseguradora se subrogó en los derechos de la federación al tenor del recibo TR-025/69 de 25 de marzo de 1969;

i) El transportador no hizo el transporte por medio de un vehículo afiliado a su empresa e incurrió en otras irregularidades, como la de que sabiendo la desaparición del chofer junto con las mercancías, dando tiempo a que se "consumase el delito", sin llevar a cabo oportunamente las comunicaciones y gestiones pertinentes de que trata la ley.

3º Con la demanda se acompañaron todos los documentos citados, y notificado el demandado el 12 de noviembre de 1969, se opuso a las pretensiones negando unos hechos y manifestando que los demás debían probarse; y en su alegato de conclusión de primera instancia, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 313 del Código de Comercio vigente cuando se trabó la litis, propuso la prescripción de la acción incoada.

4º El juzgado del conocimiento en sentencia de 30 de junio de 1971 resolvió:

"1. Condenar a la sociedad denominada 'Transportes Duque S. A.' 'TRANSDUQUE' a pagar a la sociedad demandante Aseguradora Gran Colombiana S. A. la suma de doscientos cuarenta y cinco mil novecientos noventa y cinco pesos con 20/100 ($ 245.995.20) M/cte. suma ésta pagada por la demandante como valor de las mercancías perdidas a la Federación Nacional de Arroceros, por falta de entrega de 36 tambores de Stam F-34 de 55 galones cada uno, conforme contrato de seguro contenido en póliza número TR-0112 y certificado de seguro número 17552, aplicación número 169, suma ésta que pagará dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"2. Condenar a la misma sociedad Transportes Duque S. A. 'TRANSDUQUE', al pago de los intereses comerciales de la suma anteriormente dicha, desde el día 25 de marzo de 1969, hasta cuando se verifique el pago de la misma a la Aseguradora Gran Colombiana S. A.".

5º El Tribunal al conocer de la apelación de la sentencia, dijo en providencia de 28 de octubre de 1971:

"En el presente caso del examen preliminar del expediente se observa que la sentencia apelada de fecha 30 de junio próximo pasado no contiene decisión expresa y clara sobre las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda (folio 44 del cuaderno principal) ni sobre la petición segunda subsidiaria, sobre declaración de prescripción de la acción, formulada por la parte demandada en su alegato de conclusión visible a folios 74 a 76.

"De modo que en estas condiciones el fallo resulta incompleto y por lo tanto debe disponerse lo pertinente en orden a corregir los defectos anotados.

"Por lo expuesto, el Tribunal ordena devolver el expediente al inferior para que profiera sentencia complementaria en relación con las cuestiones omitidas en el fallo apelado y de que se deja hecho mérito en la parte motiva de esta providencia".

6º En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal, el juzgado en sentencia de 10 de octubre de 1972 declaró probada la prescripción de la acción propuesta por la parte demandada y en consecuencia la absolvió de los respectivos cargos. Apelada ésta por el demandante, el *ad quem* al re-

solver el recurso se expresó así en la parte resolutiva:

"Primero. Confírmase la decisión tomada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, en el presente proceso ordinario de 'Aseguradora Gran Colombiana S. A.', contra 'Transportes Duque S. A.', de las condiciones civiles ya conocidas, en sentencias de treinta de junio de mil novecientos setenta y uno y diez de octubre de mil novecientos setenta y dos, consideradas como una sola unidad procesal en cuanto declaró prescrita la acción en esta controversia y absolvió a la sociedad demandada, condenando además en costas al demandante". (Se subraya).

7º Contra dicha providencia, y después de las incidencias de que da cuenta el proceso, la demandante interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

La sentencia impugnada

Después de hacer un recuento de lo acaecido en el proceso, dice el Tribunal que las sentencias han de tomarse como una sola, en la que después de estudiar las pretensiones contenidas en el petitum y considerarlas demostradas, fueron enervadas "por la probación de la excepción dicha, lo que condujo a la absolución del demandado", "...las sentencias vistas tal como aparece, formando un solo cuerpo, una sola unidad procesal, es lo que será objeto del recurso de apelación...".

Luego se refiere al contrato de seguro de transporte, a la responsabilidad contractual y a las pruebas allegadas al proceso para concluir que de todo lo dicho "emerge la responsabilidad de la sociedad de Transportes Duque S. A., y sería forzoso hacer lugar a las peticiones de la demanda, si no apareciera demostrada la excepción de prescripción como pasa a estudiarse". Y sobre el particular se expresó así:

"En este orden de ideas, cabe tener en cuenta que el artículo 313 del Código de Comercio, en su numeral 4º, instituyó la citada prescripción, y la Corte interpretando dicho artículo, tiene establecido que la responsabilidad del porteador por pérdidas, desfalcos y averías se extingue por la prescripción de seis (6) meses, en las expediciones realizadas dentro de un departamento de la República, y de un año cuando van dirigidas a otro departamento o a territorio extranjero.

"Tal prescripción, de acuerdo con lo imperado en el último inciso del citado artículo, principió a correr en este evento el día 31 de octubre de 1968, habida consideración de que la entrega de las mercancías al transportador, se hizo el 25 de octubre de 1968, y según los peritos, debió llegar a su destino en la fecha (cuaderno 3º, 37, fte. y vuel.).

"Antes de seguir adelante, conviene dejar sentado, que para esta Sala el dictamen pericial presentado por los expertos Rafael Altamar y Alberto Paz Muñoz, tiene pleno valor de convicción en atención a que aparece debidamente fundamentado, en vista de la firmeza, precisión, y la seriedad de los argumentos invocados por los expertos para llegar a sus conclusiones. Cobra más vigor esta inferencia, si tenemos en cuenta que, tal como informan en su peritación, hicieron los expertos por su cuenta investigación tendiente a allegar datos sobre el tiempo que emplea uno de estos vehículos desde el lugar en que fueron entregados al porteador de la mercancía, hasta el sitio en que debían ser puestas en poder del consignatario.

"De la anterir suerte, teniendo en cuenta la citada fecha de entrega de las mercaderías, el término de un año venció el 31 de octubre de 1969; la demanda le fue notificada al representante legal de Transportes Duque S. A., el día 12 de noviembre de 1969 (fl. 49 cuad. 1º) en la cual fecha ya estaba prescrita la acción.

"Pero es más: debido a las facilidades de transporte moderno por carretera, teniendo en cuenta la potencia del camión en que se efectuó el transporte, en buena lógica, y según la experiencia de los hechos, es creible que no demorara la conducción más del tiempo indicado por los peritos.

"Por tanto, las conclusiones de los peritos, resultan convincentes, examinando los elementos de convicción con sana crítica, y es acertado el que encontrase probada la prescripción el a quo.

"Es fuerza hacer hincapié, en el criterio que se ha tenido para contar la prescripción en cuestión y al efecto, importa resaltar, que, de acuerdo con la última jurisprudencia de la Corte, el dicho término sólo podía ser interrumpido por la notificación

de la demanda, antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil...

"Todo lo argumentado lleva al Tribunal, considerando las dos sentencias dictadas por el a quo, —la primera de treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971) y la segunda de diez (10) de octubre de mil novecientos setenta y dos (1972), como una UNIDAD PROCESAL en la forma expuesta, a confirmar la decisión de primer grado, en cuanto declaró prescrita la acción en la presente controversia.

La censura

Seis cargos formúlanse contra la sentencia, los dos primeros por errores in procedendo y los restantes con fundamento en la causal primera de que trata el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Se despachan en el respectivo orden.

Primer cargo

Se formula con fundamento en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por haberse incurrido en la causal de nulidad contemplada en el numeral 6º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, al no otorgarse al demandante la oportunidad para formular alegato verbal de conclusión.

En su desarrollo dice el censor que cuando presentó al Tribunal su alegato de conclusión, pidió la celebración de audiencia pero que esta petición no fue resuelta y que el fallador pronunció directamente sentencia, nulidad que no está saneada por cuanto oportunamente alegó esa nulidad; y que en esa forma se violó el derecho de defensa, máxime si se tiene en cuenta que no fue considerado ni tenido en cuenta el alegato de conclusión.

Consideraciones

1ª La causal 5ª de casación se configura por el hecho de "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152 siempre que no se hubiere saneado" y el artículo 152 preceptúa que "el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

...6 "Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión".

2ª De otro lado el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil en su segundo inciso ordena que "en todos los procesos, si lo pide una de las partes dentro del término para alegar o el Tribunal así lo dispone, se señalará audiencia, una vez registrado el proyecto. Las partes podrán hacer uso de la palabra una vez y hasta por treinta minutos, en el mismo orden del traslado para alegar y presentar resúmenes escritos de lo alegado, dentro de los tres días siguientes".

3ª En el presente proceso se halla plenamente acreditado el caso de la causal 6ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto hay constancia secretarial del Tribunal y manifestación oficial y expresa del magistrado ponente de que prácticamente se omitieron los términos y oportunidades para formular alegatos de conclusión.

4ª En efecto, dice textualmente el auto del Tribunal de fecha 29 de octubre de 1974 (folio 30 del cuaderno 4º):

"En el negocio de la referencia, por omisión secretarial, no tuvo en cuenta la Sala el alegato de conclusión, pues que no estaba inserto en los autos cuando fue estudiado el negocio para fallo, y por lo mismo, no se señaló fecha para audiencia, tal como lo preceptúa el artículo 360 ibídem.

"El informe secretarial al respecto dice: '... junio 24-74. Al despacho informando que el memorial de la referencia lo encontró el señor encargado de buscar memoriales junto con otro memorial cuya referencia era de un proceso que había sido devuelto al juzgado de origen. Cuando me di cuenta del memorial que presentaba el doctor Ospina de la Roche, procedí a buscar en todas partes el memorial de la referencia y lo encontré como dije antes junto con el anterior, por este motivo no se había agregado antes al proceso ni tenía la nota de presentación acostumbrada. El memorial fue presentado en tiempo...'". (Fol. 29 fte. del cuaderno del Tribunal).

5ª De lo anterior se desprende:

a) Que por culpa, que no fue ciertamente del recurrente, el Tribunal "no tuvo en cuenta el alegato de conclusión, pues no

estaba inserto en los autos cuando fue estudiado el negocio";

b) Que por el mismo motivo "no se señaló la fecha para audiencia, tal como lo preceptúa el artículo 360 ibídem";

c) Que el recurrente en casación y antes apelante, en la primera oportunidad que tuvo, propuso con fundamento en los hechos antes relatados, incidente de nulidad de lo actuado a partir del 25 de enero de 1973, la cual se rechazó en el auto de 29 de octubre citado y transcrito "por haberse producido ya la sentencia en este proceso" y haber perdido competencia el Tribunal.

6ª Aunque la Corte ya ha expresado que el simple hecho de no señalar fecha para la audiencia, indicado en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil no constituye la nulidad consagrada en el punto 6º del artículo 152 de la misma obra, siempre que de otro lado se hubiere dado traslado a las partes para alegar, es lo cierto, que la paladina declaración del Tribunal antes transcrita es, ni más ni menos, la evidencia de que realmente se cercenó la oportunidad para que el alegato de conclusión cumpliera su finalidad y surtiera los efectos procesales y jurídicos que le están asignados. En este caso, puede afirmarse que tanto da el que hubiere dejado de "insertar en los autos" el alegato de conclusión oportunamente presentado, como que se hubiera omitido el término para formularlo, hecho que está consagrado como nulidad.

7ª Por lo mismo y al no haberse concedido audiencia por el Tribunal, se dejó al recurrente, en la segunda instancia sin oportunidad alguna para ejercer su derecho de defensa, que de esta manera fue conculcado abiertamente.

Por tanto el cargo prospera, ha de casarse la sentencia y procederse como lo ordena el inciso 4º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

Decisión

A 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 24 de abril de 1974 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de "Aseguradora Gran Colombia S. A." contra "Transportes Duque S. A." y como Tribunal de instancia declara NULO lo actuado en este proceso a partir de la notificación del auto de 12 de enero de 1973, por el cual se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Remítase el expediente al Tribunal para que proceda a renovar la actuación anulada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial.

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Técnica de casación: es inadmisible el cargo por aplicación indebida o interpretación errónea de una norma. — Autonomía del fallador para apreciar las pruebas. — Daño indemnizable.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por demandante y demandado contra la sentencia de 5 de junio de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por María de la Luz Valderrama de Devia frente a Carlos Rodolfo Hernández.

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 19 de abril de 1968 al entonces Juzgado Catorce Civil Municipal de Bogotá, la citada María de la Luz Valderrama de Devia demandó al mentado Carlos Rodolfo Hernández a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el demandado es civilmente responsable de los daños ocasionados al inmueble Nº 60-44 de la Transversal 21 de Bogotá, con motivo de la construcción que realizó en el lote Nº 18 de la manzana 1 de la urbanización "Barrio San Luis o Campín", y que hoy corresponde a la casa número 60-50/58 de la misma Transversal 21;

b) Que, consecuencialmente, se lo condene a pagar a la demandante, por concepto de perjuicios a ésta causados, las siguientes cantidades: 1º $ 150.000.00, o la que se regule pericialmente, por razón de daño emergente; y 2º $ 5.000.00 mensuales, o la que se determine por peritos, por concepto de lucro cesante, a partir del 22 de enero de 1968 y hasta cuando se verifique el pago; y

c) Que se lo condene igualmente a pagar el valor de las costas procesales.

En subsidio de las anteriores peticiones, la demandante deprecó los siguientes pronunciamientos:

a) Que se obligue al demandado a efectuar todos los arreglos y reparaciones necesarias para dejar la casa Nº 60-44 de la Transversal 21 de Bogotá en el estado en que se encontraba antes de la construcción de la casa Nº 60-50/58, de la misma Transversal 21; y

b) Que se lo condene a pagar a su demandante la suma de $ 100.00 diarios a partir del 22 de enero de 1968 y hasta cuando el arreglo se verifique; lo mismo que el valor de las costas liquidadas por la Inspección 23 Distrital de Policía de Bogotá, de conformidad con la resolución proferida por esa entidad el 23 de octubre de 1967.

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

a) Mediante Escritura pública número 3401 de 22 de agosto de 1964, otorgada en la Notaría Décima de Bogotá y debidamente inscrita, Dionisio Arango Vargas transfirió a favor de María de la Luz Valderrama de Devia, a título de compraventa, el derecho de dominio y la posesión que aquél tenía sobre un lote de terreno y la construcción de dos plantas levantada en él, inmueble todo que hoy está distinguido

con el número 60-44 de la Transversal 21 de esta ciudad, comprendido dentro de las siguientes alindaciones especiales: "Por el Norte, en 30 metros, con el lote Nº 18 de la manzana 1 del plano de la urbanización 'San Luis o Campín'; por el Sur, en igual extensión, con el lote Nº 20 de las mismas manzana y urbanización; por el Oriente, en 10 metros, con el lote Nº 8 de la manzana citada; y, por el Occidente, en 10 metros, con la Transversal 21 de Bogotá";

b) Para entonces la casa objeto de la compraventa se hallaba en perfecto estado de construcción y mantenimiento, "construida con materiales de óptima calidad, con la mejor técnica arquitectónica"; era casa nueva que no había sido habitada anteriormente, y se hallaba ubicada en uno de los barrios más residenciales de esta ciudad capital;

c) En octubre de 1966 el demandado Hernández Solano inició, en el lote Nº 18 de la manzana 1 del plano de la urbanización "San Luis", que es contiguo a la propiedad de la demandante, una construcción "de dos pizos y terraza", a la que terminada le correspondió en la nomenclatura urbana el 60-50/58 de la Transversal 21 de Bogotá;

d) Cuando las paredes de la construcción del demandante estaban a la altura del segundo piso, en diciembre de 1966, aparecieron desperfectos en la casa de la demandante, más precisamente en su costado norte, tales como agrietamientos, descuadre de las puertas y ventanas, desnivelación en los pisos, desprendimiento de baldosas, de todo lo cual Valderrama notificó a Hernández a fin de que "suspendiera la construcción de su inmueble y procediera a tomar las medidas de precaución y de técnica necesarias para evitar que los daños continuaran y solucionar, lo más pronto posible, los daños ya existentes"; pero el notificado no quiso atender esta reclamación;

e) En enero de 1967, cuando la construcción de Hernández estaba más avanzada, los daños en la propiedad de Valderrama se acrecentaron; entonces ésta, cordial pero enérgicamente, una vez más requirió al demandado para que suspendiera la construcción;

f) Como sus reclamos amigables fueron inútiles, la demandada hubo de quejarse ante la Inspección 23 Distrital de Policía, la que, en resolución de 23 de octubre de 1967, confirmada por el Consejo de Justicia del Distrito en la suya de 22 de diciembre siguiente, condenó al demandado a restablecer el inmueble de la demandante al estado en que se hallaba antes de comenzar la construcción, lo conminó con multa de $ 100.00 diarios a favor de la querellante por cada día de retardo, y lo condenó al pago de costas. Hernández, sin embargo, acudiendo a "innumerables argucias" se ha negado insistentemente a cumplir la resolución policiva;

g) Después de afirmar la demandante que Carlos Rodolfo Hernández ha sido, desde cuando se inició la construcción 60-50/58, propietario de dicho inmueble, agrega que los daños causados en la propiedad de aquélla "han venido progresando, de manera peligrosa, obligando a sus moradores a desocuparla para evitar fatales resultados"; y

h) "Los daños ocasionados al inmueble de la demandante —reza la demanda en el hecho 15º— son una clara y lógica consecuencia de la culpa del demandado al construir su inmueble pretermitiendo elementales normas de seguridad que son de uso corriente al efectuar las construcciones; se halla incurso el demandado en lo que se denomina responsabilidad civil extracontractual por un hecho propio y para agravar su anterior situación se ha negado a cumplir lo que le ordenó la autoridad policiva".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones en ésta deducidas; y en cuanto a los hechos en ella afirmados aceptó algunos pero negó los más.

Afirmó entonces el demandado que los daños causados en el inmueble de su demandante se debieron a la propia culpa de la víctima y a un caso de fuerza mayor. Refiriéndose a la primera razón exculpativa alegada, dijo que las especificaciones de la edificación primera (cimentación y materiales empleados en ella) fueron deficientes e impropios para la calidad del terreno en que se plantó; y aludiendo a la segunda defensa, afirmó que también concurrieron al resultado dañoso los movimientos sísmicos ocurridos en Bogotá en los años de 1967 y 1968.

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 9 de febrero de 1974, mediante la cual denegó todas las súplicas deprecadas en 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 del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 5 de junio de 1975, después de infirmar la apelada, condenó al demandado a pagar a la demandante $ 150.000.00, "valor de los daños causados al inmueble distinguido con el número 60-44 de la transversal 21 de Bogotá"; "el lucro cesante, o intereses legales de que se ha hablado, en conformidad con la parte motiva de esta providencia"; y, además, el valor de las costas causadas en la primera instancia.

II.

Los fundamentos del fallo de segundo grado.

1. Después de relatar los antecedentes del litigio, en el proemio de las consideraciones de su fallo advierte el Tribunal que, según la demanda incoativa del proceso, la demandante pretende principalmente que se le indemnicen los daños causados en la casa de su propiedad con motivo de la construcción vecina, efectuada por el demandado.

Y tomando dicha deducción por punto de partida, con citas jurisprudenciales asevera el sentenciador que la construcción de edificaciones es una actividad peligrosa, la cual, por tanto, debe regirse por la preceptiva legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil. Orientado entonces por este razonamiento cardinal, dice que en los supuestos de daños causados con motivo del ejercicio de una actividad de dicha estirpe, para la reparación debida, la víctima sólo tiene que probar la ocurrencia del hecho dañoso y los perjuicios que de éste emanaron, porque en tales casos, para el autor de aquél hay presunción legal de culpabilidad, de cuyos efectos sólo puede liberarse demostrando que el acontecer dañoso ocurrió por fuerza mayor, por caso fortuito o por la intervención de un elemento extraño.

2. Asentados por él los anteriores postulados, acomete el *ad quem* el análisis de los medios de prueba practicados en el proceso, con el propósito, dice, de saber si la demandante demostró los presupuestos de su pretensión y, en caso afirmativo, advertir si el demandado justificó alguno de los hechos por él invocados como eximentes de responsabilidad.

En esta tarea el Tribunal hace pormenorizada relación de los medios probativos aducidos por las partes con la demanda y con la correspondiente contestación, de los practicados en el proceso, extractando su contenido para deducir, con apoyo en ellos, los hechos que a su juicio éstos acreditan. Estima, así, que la propiedad de la demandante sobre el inmueble 60-44 de la transversal 21 de Bogotá está evidenciada con la copia de la Escritura número 3401 de 22 de agosto de 1964, otorgada en la Notaría Décima de esta ciudad, y con el certificado expedido al efecto por la Oficina de Registro de la misma ciudad; que el dominio del inmueble del demandado se demuestra en la Escritura número 1638 de 11 de mayo de 1966, pasada ante el Notario Séptimo de Bogotá, adicionada con la certificación expedida por la Sección de Obras Públicas sobre licencia de construcción, el recibo de la obra y el certificado del Registrador de la misma ciudad "que relaciona la titulación a partir del 1º de enero de 1948".

Llevadas sus consideraciones a este punto, emprende en seguida el fallador de segundo grado la labor de análisis de los medios de convicción aducidos para demostrar el hecho dañoso y la relación de causalidad, presupuestos estos que encuentra justificados: el primero, con "las varias inspecciones judiciales practicadas, por las declaraciones de testigos, y aún por la confesión del demandado"; y el segundo, con el dictamen "de los peritos José H. Suárez Manrique, Hernando Martínez Cárdenas, Pablo Sabogal y Eurípides Latorre Angel, cuya firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y reconocida competencia se tienen en cuenta para valorar su dicho".

3. En el capítulo de su fallo que denomina "Pruebas de la demandante", el Tribunal cita, transcribiendo de ellas los pasos pertinentes, las declaraciones de Alfonso López Useta, Marcelino Guerrero Peña y Alberto Conde, quienes deponen sobre los daños y averías que, a partir de diciembre de 1966, aparecieron en la casa Nº 60-44 de la transversal 21 de Bogotá; y la respuesta dada por Carlos Rodolfo Hernández a la pregunta décima del interrogatorio a él propuesto, mediante la cual dijo que estuvo varias veces con el esposo de su demandante "y yo quería a voluntad mía hacer esos arreglos para evitar enemistad y rencores con los vecinos y él se negó a todo esto, pero el señor Devia me proponía era que le comprara la casa y por esta razón no pudimos llegar a ningún arreglo, puesto que yo no era responsable de esos daños".

Relaciona el ad quem, en las que llama "Pruebas del Demandado", los dos medios siguientes: a) Testimonios de Orlando Uyasán, Pablo Antonio Díaz Castañeda, Buenaventura Ramírez y Aristides Uyasán, quienes afirman que los daños en la casa de la demandante sólo aparecieron en febrero de 1967 y que los cimientos de dicha edificación se hicieron con poca profundidad; y b) El certificado del Subdirector del Instituto Geofísico de la Pontificia Universidad Javeriana, que relaciona las fechas y horas de los temblores "sentidos en Bogotá durante 1967 y 1968".

En las que denomina "Pruebas Conjuntas", el sentenciador relaciona, extractando su contenido, las siguientes:

a) Las inspecciones judiciales practicadas en los inmuebles el 23 de septiembre de 1967 y el 12 de septiembre de 1968, en las que, dice, se "constataron numerosos daños encontrados en la casa 60-44", daños que, añade, se aumentaron considerablemente entre las dos fechas de realización de las aludidas inspecciones;

b) La copia de las sentencias proferidas por la Inspección 23 Distrital de Policía de Bogotá el 23 de octubre de 1967, y la del Consejo de Justicia Distrital que confirmó la anterior, mediante las cuales se declaró a Hernández Solano responsable de los daños causados al inmueble 60-44, se lo conminó a restablecer dicho inmueble "al estado en que se encontraba antes de la construcción distinguida con el número 60-50", y se condenó además al citado Hernández al pago de una multa de $ 100.00 diarios a favor de la demandante; y

c) La "Prueba Pericial", de la cual dice que "es muy copiosa la producida en este proceso por las partes y por el Juzgado de oficio".

4. Observa, al punto, que en el proceso seguido en la Inspección de Policía rindieron dictamen los peritos José H. Suárez, Eduardo Salinas y Pablo Sabogal, cuyas conclusiones finales transcribe, notando que el primero y el último determinan la causa de los daños de la casa 60-44 en la construcción del inmueble 60-50, al paso que el segundo expresa desconocer los motivos determinantes de dichas averías; y que durante el término probatorio del presente proceso rindieron experticio Hernando Martínez, José H. Suárez Manrique y José Eusebio Carrillo, cuyos dictámenes transcribe en lo pertinente, haciendo ver que los dos primeros son enfáticos al conceptuar que la construcción del demandado fue la causa de los deterioros de la casa de la demandante, mientras que el último afirma que la construcción de Hernández "no tuvo ninguna incidencia directa en las averías ocurridas en la residencia de María de la Luz Valderrama".

Advierte, de otra parte, que si bien el demandado objetó por error grave los dictámenes de Suárez Manrique y Martínez Cárdenas, sus objeciones no prosperaron como se infiere de lo dicho en auto de 26 de junio de 1970.

A renglón seguido se refiere el Tribunal a la pericia decretada oficiosamente por el Juzgado, y al efecto dice que se designaron a los doctores Eurípides Latorre Angel, Alfonso Rodríguez Bernal y Gustavo Posada, cuyos dictámenes resume para advertir que el primero sitúa la causa de los daños en la construcción nueva; que el segundo afirma que tales averías se debieron al "defecto en la cimentación" de la misma casa deteriorada, combinado con movimientos sísmicos; y que el tercero conceptúa que los daños en la casa de la demandante son "por causa de diferencia en los cimientos y no encuentra otra fuerza exterior".

5. Conclusiones de su análisis probatorio son, para el Tribunal, las de que "el

daño en el inmueble se ha probado suficientemente por las varias inspecciones judiciales practicadas, por las declaraciones de testigos y aun por la confesión del demandado"; y que "la relación de causalidad, con el dictamen de los peritos José H. Suárez Manrique, Hernando Martínez Cárdenas, Pablo Sabogal y Eurípides Latorre Angel, cuya firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y reconocida competencia se tienen en cuenta para valorar su dicho".

Añade, refiriéndose a la prueba pericial aludida, que con ella "se prueba debidamente que la causa directa de los daños sufridos en el inmueble de la demandante se originaron en la construcción de la casa del demandado, ya que los daños solamente empezaron a apreciarse a medida que la construcción nueva aumentaba y con el progreso de dicha edificación los daños se acrecentaban. Esto se encuentra plenamente demostrado con las inspecciones judiciales practicadas en las que a medida que pasaba el tiempo entre una y otras se hacían más patentes los daños en el inmueble de la demandante".

6. Considerado por él suficiente su estudio en torno a las pretensiones deducidas en la demanda, el ad quem concreta entonces su atención al análisis de los movimientos sísmicos alegados por el demandado como causa de los daños aparecidos en la casa de la demandante.

Al efecto, refiriéndose a la certificación expedida por el Instituto Geofísico de la Pontificia Universidad Javeriana, expresa que según él el 9 de febrero de 1967 "hubo un temblor de intensidad 7 (Mercalli) que produjo varios muertos y bastantes daños en Bogotá...", pero que, añade, "esta información no tiene suficiente fuerza exculpativa del demandado, porque está probado que los daños aparecieron en la casa desde diciembre de 1966 y enero de 1967".

8. En seguida alude y transcribe los dictámenes de los peritos José Eusebio Carrillo, Alfonso Rodríguez Bernal y Gustavo Posada Forero, quienes atribuyen la causa de los daños cuya reparación se pide a "deficiente cimentación en esta casa (la de la demandante) construída sobre un subsuelo blando".

Cita, transcribiéndolo en lo pertinente, el estudio de suelos hecho por Bernardo Mora Duarte en agosto de 1971, presentado por estos peritos "para fundamentar sus dictámenes"; lo mismo que el efectuado "dos y medio años antes" que el anterior, en febrero de 1969, por la sociedad "Suelos y Fundaciones Ltda.", a solicitud del perito Martínez Cárdenas, para dar solidez a su experticio.

Estima el sentenciador que las conclusiones de los peritos Rodríguez Bernal y Posada, "no las puede aceptar suficientes para probar la inculpabilidad del demandado, porque están en contradicción física con lo demostrado en el proceso. En efecto, —explica— si la casa de la demandante tiene deficiente cimentación construída sobre suelo blando, el asentamiento ha debido sufrirlo en su totalidad la casa, y sin embargo el costado sur colindante con otra construcción no ha sufrido agrietamiento ni desplazamiento en sus cimientos. En cambio, los ha sufrido solamente en el costado norte llegando hasta 'la rotura del suelo de soporte del muro norte, cuya rotura ha provocado asentamientos totales y diferenciales que la estructura no puede absorver' según dice el estudio de suelos. Sería una desviación inaceptable pretender que el constructor primario tuviera que hacer cimentaciones tan resistentes que pudieran soportar futuras edificaciones vecinas; así fueran éstas rascacielos modernos".

Asevera además que como el constructor demandado "necesariamente tuvo que conocer las condiciones del subsuelo blando, y las de la estructura de la casa vecina en su costado norte, ha debido tenerlas en cuenta para tomar las medidas preventivas a fin de no causar los daños acusados, que son de una gravedad muy amplia, y que pueden llegar a 'un colapso inminente', como lo dicen los peritos".

9. Deducida, pues, por el ad quem la responsabilidad civil que en la demanda se depreca frente al demandado, el juzgador emprende a continuación la determinación del monto de los perjuicios indemnizables.

En relación con el daño emergente, lo fija en la suma de $ 150.000.00, tomando apoyo en el dictamen que sobre el punto

rindieron los peritos Luis F. González y Guillermo Sánchez y sobre la consideración de que esa cantidad fue la señalada en la demanda, la que, dice, no se puede rebasar.

Y en lo atinente al lucro cesante, luego de advertir que "no se verificó avalúo alguno para determinarlo", dice el Tribunal que "acorde con la jurisprudencia, el lucro cesante no podrá ser otro en el caso presente, que el interés legal sobre el valor en que ha sido estimado el daño emergente; o sea, sobre los $ 150.000.00 demandados por los daños causados al inmueble del actor"; agrega que sin embargo dichos intereses "no podrán sobrepasar el monto estimado en la demanda", y que su liquidación debe hacerse "a partir del día en que por la vía policiva fue conminado con multa al demandado a reparar los daños causados, puesto que puede partirse de una fecha cierta y conocida, como es el día en que quedó ejecutoriada dicha providencia".

III

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado ambas partes interpusieron el recurso de casación. Como el demandado impugna la declaración de responsabilidad civil que en su contra trae dicho fallo y la demandante lo hace sólo en lo atinente a la determinación de los perjuicios por lucro cesante, la Corte estudia en primer lugar la demanda de aquél y luego la de ésta, por ser ese el orden que impone la lógica: en el supuesto de que proceda absolver al demandado resultaría impertinente, por incompatibilidad, considerar la impugnación de la demandante.

A — Recurso del demandado

1. Este, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Mediante él la acusa de ser violatoria "de normas de derecho sustancial: artículo 2341, 2353, 1613, 1614 y 1617 del Código Civil, por aplicación indebida, y artículos 2357, 1604, 1607 del Código Civil y 1º Ley 95 de 1890, por falta de aplicación, a causa de errores en la apreciación de la prueba".

2. En desarrollo del cargo el censor, después de recordar los razonamientos que hizo el Tribunal para deducir la responsabilidad civil deprecada en la demanda, expresa que la conclusión estimatoria de éste "surgió de las inspecciones judiciales; de los dictámenes de Suárez Manrique, Martínez Cárdenas; Sabogal y Latorre; de dos estudios de suelos; y de la supuesta ventaja del primer constructor; a más de la desestimación de los dictámenes de Rodríguez y Posada y de la omisión de apreciación del dictamen de Carrillo"; que "el error probatorio del juzgador consistió en haber dado por probado el vínculo de causalidad entre la construcción del demandado y las grietas y averías del inmueble de la actora, y no haber reconocido que esos daños tuvieron su causa total o, cuando menos, parcial en elementos o factores extraños a la conducta del mismo demandado, ante todo en la culpabilidad de la propia víctima".

3. Concretando los errores de apreciación probatoria que denuncia se refiere el censor, en primer lugar, a las cinco inspecciones practicadas en fechas diferentes en los inmuebles, y dice que si bien "en todas ellas se comprobó la existencia de grietas y averías en los términos, condiciones y ubicación que se mencionan en las actas respectivas", tales pruebas no son, sin embargo, idóneas o adecuadas para determinar la causa de dichos daños, porque "tratándose de determinar la calidad de los cimientos de edificios contiguos, su interrelación, la influencia del más reciente en alteraciones sufridas por el anterior, el proceso de asentamiento de ambos y la determinación de la causa o causas de las grietas afloradas en una de ellas, hechos que de por sí exigen conocimientos, técnica y estudios profundos y especializados, es absolutamente inadmisible la inspección judicial".

De lo cual deduce el casacionista, y así lo afirma, que el sentenciador "incurrió en error de derecho, con quebranto de los artículos 233 y 244 Código de Procedimiento Civil al tener como prueba de la relación de causalidad las varias inspecciones judi-

ciales practicadas en el proceso, pese a la inidoneidad e ineficacia de raíz de dicho medio para ese resultado".

Refiriéndose al dictamen rendido en el proceso por José H. Suárez Manrique, dice el impugnante que carece de eficacia probatoria porque dicho experto no deliberó previamente con el otro perito principal, tal como correspondía por mandato del artículo 716 del Código Judicial entonces vigente; que "entonces... es inane formalmente, por defecto pleno en su producción, y hubo error de derecho al tenerlo en cuenta, con trasgresión de los artículos 716 Código Judicial y 235 del Código de Procedimiento Civil".

Añade que el dictamen de Hernando Martínez Cárdenas no tiene apoyo distinto del que pudiera darle un estudio de suelos, "sin firma alguna que lo respalde, escrito en papel timbrado con el nombre de 'Suelos y Fundaciones Ltda.' practicado según el perito a petición de él, sin intervención ninguna de la parte demandada", por lo que el Tribunal, en auto de 24 de julio de 1969, "lo descalificó y negó todo mérito, sin que en la sentencia pueda recobrar un mérito que nunca tuvo"; que dicho estudio de suelos "es legalmente ineficaz" por no haber sido producido regularmente.

Advierte, de otra parte, que "el de Suárez no es dictamen sino de nombre. Carece en ambas ocasiones de todos los atributos que le obsequia el Tribunal y cuya presencia es indispensable para que pueda tener algún valor"; que "otro tanto acontece" con el experticio de Sabogal; que "los escritos de Suárez y Sabogal carecen de seriedad y de valor, como quiera que no dan razón alguna de su conclusión, fuera de que no aparece acreditada ninguna idoneidad suya en la materia (ingeniería, geología o arquitectura). Y el de Martínez Cárdenas, es igualmente inválido, privado como quedó del único soporte que lo sustentaba: el estudio de suelos traído por él sin firma, regularidad ni controversia". De lo cual concluye, que "tales 'medios' probatorios no podían estimarse y su valoración y acogimiento constituyó un error de derecho, con violación de los artículos 237.2 y 241 del Código de Procedimiento Civil: carecen de todo fundamento y calidad, de manera tan patente, que los calificativos que les endilga el Tribunal son en rigor de escarnio".

Refiriéndose a los dictámenes de Carrillo, Rodríguez y Posada, expresa el censor que el del primero "no fue apreciado y en ello hay ya base para denunciar un error de hecho flagrante. Y los tres son fundados, claros, nítidos y razonados, en su estudio y conclusiones negativas a toda causación del daño por parte de la obra nueva del señor Hernández"; y que al no haberlo visto así el Tribunal "incurrió en manifiesto error de hecho". Añade que este yerro consistió en "alteración de los textos de los dictámenes y su apoyo en informe adicional; unos por defecto y otros por agregación o suposición. Omisión de un dictamen y falta total de empleo de las reglas de la sana crítica y de toda mención del mérito, y la razón de él, dado a cada prueba".

Continuando en la concreción de los yerros de análisis probatorio que denuncia, dice por último el censor que el Tribunal creó "un indicio o una presunción que sólo se da en su mente", puesto que, añade, del hecho de que haya daños en la casa de la demandante no puede inferirse que la causa de los deterioros sea la construcción nueva; y que ese procedimiento implica un claro y evidente error de hecho.

4. Dando pues por sentado que en el proceso no hay prueba de la relación de causalidad entre el daño cuya reparación suplica la demandante y la construcción del demandado, el impugnador pasa a concretar las violaciones de ley sustancial que denuncia. "En esa virtud puedo —dice— acusar el fallo de interpretación errónea de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil: Los toma, en la práctica, con ese giro probatorio, cual si permitieran declarar la responsabilidad con la sola prueba del daño, dispensada la parte demandante de la prueba del vínculo de causalidad, y como si no le bastara la confusión de los conceptos de responsabilidad, causalidad y culpabilidad en que incurre reiteradamente".

Agrega que al no ver el Tribunal la ausencia de prueba de la causalidad de los daños, y al pretermitir la que justifica, por parte del demandado, "su extraneidad al infortunio de su contendora", quebrantó, "por aplicación indebida, los artículos 2341 y 2356 del Código Civil (principio general de responsabilidad y responsabilidad

en actividades peligrosas). Y pronunció condena a indemnización: daño emergente y lucro cesante... con quebranto, por el mismo concepto, de los artículos 1613, 1614 y 1617 del Código Civil. Y conculcó igualmente, por falta de aplicación, los artículos 2357, 1604, 1607 y 1729 del Código Civil y 1º de la Ley 95 de 1890".

Se considera

1. Al proceder la Sala a decidir el cargo que el demandado le formula a la sentencia que ahora impugna, advierte, al primer golpe de vista, que adolece de los siguientes dos ostensibles defectos de técnica, a saber:

a) Simultáneamente denuncia violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por interpretación errónea y por aplicación indebida, olvidando que estos dos conceptos de quebranto de normas sustanciales son incompatibles entre sí: la indebida aplicación, en efecto, ocurre cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al litigio que es materia de la decisión; la interpretación errónea, en cambio, se presenta cuando, elegida la norma correspondiente, se la entendió sin embargo equivocadamente y así se la aplicó en el fallo.

Siendo distinta la naturaleza de estas dos especies de violación de la ley sustancial, resulta inadmisible, por contradictorio, el cargo en que se le enrostra al sentenciador quebranto de las mismas normas por aplicación indebida y por interpretación errónea, simultáneamente, pues mal puede haberse aplicado indebidamente una disposición que aunque no fue rectamente entendida sí es la que regula el caso litigado; y

b) Frente a los dictámenes de los peritos José H. Suárez Manrique, Pablo Sabogal, Hernando Martínez Cárdenas y José Eusebio Carrillo el acusador denuncia, también simultáneamente, error de derecho y manifiesto error de hecho en la estimación que de ellos hizo el Tribunal, sin percatar que estas dos clases de yerros de apreciación probataria, por emanar de causas disímiles y aun contradictorias, conservan su entidad específica propia y por consiguiente es contrario a la técnica de casación proponerlos simultáneamente en el mismo cargo.

Asevera en efecto el censor que el ad quem incurrió en error de derecho al apreciar los experticios de Suárez Manrique y de Martínez Cárdenas, porque ameritó el primero sin que éste, como perito principal que fue, hubiera deliberado con el otro; y porque apreció el del segundo sin embargo de que el estudio de suelos en que fundó su concepto fue producido irregularmente. Y en seguida afirma el impugnador que los dictámenes de Suárez y de Sabogal carecen de fundamentación, precisión y claridad que son los atributos "que les obsequia el Tribunal", con lo cual viene a significar que se alteró la objetividad de esos medios de prueba; y que "los escritos de Suárez y Sabogal carecen de seriedad y valor, como quiera que no dan razón alguna de su conclusión, fuera de que no aparece acreditada ninguna idoneidad suya en la materia". Aludiendo a la apreciación de estos dictámenes y además a la del perito Martínez Cárdenas, frente al cual ya había denunciado error de derecho, añade que "carecen de todo fundamento y calidad, de manera tan patente, que los calificativos que les endilga el Tribunal son en rigor de escarnio".

Si, como lo dice el impugnador, el Tribunal erróneamente estimó que tales dictámenes eran fundados sin serlo; si falsamente les atribuyó la claridad y precisión de que ellos carecen; y si, en fin, equivocadamente estimó que sus autores son personas de especiales conocimientos en la materia, el juicio del fallador, por referirse a la objetividad de dichos experticios, no podría variarse en casación, sino en tanto se comprobara que en esa apreciación incurrió en error de hecho que aparezca evidente en los autos.

2. Y si haciendo abstracción de los defectos de técnica observados debiera la Corte estudiar en el fondo las censuras, tendría que decir que ellas carecen de fundamento. En efecto:

No tomó el Tribunal en su sentencia, como prueba independiente y autónoma, el estudio de suelos que en febrero de 1969 hizo la entidad "Suelos y Fundaciones Ltda."; lo consideró como parte integrante del dictamen rendido por el perito Hernando Martínez Cárdenas y solicitado por

cuenta de éste para dar mayores y más sólidos fundamentos a su experticio. Y si de acuerdo con la preceptiva contenida en la regla 2 del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, es deber de los peritos examinar las personas o cosas objeto del dictamen, estándoles permitido, para cumplir cabalmente su misión auxiliadora de la justicia, realizar "personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad", no encuentra la Sala que la aducción del dicho estudio en papel común y hecho sin intervención de la contraparte constituya irregularidad en la producción del dictamen, capaz de mermarle su mérito probativo.

Muchísimo menos encuentra la Corte configurado el error de derecho que por este aspecto le endilga la censura a la sentencia si se considera, como debe considerarse, que la objeción que con base en las mismas razones que ahora esgrime el recurrente se formuló contra el referido experticio, no tuvo a la postre prosperidad, desde luego que fue declarada "no probada", como se infiere claramente de lo decidido en auto de 26 de junio de 1970 (cuaderno número 5, fls. 7 a 9).

No es exacto que el aludido estudio de suelos hubiera sido descalificado como prueba por el juzgado de instancia, como lo afirma la censura, pues en la parte dispositiva del auto de 24 de julio de 1969 no se contiene pronunciamiento alguno sobre el mérito demostrativo de ese medio: en él se dispuso solamente que el correspondiente honorario debía pagarlo, de la remuneración suya, el perito que lo solicitó; y que por no tratarse "del señalamiento de honorarios periciales, sino de definir lo atinente al pago de un gasto", no procedía aplicar el artículo 562 del Código Judicial (cuaderno número 4, fls. 80 y 81).

Pero aún aceptando que el tan aludido estudio de suelos fue ilegalmente producido y que por consiguiente no procede considerarlo con significación probatoria alguna, el dictamen de Martínez Cárdenas seguiría apoyado en sus propios fundamentos, cuya apreciación por el Tribunal no podría variarse en casación mientras no se demuestre que en ella incurrió en evidente error fáctico, lo que no hace el censor, puesto que la censura al respecto la formula por error de derecho.

3. Estima la censura, en lo atinente a las apreciaciones que el sentenciador hizo de los dictámenes de José H. Suárez Manrique, Paulo Sabogal, Eurípides Latorre Angel y del mismo Martínez Cárdenas, que sólo lo son "de nombre"; que, contrariamente a lo expresado en el fallo que impugna, "carecen de todos los atributos que les obsequia el Tribunal", que "no dan razón alguna de su conclusión"; y que "carecen de todo fundamento y calidad", con lo cual imputa a la sentencia error manifiesto de hecho, desde luego que explícitamente asevera que el *ad quem* alteró la realidad objetiva que dichos medios muestran.

Pero si el sentenciador, al ameritar dichos dictámenes, después de considerar su contenido y las razones en que sus autores apoyaron su conclusión, dice que se trata de experticios "cuya firmeza, precisión, calidad de sus fundamentos y reconocida competencia se tienen en cuenta para valorar su dicho", el presunto yerro de facto que se denuncia no se configura, porque la apreciación probatoria del Tribunal en el punto no contradice la fidelidad objetiva de esos medios. **Ha sido doctrina constante de esta corporación la de que el fallador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba; que, ante esta facultad de apreciación, no corresponde a la Corte pronunciar nuevas o distintas conclusiones, sino cuando la estimación del sentenciador de instancia resulta evidentemente contraria a la naturaleza y realidad misma de los hechos que las pruebas demuestran; y que el impugnante puede tener un criterio de apreciación distinto del aplicado por el Tribunal, pero, mientras éste no degenere ostensiblemente en arbitrariedad, no puede casarse el fallo para proferir otro diferente, simplemente porque aquél, al ensayar un análisis sutil y más severo de la prueba, no esté de acuerdo con el modo como el juez aprecia los hechos.**

4. En relación con el "error de derecho" que frente a la peritación del mismo José H. Suárez Manrique denuncia la censura, porque a juicio del impugnante se apreció en la sentencia contrariando lo que dispo-

nía el artículo 716 del Código Judicial y hoy el 237 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que rindió dictamen sin previa deliberación con el otro perito principal, bastaría decir, para rechazarla, que habiendo salido ilesos los demás dictámenes de los ataques contra ellos formulados, ese presunto yerro de jure, en caso de existir, carecería del requisito de la trascendencia que para casar el fallo combatido debe tener todo error de apreciación probatoria.

Aún prescindiendo de este dictamen, la sentencia impugnada encontraría sólido apoyo en las restantes tres peritaciones, que el ad quem tomó como estribo de su conclusión en punto de relación de causalidad entre los daños sufridos por la casa de la demandante y la construcción levantada por el demandado.

5. A más de que el Tribunal no tomó las inspecciones judiciales practicadas en los inmuebles como prueba principal para dar por establecida la relación de causalidad dicha, sino como corroborativa de su deducción a que llegó del análisis de los dictámenes periciales, aquí también cabe decir que en el supuesto de que aquél, al apreciarlas, hubiera incurrido en error de derecho por tratarse de prueba inidónea o ineficaz legalmente al efecto, ese posible yerro carecería de trascendencia para quebrar el fallo combatido.

Como para que un error de apreciación probatoria incida en casación se requiere, según lo ha dicho la Corte siguiendo la preceptiva contenida en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la ley sustancial, se impone afirmar que no es posible aniquilar la sentencia combatida cuando el error de derecho, o el de hecho, no se reflejan en las pruebas principales que a ella le sirven de apoyo, sino únicamente en las que tienen carácter corroborativo de éstas.

6. Contrariamente a lo que sostiene el recurrente, el sentenciador sí vio y apreció en su fallo, por lo cual no incurrió en el "error de hecho flagrante" que aquél le enrostra en el punto, el dictamen del perito José Eusebio Carrillo: expresamente lo menciona en su fallo al relacionar las que llama "pruebas conjuntas", y posteriormente al estudiar las excepciones del demandado, apartes ambos en los cuales transcribe la conclusión de dicha pericia.

Lo que sucede es que, viéndola materialmente en el proceso y sin alterar su contenido, no le atribuyó significación probatoria para infirmar el concepto de otros peritos, lo que de por sí es cosa bien diferente al fundamento que la censura trae al respecto. Aunque la sentencia no lo dice explícitamente, la falta de convencimiento judicial de este dictamen pudo encontrarla el ad quem en el hecho de que el sobredicho perito Carrillo, como lo indican las pruebas existentes en el proceso, fue el ingeniero que construyó la edificación causante de los perjuicios a la casa de la demandante, circunstancia que impide atribuir imparcialidad a sus conceptos.

7. También vio y apreció el Tribunal en su sentencia los dictámenes rendidos por Alfonso Rodríguez Bernal y Gustavo Posada, puesto que, como el del anterior, en varias partes de su fallo el ad quem, en forma expresa, se refiere a ellos transcribiéndolos en sus pasos transcendentes.

Estimó, empero, que tales peritaciones no las podía aceptar como "suficientes para probar la inculpabilidad del demandado, porque están en contradicción física con lo demostrado en el proceso", porque, agrega, "si la casa de la demandante tiene deficiente cimentación construída sobre subsuelo blando, el asentamiento ha debido sufrirlo en su totalidad la casa, y sin embargo el costado sur colindante con otra construcción no ha sufrido agrietamiento ni desplazamiento en sus cimientos". Y este juicio del sentenciador en el punto, a más de encontrar suficiente respaldo probatorio en el proceso, no ha sido objeto de impugnación en el recurso extraordinario y por ende sigue amparado por la presunción de acierto.

8. Del contexto de la sentencia combatida se infiere, como paladinamente lo reconoce el casacionista, que el ad quem tuvo como base cardinal los dictámenes de los peritos Suárez Manrique, Sabogal, Martínez Cárdenas y Latorre Angel, para llegar a la conclusión de que los daños sufridos por la casa de la demandante fueron ocasionados por la construcción contigua del demandado. Siendo ello así, no resulta acertado decir, como lo hace la censura, que el sentenciador "del simple he-

cho del daño en la casa de la actora, dedujo o presumió la causa de él en el demandado", y que por consiguiente incurrió en evidente error fáctico al crear "un indicio o una presunción que sólo se da en su mente".

El Tribunal consideró sí como indicio, y por ende como prueba corroborativa de la pericial, de que los daños en la casa de la demandante tuvieron su causa en la construcción del demandado, el hecho de que tales deterioros y averías "solamente comenzaron a apreciarse a medida que la construcción nueva aumentaba y con el progreso de dicha edificación los daños se acrecentaban", razonamiento éste que está en absoluta consonancia con lo que dicen en el punto las varias inspecciones judiciales practicadas.

9. Corolario de todo lo atrás expuesto es el de que el cargo que se considera es infundado, y que por lo consiguiente se impone su rechazo.

3 — Recurso de la demandante

1º En su demanda, con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, esta parte formula contra la sentencia de segundo grado un solo cargo.

Mediante él se acusa el citado fallo de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 1617 del Código Civil; y los textos 1613, 1614 y 2356 ibídem, lo mismo que el 307 del Código de Procedimiento Civil, por inaplicación, a causa de los manifiestos errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas.

2º En desenvolvimiento de su censura este impugnador, luego de transcribir los textos legales que considera infringidos, asevera que la sentencia que declaró la responsabilidad civil del demandado ha debido condenarlo a indemnizar a la demandante, así fuera en forma abstracta, el daño proveniente de la privación parcial del goce del bien averiado, por concepto del lucro cesante y no solamente a los intereses del capital en que se fijó el daño emergente, pues que, añade, la condena al pago de intereses solamente procede "cuando no es posible señalar las bases para la determinación del valor del lucro cesante".

Concretando los yerros de facto que denuncia, dice el casacionista que en ellos incurrió el ad quem por las siguientes razones:

a) No haber tenido en cuenta el dictamen de los peritos Luis F. González y Guillermo Sánchez Paredes, en cuanto determinan las partes del inmueble de la demandante que por haber sufrido daños graves exigen una reparación total o parcial. "El Tribunal —dice el censor— tomó en cuenta este experticio únicamente en cuanto al avalúo del daño emergente, pero no en cuanto en él determinan los peritos el área de reparación...";

b) "No percató que las inspecciones judiciales" practicadas en la primera instancia del proceso determinan la gravedad de los daños sufridos por el inmueble de la demandante, y demuestran que ésta se vio "privada de disfrutarlo, como lo había hecho si no se hubieran causado tales daños"; y

c) No haber visto la confesión de la demandante, cuando a la pregunta que se le formuló en interrogatorio de parte, luego de aceptar que había habitado la casa ininterrumpidamente desde cuando la compró, aclaró que "últimamente hemos reducido en dos alcobas de la parte de atrás en vista del peligro que existe a consecuencia de los agrietamientos y desnivel que sufre la casa".

3. Rematando la formulación del cargo, dice el recurrente que si el sentenciador hubiera tomado en consideración tales pruebas, habría llegado a la conclusión de que la demandante se vio privada del goce de su propiedad en extensión de 106.26 metros cuadrados, en relación con un área total de 269.89 metros cuadrados, a causa de los daños sufridos por el inmueble, ya que para la utilización de esta parte era indispensable su reparación total; y hubiera advertido además que, por razón de la reparación necesaria, quedaba privada del goce de un área de 145 metros cuadrados.

Se considera

1. De acuerdo con la preceptiva legal pertinente la responsabilidad civil, ora sea la que se deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales o ya la que encuentra su fuente en la culpa aquiliana,

comprende el deber de reparar el perjuicio causado a la víctima, indemnización que debe abrazar tanto el daño emergente como el lucro cesante. Entiéndese por daño emergente, según lo preceptúa el artículo 1614 del Código Civil, "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

Mas, como ya lo tiene averiguado la doctrina del derecho, para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presenta como consecuencia inmediata de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable.

2. De conformidad con los principios reguladores de la carga de la prueba, a quien demanda judicialmente la indemnización del perjuicio que ha sufrido le incumbe demostrar, en todo caso, el daño cuya reparación depreca y su cuantía, puesto que la condena por tal aspecto no puede extenderse a más allá del detrimento patrimonial padecido por la víctima. Sólo que, en el evento de justificarse el perjuicio pero no su monto, entonces la sentencia, según lo ordenado por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, debe hacer la condena en abstracto, para en incidente posterior liquidar en guarismo líquido la obligación a que dicha condenación se refiere.

Dice en efecto la primera de las dos normas citadas que "la condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en forma genérica, cuando no aparezca demostrada su cuantía, señalando si fuere posible las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación". De acuerdo con la preceptiva de esta disposición legal, se impone afirmar, como lo han aceptado la doctrina y la jurisprudencia patrias, que para que la condena en abstracto a pagar perjuicios sea procedente es indispensable, en todo caso, que en el proceso aparezca la prueba de que ellos se produjeron y que faltó solamente liquidar su monto, porque la justificación de su valor no aparece.

3. En el caso de este proceso el Tribunal de Bogotá, después de declarar la responsabilidad civil del demandado, lo condenó a pagar a su demandante la suma de $ 150.000.00 en que los peritos apreciaron la cuantía del daño emergente, o sea el valor de las reparaciones que requiere la casa de ésta, y en cuanto al lucro cesante, representado en el "hecho de la privación del goce del bien", al estimar que "no aparece en el expediente, que se haya verificado avalúo alguno para determinarlo" (se subraya), estimó que la condenación por ese aspecto, y así lo resolvió, se traducía en los intereses legales de aquél capital.

La censura se presenta por razón de que el Tribunal no apreció "las pruebas que le permitían sentar las bases para condenar in genere al demandado a indemnizar a la demandante el daño proveniente de la privación del goce del bien".

Cotejados, pues, los propios términos con que el ad quem motivó su resolución en punto de lucro cesante y los que emplea la censura para fundamentar su cargo, de esta labor de parangón resulta evidente, al primer golpe de vista, que no hay concordancia entre la sentencia y la impugnación. En ésta no se objeta la inexistencia de prueba de avalúo del lucro cesante, que es la razón esgrimida en aquélla y que en verdad corresponde a lo que los autos muestran; se limita el recurrente a sostener que en "el proceso existían elementos que le permitían al Tribunal fijar las bases con arreglo a las cuales habría de hacerse la liquidación del valor del lucro cesante". La indicada discordancia deja en el vacío el cargo formulado.

4. De otro lado, para desechar el cargo que en esta demanda se formula contra la sentencia de segundo grado, cabría afirmar aquí, como lo tiene dicho la doctrina de la Corte, que 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; y que, por lo mismo, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pru-

bas referidas en la censura, puesto que ellas, dados los hechos que tienden a demostrar, no podían tomarse por el juzgador para dar por justificado el lucro cesante, o sea la ganancia o provecho que la demandante dejó de reportar por causa de los daños sufridos por su inmueble. En efecto:

a) Es cierto que en sus dictámenes los peritos Luis F. González y Guillermo Sánchez conceptuaron sobre los daños que, por su costado norte, presentaba la casa de la demandante en febrero de 1970, averías que a juicio de los expertos necesitaban reparación total algunas y parcial las otras, reparaciones cuyo valor global determinaron. Ni remotamente aparece de esta prueba, sin embargo, que por razón de tales deterioros el inmueble, destinado para la habitación personal y familiar de su dueña, estuviese entonces desocupado en toda la parte averiada; ni menos surge de la pericia que por motivo de los daños comprobados y avaluados la propietaria hubiera dejado de reportar ganancia o provecho algunos, que es en últimas lo que configura el lucro cesante del perjuicio indemnizable.

Y si bien es verdad que los expertos afirman que impulsados por la presencia de los daños por ellos advertidos recomendaron "el apuntalamiento inmediato de las áreas que pueden eventualmente amenazar ruina, para proteger en esta forma a los moradores", no lo es menos que ese posible perjuicio, precisamente por ser eventual y no presentarse como real y efectivamente causado, no puede jurídicamente tenerse como lucro cesante reparable pecuniariamente;

b) Tampoco aparecen demostrados la ganancia o provecho que por la causa referida hubiera dejado de percibir la demandante, ni con la inspección judicial practicada el 12 de septiembre de 1968 ni con la que se realizó el 26 de febrero de 1973. Tanto en la una como en la otra se hace relación minuciosa de los daños sufridos en la casa número 60-44 de la transversal 21 de Bogotá, pero ni por asomo se ve en las respectivas actas que ese inmueble estuviera entonces desocupado total o parcialmente; y

c) Al absolver la pregunta 12ª del interrogatorio que a ella sometió su demandado, en diligencia de 8 de noviembre de 1968 la demandante, luego de aceptar como cierto que ella viene habitando la casa número 60-44 desde cuando la compró, o sea desde agosto de 1964, aclaró que "últimamente hemos reducido en dos alcobas de la parte de atrás en vista del peligro que existe a consecuencia de los agrietamientos y desnivel que sufre la casa" (se subraya).

Aún en el supuesto de que, por la conexidad existente entre el hecho agregado y el confesado, la confesión de la demandada se tuviera como indivisible, no sería ella apoyo suficiente para condenar in genere por lucro cesante, dado que la imprecisión y vaguedad del término "ultimamente" no permite señalar en el tiempo el inicio del desaprovechamiento parcial de la habitación. Entonces, como lo ha dicho la Corte, "ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro cesante se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial (hoy 308 del C. de P. C.), la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente" (LV, 598).

5. Consecuencia obligada de las precedentes consideraciones, es la de que tampoco el cargo que en la demanda que aquí se estudia puede prosperar por ser infundado: y que, por ello, también se impone su rechazo.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco (5) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975) proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso extraordinario por aparecer compensadas.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
PODER JUDICIAL DE JUSTICIA

PROMESA DE CONTRATO

Normatividad de los actos jurídicos.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 4 de diciembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por Luis Alfredo Barón Barón y otro frente a Alfredo Gómez Castellanos.

I

Antecedentes

1. El 9 de marzo de 1973, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en la ciudad de Bucaramanga y que reconocieron ante el Notario Cuarto de allí, se ajustó entre los citados Alfredo Gómez Castellanos, por una parte, y Luis Alfredo Barón Barón, por la otra, el contrato de promesa de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) Gómez Castellanos se comprometió a vender a Barón Barón y a la esposa de éste, Esther Porras de Barón, y éstos a comprar a aquél, el dominio de "una casa situada en la ciudad de Bucaramanga, cuya nomenclatura dentro del plano urbano del municipio es: Calle 56 Nº 35-07";

b) Acordaron los contratantes como precio de la compraventa prometida la suma de $ 450.000.00, de los cuales el promitente comprador entregó en esa fecha a su promitente vendedor "como arras del negocio, y que serán abonados al valor total del contrato en el momento de otorgar la escritura", $ 50.000.00, comprometiéndose a pagar el saldo así: $ 200.000.00 el 10 de octubre de ese mismo año; y los $ 200.000.00 restantes en un término "no inferior a dos años". contado desde la fecha del contrato de promesa, saldo sobre el cual reconocería intereses "que no podrán exceder del 2% mensual", obligándose el promitente comprador, para garantizar el pago de dicho saldo, a otorgar a favor del promitente vendedor hipoteca de primer grado sobre el "inmueble objeto del presente contrato";

c) Por la cláusula séptima de dicho pacto, estipularon los intervinientes que la convención prometida se perfeccionaría, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, el 10 de octubre de 1973 en la Notaría Tercera de esa ciudad;

d) Mediante la cláusula cuarta del contrato, manifestaron los convencionistas que "el vendedor entregará al comprador la posesión del inmueble el 10 de abril de 1973 y el comprador pagará al vendedor la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) mensuales a partir del 10 de abril de 1973 hasta el 10 de octubre de 1973, fecha en que se otorgará la escritura, como arrendamiento del inmueble objeto de este contrato"; y

e) Finalmente, después de haberse aclarado que la escritura de venta debía hacerse a favor de los cónyuges entre sí Barón-Porras, los contratantes acordaron una cláusula penal de $ 50.000.00 para el caso "de incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del presente contrato".

2. A instancia del promitente vendedor, quien previamente había formulado petición al respecto, el 22 de abril de 1974 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga requirió a Luis Alfredo Barón,

para que "dé cumplimiento al contrato de promesa de compraventa" celebrado con el presbítero Gómez Castellanos el 9 de marzo de 1973.

En la diligencia respectiva manifestó el requerido, que "de éste negocio le adeudo unos cien mil pesos que aspiro a dárselos este mes, al reverendo padre Gómez Castellanos y los otros doscientos mil tienen un término en el contrato, a medida que se vaya venciendo le voy cancelando. La escritura del bien la haremos apenas haga yo la cancelación, será en el transcurso de un mes contado a partir de la fecha, es decir, apenas le de cien mil pesos suscribiremos el documento". Agregó que "adeudo en total hasta la presente al padre Gómez en razón de nuestro negocio, la suma de $ 300.000.00, más unos $ 6.000.00 de intereses".

3. Posteriormente, el 31 de mayo del mismo año de 1974 el Juzgado Cuarto del mismo circuito judicial, por petición de los esposos Barón Barón y Porras de Barón, requirió al presbítero Gómez Castellanos "para que dé cumplimiento a la promesa de compraventa de 9 de marzo de 1973... presentándose a la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Bucaramanga, el día siguiente de la ejecutoria y a la hora de las 8 de la mañana, a suscribir la escritura de compraventa...".

El sacerdote requerido expresó entonces que no estaba obligado a otorgar la escritura, porque Barón Barón "no cumplió el compromiso" en la fecha acordada con tal fin, o sea el 10 de octubre de 1973; y añadió que si "quieren comprar la casa, hay que hacer nuevo contrato porque el catastro dobló el avalúo y por lo tanto tienen que subir el valor comercial".

4. Así las cosas, Luis Alfredo Barón y su cónyuge Esther Porras de Barón se presentaron el 5 de junio de 1974 a la Notaría Tercera de Bucaramanga con el propósito de, lo dice la certificación correspondiente, "dar cumplimiento al contrato de compraventa efectuado con el presbítero Alfredo Gómez Castellanos el 9 de marzo de 1973". Los comparecientes presentaron al notario sus correspondientes certificados de paz y salvo, con el Tesoro Nacional y dos cheques de gerencia por las cantidades de $ 100.000.00 y $ 12.000.00, girados ambos por el Banco Ganadero.

III

El litigio

1. Mediante libelo que fue repartido el 10 de agosto de 1974 al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, los citados Luis Alfredo Barón Barón y su cónyuge María Esther Porras de Barón demandaron al presbítero Alfredo Gómez Castellanos, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de promesa de compraventa ajustado entre ellos el 9 de marzo de 1973 y que está contenido en documento suscrito en esa fecha en la ciudad de Bucaramanga;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado a restituir a sus demandantes la suma de $ 214.000.00, que éstos "le han entregado en virtud y por causa de la promesa de contrato referida, en tanto que mis representados están en la obligación de restituir a Gómez Castellanos la casa de habitación ubicada en la calle 56 número 35-07, dentro del término que el señor Juez se sirva señalarles"; y

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

En subsidio de la segunda de las anteriores súplicas, solicitaron los demandantes que se imponga a su demandado la obligación de devolverles "la totalidad de las sumas de dinero que se le hayan entregado, a cualquier título, por causa de la promesa de contrato de compraventa cuya nulidad se demanda".

2. En apoyo de sus pretensiones los actores invocaron, además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, los siguiente hechos:

Que en el documento en el cual plasmaron el contrato prometido, el bien ofrecido en venta "no se determinó por sus linderos ni, tampoco, la tradición del mismo, pues no se dijo en qué forma lo había adquirido el señor Gómez Castellanos"; que, sin embargo, "el demandado hizo entrega real y material del inmueble" a los demandantes el 10 de abril de 1973; que los prometientes compradores han pagado a su

promitente vendedor hasta hoy, "como arras, abonos al precio convenido, intereses, etc., etc." la suma total de $ 214.000.00; que no obstante haber sido requerido para ello, el presbítero Gómez Castellanos no ha dado cumplimiento al pacto prometido; y que, en cambio, los demandantes se han allanado a hacerlo y han actuado de buena fe, como surge tanto del requerimiento por ellos hechos como de su presentación a la Notaría Tercera con ánimo de suscribir la correspondiente escritura.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado, después de expresar que por inexperiencia había firmado el documento "que me presentó el señor Barón, seguramente hecho en forma mal intencionada, pues no llenaba los requisitos legales para su validez", expresamente reconoció que "el citado contrato de promesa es nulo absolutamente, por falta de requisitos esenciales"; añadió, sin embargo, que "el arrendamiento pactado en dicho contrato es válido, claro que el canon se pactó en consideración al contrato celebrado y por ello no es el que dicho inmueble debe devengar".

Y luego de manifestar que había recibido de sus demandantes como arras del negocio $ 50.000.00; un contado de $ 100.000.00 como abono al precio; $ 20.000.00 por intereses ; y $ 44.000.00 "por arrendamientos de la casa prometida en venta, a razón de $ 4.000.00 mensuales, durante 11 meses, es decir del 10 de abril de 1973 a 10 de marzo de 1974", expresó no oponerse a la declaración de nulidad deprecada, ni a la devolución de los dineros recibidos "en razón del contrato de promesa de compraventa", pero sí a la restitución de las que se le entregaron por concepto de "arrendamientos,... a razón de $ 4.000.00 mensuales hasta el 10 de marzo de 1974 y los que a partir de esta fecha me debe a razón de $ 7.000.00 mensuales, como el mismo Barón lo aceptó en un nuevo arreglo, antes de proponer esta demanda".

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 22 de agosto de 1975, mediante la cual, después de declarar la nulidad contractual deprecada, ordenó "la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de suscribir el contrato, así:

"El demandante a entregar al demandado el inmueble de que trata la promesa de venta, y el demandado a devolver al demandante, la suma de ciento setenta mil pesos ($ 170.000.00) pagados por el demandante por concepto de arras, abono e intereses". Dispuso, además, que "El demandante deberá cancelar las sumas que por concepto de arrendamiento está debiendo hasta el día de la entrega del inmueble, al precio estipulado en el contrato".

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte demandante contra la decisión desfavorable a ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el que, mediante sentencia proferida el 4 de diciembre del mismo año, confirmó la apelada e impuso las costas de la instancia a los apelantes.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Inicia el *ad quem* las consideraciones de su sentencia observando que, en el documento suscrito por los litigantes el 9 de marzo de 1973, se contienen dos contratos: de promesa de compraventa de la casa número 35-07 de la calle 56 de Bucaramanga, el uno; y de arrendamiento del mismo inmueble, por un término de seis meses contado a partir del 10 de abril de 1973 y un canon mensual de $ 4.000.00, el otro.

2. Frente al primero de los dos contratos que encuentra plasmados en el referido documento, o sea a la promesa de compraventa, estima el sentenciador que es nulo, de nulidad absoluta, no solamente "porque las partes están de acuerdo" en ello, sino también y fundamentalmente por indeterminación del objeto, esto es, porque no reúne el requisito exigido para los contratos de esa estirpe por el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Advierte, empero, que "la nulidad no puede comprender el segundo contrato celebrado entre las partes, esto es, el de arren-

damiento del mismo inmueble objeto del contrato nulo de promesa de compraventa, y que consta en la misma convención, según el documento que se ha aportado como prueba, el cual no requiere para su validez de ninguna formalidad, por ser consensual". Y orientado por este razonamiento expresa, apoyando en tal aserto la confirmación de la resolución apelada, que "el actor no puede pretender que como consecuencia de la nulidad del contrato de promesa de compraventa también se le restituya lo que ha pagado como precio o renta del contrato de arrendamiento".

IV

El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación los demandantes. En la respectiva demanda, después de expresar que contraen su impugnación a dicho fallo en cuanto por él "se condenó al demandado a restituirles la cantidad de $ 170.000.00, en lugar de los $ 214.000.00 reclamados", y en cuanto impuso a aquéllos "la obligación de pagar las sumas que por concepto de arrendamiento estén debiendo", los recurrentes formulan un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Mediante él la acusan de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 961, 964-3, 1618, 1620, 1621, 1622, 1624, 768, 1740, 1741, 1746 y 1932 del Código Civil, y 8º de la Ley 153 de 1887, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas.

2. Estima el impugnador, y en ello funda el primer error de hecho que le endilga al Tribunal, que al contrario de lo que éste asevera en su fallo, el documento de 9 de marzo de 1973 no contiene dos contratos sino uno solo: el de promesa de compraventa; que basta leer dicho instrumento para advertir que lo que el ad quem consideró como contrato de arrendamiento "no es sino una cláusula del de promesa de venta que regula lo referente a la entrega del bien inmueble a los prometientes compradores", que el promitente vendedor se obligó a hacer el 10 de abril de 1973; y que "con el fin de procurar un equilibrio entre las prestaciones de los contratantes, se estipuló sencillamente que los prometientes compradores pagarían la cantidad de $ 4.000.00 desde la fecha de la entrega" y hasta el día del otorgamiento de la correspondiente escritura.

Continuando en el desarrollo de esta censura, dice el casacionista que el Tribunal no percató la interdependencia existente entre la cláusula 4ª del pacto y la promesa de venta ajustada, "como lo pone de manifiesto el hecho de que las obligaciones de entregar el inmueble y de pagar los $ 4.000.00 mensuales, las hubieran asumido las partes en su condición de prometiente vendedor y prometientes compradores, y de que hubieran señalado como término durante el cual debían éstos pagar esa suma, el mismo que habían acordado para el otorgamiento de la escritura de venta"; y que la circunstancia de que hubieran denominado arrendamiento el pago de dicha suma, "no da en modo alguno pie para ver en la cláusula mencionada la celebración de un contrato autónomo de arrendamiento, independiente de la promesa de venta".

Añade la censura que el sentenciador pasó por alto, y por ende incurrió también en evidente yerro fáctico, las respuestas dadas por Gómez Castellanos a las preguntas 3ª y 4ª del interrogatorio que se le formuló, en donde afirma que entregó el inmueble a sus demandantes "en virtud y por causa del contrato" de 9 de marzo de 1973 y que sin éste "no lo hubiera entregado", respuestas, que a juicio del censor, contribuyen a establecer la dependencia o relación íntima que "existe entre el contrato de promesa y la estipulación contenida en la cláusula cuarta de dicho contrato".

3. Cree el impugnador, y así lo asevera, que aún aceptando que las partes hubieran tenido intención real de celebrar un arrendamiento, "jamás podría verse en él un contrato totalmente independiente del de promesa de venta, no sólo porque aparece de sus estipulaciones, sino porque el prometiente comprador (sic) confesó que fue 'en virtud y por causa del contrato' de promesa de venta que entregó el inmueble materia de la misma a los prometientes compradores".

Y existiendo esa dependencia, añade, "la

nulidad de la promesa de venta cobija necesariamente el contrato de arrendamiento que de ella depende".

4. Pasa luego el acusador a puntualizar las violaciones de ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo.

En esta tarea comienza por expresar que la sentencia por él combatida, al no haber declarado la nulidad de la cláusula cuarta, quebrantó por inaplicación los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, a término de los cuales la promesa de contrato es nula cuando le falta alguno de los requisitos exigidos legalmente para su eficacia jurídica; que al haberse negado en el fallo la restitución de dineros entregados como arrendamientos, después de decretar la nulidad de la promesa, implica quebranto del artículo 1746 del Código Civil, el cual da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo; que al haber resuelto la sentencia que en el documento de 9 de marzo de 1973 había dos contratos, para regular sus efectos separadamente, infringió, también por inaplicación, los textos 1618, 1620, 1621, 1622 y 1624 ejusdem, que contienen las reglas a la luz de las cuales han de interpretarse los contratos a fin de fijar el verdadero alcance de sus estipulaciones; y que, en fin, también quebrantó la sentencia, por el mismo concepto, los artículos 1932 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, "porque regulando aquél un caso semejante al que está sub judice, por lo que a las restituciones mutuas de las partes atañe, ha debido aplicarlo por analogía, como lo manda la segunda de tales normas".

V

Consideraciones de la Corte

1ª En el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normatividad de los actos jurídicos se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él.

Cuando por disentimiento de los contratantes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las relaciones surgidas de la convención jurídica por ellos acordada, corresponde al juzgador, con el fin de determinar las obligaciones que por emanar del contrato han de asegurarse en su cumplimiento, desentrañar la intención que se propusieron las partes al ajustarla, particularmente cuando en la declaración de su voluntad expresada no se ha establecido caracterizadamente al contrato.

2ª Tienen aceptado la doctrina y la jurisprudencia patrias que, aún prescindiendo de los contratos atípicos, o sea de aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no pueden asimilarse a ninguno de los contratos tipos, una convención jurídica ajustada entre las partes puede presentar combinadas prestaciones correspondientes a diversos contratos nominados. Y han dicho que estas uniones de contratos pueden ser: a) unión simplemente externa, que es la que corresponde a aquélla en que los distintos pactos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros; b) unión con dependencia unilateral o bilateral, en la cual los distintos contratos que aparecen unidos son queridos como un todo, estableciéndose entre ellos una recíproca dependencia en el sentido de que el uno se subordina al otro u otros; y c) unión alternativa, caracterizada por la existencia de una condición que enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entiende concluido uno u otro.

Nota además la doctrina y con ella la jurisprudencia, que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contrato, cuando el que se celebró, no obstante pertenecer a ese tipo, exija un trato divergente, debido a su fin especial, articulado en la convención misma. Ese trato divergente conduce a afirmar que, tratándose sobre todo de una unión simplemente externa o formal de contratos, la nulidad pronunciada para uno de ellos no incide en el otro u otros, o sea que el conjunto del con-

trato no se desbarate sino en la parte a la cual trasciende jurídicamente el vicio.

3ª En el caso de este proceso el Tribunal de Bucaramanga, al analizar en su conjunto las estipulaciones plasmadas por los litigantes en el documento suscrito el 9 de marzo de 1973, y singularmente la cláusula 4ª en la que estipularon que "el vendedor entregará al comprador la posesión del inmueble el 10 de abril de 1973 y el comprador pagará al vendedor la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) mensuales a partir del 10 de abril de 1973 hasta el 10 de octubre de 1973, fecha en que se otorgará la escritura, como arrendamiento del inmueble objeto de este contrato" (se subraya), dijo que en ese instrumento se contenían dos contratos: de promesa de compraventa del inmueble Nº 35-07 de la calle 56 de allí, el uno; y de arrendamiento del mismo bien, el otro.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador vio en el sobredicho documento dos contratos, cuando sólo contiene el de promesa de venta, pues que, dice la censura, la cláusula atinente a arrendamiento sólo es regulativa de la obligación de "entrega del inmueble a los prometientes compradores, que el prometiente comprador (sic) se obligó a hacer a aquéllos el 10 de abril de 1973".

4ª Acontece, empero, que si por la referida cláusula, que alude a cosas que no son ni de la esencia ni de la naturaleza de la promesa de compraventa, el demandado entregó a sus demandantes una cosa corporal para que éstos la gozaran por cierto tiempo y a cambio de contraprestación también determinada en dinero, resulta inaceptable sostener que tal estipulación no entraña jamás contrato de arrendamiento, sino una manifestación interdependiente del contrato de promesa ajustado y tendiente únicamente a regir la obligación de entrega.

De que la correspondiente declaración de voluntad se hubiese hecho por causa de la promesa de compraventa previamente acordada, no puede seguirse que el acuerdo atinente al arrendamiento del inmueble quede desnaturalizado, o que pierda su independencia y autonomía para trocarse apenas en parte integrante de la venta prometida. Ello no es jurídicamente posible: de una parte, porque allí se pactó clara y terminantemente como contraprestación a cargo de los demandantes, correlativa al goce temporal que de la cosa se les concedió, la suma de $ 4.000.00 mensuales "como arrendamiento del inmueble"; de otra, porque según las reglas de hermenéutica contractual "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno" (Art. 1620 C. C.); y, finalmente, porque fue de arrendamiento la inteligencia que el propio prometiente comprador le dio a la cláusula contractual referida, tal como se infiere no solamente de las afirmaciones hechas en la demanda incoativa del proceso, sino también de su carta que en noviembre 26 de 1973 le remitió al demandado, en la cual le dice que le envía determinada suma de dinero "correspondiente a pago de intereses y arriendo" (subraya la Corte).

Además, si como lo confiesa el mismo Barón Barón, en desarrollo de la cláusula en comento él pagó a su demandado $ 44.000.00, que corresponde a once meses del canon estipulado, fue lógicamente porque entendió que hermanado al contrato de promesa del inmueble se acordó uno de arrendamiento, pues no otra razón justifica que hubiera pagado $ 4.000.00 durante once meses, cuando, de no haber entendido como arrendamiento lo así estipulado, sólo estaba obligado a pagar ese contado durante seis meses. Las cláusulas de un contrato se interpretan también, según lo impera el artículo 1622 ibidem, "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte".

5ª La Corte, al examinar el contexto del contrato plasmado en documento de 9 de marzo de 1973 y cotejarlo con las deducciones que de su interpretación sacó el sentenciador, no encuentra que éste le haya hecho decir al documento lo que él no expresa, o que haya ignorado lo que el mismo afirma. Consiguientemente no halla, por parte alguna, el error de hecho que denuncia la censura.

Siendo la interpretación de los contratos, como lo ha dicho la Corte en sentencias que son muchedumbre, cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que el Tribunal haga no es susceptible de modificarse

en casación, sino al través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que pugna con la fidelidad objetiva de la prueba. Por lo mismo, cuando al interpretar un contrato el sentenciador le asigna un sentido que no lo repugna la lógica, sino que se aviene a ésta, no puede decirse que su conclusión es arbitraria.

Para que el Tribunal de Bucaramanga, en la interpretación que hizo del contrato hubiera incurrido en falencia ostensible, habría sido indispensable que en el dicho documento de 9 de marzo de 1973 apareciera expresamente que la estipulación de pago de $ 4.000.00 mensuales no entrañaba contrato de arrendamiento. Y como tal estipulación expresa no aparece en el texto del instrumento, debe seguirse que la deducción que el ad quem sacó en torno a la determinación de la voluntad de los contratantes dista, y en mucho, de rayar en arbitrariedad.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

VI

Decisión

Habida cuenta de las precedentes 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 cuatro (4) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

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.

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alejandro Mendoza y Mendoza, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Arizo, Secretario General.

SEGUROS

Vigencia de la póliza.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 6 de noviembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso de Carmen Becerra viuda de Sebá frente a la sociedad "Seguros de Vida Patria S. A.".

El Litigio

El agente de la sociedad demandada, en Sincelejo, celebró un contrato de seguro de vida con Enrique C. Sebá y su esposa Carmen Becerra, el cual fue consignado en la póliza conjunta de vida entera Nº V-84-87 expedida el 15 de abril de 1970. La sociedad asumía los riesgos de muerte de los asegurados por enfermedades comunes y en particular las que se originaran en accidentes, dentro de la modalidad del amparo conjunto de ambos cónyuges, por un término de veinte años.

2. "Enrique C. Sebá Rodríguez, sólo cumplió su compromiso el día 20 de abril de 1970, según aparece en el recibo oficial de caja, expedido por la Compañía de Seguros de Vida Patria, a favor de Enrique C. Sebá Rodríguez y señora, con fecha aparente 15 de abril de 1970 pero con fecha real puesta a puño y letra del agente asegurador, número 2811, el día 20 de abril de 1970, es decir que el pago se efectuó, con la aceptación de la Compañía Aseguradora, cinco (5) días después de la fecha de expedición de la póliza y en los cuadros explicativos del recibo expedido, se anota que el amparo del seguro cubría un año y que el valor recibido fue la cantidad de cuatro mil ochocientos setenta y dos pesos ($ 4.872.00)".

3. Del 20 de abril de 1970 en adelante nada ocurrió a los asegurados. Pero el 18 de abril de 1971 nació un niño en el hogar de ellos, y "este hecho alteró notablemente el presupuesto familiar" suyo, lo que, conocido por el responsable de la oficina de la Compañía de Seguros de Vida Patria S. A., en Sincelejo, "le permitió al asegurado... se tomara el tiempo que considerara necesario para recuperarse económicamente". "Advirtió el responsable de la Oficina de la Compañía de Seguros de Vida Patria S. A., de la ciudad de Sincelejo al asegurado Enrique C. Sebá Rodríguez que disponía del plazo de gracia de 30 días para pagar la segunda cuota y aún le previno que podía tomarse unos días más así como se le permitió pagar la primera prima cinco (5) días después de la expedición de la póliza".

4. Sucede que el día 20 de mayo de 1971 (festivo), el asegurado Enrique C. Sebá Rodríguez, "en el trayecto Tolú-Sincelejo, en momento en que regresaba a su hogar, en un vehículo de su propiedad que conducía, por evitar un accidente de mayores proporciones que hubiera podido afectar a sus compañeros de viaje hizo un viraje que produjo su volcamiento, sufriendo una lesión cerebral con complicaciones cardíacas que le ocasionó la muerte sin que el auxilio de los facultativos que lo atendieron hubiera podido evitar el desenlace. Este desgraciado suceso ocurrió aproximadamente a las 7 p. m. del día 20 de mayo de 1971".

"El día anterior, 19 de mayo, el asegurado Enrique C. Sebá Rodríguez fue visitado en su oficina por el señor Hernando Bustos, agente de la Compañía de Seguros de Vida Patria S. A., en la ciudad de Sincelejo, el mismo que sirvió de mediador para la celebración del contrato de seguro, quien le ofreció la facilidad de que podía pagar la segunda cuota de su póliza el día 21 de mayo de 1971", por cuya razón Miguel González, a cuyo cargo estaba la oficina de la sociedad demandada, "por ninguno de los medios legales requirió al asegurado Sebá Rodríguez para que cumpliera la obligación de ponerse al día en el pago de la segunda cuota de su póliza...".

La demandante, fundada en los hechos prenarrados, solicitó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en libelo admitido el 16 de mayo de 1972, se condenara a la sociedad demandada a pagarle la suma de doscientos mil pesos moneda corriente ($ 200.000.00) correspondientes al seguro de vida con doble indemnización a que se refiere el riesgo amparado, y las costas del proceso.

Con oposición de la parte demandada, se tramitó la primera instancia a cuyo término el Juzgado profirió la sentencia de 17 de enero de 1974, por medio de la cual se absolvió a aquélla. La demandante interpuso apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, una vez tramitada la segunda instancia, en sentencia de 8 de noviembre del mismo año, revocó la del inferior, y condenó a la sociedad demandada a pagar la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) a la demandante y, además, por concepto de intereses, una cantidad igual al interés corriente, aumentado en un cinco por ciento (5%) anual. La parte desfavorecida con este fallo interpuso el recurso de casación contra él, el que debidamente tramitado por la Corte, se resuelve.

II

La sentencia de segunda instancia

1. El fallador transcribe de la demanda introductoria del proceso, algunos apartes del razonamiento en que se funda el pedimento y la contestación de aquélla por la parte demandada. Considera reunidos los presupuestos procesales y dice que la demandante pretende se condene a la sociedad demandada a pagarle el valor del seguro contratado por medio de la póliza conjunta de vida entera Nº V-8487 y de las convenciones que adicionaron a ésta, y que como funda su pretensión en el hecho de que habiendo ocurrido el riesgo previsto, en el cual perdió la vida uno de los asegurados conjuntos, Enrique C. Sebá Rodríguez, y la sociedad se ha negado a pagar al sobreviviente la indemnización que le corresponde según el contrato, "como cuestión previa a la decisión de fondo, se hace necesario conocer los términos del contrato de seguro celebrado, ya que del examen de los mismos surge la solución que debe darse a las pretensiones que se ejercitan por medio de la demanda".

2. En la labor dicha, expresa que el 15 de abril de 1970, la sociedad demandada extendió y firmó la póliza conjunta de vida entera Nº V-8487, pagadera durante 20 años, por medio de la cual quedaron asegurados Enrique C. Sebá Rodríguez y Carmen Becerra de Sebá, por un capital de $ 100.000.00, mediante el pago de una prima anual de $ 4.872.00; que sería beneficiario principal, el "asegurado sobreviviente" y contingentes: "Celina Rodríguez de Sebá y Cristina Martínez de Becerra"; que la sociedad aseguradora pagaría "el capital asegurado, al recibo de pruebas fehacientes del fallecimiento de uno de los asegurados, siempre que esta póliza estuviera en vigor; que la sociedad aseguradora asumiría "las obligaciones estipuladas en esta póliza en virtud del pago de la prima arriba indicada y del pago de una suma igual en cada fecha de pago de primas durante el tiempo indicado, o hasta la muerte de uno de los asegurados, si ocurriere antes de expirar dicho período"; que "las partes contratantes aceptan como día de iniciación del seguro, el de la expedición 'de esa póliza'"; que "esta póliza entra en vigor en la fecha de su expedición pero la responsabilidad de La Patria con respecto al seguro comienza en el momento en que haya aceptado la solicitud y recibido completo el valor de la primera prima y siempre que los asegurados se encuentren en buen estado de salud"; que "las primas son pagaderas por anticipado en las oficinas principales de La Patria en Bogotá, pero

podrán pagarse en cualquiera de sus oficinas seccionales o a uno de sus agentes autorizados a cambio de un recibo oficial impreso y firmado por un funcionario debidamente autorizado"; que "se concede un período de gracia de 30 días sin recargo de intereses para el pago de cualquier prima con excepción de la primera, durante el cual el seguro continuará en vigor. Si uno de los asegurados falleciera dentro de los mencionados 30 días, La Patria pagará el valor del seguro, deduciendo el monto de la prima en mora. En caso de que la prima no fuere pagada antes de vencerse el plazo de gracia la póliza caducará ipso facto, salvo lo dispuesto en la cláusula 'opciones sobre valores garantizados'"; que "el capital asegurado se pagará inmediatamente después de que se haya comprobado plenamente el derecho del reclamante"; que a la póliza se agregaron dos convenciones adicionales en la misma fecha, una de exoneración de pago de primas en caso de incapacidad total y permanente, y otra de indemnizaciones adicionales en caso de muerte o desmembración por causa accidental, cuyo texto transcribe el sentenciador; que en la póliza se dijo que los beneficios de ellas cesarían en los siguientes casos:... "5) Si el asegurado fuere exonerado del pago de prima en virtud de la convención de incapacidad total y permanente", o, "6) Cuando cualquier prima bajo esta convención o bajo la póliza a la cual se anexa no sea pagada a su vencimiento o dentro del plazo de gracia"; que la sociedad aseguradora expidió, además, la "convención de accidentes personales", que, "forman parte integrante de la póliza número V-8487", y "ampara vida de Enrique C. Sebá Rodríguez, y tomando como 'riesgo' en primer término 'la muerte accidental' como 'suma asegurada $ 100.000.00 y por una prima de $ 160.88 bajo estas especiales estipulaciones'", las cuales transcribe el sentenciador, y que se refieren a indemnizaciones, accidente, accidentes amparados, tabla de indemnizaciones, pago de primas, procedimiento en caso de accidente, pago de indemnizaciones y cancelaciones.

En lo que respecta a la definición de "accidentes amparados" se acoge la de todos aquéllos que no estén expresamente excluídos, asimilándose a tales los "viajes en vehículos automotores de propiedad y utilización particular en que el asegurado participe como ocupante o conductor y siempre que el accidente no sea provocado por grave o deliberada negligencia del asegurado".

3. De los anteriores apartes de la póliza Nº V-8487, dice el sentenciador que "al analizar las cláusulas que se dejan transcritas, se desprenden las siguientes conclusiones:

"a) Que la póliza contentiva del contrato de seguro entraba en 'vigor' el día de su expedición, esto es, el 15 de abril de 1970, pero la responsabilidad de la compañía demandada, 'con respecto al seguro', sólo comenzaba en el momento en que la aseguradora hubiera aceptado la solicitud y recibido del asegurado, en forma completa, el valor de la primera. (Ver cláusula de 'iniciación' consignada en 'condiciones generales' de la póliza Nº 8487), (ha subrayado el Tribunal).

"b) Que la responsabilidad de la compañía aseguradora, 'con respecto al seguro', iniciada en el preciso momento en que ésta hubiera aceptado la solicitud y recibido del asegurado, en forma completa, el valor de la primera prima, se mantenía durante un año, puesto que la póliza Nº V-8487 resulta pagadera en 20 años, mediante una prima anual de $ 4.872.00, y porque además, la compañía aseguradora, en forma expresa, se comprometió a asumir 'las obligaciones estipuladas en esta póliza, en virtud del pago de la prima arriba indicada y del pago de una suma igual en cada fecha de pago de primas, posterior durante el tiempo indicado, o hasta la muerte de uno de los asegurados, si ocurriere antes de expirar dicho período';

"c) Que la responsabilidad de la compañía aseguradora, 'con respecto al seguro', se prorrogaba por 30 días más, contados a partir de la expiración del año de que se acaba de hacer mención en el literal anterior, en virtud del 'plazo de gracia', pactado en la póliza Nº V-8487, conforme al cual, 'se concede —al asegurado— un período de gracia de 30 días sin recargo de intereses para el pago de cualquier prima, con excepción de la primera, durante el cual el seguro continuará en vigor. Si uno de los asegurados falleciera dentro de los mencionados 30 días, La Patria pagará el valor del seguro, deduciendo el monto de

la prima en mora. En caso de que la prima no fuera pagada antes de vencerse el plazo de gracia, la póliza caducará ipso facto. (Ha subrayado el Tribunal);

"d) El reclamante de la indemnización, sólo tenía derecho a ella, siempre que la póliza estuviera en vigor y una vez que hubiera acreditado ante la compañía aseguradora el fallecimiento de uno de los asegurados", conforme a cláusula expresa del contrato de seguros".

4. Trata el sentenciador de precisar si la demandante tiene derecho a la indemnización que reclama, para cuyo efecto considera necesario acudir a las pruebas aducidas en el proceso, y dice que "al folio 5 del cuaderno principal del juicio, obra el comprobante de pago expedido por la compañía aseguradora, del cual se infiere que la primera prima fue cancelada el 20 de abril de 1970, por cuya razón la responsabilidad de la Aseguradora, en acuerdo con una de las cláusulas transcritas, sólo se inició en ese momento, hecho que, de otra parte, acepta el apoderado judicial de la sociedad demandada en el alegato de conclusión presentado ante esta corporación, al solicitar la confirmación de la sentencia de primer grado... Ahora bien, si la responsabilidad de la compañía aseguradora, 'con respecto al seguro', comienza a contarse desde aquel momento, por el término de un año, según lo pactado en la póliza, debe dejarse aclarado cuándo se inicia ese año y cuándo termina, punto que entra a resolver el Tribunal, en acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio de 1887, el cual resulta aplicable al presente negocio, por mandato de los artículos 2033 y 2036 del Decreto 410 de 1971, contentivo del nuevo Código de Comercio".

Transcribe el sentenciador los artículos 198 y 199 del Código de Comercio derogado y expresa: "El día que expira el plazo se cuenta en él". Por manera que si la responsabilidad de la compañía aseguradora en el presente caso, comenzó a recibir ésta el pago de la primera prima, y esa responsabilidad se mantuvo durante un año, es lógico concluir, de acuerdo con los artículos transcritos, que el año, que es de 365 días, comenzó, no el 20 de abril de 1970, puesto que este día no se cuenta, por no haberse pactado lo contrario, según el artículo 199 del Código de Comercio derogado, sino el día siguiente, esto es, el 21 de abril de 1970, y de ahí que los 365 días deben comenzar a contarse desde esta fecha inclusive".

Continuando el cálculo de días transcurridos, dice el sentenciador que según los calendarios de 1970 y 1971... del 21 de abril de 1970 al 20 de abril de 1371, transcurridos 365 días, según cómputo de días que hace respecto de cada uno de los meses. Y —continúa— que si el año, durante el cual se mantuvo la responsabilidad de la compañía aseguradora, "con respecto al seguro", terminó el 20 de abril de 1971, a las doce de la noche, debe ahora determinarse cuándo empezó y precluyó el "plazo de gracia" de 30 días, concedido al asegurado para pagar la segunda prima. —Dicho plazo de gracia comienza, como es obvio, el día siguiente en que expiró el año durante el cual se mantuvo la responsabilidad de la aseguradora "con respecto al seguro", esto es, el 21 de abril de 1971, y como de esta fecha— 21 de abril de 1971, al 20 de mayo de 1971, transcurrieron 30 días, según el calendario de 1971 que también ha tenido a la vista el Tribunal, tiénese que el "plazo de gracia", de 30 días, concedido por la aseguradora al asegurado para pagar la segunda primera concluyó, prima facie el 20 de mayo de 1971, a las doce de la noche.

"Pero, como quiera, que el 20 de mayo de 1971 fue en día feriado, conforme lo acredita el mismo calendario de ese año, la prima sólo resultaba pagadera al día siguiente, según las claras voces del artículo 200 del Código de Comercio de 1887, con arreglo al cual, 'la obligación que vence el día domingo o en otro día feriado, es pagadera el día siguiente'. En otros términos, el plazo de gracia de 30 días concedido al asegurado para pagar la segunda prima se prorrogó, por mandato de la norma legal antes transcrita, hasta las doce de la noche, del 21 de mayo de 1971.

"Y a lo antes dicho debe agregarse que según la partida de defunción del señor Enrique Sebá Rodríguez, obrante al folio 15 del cuaderno principal, uno de los asegurados conjuntos, éste falleció a la una de la madrugada del mismo día 21 de mayo de 1971, por cuya razón es forzoso concluir que su muerte ocurrió dentro de los 30 días del plazo de gracia, durante el cual el

seguro se mantenía 'en vigor', según los términos de la correspondiente cláusula ya transcrita, la cual, de otra parte, en acatamiento al mandato del artículo 670 del Código de Comercio de 1887, estipula que 'si uno de los asegurados falleciere dentro de los mencionados 30 días, La Patria pagará el valor del seguro, deduciendo el monto de la prima en mora'.

"Así las cosas no cabe la menor duda que la actora de este proceso, señora Carmen Becerra viuda de Sebá, uno de los asegurados conjuntos, cuya supervivencia se halla plenamente acreditada en este juicio, es la beneficiaria de la indemnización pactada en el contrato de seguro que recoge la póliza Nº V-8487, y por tanto la sociedad demandada está en la obligación legal de pagarle el capital asegurado, ya que las condiciones que ésta fijó para tal efecto se hallan cumplidas, conforme a lo antes expuesto".

De las anteriores premisas concluye que hallándose reunidos los presupuestos de hecho exigidos por la póliza de seguro de vida Nº V-8487, en cuanto a muerte accidental de uno de los asegurados, Enrique C. Sebá Rodríguez, y demostrado el suceso de ésta con las declaraciones de Néstor Támara Montes y Edilberto Montes Vergara, debe accederse a la primera súplica de la demanda, y también a la segunda, en acuerdo con lo dispuesto por las Leyes 105 de 1927 y 89 de 1928.

III

Demanda de casación

Un solo cargo, por la causal primera, le formula el acusador a la sentencia de segunda instancia, de la cual dice que es violatoria de los artículos 199, 200 y 670 del anterior Código de Comercio, 25 de la Ley 105 de 1927 y 3º de la Ley 89 de 1928, por aplicación indebida; y de los artículos 182, 201, 661, 670, 680 —ordinal 2º— y 681 —ordinal 2º— del mismo Código; 1530, 1536, 1541, 1542, 1602, 1608 y 1609 del Código Civil, por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas, que aparece de modo manifiesto en el proceso.

Según el acusador, "el desconocimiento por menosprecio de su realidad objetiva, en que incurrió el Tribunal "al apreciar el contrato de seguro recogido en la Póliza Conjunta de Vida Entera Nº V-8487 de Seguros de Vida Patria S. A., y el recibo de pago de la prima de la primera anualidad, "lo llevó a cercenar los efectos jurídicos que naturalmente debían producir esos medios o elementos de prueba...".

"El problema radica, íntegro, —dice— en el punto de partida del cómputo cronológico, pues si el día del pago de la prima, 20 de abril de 1970, se cuenta, el término de gracia habría vencido el 19 de mayo de 1971, día hábil, y la muerte del asegurado, 21 de mayo de 1971, se habría producido con posterioridad a la caducidad del contrato. En tanto que si dicho día, 20 de abril de 1970, no se incluye en el cómputo, las cosas resultarían como las plantea el Tribunal".

Expresa, además, que "el Tribunal confundió la fecha del contrato con el día en que comenzó el amparo de los asegurados y la responsabilidad de la aseguradora. A la vez que perdió de vista el texto expreso de la póliza que dice que dichos amparo y responsabilidad comienzan en el momento mismo del pago de la prima, y por consiguiente el día en que ocurra ese hecho está de suyo en el cómputo".

Sobre estos pilares, la acusación edifica su interpretación de la póliza frente al acaecimiento de la muerte de uno de los asegurados, con arreglo a la cual le imputa error de hecho al sentenciador, de quien dice que "si hubiera distinguido entre la fecha de celebración del contrato, día en que se expidió la póliza (15 de abril de 1970), y la fecha de pago de la primera prima, cuando comenzó la responsabilidad de la compañía respecto del seguro (20 de abril del mismo año), no habría tenido por qué siguiera en excluir el día en celebración del contrato de la cuenta del año. Y si hubiera reparado en que el contrato estipuló que el amparo comenzaba en el momento mismo del pago de la prima, no habría afirmado la ausencia de pacto en contrario de la prescripción o presunción del artículo 199 del anterior Código de Comercio".

Y agrega que "a causa de este doble error de hecho en la apreciación de la póliza, tenida como contrato y como prueba de los hechos básicos de la pretensión y la

defensa, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 199 de dicho cuerpo legal: porque excluyó, considerándolo equivocadamente como fecha de la celebración del contrato, el día de pago de la primera prima, y porque excluyó este día contra expresa estipulación del contrato", y violó, también, las demás disposiciones que cita el cargo por los motivos que en él se indican.

Consideraciones de la Corte

1. La impugnación de la sentencia recurrida está estructurada sobre la base del siguiente argumento, presentado a través de dos pretendidos errores de hecho: la vigencia del seguro no puede contarse a partir del día siguiente de la fecha del recibo del pago de la primera prima estipulada en la póliza, como la calculó el Tribunal, sino a partir de la fecha del contrato de seguro, esto es, la que la póliza exhibe, pues así lo preceptuaba el artículo 199 del antiguo Código de Comercio, vigente cuando se constituyó el seguro, artículo por el cual se disponía: "En los plazos de un número determinado de días, no se contará el de la fecha del contrato, salvo el caso de estipulación en contrario. El día en que expira el plazo se cuenta en él".

Estima la parte recurrente que esta disposición sustancial fue indebidamente aplicada por el sentenciador de segundo grado, como quiera que el contrato de seguro contiene precisamente la estipulación en contrario a que el texto legal transcrito alude, motivo por el cual dicho texto no era aplicable.

Este planteamiento es incompleto e inconducente. Un mismo artículo de ley o estatuto legal puede contener disposiciones diversas, como ocurre en todos los casos en que por él se establezca una regla y se sienten una o más excepciones a ésta. En tal evento, cabe que el juzgador de segunda instancia aplique la regla debiendo aplicar la excepción, o viceversa. En una y otra hipótesis, la impugnación de la sentencia en el recurso extraordinario debe hacerse por doble concepto: falta de aplicación de la norma correspondiente (la regla, si debió aplicarse ésta en vez de la excepción, o la excepción, si era lo aplicable en lugar de la regla), y además por aplicación indebida del precepto impertinente. Sin esta estructura, el cargo no forma proposición jurídica completa, pues no es suficiente indicar qué no debió aplicarse, sin hacer valer al propio tiempo lo que sí debió aplicarse.

Más en el supuesto inaceptable de que el impugnador hubiera podido limitarse a alegar la aplicación indebida que invocó, habría sido indispensable que indicara precisamente que ese concepto de violación se reducía a la regla que el artículo establece, no a su excepción; pues resulta de veras contradictorio que la propia censura sostenga, en el desarrollo del cargo, que el artículo debió ser aplicado en la parte final de su primer inciso y formule a la vez su acusación por aplicación indebida de todo el texto legal. Esta notable contradicción acusa una falta de técnica que la Sala no puede pasar por alto.

2. Lo dicho es de por sí más que suficiente para rechazar el cargo. Sin embargo, para mayor abundamiento, no resulta ocioso referirse al principal de los yerros fácticos que la parte censora invoca, sin cuya demostración es imposible acoger la acusación tal como está concebida.

Es verdad sabida que el error de hecho debe ser evidente, manifiesto u ostensible, por una parte, y trascendente, por la otra, para que permita el quiebre de una sentencia en casación, cuando dicho error ha sido la causa determinante de violación de normas sustanciales. Se trata de una apreciación notoriamente equivocada que por el aspecto puramente objetivo de la prueba haya cometido el sentenciador, ora por haber supuesto la que no existe ya por haber ignorado la que obra en los autos, hipótesis éstas que incluyen también la suposición parcial, cuando se exagera el contenido de la prueba, o preterición igualmente parcial cuando a ésta se le cercena su verdadero alcance.

Sobre la naturaleza del error de hecho tiene dicho esta corporación que él "consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existen-

cia en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (LXXVII, 119).

Tal error fáctico, sin embargo, para que pueda tener la virtualidad antes expresada, requiere además que se pueda establecer sin complicados razonamientos o argumentaciones, pues de lo contrario no habría contraevidencia, sino una simple disparidad de criterios de apreciación entre el sentenciador y el recurrente.

"Ha insistido la Corte en múltiples fallos que el error de hecho para que sea viable como causal de casación debe aparecer de modo manifiesto, es decir, que se imponga en forma tan clara y evidente que no sea necesario recurrir a razonamientos o deducciones para demostrar su existencia, que la apreciación que haga el fallador de instancia sobre las cuestiones de hecho quedan confiadas a la utonomía de su juicio y que la distinta interpretación que sobre ellas haga el impugnante no es motivo suficiente para invalidar la apreciación del sentenciador, ni aún en el caso de que la Corte tenga un criterio contrario o diverso al que tuvo el Tribunal en la apreciación de las pruebas, si el error de hecho que se alega no aparece de manifiesto en los autos" (Casación Civil, 18 de septiembre de 1967, aún no publicada).

Ahora bien: la censura pretende que la vigencia de la póliza comenzó a partir de la fecha que ésta ostenta, es decir el 15 de abril de 1970, y que a partir de ese día debía computarse la anualidad inicialmente pactada y luego las sucesivas prórrogas que se produjeran. En la precitada póliza, evidentemente aparece impreso lo siguiente: "En fe de lo cual Seguros de Vida Patria expide el presente contrato con efecto a la fecha de expedición de esta póliza, día que aceptan las partes como el de la iniciación del seguro".

Apoyado en el texto transcrito, pretende el recurrente que el primer año de vigencia del cuestionado seguro expiró el 15 de abril de 1971 y que por tanto el plazo de gracia de treinta días previsto en la póliza se venció el 13 de abril de ese año, es decir, siete días antes de ocurrir el fallecimiento del asegurado, por lo cual la compañía no está obligada al pago de la indemnización respectiva.

El Tribunal, en cambio, con fundamento en una cláusula de la misma póliza de seguros, según la cual la responsabilidad de la aseguradora comenzaba en el momento en que aceptara la solicitud y recibiera el valor de la prima, consideró que tales vigencia y responsabilidad sólo se iniciaron el día 20 de abril de 1970, fecha en que los asegurados pagaron la primera prima, según recibo expedido por la compañía. Sobre esta base el ad quem efectuó el cómputo de la primera anualidad del seguro y del plazo de gracia a que arriba se hizo mención.

La cláusula de que se trata es del siguiente tenor: "Iniciación. Esta póliza entra en vigor en la fecha de su expedición pero la responsabilidad de La Patria con respecto al seguro comienza en el momento en que haya aceptado la solicitud y recibido el valor completo de la primera prima y siempre que los asegurados se encuentren en buen estado de salud".

Es verdad que no es clara la mencionada cláusula, pues la vigencia de una póliza de seguro comporta necesariamente la responsabilidad del asegurador. No es admisible, pues, que la póliza entre en vigor en la fecha de su expedición, pero que al mismo tiempo la responsabilidad de la compañía aseguradora sólo se inicia al recibir el pago de la primera prima, hecho este que —como ocurrió en el presente caso— puede no coincidir con el momento de la expedición y entrega de la póliza. Es apenas obvio que si la responsabilidad de la aseguradora sólo comienza al recibir el pago de la primera prima, el vigor de la póliza de seguro, es decir la vigencia del contrato respectivo, pueda referirse a una fecha anterior al recibo del pago.

Esa cláusula, pues, es oscura, ambigüa, contradictoria, y por consiguiente admite diversas interpretaciones. Y teniendo en cuenta que fue puesta por la compañía

aseguradora en el texto impreso de las pólizas que utiliza, al tenor del artículo 1624 del Código Civil debe ser interpretada a favor del asegurado. Tal es la norma que impera en los contratos por adhesión como incuestionablemente lo fue el de seguro que celebraron los Scbá y la Compañía de Seguros Patria.

Lo anterior lleva a la conclusión de que no es evidente ni ostensible el error de interpretación de la referida cláusula en que hubiera podido incurrir el sentenciador, dado que su texto es equívoco y dado también que por provenir exclusivamente de una de las partes contratantes podía ser interpretado en contra suya.

El Tribunal destacó, transcribiendo el párrafo respectivo, que el apoderado judicial de la parte recurrente aceptó en su alegato de conclusión de segunda instancia que la vigencia del seguro comenzó en la fecha de pago de la primera prima. Entonces, resulta cuando menos insólito que ahora pretenda encontrar un error de hecho en que el sentenciador hubiese tenido ese mismo criterio.

No prospera el cargo, por tanto.

Resolución

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, en mérito de lo expuesto, NO CASA la sentencia de 8 de noviembre de 1974, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

Prueba de la calidad de heredero. — Prueba del estado civil. — Quienes son litis consortes necesarios en estos procesos. — El concubinato no genera sociedad de hecho, como tampoco la excluye.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de octubre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Clemencia Rodríguez Sánchez frente a Clara Inés Martínez de Rodríguez.

I

El litigio

1. En demanda corregida que fue admitida por auto de 27 de enero de 1971, dictado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, Clemencia demandó a Clara Inés para que se declarase que entre la demandada y José Aparicio Rodríguez, padre de la demandante, "existió una típica sociedad de hecho" y se ordene su liquidación, sociedad para la que sus socios adquirieron "los muebles y enseres, vehículos automotores, semovientes e inmuebles" que se describen en el libelo, y para que se disponga la entrega de la mitad de estos bienes a la demandante, quien representa, como heredera suya, el socio difunto José Aparicio Rodríguez.

2. La causa para pedir se fundó en los siguientes episodios: José Aparicio Rodríguez desde 1940 casó con María Concepción Sánchez, matrimonio en el que fue procreada la demandante. Algunos años después, los cónyuges dichos se separaron de bienes judicialmente. Posteriormente, en 1964, Rodríguez contrajo matrimonio civil con la demandante Clara Inés Martínez en la ciudad de San Antonio de la República de Venezuela, persona aquella con la que venía cohabitando bajo el mismo techo desde 1949, con toda la apariencia externa de ser marido y mujer, y con quien, desde el inicio de sus relaciones sexuales, "se dedicó a la explotación en común de negocios conjuntos consistentes en cafés y bares"; "durante los diez años finales de tal unión, los concubinarios explotaron igualmente en común un sellador del Concurso 5 y 6 del Hipódromo de Techo S. A., en el mismo local en donde explotaron el Club Niza en los últimos 12 años de amancebamiento". La sociedad de hecho que, por espacio de 20 años formaron los amantes, absorbió todo el trabajo de uno y otro, pues ninguno desempeñó cargo oficial o empleo privado distinto a la dirección de la gestión social. Solamente en el año de 1967, mediante la Escritura 113 de 23 de enero, corrida ante el Notario Octavo de Bogotá, José Aparicio y Clara Inés constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada. Rodríguez dejó de existir el 3 de diciembre de 1969 y como heredera suya, en calidad de hija legítima, fue reconocida la demandante Clemencia Rodríguez.

3. Con oposición de la demandada se adelantó la primera instancia del proceso que culminó con sentencia en que se declara la existencia de la sociedad de hecho y se ordena su liquidación. Apelado este fallo por la demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó por medio del suyo calendado el 17 de octubre de 1975.

III

La sentencia recurrida

El ad quem, después de encontrar satisfechos los requisitos exigidos para el pronunciamiento de fallo de mérito, y luego de hacer acertadas consideraciones en torno a cómo nace la sociedad de hecho y cuáles son los elementos que la configuran, concluye que en la especie de esta litis se trata de compañía de facto que tiene su manantial en el consentimiento implícito de sus socios, norte que le sirve de guía para examinar el material probatorio, así:

"La unión concubinaria entre José Aparicio Rodríguez y Clara Inés Martínez, iniciada en 1949 aparece demostrada con las afirmaciones séptima de la demanda inicial y sexta de la corregida, y sus correlativas respuestas, que obran a folios 3 vuelto, 31 vuelto y 40 del cuaderno 1.

"La explotación conjunta de actividades consistentes en negocios de bares y cafés, lo mismo que de un sellador para el Concurso del 5 y 6, aparece originalmente comprobada con la afirmación octava del libelo y su correlativa respuesta, visibles a folios 31 vuelto y 41 vuelto ibídem.

"Además las declaraciones testimoniales de José Noel Gómez, Julio Alberto Calle González, Dagoberto Urueña Rojas, Jubal Caro Aponte, Camilo Montaña, José Hernando Jaramillo Sánchez y José Casiano Bohórquez, citados los dos primeros por la demandante y los restantes por la demandada (fls. 18 vto. a 21 cuaderno 3, y fls. 8 a 10, 44, 48 a 53 cuaderno 2) dan cuenta de que José Aparicio y Clara Inés explotaron en forma conjunta, con su mutua cooperación y esfuerzo, y sin subordinación alguna entre ellos, el negocio del Bar Niza, en la carrera 10ª con la calle 8ª de esta ciudad, como quiera que tanto José como Clara contrataban empleados, autorizaban gastos y adquisiciones, vigilaban y dirigían el funcionamiento de dicho cafébar y consignaban sus producidos en cuenta corriente bancaria manejada por José Aparicio Rodríguez. Los testigos apoyan sus dichos en la circunstancia de haber prestado sus servicios al mencionado establecimiento o de haberlo frecuentado con motivo de las relaciones amistosas que mantenían con Rodríguez y su concubina.

"Leonidas Vega Franco, en su carácter de arrendador del local ocupado por el Bar Niza, declara que los cánones se los cancelaba José Aparicio Rodríguez a pesar de que el contrato de arrendamiento lo había suscrito Clara Inés Martínez (fl. 10 vto. y 11 cuaderno 3); y María Luisa Aguilar de Barriga, acreedora hipotecaria de Clara Inés Martínez, depone que José A. Rodríguez le pagaba mensualmente los intereses de dicha obligación con cheque de su propia cuenta corriente (fls. 27 a 28 cuaderno 3).

"Los testimonios de Anselmo Zambrano, Luis A. Castro y Abel Cabledes (fls. 41, 45 y 53 vto. cuaderno 2), aún cuando mencionan que Clara Inés dirigía el negocio del Bar Niza, no excluyen de tal dirección a José Aparicio Rodríguez, ni colocan a ésta o a aquélla en estado de subordinación del uno respecto del otro. Castro dice que José Aparicio Rodríguez fue quien lo llevó a trabajar a dicho establecimiento. Y respecto de otras actividades diferentes al negocio del Bar Niza, el testigo Jaramillo Sánchez (fls. 51 vto. a 53 ibídem) relata que tanto José como Clara Inés mantenían depósitos bancarios y poseían chequeras, e indistintamente usaban los dos vehículos que estaban en su poder. Casiano Bohórquez refiere haberlo conocido en el Bar Estrella, y que José Aparicio, de su cuenta corriente, giraba sumas de dinero para préstamos otorgados por Clara Inés o para respaldar obligaciones a cargo de esta última (fls. 49 vto. a 51 ibídem). Y Camilo Montaña (fls. 48 y 49 ibídem) menciona que José Aparicio 'ordenaba y ayudaba a dirigir'.

"Estos testimonios, apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, configuran en el Tribunal la convicción de que en efecto entre José y Clara Inés, a partir de su convivencia, desarrollaron actividades conjuntas en plano de igualdad y con fines de lucro, ciertamente indicativos de la sociedad de hecho objeto del pleito.

"Además en la inspección judicial practicada el 20 de agosto de 1971 (fls. 21 vto a 24 y 27 vto. a 29 cuaderno 3), aparece que tanto José Rodríguez como Clara Inés Martínez, en forma conjunta o alternativa, efectuaban varios actos indicativos de la comunidad de negocios existentes entre ellos, tales como tramitar las licencias de funcionamiento del Bar Niza, lo mismo que

algunos contratos de seguros, la suscripción y otorgamiento en forma solidaria de letras de cambio, y las negociaciones con la Asociación Colombiana de Criadores. Y José Aparicio Rodríguez efectuaba contratos de prestación de servicios y gestiones ante algunos funcionarios, obtenían ingresos por la explotación de los negocios de expendio de cerveza y licores, así como los de hípica y ganado —declaración de renta de 1951 se nota— y específicamente giraba contra su cuenta corriente del Banco de Bogotá diversos cheques a favor de Leonidas Vega por un total de $ 210.000.00, varios otros a favor de Clara Inés Martínez y especialmente tres de ellos por $ 130.000.00 a favor de Abdalá Ambra, terceros éstos que mantenían relaciones comerciales con la demandada.

"Es de notar que las fechas y cuantías de tales cheques, corresponden en lo pertinente, a las negociaciones de compra que Clara Inés Martínez hizo con Leonidas Vega Forero y Abdalá M. Ambra, de que dan cuenta las Escrituras 1994 del 4 de mayo de 1961 de la Notaría Segunda de Bogotá y 1440 del 20 de abril de 1963 de la Notaría Décima de esta ciudad, visibles a folios 13 a 19 y 23 a 26 del cuaderno uno.

"Todos los elementos probatorios anteriormente analizados configuran una serie adicional de indicios que concluyen ciertamente a comprobar o ratificar la existencia, por voluntad implícita de los socios, de una compañía de hecho entre José Aparicio Rodríguez y Clara Inés Martínez, pues de otra manera no podría explicarse la explotación conjunta de actividades comerciales como las relatadas, ni la confusión de patrimonio derivada, entre otras circunstancias, de que con dineros de la cuenta corriente de José Aparicio se atendieran, sin contraprestación alguna, obligaciones a cargo nominal de Clara Inés.

"Además y como indicio trascendental y concluyente para esta Sala, debe destacarse el hecho, aceptado por las partes, del concubinato iniciado en 1949 entre Rodríguez y Clara Inés, que culminó con el matrimonio civil que contrajeron en Venezuela quince años más tarde. De contera, sobra mencionar que lo relativo a este matrimonio civil y sus consecuencias escapan al análisis del Tribunal, como quiera que la sociedad de hecho fue declarada como tal por el 'a quo' desde 1949 hasta el día de dicho matrimonio, sin reparo o apelación alguna por parte de la demandante.

"Por ende, respecto de los documentos aducidos por la parte demandada respecto de la venta que Rodríguez hizo a Clara Inés de los muebles y enseres del Bar Niza, junto con la declaración de ser Rodríguez simple administrador de Clara Inés y de la promesa de contrato de compra-venta suscrita entre ésta última y Leonidas Vega Forero, cabe comentar en cuanto a los primeros de dichos actos que las pruebas analizadas anteriormente excluyen subordinación alguna de José Aparicio para con Clara Inés derivada de ser un simple administrador de propiedades de su concubina, y en cuanto a la promesa de venta, ya se vió cómo el pago del precio no lo realizó Clara Inés sino José Aparicio, mediante los cheques que giró de su propia cuenta corriente a favor del prometiente vendedor.

"La eventual subordinación de José para con Clara Inés hubiera implicado el pago de una remuneración por éste a aquél, dado su pretendido carácter de administrador. Tal pago, al no haberse alegado ni comprobado, impide tener por cierta la referida dependencia, y lleva a concluir que los servicios gratuitos de administración de José configuraron en verdad un aporte de su industria o actividad como integrante de la sociedad de hecho que formó con su concubina.

"Y en relación con el crédito hipotecario a cargo de Clara Inés y a favor de María Alicia Aguilar viuda de Barriga, contenido en la Escritura 1440 del 20 de abril de 1963 de la Notaría Décima de Bogotá, el pago de sus intereses no por parte de la deudora sino con dineros provenientes de la cuenta corriente de José Aparicio, confirma la existencia de una comunidad de negocios entre los concubinos, originada a no dudarlo de la sociedad de hecho que entre ellos se formó.

"Y la existencia del concubinato, plenamente aceptada, es un indicio más de la realidad de la sociedad de hecho, pues revela un propósito de aunar estrechas relaciones, a modo de las matrimoniales, que se extienden no solo a aspectos de trato carnal sino también a las demás actividades —mutua ayuda, esfuerzo conjunto de orden económico, reparto equitativo de car-

gas y provechos, etc., se nota— que permiten dar por inconcuso el ánimo de cimentar una sociedad de hecho entre los concubinos, máxime si José Aparicio, como lo afirma y confiesa la demandante, ya estaba separado judicialmente de bienes de su primera esposa.

"En cuanto a que respecto de sociedades de hecho sea indispensable determinar a cuáles actividades específicas o a qué bienes determinados se extiende, en sentir del Tribunal ello no es necesario cuando se trata de sociedades de hecho entre concubinos, por operarse en cierto modo una inversión de la carga de la prueba.

"En efecto: dada la naturaleza fáctica del concubinato o sea el trato de un hombre a modo de marido con una mujer a modo de esposa, tal situación implica compartir entre los concubinos no sólo lo relativo al trato carnal mismo, sino establecer una convivencia, a modo de marido y esposa, que por fuerza se traduce en una comunidad de propósitos y de objetivos, de esfuerzos y de actividades conjuntas, que en el hecho establecen comunidad o asociación de patrimonios.

"Desde luego, cabe probar en contra de dicha presunción que determinados bienes o actividades, por expresa voluntad de los concubinos, no quedaron comprendidos dentro del ámbito de la asociación de hecho, lo cual podrá ser objeto de demostración en la etapa procesal de inventario y liquidación de dicha sociedad.

"No escapa al Tribunal que la jurisprudencia ha sido vacilante al respecto y que se ha orientado más hacia el sentido de considerar que, aun entre concubinos, la sociedad de hecho debe tener un objeto determinado y comprender solamente bienes o actividades específicas.

"Esta Sala considera que al respecto y a falta de normas expresas, puede acudirse a la interpretación resultante de principios generales de derecho y de situaciones legalmente análogas.

"Y si bien es cierto que se prohibe toda asociación a título universal también lo es que el concubinato guarda analogía en la medida de las circunstancias con el matrimonio, y que no obstante la existencia de la sociedad de hecho entre los concubinos, sea posible demostrar que determinados bienes o actividades no fueron materia de asociación y deben excluirse del acervo social.

"La presunción de hecho que analógicamente considera el Tribunal que existe en cuanto los bienes de los concubinos tengan carácter común es apenas una consecuencia, que admite prueba en contrario, de la naturaleza misma del concubinato, que implica trato entre un hombre y una mujer a modo y semejanza de marido y esposa.

"De obrar en forma contraria, o sea de exigir entre concubinos que la sociedad de hecho, eventualmente formada entre éllos, deba configurarse con aportes, bienes y actividades específicas, sería exigir para tal tipo de sociedad no su nacimiento como consecuencia tácita de actividades conjuntas, sino como resultado de pactos expresos y determinados que configurarían únicamente una sociedad por expresa voluntad de las partes, en contra de las que jurisprudencialmente se ha sostenido que vienen a existir en forma derivada o secundaria por haberse originado en actividades comunes de otra índole.

"Debe aclararse al fallo apelado, que por lo demás no merece reparo alguno, lo relativo al proceso de disolución y liquidación de la compañía de hecho materia del pleito, que habrá de surtirse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 527 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y en un todo de conformidad con las motivaciones del fallo apelado y del confirmatorio que se pronuncia en esta segunda instancia".

III

El recurso de casación

Contra la sentencia que se deja extractada, Clara Inés Martínez introdujo el recurso de casación que ahora se decide y que sustentó en demanda que contiene cuatro cargos, montados todos sobre la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y que serán despachados en el mismo orden de su proposición, aunque decidiendo en conjunto los dos primeros por referirse a un mismo punto.

Cargo primero

Denúnciase aquí el quebranto, por aplicación indebida, de los artículos 2083 y 2141

del Código Civil, a causa "del error de hecho palmario o que aparece protuberante en el proceso, cometido por el sentenciador" al dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante es heredera, como hija legítima, del socio fallecido, porque a "la copia traída del proceso sucesorio de José Aparicio Rodríguez, del auto del Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá de 11 de febrero de 1970, le dió el carácter de copia completa que en su tenor demuestra el reconocimiento de heredera de la misma como hija legítima del causante, equivalente a la demostración de su estado civil, por sus partidas de nacimiento y de matrimonio de sus padres". Que este error de hecho llevó al Tribunal a quebrantar, por falta de aplicación, el artículo 77 del Código de Procedimiento Civil que impone al demandante la carga de demostrar su calidad de heredero cuando acciona como tal. Agrega el recurrente que aunque la demanda fue admitida antes de entrar a regir el Decreto 1260 de 1970 (Estatuto del Registro Civil) y no obstante que la jurisprudencia ha dicho que la copia del auto de herederos "es prueba suficiente de la existencia de la sucesión y de la calidad de sus representantes en los procesos en que no se controvierte el estado civil", como la copia aducida es incompleta, no puede dársele el valor que le dió el Tribunal. Además "dejó de apreciar la partida traída de Venezuela, que la desdice en cuanto éste acredita que el causante fue soltero y no podía ser padre legítimo". La copia del auto de reconocimiento de herederos está en contradicción con la del acta venezolana del estado civil de casado que tenía José Aparicio Rodríguez con Clara Inés Martínez, en la que consta la legitimación del hijo nacido de sus relaciones extramatrimoniales.

Para terminar, el censor expresa que como la copia es incompleta, "porque ese auto no trae la constancia de su notificación edictal ordenada por el artículo 937 de la Ley 105 de 1931", ni constancia de estar ejecutoriada, ni la de haberse expedido previo estudio de las competentes actas del estado civil, pues no dice con base en qué demostraciones se reconoció a la demandante como heredera de José Aparicio Rodríguez.

Segundo cargo

En este denúnciase violación, por aplicación indebida, de los artículos 2083 y 2141 del Código Civil, a causa de error de derecho que habría cometido el Tribunal al concederle valor probatorio a la copia del auto de herederos tomada del sucesorio de José Aparicio Rodríguez y tenerla como prueba de que la demandante es heredera de éste.

Luego de transcribir parte de un fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en que se sostiene que la copia del auto de herederos no es prueba, en otro proceso, del estado civil de los asignatarios reconocidos como tales, el impugnante expresa que el Tribunal, al equiparar la copia de ese auto a las actas del estado civil, quebrantó, como violación medio, los artículos 185, 253, 257, 264 y 332 del Código de Procedimiento Civil; 632 de la Ley 10 (sic) de 1931; 347 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887; 18 y 19 de la 92 de 1938.

La Corte considera

El título de heredero no constituye un estado civil; no determina para el asignatario a título universal una especial situación en su familia o frente a la sociedad. No siendo constitutivo del dicho estado no requiere ser registrado en los libros del registro civil, como sí está impuesto para todos los demás hechos o actos que constituyen, declaren o modifiquen el estado civil de las personas. No puede, pues, confundirse el título de heredero con el estado civil que, en ocasiones, es la fuente del llamamiento a suceder a un difunto. Así, quien por ser hijo legítimo del causante tiene vocación legal hereditaria para ocupar el lugar que en el mundo jurídico deja vacante el de cuis, no por ello por ser hijo, una vez fallecido su padre, automáticamente se torna heredero de éste. Es cierto que en tal momento se le defiere la asignación (Art. 1013 del Código Civil), delación que consiste solamente en el llamamiento a aceptarla o repudiarla; pero para que el hijo pueda llegar a tener la calidad de heredero de su progenitor premuerto, se requiere, a más de su vocación sucesoral, que acepte la herencia expresa o tácitamente.

Sin esta aceptación, el llamado a suceder no adquiere el título de heredero, pues, como ya se dijo, no basta al asignatario poder suceder, sino que le es indispensable también quererlo. Es indispensable poder y querer. Fluye de lo anterior que si el difunto deja varios hijos legítimos con derecho a sucederlo, sólo tendrán la calidad de herederos suyos quienes hayan aceptado la herencia; y que quienes la repudian, aunque siguen conservando su estado civil de hijos legítimos, no adquieren la calidad de herederos. Una cosa es pues el estado civil del sucesor y otra muy distinta su título de heredero, aunque éste, en la mayoría de las veces, tiene su fuente en la especial situación de parentesco entre él y la persona de cuya sucesión se trata.

Ninguna duda se presenta sobre el título invocado por la demandante para actuar para la sucesión ilíquida de José Aparicio Rodríguez. Ella, para obrar así, no ha tomado como fundamento su estado civil de hija legítima del mismo, sino su expreso título de heredera, aunque el título se le concedió precisamente por aquella calidad y por su aceptación. En el poder que la demandante otorgó a quien la representa en este proceso, se lee que lo hace en su "condición de heredera en la sucesión del fallecido José Aparicio Rodríguez" de la cual, por tanto, es representante. Y en la demanda que el apoderado presentó, se recalca que actúa "en ejercicio del mandato judicial que la señora Clemencia Rodríguez Sánchez de Reyes me ha conferido, en su condición de representante de la sucesión ilíquida del desaparecido José Aparicio Rodríguez, como heredera suya en calidad de hija legítima".

¿Y cómo se prueba la calidad de heredero entonces?

Como ya quedó insinuado atrás, demostrando que se tiene vocación a suceder en el patrimonio del causante, ya por llamamiento testamentario, ya por llamamiento de la ley, y, además, que se ha aceptado la herencia. Debe, pues, quien invoca el título de heredero, aportar copia del testamento, debidamente registrada, en que se la instituyó asignatario, o copia de las actas del estado civil que demuestren su parentesco con el difunto, vínculo del que se deriva su derecho sucesorio, pues como lo estatuye el artículo 1298 del Código Civil, la herencia queda aceptada expresamente por quien toma el título de heredero. También puede demostrarse esta calidad con copia del auto dictado dentro del respectivo proceso sucesorio, en que se haya declarado que se le reconoce esta calidad a la persona que la invoca. Es apenas lógico, como lo ha sostenido la Corte desde 1926 (G. J. XXXIII, 207), aunque con alcance diferente, que la copia del auto por medio del cual el Juez que conoce del proceso sucesorio, reconoce como heredero a cierta persona, sirve de prueba en otro proceso de la dicha calidad de heredero, "mientras no se demuestre lo contrario en la forma prevenida por la ley", por la potísima razón de que para que el Juez hiciera ese pronunciamiento, previamente debía obrar en autos la copia del testamento o de las actas del estado civil respectivas y aparecer que el asignatario ha aceptado.

Finalmente conviene precisar que quien alega que el Juez, sin el lleno de los requisitos legales previos, reconoció la calidad de heredero a quien no demostró su vocación sucesoral, tiene la carga de probar lo que alega para restar el poder probatorio de que, presuntamente, está revestida la copia del auto que reconoce herederos, como instrumento público que es.

La Corte, en sentencia de 15 de diciembre de 1970, publicada en la Gaceta Judicial, tomo CXXXVI, página 178 y 179, al decidir un cargo semejante al que se despacha, dijo que la calidad de heredero "se demuestra con copia, debidamente registrada, del testamento correspondiente si su vocación es testamentaria, o bien con copia de las respectivas actas del estado civil o eclesiásticas, según el caso, o con la prueba supletoria correspondiente, si su vocación es legal y además en todos los casos con la comprobación de haberse aceptado la herencia. Pero la Corte, reiteradamente, ha predicado que también es prueba idónea de la calidad de heredero la copia del auto en que se ha hecho tal reconocimiento dentro del juicio de sucesión respectivo. Al efecto ha dicho: El reconocimiento de herederos que se hace en un juicio mortuorio supone en todo caso la comprobación previa, con copia auténtica de las partidas respectivas o con las pruebas supletorias del caso o con el testamento, de la muerte del causante y del paren-

tesco de esos herederos con éste o de la institución testamentaria. El auto de reconocimiento de herederos ofrece, pues, el respaldo probatorio mencionado, y de aquí que la Corte haya expuesto en repetidas ocasiones la doctrina de que la copia auténtica de ese auto constituye prueba suficiente de la calidad de herederos en los reconocidos cuando se necesita establecer este carácter en cualquier otro juicio diferente del sucesorio o en que la litis no verse precisamente sobre el estado civil que acreditan aquellas partidas. Así se expresó, por ejemplo, en casaciones de febrero 22 de 1952 (LXXI - 2110, 102 y 104) y de julio 14 de 1954 (LXXVIII - 2144 - 78). El auto mencionado tiene el valor de documento auténtico, según lo dispuesto por el artículo 632 del Código Judicial, y su copia es prueba idónea para demostrar la calidad de heredero (Cas. Civ. julio 25 de 1965, G. J. CXVII, 151). Agrégase a lo dicho que presúmese que para el dicho reconocimiento, el heredero aceptó previamente.

"Cuando el artículo 937 del Código Judicial en su numeral 2º dispone la fijación en la secretaría del Juzgado de un edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en la diligencia de inventario en juicio de sucesión, no está preceptuando, como erradamente lo entiende el recurrente, que la fijación y publicación de ese edicto tenga como fin notificar de esa manera el auto de apertura del juicio. El edicto, como claramente aparece del texto del artículo citado, está encaminado a hacer pública la apertura del juicio y a llamar a todos los que se crean con derecho a intervenir en él. Por tanto, cuando en el mismo auto de apertura del proceso sucesorio se ha hecho el reconocimiento de herederos, los beneficiarios de esta calidad no requieren que previamente se cumpla con la publicación, fijación y desfijación de ese edicto para poder actuar procesalmente o de cualquier otra manera en su condición de herederos, calidad que se tiene respecto de un difunto desde el mismo momento en que, siendo llamado a suceder por testamento o por vocación legal, acepta la herencia y con el efecto retroactivo de la misma ley. Por tanto, se es heredero aún desde antes de que el Juez que adelanta el juicio mortuorio respectivo, haga el reconocimiento de esa calidad. De todo lo anterior síguese que es suficiente, para demostrar ésta, la copia auténtica del auto en que dentro del juicio de sucesión se la ha reconocido a quien la invoca, sin necesidad de que aparezca la ejecutoria de dicha providencia".

Basta leer la copia del auto por medio del cual se declaró abierto el proceso de sucesión intestada de José Aparicio Rodríguez y se reconoció como heredera suya a la demandante Clemencia Rodríguez Sánchez, que obra a folio 1 del cuaderno principal, para concluir, adversamente a lo aseverado por el censor, que no es copia parcial, sino íntegra del auto de 11 de febrero de 1970.

Los dos cargos por error de hecho y de derecho, en consecuencia, no pueden prosperar.

Cargo tercero

El censor, apoyado en la causal primera, denuncia aplicación indebida de los artículos 2083 y 2141 del Código Civil, a causa de error de hecho, pues no se podía reconocer, "con prescindencia en este proceso de José Abelardo Rodríguez Martínez, hijo legítimo de José Aparicio Rodríguez", quien, a pesar de ser legitimario de éste, no fue demandado "siendo litis consorte necesario por pasiva, o a quien debió demandarse en unión de su madre y cónyuge sobreviviente de su expresado padre". Dice el recurrente que el Tribunal cometió error de hecho "por no haber apreciado la demanda y la prueba a ella acompañada de que (se lo afirma en aquélla) al fallecer el concubino José Anaricio Rodríguez quedaron para sucederle y representarlo, asumiendo todos sus derechos y cumpliendo todas sus obligaciones, no sólo su viuda sino también su nombrado hijo legítimo. O sea que el sentenciador en la apreciación del haz probatorio, cometió un error de hecho, cuando en la parte motiva de su sentencia, patrocinando en todo lo decidido por él a quo al respecto, consideró que por pasiva sí estaba bien integrado el litis consorcio o que se había demandado bien, demandando a la sola viuda, cuando del proceso aparece que ha debido demandarse al hijo legítimo de ésta y del causante, y no sólo a la madre viuda, cuando del proceso,

en otras palabras, aparece que la legitimación en causa, por pasiva, está constituída por ambos. De tal manera entonces, que el sentenciador cometió un error de hecho en la apreciación de la prueba respecto a la personería sustantiva de la parte demandada". El censor insiste en que, muerto José Aparicio Rodríguez, cualquier litigio que afecte el patrimonio herencial o el de la sociedad conyugal debe decidirse con citación no solo de su cónyuge, sino necesariamente también de su hijo José Abelardo, pues excluir a éste constituye falta de integración de un litis consorcio pasivo necesario. Que por esto el Tribunal debió dictar sentencia inhibitoria y no de mérito.

La Corte considera

1. Descaminado anda el censor en la totalidad de su planteamiento. De un lado, porque no existe prueba de que José Abelardo sea heredero de José Aparicio Rodríguez, pues como se explicó al despachar los cargos primero y segundo, la calidad de heredero ab-intestado no se prueba con la simple demostración del parentesco entre el de cuius y el presunto sucesor: menester es, se repite, acreditar no sólo la vocación sucesoral sino también que el asignatario, expresa o tácitamente, ha aceptado la herencia. Y de las pruebas que el censor señala como mal apreciadas por el Tribunal, no aparece que José Abelardo Rodríguez haya aceptado la herencia de José Aparicio. Es más, no surge siquiera la prueba del estado civil de hijo legitimado, pues como lo ha repetido la doctrina jurisprudencial de la Corte con apoyo claro en los textos de derecho positivo, el estado civil de las personas se demuestra con la copia de las actas del respectivo libro del registro del estado civil y no con la del acto que declara o crea el estado respectivo. Así, el estado civil de divorciado, se acredita, no con copia de la sentencia que decretó el divorcio, sino con la copia del acta que, con base en aquella sentencia, se asienta en el libro respectivo de registro del estado civil; y el de hijo natural no se prueba con la copia del testamento en que el padre reconoce al hijo como tal, ni, en su caso, con la copia de la sentencia que declara la paternidad natural debatida, sino con la copia del registro que, con apoyo en el testamento dicho o en la apuntada sentencia, se hace en el libro de registro civil de reconocimiento de hijos naturales. No puede pues el censor aspirar a que con la simple copia judicial del acto de la celebración del matrimonio civil, diligencia durante la cual los contrayentes legitimaron el hijo que había nacido ya, se dé por demostrado el estado civil de hijo legitimado que pretende tener José Abelardo Rodríguez en relación con José Aparicio Rodríguez. El estado civil no se prueba con copia de aquella acta judicial, sino con la del registro que, con base en la misma, debe asentarse en el libro respectivo de registro del estado civil. Para quienes no están bautizados en el seno de la Iglesia Católica, tanto frente a la vigencia inicial del Código Civil como frente a la de la Ley 92 de 1938 y al Decreto 1260 de 1970, que ahora rige, el estado civil se ha probado sólo con las copias del acta o folio del respectivo libro de registro del estado civil.

2. De otra parte, verra el censor cuando sostiene que en el proceso en que se demanda la declaración de existencia de sociedad de hecho entre concubinarios y su liquidación, se forma litis consorcio pasivo necesario entre la concubina demandada y los herederos del concubinario fallecido que no actúan como demandantes.

En el caso de este tipo de sociedad de hecho, cuando se discute sobre su existencia, el litigio debe trabarse entre concubina y concubinario. Pero si, por muerte de uno de ellos, el sobreviviente nieva a los sucesores del desaparecido la existencia de esa relación jurídica sustancial, es claro que cualquiera de los herederos del difunto, o varios o todos, pueden demandar al socio supérstite para que se haga la declaración de que existió la apuntada compañía de hecho. Si, como en el caso presente, uno sólo de los herederos del difunto, demanda para la sucesión de éste esa declaración de existencia de la sociedad en frente de la concubina que sobrevive, la relación procesal no sufre vicio en su formación, pues para la cabal integración del contradictorio no se requiere la presencia de todos los herederos del difunto, como quiera que para la comunidad universal formada por la desaparición de aquél, cualquier heredero está legitimado para pedir a su nombre. Tanto en las comunidades a

título universal, como en las a título particular, cualquier comunero individualmente puede pedir para la comunidad, sin que sea menester para la integración cabal del contradictorio que la demanda se suscriba por todos los copartícipes o que sea indispensable convocar al proceso, en calidad de demandados, a los herederos que no figuran como demandantes. Obsérvase cómo en el caso de esta litis, el consocio fallecido es el causante de la demandante y cómo la demandada es el socio sobreviviente.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Cuarto cargo

Fúndase en que el Tribunal, a causa de error jurídico, violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 2082 del Código Civil; por interpretación errónea, los artículos 180 y 2083 ibídem; y, por aplicación indebida, los artículos 1781 y 2141 del mismo código.

En apoyo del ataque dice la censura que el Tribunal en su sentencia afirmó que el haber de la sociedad de hecho formada entre concubinos "se asemeja al de la sociedad conyugal entre esposos, dada la naturaleza del concubinato que es trato de un hombre a modo de marido con una mujer a modo de esposa"; que en ambas uniones "resulta por fuerza una comunidad o asociación de patrimonio o un haber social partible entre los concubinos (sic)" por lo cual se presume que todo lo adquirido por éstos a título oneroso forma un patrimonio común. "Es decir que por el hecho del concubinato, se presume que todo lo adquirido por los concubinos en el tiempo que perdure el concubinato, como lo adquirido por los esposos en el tiempo que perdure el matrimonio o sociedad conyugal, constituye un patrimonio común como lo constituyen los gananciales; aunque esta presunción no es de derecho sino que admite prueba en contrario, en el caso de concubinato, pero no en el caso de matrimonio; y que, por lo tanto, cuando judicialmente se reconoce la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos, no es preciso que ese reconocimiento implique el declararse al mismo tiempo en qué bien o bienes consiste o radica el haber de la sociedad de hecho concubinal; razón por la cual, no es necesario —como se lo pide en la demanda del presente caso donde se demandó inclusive que se diga que varios bienes raíces adquiridos en cabeza de uno solo de los concubinos pertenece a la sociedad de hecho concubinal— hacer una declaración de dominio de esta laya, desvirtuando la adquisición individual que reza en las escrituras, para en cambio, declararse que esa adquisición es también en común para el otro concubino que no figura como adquirente. Todo lo cual significa para el sentenciador, lógicamente, que las sociedades de hecho de concubinos son sociedades a título universal, donde reina también el principio excepcional de que por el hecho del matrimonio (también del amancebamiento), como lo dice el artículo 180 del Código Civil 'se contrae una sociedad de bienes entre los cónyuges' cuyo patrimonio, lo forman todos los bienes que se adquieren a título oneroso, dentro del matrimonio, y el capital que aporten (dinero), entendido que se les deberá restituir, como los demás bienes muebles que aporten o tengan individualmente o en común al contraer el matrimonio; excepcional, porque el principio general consagrado por el mismo código, en su artículo 2082 es el de que 'se prohibe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros'.

"Pero semejante entendimiento del sentenciador de que la sociedad de hecho entre concubinos es a título universal, como la sociedad conyugal, o que se presume que los concubinos durante el concubinato tienen una sociedad de adquisiciones o uno y otro o ambos juntos adquirieron bienes que no van a sus patrimonios particulares sino a un patrimonio común o de la sociedad de hecho por ellos formada en razón del concubinato; porque la sociedad conyugal nace desde que se contrae el matrimonio de los esposos y sigue existiendo así no haya gananciales por partirse sino la mera posibilidad de adquirir los venideros o futuros mientras exista el matrimonio, y no pasa lo mismo desde que se inicia el concubinato, semejante entendimiento, repito, es un grave error jurídico del Tribunal".

Consideraciones de la Corte

Es patente que la censura achaca al Tribunal aseveraciones que éste no hizo y

conclusiones que no sacó. El ad quem, como claramente se lee en la sentencia recurrida, transcrita atrás, expresa que la demandada confesó, al dar respuesta a la demanda, que desde 1949 hizo vida marital con José Aparicio con quien explotó conjuntamente negocios de bares, cafés y sellador del Concurso del 5 y 6; que con las declaraciones de José Noel Gómez, Julio Alberto Calle, Dagoberto Urueña, Jubal Caro, Camilo Montaña, José Hernando Jaramillo y José Casiano Bohórquez se prueba y confirma lo confesado por la demandada, pues éstos declaran cómo los concubinarios "explotaron en forma conjunta, con su mutua cooperación y esfuerzo, y sin subordinación alguna entre éllos" el negocio de cantinas. Que con el dicho de estos testigos y otros que analiza, se acredita plenamente que la demandada Clara Inés y su amante "a partir de su convivencia, desarrollaron actividades conjuntas en plano de igualdad y con fines de lucro, ciertamente indicativos de la sociedad de hecho objeto del pleito". Añade el sentenciador que varios indicios permiten también colegir que existió la mentada sociedad de hecho. For manera que la conclusión del Tribunal, relativa a que entre Clara Inés Martínez y José Aparicio Rodríguez, existió una sociedad de hecho, surge de las pruebas antes enunciadas que demuestran los elementos configuradores de esa compañía, y no del mero hecho de que estuvieran amancebados. Es decir que el Tribunal no sacó esa conclusión simplemente porque se hubiera probado el concubinato, sino porque la demandada confesó, los testigos lo declararon y los indicios permiten concluir que entre los amantes existió la dicha sociedad de facto.

El censor atribuye al Tribunal, pues, lo que no es obra ni pensamiento de éste. Dice que en la sentencia recurrida se sostiene que basta probar el concubinato para que automáticamente quede demostrada la existencia de una sociedad de hecho entre los amantes. Pero esta no es la conclusión del Tribunal como quiera que él la declaró probada con la confesión contenida en el escrito de contestación a la demanda, con lo declarado por muchos testigos y, finalmente, con prueba de indicios.

Pero aunque la Corte estima que el Tribunal no tuvo como fundamento de su fallo la tesis expuesta por el censor, como ella sí fue planteada por el ad quem, el ataque propicia la exposición de la doctrina jurisprudencial sobre el punto:

a) "Ni el adulterio, ni siquiera el amancebamiento generan por sí solos sociedad de hecho entre los amantes. El desarrollo de su vida sexual bien puede transcurrir, y en muchos casos así sucede, a espaldas de lo que pudiera denominarse la actividad económica individual de cada uno. En veces, concubinario y concubina comulgan únicamente con su vida afectiva. Es decir que, en común, sólo tienen el lecho y la vida de los afectos; pero andan disociados en la actividad económica, en las gestiones que pueden producir lucro, como quiera que esta actividad la ejercen el uno en forma independiente del otro, es decir, por caminos distintos que no conducen a la misma meta. En una palabra no existe en esta esfera propósito de asociación. Como necesariamente no hay lo que la doctrina ha llamado affectio societatis, entre éllos no se forma sociedad de hecho;

b) Pero de la misma manera, nada se opone a que la pareja, fuera de conjugar su vida sexual y de compartir su común destino en el mundo de los afectos, aune sus propósitos, buscando uno y otro un lucro común, en el desarrollo de una actividad económica; sin dependencia el uno del otro, cumplen actividades profesionales, industriales o económicas encaminadas a obtener un lucro común, y soportan por igual las pérdidas en caso de haberlas. Entonces, parcialmente a lo que es la comunidad de vida, su cohabitación, desarrollan una verdadera gestión social que da nacimiento a la comunidad de hecho entre éllos.

Sobre la sociedad conyugal que nace del matrimonio y la de hecho que puede surgir al márgen de las relaciones extramatrimoniales estables, la Corte sentó doctrina en sentencia de 18 de octubre de 1973, aún no publicada, en la que dijo:

"Para que, por ministerio de la ley y por el simple hecho de esa unión, se forme sociedad de bienes entre un hombre y una mujer que se unen para vivir juntos, requiérese, como lo disciplinan los artículos 180 y 1774 del Código Civil, que éllos hayan celebrado, entre sí, matrimonio que produzca efectos civiles; las uniones ma-

trimoniales no tuteladas por la ley, no tienen virtud para crear tal sociedad de bienes entre los consortes. En el caso dicho, entonces, por el solo hecho del matrimonio y sin que los cónyuges lo sepan o lo quieran, y aún contra su voluntad, pues es institución de orden público para cuya derogación no tiene eficacia la voluntad individual o conjunta de los casados, esta sociedad conyugal se contrae entre marido y mujer. Como lo expresa el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que deba liquidarse la dicha sociedad, se considerará que élla ha existido desde el mismo instante en que el matrimonio fue celebrado.

"Perfeccionado pues el matrimonio, simultáneamente con él nace la sociedad que, desde entonces, cuando no se han celebrado capitulaciones matrimoniales, se gobierna por las normas del Título 22 del Libro 4º del Código Civil con las reformas que le introdujo la Ley 28 de 1932.

"Disuelta la sociedad conyugal deberá procederse a su liquidación y aunque uno de los consortes probare que el otro en nada colaboró a la formación del haber social, ambos tendrán derecho igual para que el acervo social líquido se les adjudique por mitades, como expresamente lo establece el artículo 1830 del Código Civil. La demostración de que falta alguno de los elementos constitutivos de todo contrato de compañía, en nada podría modificar la existencia de la sociedad conyugal, pues esta surge ope legis, y no del acuerdo de las voluntades de los casados. Ella se presenta pues como engendrada por el matrimonio sin el cual no puede existir, porque no tiene vida autónoma. Para que cada consorte o consorcio, a la disolución de esa sociedad, pueda reclamar su derecho en élla, le basta con probar que hallábase unido en legítimas nupcias, sin que tenga qué demostrar, además, que existen todos los elementos constitutivos del contrato social cuales son: la affectio societatis, o intención de tomar parte en una empresa común, los aportes recíprocos, y el propósito de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.

"Brota de lo expuesto que la sociedad conyugal es, pues, un efecto propio del matrimonio legítimo, no del hecho de la convivencia o cohabitación de los casados, o una creación de la simple voluntad de éstos.

"Quienes hayan celebrado matrimonio que no produzca aquellos efectos o quienes sin casarse entre sí, se hayan unido para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, aunque convivan bajo un mismo techo y de manera pública y estable, a la manera de los legítimos casados, carecen de derecho para reclamar, fundados únicamente en que existe la unión concubinaria, que se les otorgue participación en las utilidades que su compañero haya obtenido durante el tiempo en que han cohabitado. Ni a la concubina ni al concubinario, por el solo hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes que su amante haya adquirido durante el tiempo en que la unión natural se haya desarrollado.

"El concubinato, pues, no genera por sí ningún tipo de sociedad o de comunidad de bienes entre los concubinarios. La cohabitación, por sí, no da nacimiento a compañía patrimonial.

"Nada se opone, empero, a que se forme una sociedad de hecho entre los concubinarios, cuando paralela a la situación sexual que conviven, se desarrolla, con aportes de ambos, una labor de explotación con fines de lucro, que no tenga objeto o causa ilícitos, en la que los dos participen con el propósito expreso o tácito de repartir entre sí las utilidades que provengan de la gestión. Tampoco se opone a aquello el que los concubinarios, en la actividad lucrativa desarrollan, combinen sus esfuerzos personales buscando también facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares comunes o tengan como precisa finalidad crear una fuente de ingresos predestinados al pago de la erogación que su vida en común demanda, o para la que exija la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, pues en tales fines va implícito el propósito de repartirse los remanentes si los hubiere o el de enjugar entre ambos las pérdidas que resulten de la explotación.

"Como lógica conclusión emerge de lo expuesto, que quienes no están unidos en legítimo matrimonio que produzca efectos civiles, para que puedan tener derecho a participar en las utilidades conseguidas durante el término de la unión, deben pro-

bar que entre ellos existió una verdadera sociedad de hecho; no les basta con acreditar que eran concubinarios.

"Cuando se ha celebrado matrimonio, la sociedad conyugal nace simultáneamente con éste, y no antes ni después, porque es el hecho de las nupcias lo que la genera. En cambio, cuando entre concubinarios existe sociedad de hecho, ningún obstáculo legal se levanta para que la sociedad se haya iniciado aún antes de empezar el concubinato, ni la hay para que surja con posterioridad a la existencia del mismo. Quienes al margen de la ley conviven como marido y mujer, bien pueden formar una sociedad ya regular, ya de hecho, después de estar cohabitando, siempre que tal compañía no tenga por fin continuar el concubinato, fomentarlo o estimularlo, pues, entonces, porque sería ilícita su causa, la sociedad será nula. Y tal situación es clara, porque el concubinato no puede ser elemento constitutivo del contrato social; meramente puede ser un factor circunstancial.

"Resumiendo lo expuesto, se tiene: la sociedad conyugal que, según los artículos 180 y 1774 del Código Civil, se forma entre los consortes por el hecho del matrimonio, no requiere de la concurrencia de ninguno de los elementos tipificadores del contrato social, cuales son: la intención de asociarse o animus contrahendi societatis, los aportes recíprocos y el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resulten de la especulación. Esa sociedad sui generis se contrae, aún contra la voluntad de los casados, por el simple hecho de las nupcias legítimas. En cambio, quienes por fuera del matrimonio se unen para vivir juntos, no por ello contraen sociedad de bienes, la cual, para que se entienda contraída, indispensablemente reclama que entre los concubinarios se haya celebrado pacto expreso con esa finalidad, o que los hechos indiquen certeramente que al margen del desarrollo de su vida sexual o afectiva, los concubinarios realizaban actividades encaminadas a obtener lucro, que tenían el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resultaren de la especulación y que entre ellos existía, en el desempeño de tal trabajo, el ánimo de asociarse.

"La sociedad conyugal, pues, sólo puede existir entre personas que están legítimamente casadas entre sí, aunque después el matrimonio se declare nulo. Ella no se da entre concubinarios. No obstante, entre éstos puede existir sociedad de bienes, creada ya regularmente por el concurso expreso de sus voluntades, o contraída por los hechos. El matrimonio por sí solo, pues, genera aquella sociedad, lo que no acontece con el concubinato, en el cual para que se forme sociedad de bienes entre sus integrantes, se requiere que así lo hayan convenido éstos, expresa o tácitamente.

"Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que por cuanto la vida en común de los amancebados no genera, per se, ni comunidad de bienes ni sociedad de hecho, para declarar la existencia de ésta y que cada concubinario pueda reclamar los derechos que se conceden a quien tiene la calidad de socio, se exige que quien alega su existencia aduzca la prueba idónea que permita al fallador, en tal caso, 'distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos'. (G. J., XLII, 479, LVI, 333, LXIII, 21; LXXVI, 485, LXXVII, 158, XC, 560; XCIV, 36, entre otras)".

Por lo expuesto el cargo final no prospera.

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 de 17 de octubre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Clemencia Rodríguez Sánchez frente a Clara Inés Martínez de Rodríguez.

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

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General

FILIACION NATURAL

Caducidad de las acciones patrimoniales en el caso de muerte presunta del padre.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Decídense los recursos de casación interpuestos por la demandante y por algunos de los demandados contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de Blanca Imelda Peña de Alvarez contra Socorro Jaime de Dallos, Efraín de Jesús Dallos Córdoba, Víctor Julio Dallos Córdoba, César Hermes Perea Dallos, Elcida Leonor Perea Dallos, Ana Alix Perea Dallos, Guillermo Alfredo Perea Dallos, María Angelina Perea Dallos, Elisa Margarita Perea Dallos, Juan Crisóstomo Dallos Boada, Luis Alberto Dallos Boada, Gloria Nair Dallos Boada, Dilia Zoraida Dallos Boada, Jorge Enrique Dallos Boada, Myriam Inés Dallos Boada de Ramírez y Melba Lucero Dallos Boada, esta última menor adulta, representada por su madre María Inés Boada viuda de Dallos, todos ellos en su condición de herederos de Abelardo de Jesús Dallos Córdoba, excepto la primeramente nombrada, a quien se demanda como cónyuge sobreviviente.

I

Antecedentes

1. Se inició el proceso con libelo en que se suplican las declaraciones siguientes:

Primera. La demandante es hija natural de Abelardo de Jesús Dallos Córdoba, de lo cual debe tomarse razón en el registro del estado civil;

Segunda. En consecuencia, tiene derecho de heredar a su padre en concurrencia con la cónyuge sobreviviente;

Tercera. Los demandados deben restituir a la demandante todos los bienes "que les hayan podido ser adjudicados en su condición de presuntos herederos del señor Abelardo de Jesús Dallos Córdoba";

Cuarta. Si los demandados se oponen temerariamente a la demanda, deben ser condenados en costas.

2. Se fundan estas pretensiones en hechos que pueden resumirse así:

1º Blanca Imelda Peña de Alvarez nació el 25 de febrero de 1934 y es hija natural de Helena Peña, como consta en su partida de bautismo;

2º El 7 de diciembre de 1936, Abelardo de Jesús Dallos Córdoba contrajo matrimonio católico con Socorro Jaime Mojica, unión de la cual no hubo ninguna descendencia;

3º La demandante es hija natural de Abelardo de Jesús Dallos Córdoba, en virtud de escritos que de él provienen y que son contentivos de confesión inequívoca de paternidad, cuales son algunas de sus declaraciones de renta y patrimonio;

4º Esta filiación se demuestra también mediante la posesión notoria del estado civil, como quiera que el padre trató a la hija como tal ante sus deudos, amigos y el vecindario en general durante más de diez años continuos;

5º "El señor Abelardo de Jesús Dallos Córdoba fue declarado muerto presuntamente por desaparecimiento, con fecha 24 de octubre de 1965, mediante sentencia de 20 de mayo de 1968, proferida por el señor Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá; la defunción fue inscrita en el Registro Civil el día 19 de mayo de 1971 por orden del

mismo Juzgado, mediante despacho número 94 de 16 de mayo de 1971 y, en cumplimiento de lo dispuesto en sentencias del Juzgado Séptimo Civil del Circuito —18 de noviembre de 1969— y del honorable Tribunal Superior de Bogotá —23 de julio de 1970—, para los efectos de los artículos 106 y 107 del Decreto 1260 de 1970";

6º "Por sentencias del Juzgado Séptimo Civil del Circuito —noviembre 18 de 1969— y del honorable Tribunal Superior de Bogotá —julio 23 de 1970—, fueron reconocidos los demandados como herederos presuntivos del señor Abelardo de Jesús Dallos Córdoba y les fue concedida la posesión definitiva de sus bienes".

3. En las respuestas a la demanda se aceptan como ciertos algunos de los hechos, pero se afirma no tener constancia de los relativos a la filiación natural, y se manifiesta oposición a las súplicas que aquélla contiene.

4. Varios de los demandados propusieron, como excepción previa, la de caducidad o prescripción de la acción de petición de herencia, y otros invocaron además, con el mismo carácter, la de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones. Ambos medios defensivos fueron negados por el Juez, por ser prematuros y no poder resolverse sino en la sentencia, decisión que confirmó el Tribunal.

5. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá dictó fallo en que acogió favorablemente todas las súplicas de la demanda, con costas a cargo de los demandados.

6. El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a quien correspondió conocer del recurso de alzada interpuesto por la parte desfavorecida, decidió:

"1º Confirmar los numerales 1º y 2º del fallo apelado.

"2º Revocar los numerales 3º, 4º, 5º y 6º del mismo fallo y en su lugar se dispone que la declaración judicial de filiación natural obtenida por Blanca Imelda Peña como hija natural de Abelardo de Jesús Dallos Córdoba, no produce efectos patrimoniales respecto de los demandados, a quienes por tanto se absuelve de las súplicas segunda y tercera de la demanda.

"3º El 50% de las costas en primera y segunda instancia serán a cargo de la parte demandada".

II

Motivación de la sentencia impugnada.

Divide el Tribunal la parte considerativa de su fallo en tres capítulos: "la filiación", "los efectos patrimoniales de la demanda de declaratoria de filiación" y "los efectos de la declaratoria judicial de presunción de muerte por desaparecimiento".

A. La filiación

1. Sobre este punto, se limita el Tribunal al estudio de la causal provista por el ordinal 3º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, es a saber, la existencia de escrito del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

2. Refiriéndose a las declaraciones de renta de Abelardo de Jesús Dallos Córdoba que en la demanda se invocan como escritos contentivos de tal especie de confesión, observa el fallador que la jurisprudencia de la Corte, conforme a la cual esos documentos no servían de prueba de la filiación natural cuando el declarante incluía en ellos al hijo como persona a su cargo, fue cambiada por la propia corporación mediante sentencias de esta Sala fechadas el 8 de julio de 1970 y el 9 de noviembre de 1971, algunos de cuyos apartes transcribe, en especial aquel en que se reproduce el texto del parágrafo del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, que a la letra dice: "El Juez podrá también en todos estos juicios pedir que la respectiva administración o recaudación de hacienda nacional certifique si en la declaración de renta del presunto padre hay constancia de que el hijo o la madre o ambos han figurado como personas a cargo del contribuyente". Agrega el Tribunal que "el recto entendimiento de tal norma no es otro que permitir acreditar, mediante certificado, la existencia de la declaración de renta, obviamente escrita, como contentiva y configurativa de la referida confesión cuando en ella hay constancia de que el hijo ha figurado en ese carácter y como persona a cargo del contribuyente".

3. En seguida observa que en la inspección judicial practicada en la primera instancia "se encontraron y transcribieron varias certificaciones de la Administración

de Impuestos Nacionales de Bogotá que acreditan que en las declaraciones de renta y patrimonio por los años gravables de 1958 a 1962, Abelardo Dallos Córdoba solicitó exención 'por su hija Blanca Dallos como persona a su cargo' (folios 6 a 10 cuaderno 4)".

4. Advierte luego que a esta confesión de paternidad le atribuye la parte demandada un carácter equívoco, porque no hay prueba de que Blanca Dallos y Blanca Imelda Peña sean una misma persona.

Pero afirma que, a su juicio, la duda planteada por los demandados se deshace si se toman en consideración las siguientes circunstancias que se derivan del acervo probatorio:

a) Está demostrado por confesión de los demandados que del matrimonio de Abelardo Dallos con Socorro Jaime no hubo descendencia. Luego Blanca Dallos no puede ser hija legítima de Abelardo, sino "extramatrimonial o natural";

b) "El hecho de que Abelardo Dallos declare a su hija Blanca como persona a cargo y le asigne el apellido Dallos y no Peña, que es el de la madre natural de la demandante, es precisamente indicativo de que Abelardo en forma expresa le reconocía carácter de hija y consecuencialmente le daba su apellido en las referidas declaraciones de renta. El equívoco existiría si en tales declaraciones no hubiera figurado el apellido del padre ni el de la madre";

c) Los testigos Ana Elvira Duarte, Concepción Arévalo de Lozano, Estrella Aparicio de Porras, Antonio Porras Cristancho, Saturia Lima de Coronado, Josefina Bernal viuda de Barriga y la propia cónyuge sobreviviente, Socorro Jaime viuda de Dallos, entre otros, dan fe de que Abelardo llamaba públicamente "hija" a Blanca Imelda, lo cual disipa "toda duda respecto de que la demandante y pretendida hija natural de Abelardo Dallos, Blanca Imelda Peña, es la misma persona a quien éste, denominándola Blanca Dallos, hizo figurar como hija suya en sus declaraciones escritas de renta de 1958 a 1962".

B. Los efectos patrimoniales de la demanda de declaratoria de filiación

1. Dice el Tribunal que, en cuanto toca con este aspecto del debate, el Juez sostuvo la tesis de que el término de dos años de caducidad de las acciones de orden patrimonial, establecido por el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no rige para los hijos naturales cuyo padre haya fallecido con anterioridad a la vigencia de tal estatuto legal, por cuanto esos hijos tenían a la sazón un derecho adquirido para invocar su estado frente a los herederos de su presunto padre.

El Tribunal considera que es impropio hablar de derecho adquirido en este caso, pero advierte que, aunque lo hubiera, sería forzoso aplicar la disposición del artículo 25 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

2. A continuación se ocupa el sentenciador de segundo grado en el punto de cómo deben computarse los dos años de caducidad cuando el presunto padre ha fallecido con anterioridad a la vigencia de la Ley 75 de 1968, problema que suscita la circunstancia de que su artículo 10 dispone que ese plazo debe contarse a partir de la defunción del presunto padre.

Sostiene que en esta hipótesis el término debe computarse, no desde la fecha en que el padre haya muerto, sino desde el momento en que la citada Ley 75 comenzó a regir, esto es, desde el 1º de marzo de 1969. Y en abono de esta conclusión, transcribe los apartes pertinentes de la sentencia del 5 de abril de 1973, dictada por esta misma Sala de la Corte.

Finalmente expresa: "Concluyese de lo expuesto que para el Tribunal es aplicable el término previsto en el último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 aún en caso de que la defunción del presunto padre hubiere ocurrido antes del imperio de dicha ley, hipótesis en la cual dicho término sólo comenzará a correr a partir de la vigencia de la nueva regulación".

C. Los efectos de la declaratoria judicial de presunción de muerte por desaparecimiento

1. Comienza el Tribunal anotando que el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia del 20 de mayo

de 1968, decretó la muerte presunta, por desaparecimiento, de Abelardo de Jesús Dallos Córdoba, fijando como fecha de la defunción el 24 de octubre de 1965. Agrega que, conforme al ordinal 5º del artículo 97 del Código Civil, esta sentencia fue publicada en el Diario Oficial del 5 de julio de 1968, Nº 32542. Y concluye que desde la fecha de esta publicación, produjo efectos contra terceros, entre ellos la demandante, por lo cual el plazo hábil para que ésta introdujera su demanda y la hiciera notificar a los sucesores de Dallos Córdoba se inició el 1º de marzo de 1969, por las razones expuestas en el capítulo anterior y expiró el 28 de febrero de 1971.

De este razonamiento deduce que "la filiación natural en estudio no puede producir efectos patrimoniales", puesto que la demanda con que se inició el proceso fue presentada el 16 de diciembre de 1971 y la notificación de todos los demandados se consumó el 12 de febrero de 1972, o sea más de dos años después de que la Ley 75 de 1968 entró en vigencia.

2. Dice luego el sentenciador:

"Alega la parte demandante que, por haber sido un tercero en relación con el proceso en donde se decretó la muerte presuntiva del pretendido padre natural, y para efecto de computar el plazo bienal de que trata el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no debe tenerse en cuenta ni la fecha de la muerte presunta, ni la de la sentencia respectiva, sino la de su inscripción en el registro civil, acto que se cumplió el 19 de mayo de 1971 (folio 25 cuaderno 1), o a lo sumo la del fallo del Tribunal de Bogotá que decretó en favor de los demandados la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, sentencia que lleva fecha 23 de julio de 1970, para deducir de todo lo anterior que la demanda de filiación, entablada el 16 de diciembre de 1971 y notificada cabalmente el 12 de febrero de 1972 (folios 52 a 53 cuaderno 1), sí fue notificada dentro del preclusivo término de dos años en orden a producir efectos patrimoniales".

"A intento de fundamentar esta posición, argumenta en síntesis lo siguiente:

"a) Que la sentencia que declaró presuntivamente muerto a Dallos es inoponible a terceros como lo es la demandante, por no haberse cumplido con el requisito de su registro de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2652 y 2673 del Código Civil;

"b) Que aun cuando el Decreto legislativo 1260 del 27 de julio de 1970 suprimió el requisito de registro o inscripción de sentencias que no versaren sobre inmuebles, a lo sumo desde la vigencia de dicho decreto comenzó a correr el plazo bienal en discusión, motivo por el cual la actual demanda, notificada dentro de los dos años a contar de la referida vigencia, sí produce efectos patrimoniales;

"c) Que por tratarse de un 'hecho' relacionado con el estado civil, ha debido inscribirse en el correspondiente registro a términos del artículo 18 de la Ley 92 de 1938;

"d) Que el Decreto legislativo 1260 de 1970, al disponer que ninguno de los hechos, actos y providencias relativas al estado civil y sujetos a registro hace fe en proceso o surte efecto respecto de terceros sino desde la fecha del registro o inscripción, solamente a partir de tal inscripción, cumplida el 19 de mayo de 1971, vino a ser oponible a la demandante, en su calidad de tercero, la muerte presuntiva de Abelardo Dallos;

"e) Que aún suponiendo que la sentencia de declaratoria de muerte presunta del pretendido padre fuera oponible a terceros sin necesidad de registro, los dos años de que trata el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 sólo comenzarían a contarse desde cuando quedó en firme el decreto de posesión definitiva de sus bienes, al tenor del artículo 106 del Código Civil, norma que aún cuando fue derogada a partir del 1º de julio de 1971, ya durante su vigencia estaba corriendo el término bienal en referencia, lo cual hace que dicho término deba respetarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil".

Y para refutar estos argumentos de la demandante, expresa el Tribunal:

"a) y b) No debe olvidarse que el objeto del registro o inscripción de instrumentos públicos, y por analogía de decisiones judiciales, cuando no son causa de tradición o mutación del dominio o de otros derechos reales sobre bienes raíces, o de imposición de gravámenes o limitaciones sobre dichos bienes, no es otro que el de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deban

registrarse (ordinal 3º artículo 2637 del C. C.). El objeto de dar publicidad mediante el registro sólo se refiere al estado o situación de la propiedad inmueble (ordinal 2º ibídem).

"La publicación de la sentencia que declaró la muerte presuntiva se efectuó de conformidad con las normas específicas para esa clase de declaración, normas que prevalecen, en razón precisa de su especialidad, sobre las generales que determinan indiscriminadamente los efectos y finalidades del registro.

"De otra parte, la eliminación del requisito del registro o inscripción de sentencias como la que se comenta, contenida en el Decreto 1260 de 1970, produjo el efecto de desvirtuar, por sustracción de materia, los argumentos de la demandante sobre el particular, máxime si, como se repite, la ley estableció unas y determinadas condiciones o formalidades para la viabilidad de la declaratoria judicial de presunción de muerte por desaparecimiento (Art. 97 C. C.), y contra su cabal cumplimiento en este proceso no se ha hecho reparo alguno;

"c) y d) La inscripción en el registro civil prescrituada por el artículo 18 de la Ley 92 de 1938, tiene por único objeto darle carácter de prueba principal a las copias auténticas de las respectivas partidas del estado civil así registradas. Pero tales partidas no configuran prueba única y concluyente, pues a falta de ellas puede acudirse a otros documentos auténticos (Art. 19 ibídem).

"Y como la sentencia de declaratoria de presunción de muerte no sólo reviste ese carácter sino que por sí misma configura autónomamente un acto relativo al estado civil, su falta de registro no le aminora efecto alguno, y estando debidamente publicada, su posterior inscripción en el registro civil, cumplida el 19 de mayo de 1971, no desplaza para esa fecha su conocimiento o noticia a terceros;

"e) Sobre el particular basta observar que el Decreto 1260 de 1970 comenzó a regir con posterioridad a la sentencia que decretó la muerte presuntiva del desaparecido Dallos y por tanto su imperio cobija tan sólo, conforme a elementales normas de hermenéutica, los hechos, actos y providencias relativos al estado civil que se produzcan durante, pero no antes, de su vigencia. De otra manera hubiera sido indispensable registrar 'ex post facto' todas las sentencias que hicieran relación al estado civil y que se hubieran producido antes de entrar a regir la disposición en comentario;

"f) En cuanto a la aplicación del artículo 106 del Código Civil en orden a que tan sólo a partir del decreto de posesión definitiva de los bienes del ausente declarado presuntamente muerto, a lo sumo tal disposición, por demás derogada cuando se entabló el presente debate de filiación natural y de petición de herencia, vendría a relacionarse con esta última pretensión".

III

Las demandas de casación

Porque la lógica indica que antes de examinar lo que concierne a la petición de herencia es preciso estudiar lo que atañe a la filiación natural, la Sala considerará las dos demandas en orden inverso al en que fueron presentadas, o sea: primero, la de algunos de los demandados, y luego, la de la parte demandante.

A. La demanda de César Hermes Peras Dallos y otros herederos

Dos cargos se formulan en ella, ambos por la primera causal. Serán examinados y decididos conjuntamente.

Primer cargo

Se formula así: Violación indirecta de "los artículos 1º de la Ley 45 de 1936 y 6º de la Ley 75 de 1968, especialmente el ordinal 3º, por aplicación indebida, proveniente de error de derecho en la apreciación de la prueba".

Los errores que por este cargo se imputan al Tribunal se refieren a "las certificaciones copiadas en la inspección judicial del 25 de octubre de 1972 (cuaderno 2º, fls. 8 a 10), tenidas como escritos emanados del presunto padre".

La censura estima que tales pruebas fueron traídas al proceso en contravención a lo dispuesto por los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil; trasladadas de otro proceso en que no fueron

parte los demandados en éste, contra lo prescrito por el 185 ibidem; expedidas en forma irregular, no por los cauces que se trazan en "los artículos 2º del Decreto-ley 1651, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 134 de la Ley 81 de 1960 y 7º de la Ley 75 de 1968, en su parágrafo"; incompletas por falta de fechas, formalidad exigida por el artículo 264 del citado código; no controvertidas, o sea carentes de requisito esencial establecido por el 183 de la misma obra, y otorgadas por funcionario que no aparece ser el competente (artículos 251, 262 y 264 ibídem).

Segundo cargo

Se lo hace consistir en la violación indirecta de "los artículos 1º de la Ley 45 de 1936 y 6º de la Ley 75 de 1968, especialmente ordinal 3º, por aplicación indebida, proveniente de error de hecho que aparece de modo manifiesto en el proceso, en la apreciación de certificaciones y testimonios, y de error de derecho en la consideración de una declaración de parte".

a) Alegan los recurrentes, como errores de hecho, que las certificaciones que sirvieron de base a la declaración de filiación por la causal 3ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, están lejos de contener confesión inequívoca de que la demandante es hija natural de Abelardo Dallos Córdoba, como quiera que se refieren a exención tributaria por Blanca Dallos como hija a cargo del contribuyente y no a Blanca Imelda Peña, quien, para la época en que fueron presentadas las declaraciones de renta del supuesto padre, hacía años que era mayor de edad y era persona casada, lo que hace inverosímil la identidad entre tales dos personas.

Y por lo que toca con las declaraciones testimoniales que invocó el Tribunal como pruebas aclaratorias de esa pretendida identidad, estiman los impugnadores que en realidad nada aclaran sobre el particular, puesto que los hechos de que dan cuenta no ocurrieron en ninguno de los años a que se refieren las declaraciones de renta y patrimonio de Dallos Córdoba;

b) El error de derecho que en este cargo se invoca dice relación a la declaración de parte rendida por Socorro Jaime vda. de Dallos en otro proceso en que no fueron parte los demandados en éste y, por lo tanto, aceptada como prueba por el Tribunal en contravención a lo dispuesto por los artículos 174 y 185 del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte

1. Sea lo primero poner de presente un hecho de suma trascendencia para el estudio de estos dos cargos; la parte demandante solicitó en la debida oportunidad procesal una inspección judicial de las declaraciones de renta y patrimonio de Abelardo Dallos Córdoba (folio 50 del cuaderno número 1), prueba que, a pesar de haber sido decretada por el juez en la primera instancia, no pudo practicarse porque la Administración de Impuestos Nacionales informó que los documentos materia de la inspección ordenada "fueron ya incinerados" (folio 37 del cuaderno número 5).

A esta circunstancia adversa obedeció el hecho de que la demandante se hubiera visto obligada a solicitar que se copiaran, dentro de la inspección judicial que se practicó al proceso ordinario anterior, las certificaciones que acerca de dichas declaraciones de renta había alcanzado a expedir la División de Impuestos Nacionales en fechas necesariamente anteriores a la incineración de esos documentos.

El Código de Procedimiento Civil ordena apreciar las pruebas "de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos" (artículo 187). Comoquiera que aquí no se trata de demostrar la existencia o la validez de un acto solemne, para cuya formación se requiere solemnidad especial exigida por la ley, sino de acreditar que un determinado contribuyente solicitó exención de su hija como persona a cargo suyo, el principio fundamental de que las certificaciones en que tal hecho consta deben ser apreciadas únicamente conforme a las reglas de la sana crítica, cobra pleno vigor.

2. Sobre estas premisas, pasa la Sala a considerar los errores de derecho que en su

primer cargo imputan los recurrentes al Tribunal, los que serán estudiados en su orden:

a) El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil dispone que las pruebas deben allegarse al proceso "regular y oportunamente", y el 183, que para que el juez pueda apreciarlas es necesario que hayan sido solicitadas, practicadas e incorporadas a los autos "dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código".

Las certificaciones que se impugnan fueron allegadas al proceso dentro de una inspección judicial, o sea en conformidad con el ordinal 3º del artículo 246 del citado código. Y esa inspección fue pedida y practicada regular y oportunamente, dentro del término probatorio;

b) El artículo 195 ordena apreciar como pruebas en un proceso las trasladadas de otro, si en éste se practicaron con audiencia de la parte contra la cual se esgrimen.

Estima la Sala que esta disposición del código no puede insoirarse en motivo distinto del principio de la contradicción de la prueba, o sea el que exige que ésta pueda ser objetada y controvertida por la parte a quien se opone. Las certificaciones a que el cargo se refiere fueron trasladadas y copiadas en la inspección judicial del 25 de octubre de 1972, con audiencia de los recurrentes; por lo tanto, se observó a plenitud el citado principio, y nada hubiera impedido que éstos tacharan esos documentos por falsedad, adulteración u otra causa cualquiera, lo que no hicieron;

c) Que la ley autorice al juez para pedir a la correspondiente administración de impuestos certificaciones sobre si en las declaraciones de renta y patrimonio del presunto padre figura el hijo o la hija como persona a cargo del contribuyente (parágrafo del artículo 7º de la Ley 75 de 1968), no excluye que tales certificaciones sean expedidas a solicitud de particulares, en cuanto su contenido sea auténtico y verídico, lo cual se presume y es lo que cuenta para que se las pueda apreciar como pruebas.

Los recurrentes no pretenden que las certificaciones copiadas en la inspección judicial carezcan de autenticidad y veracidad. Se limitan a atacar el origen de la prueba, lo cual resta toda importancia a su impugnación, a más de constituir medio nuevo para los efectos del recurso extraordinario, porque el reparo no se hizo ni se consideró en el término probatorio de instancia;

d) Tacha también la censura esas certificaciones por falta de fechas, e invoca en su apoyo la disposición del artículo 264 del código, cuyo inciso primero reza así: "Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza".

Conforme a este artículo, las certificaciones de que se viene hablando prueban la verdad de su otorgamiento y la de las declaraciones que en ellas se contienen. En cuanto a sus fechas, debe tenerse en cuenta la disposición del artículo 280 del código, conforme a la cual el instrumento privado, y con tanto mayor razón el público, hace fe respecto de terceros desde la fecha "en que conste haberse aportado a un proceso", lo que viene a significar que las certificaciones impugnadas comenzaron a tener plenos efectos en frente de los recurrentes a partir de la fecha en que fueron copiadas durante la inspección judicial. Desde entonces, el contenido de esos instrumentos fue oponible a los impugnadores;

e) Alegan éstos que las certificaciones no fueron controvertidas, o sea que carecen del requisito legal de la contradicción que por el artículo 183 se menciona. Mas ya quedó explicado cómo fueron allegadas al proceso en el curso de una inspección judicial, con expresa autorización de la ley, y cómo entonces, o después, hubieran podido ser atacadas o controvertidas por la parte contra la cual se esgrimieron;

f) Se objetan además esos instrumentos por cuanto fueron otorgados por funcionarios de cuya competencia para expedirlos no hay constancia, lo que de acuerdo con los artículos 251, 262 y 264 impedía tenerlos como prueba. Mas la Sala estima que era a los recurrentes a quienes carrespondía demostrar esa pretendida incompetencia, pues este extremo no aparece de la simple lectura de las certificaciones;

g) Finalmente, la parte recurrente ataca las certificaciones como si se tratara de prueba documental trasladada de otro proceso a éste, cuando la verdad es que se

trata de cosas percibidas directamente por el juez en el curso de una inspección judicial y que, por lo tanto, forman parte de la diligencia y así han de ser apreciadas.

Los errores de derecho que por este cargo se invocan no fueron, pues, demostrados.

2. La circunstancia de que los documentos emanados de la Administración de Impuestos Nacionales se refieran a solicitudes de exención, contenidas en las declaraciones de renta de Abelardo Dallos Córdoba de 1958 a 1962, "por su hija Blanca Dallos (se subraya) como persona a su cargo" y no por Blanca Imelda Peña, no configura el error de hecho que por este aspecto imputan los recurrentes al Tribunal.

Sobre el particular, los dos primeros argumentos contenidos en la sentencia acusada son concluyentes: 1º Blanca Dallos no puede ser hija legítima de un matrimonio que jamás tuvo descendencia. 2º Declarar como hija a Blanca, dándole el apellido Dallos, que era el del declarante, es hecho indicativo de reconocimiento inequívoco de filiación.

Cabe agregar que la circunstancia de ser la demandante mayor de edad y casada por la época a que corresponden las declaraciones de renta en que el padre la denunció como persona a su cargo, no le suprime eficacia probatoria a las certificaciones de la Administración de Impuestos. El contribuyente pudo afirmar, como hecho no ajustado a la realidad, que Blanca estuviera a su cargo; pero esto no implica que tampoco fuera cierto que Blanca era su hija. Lo segundo no depende de lo primero, aunque sí a la inversa.

De todos modos, la interpretación que de estos hechos hizo el Tribunal estaría bien lejos de implicar una contraevidencia palmaria, por lo cual no se configura el tipo de yerro de facto necesario para que el cargo pudiera prosperar.

Finalmente, las declaraciones testimoniales que el Tribunal invocó para reforzar su conclusión de que Blanca Dallos y Blanca Peña son una misma persona, no afectan el soporte de aquélla, a la cual llegó como queda visto, por otras vías enteramente conducentes.

3. En cuanto toca con el error de derecho consistente en haber tenido el Tribunal como prueba las posiciones absueltas por Socorro Jaime viuda de Dallos en otro proceso en que los recurrentes no fueron parte, contra lo dispuesto por los artículos 174 y 185 del Código, se advierte que, además de que con ello no se violó el principio de contradicción de la prueba, por las mismas razones explicadas al estudiar los errores de derecho invocados en el primer cargo, la confesión de la cónyuge sobreviviente, que sí es parte en este litigio, sirvió al Tribunal apenas de elemento coadyuvante y meramente complementario para sentar sus conclusiones sobre la filiación natural de la demandante.

Por lo expuesto, ninguno de estos cargos prospera.

B. La demanda de Blanca Imelda Peña de Alvarez

Contiene tres cargos, todos ellos por la primera causal. La Sala se limitará al estudio del tercero, que encuentra demostrado.

Tercer cargo

Lo plantea la recurrente de esta manera: violación directa, por falta de aplicación, del artículo 106 del Código Civil, y consiguientemente de los artículos 20 de la Ley 45 de 1936 y 1321, 1322 y 1323 de dicho Código, por los mismos conceptos indicados en los cargos anteriores.

La impugnación se sustenta en estos argumentos:

a) La disposición aplicable al caso no era la del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, que se refiere al evento de que la muerte del presunto padre natural sea un hecho cierto, sino la del 105 del Código Civil, "cuya aplicación es imperativa cuando la muerte no es cierta, sino PRESUNTA";

b) El artículo 106 del Código Civil fue derogado expresamente por el 698 del de Procedimiento Civil, que entró a regir el 1º de julio de 1971. Luego aquel artículo estaba vigente cuando se decretó la posesión efectiva de los bienes de Abelardo Dallos Córdoba (providencia del 23 de julio de 1970, ejecutoriada el 27 de marzo de 1971) y, por lo tanto, alcanzó a producir la plenitud de sus efectos en relación con esa posesión efectiva;

c) El Tribunal se limitó a decir que el artículo 106 había perdido su vigencia y, por ello, no lo aplicó al caso, quebrantándolo directamente y violando como secuela las demás disposiciones sustanciales invocadas.

Consideraciones de la Corte

1. Por lo que toca con las consecuencias patrimoniales de la declaración de filiación natural, la sentencia acusada se apoya en la disposición del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, cuyo inciso final es del siguiente tenor: "La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción" (subraya la Sala).

Cuando el legislador redactó este texto legal, fijando tan estrecho plazo para el ejercicio de las acciones de contenido patrimonial que se deriven de la declaración de filiación natural, entre ellas señaladamente la de petición de herencia, no tuvo en mente que el Derecho Civil reconoce dos especies de defunciones: la natural y la presuntiva.

En el caso de que el padre fallezca de muerte natural, la disposición transcrita no ofrece la menor dificultad para ser aplicada: el hijo tiene dos años para ejercer las pretensiones de orden económico que del reconocimiento judicial de su calidad se deriven, vencidos los cuales esas pretensiones caducan.

No así en el evento de que la muerte sea presuntiva, esto es, declarada como consecuencia del desaparecimiento del padre. Porque entonces se presenta situación de tal naturaleza que, si no se la entiende correctamente, haría imposible en toda hipótesis el ejercicio de las acciones de contenido patrimonial que de la declaración de filiación se derivan, imprimiendo a tal declaración un carácter puramente platónico y, por tanto, jurídicamente inútil e intrascendente.

En efecto: el procedimiento que conforme a los artículos 96 y siguientes del Código Civil debe seguirse para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento, que fue el que se siguió respecto de Abelardo Dallos Córdoba, exige que esa declaración se haga por el Juez pasados "dos años sin haberse tenido noticias del ausente" (inciso primero del artículo 97), caso en el cual debe fijarse "como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias" (ordinal 6º ibídem). Se añade en el artículo que "transcurridos dos años más desde la misma fecha (la de la muerte presuntiva), concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido".

Los efectos del decreto de posesión provisoria eran limitados y estaban taxativamente previstos por el artículo 99, que decía así: "En virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere, con el desaparecido: se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisoria a los herederos presuntivos..."

El artículo 105 expresaba que "Si pasados cuatro años después de decretada la posesión provisoria, no se hubiere presentado el desaparecido, o no se tuvieren noticias que motivaren la distribución de sus bienes según las reglas generales, se decretará la posesión definitiva y se cancelarán las cauciones".

Finalmente, por el artículo 106 estaba dispuesto lo que sigue: "Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte" (subrayó la Sala).

2. De todas estas disposiciones legales, que fueron las aplicables al caso del desaparecimiento de Dallos Córdoba, se desprenden las conclusiones siguientes:

a) La fecha de la muerte presunta debía ser fijada por el Juez —y aún hoy debe serlo— para el último día del segundo año siguiente al de las últimas noticias relativas al ausente;

b) La posesión provisoria sólo podía ser decretada dos años después de la fecha de la muerte presuntiva;

c) La posesión definitiva, salvo excepciones legales, únicamente podía serlo cua-

tro años después de decretada la provisoria;

d) Los derechos subordinados al evento de la muerte del desaparecido, comenzaban a ser ejercitables a partir del decreto de posesión definitiva (artículo 106, citado).

3. Si el artículo 19 de la Ley 75 de 1968 se entendiera en el sentido de que los dos años de caducidad que por él se establecen comienzan a contarse desde la fecha de la muerte presuntiva, se infringiría abiertamente la disposición del 106 del Código Civil, cuyo muy claro texto expresaba que sólo al decretarse la posesión definitiva "todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte". Porque entre la muerte presuntiva y el decreto de posesión efectiva mediaban obligadamente ocho años, por lo menos. De lo cual se desprende sin lugar a duda que la caducidad de las acciones patrimoniales, fijada por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968 para tener lugar dos años después de "la defunción", sólo podía consumarse, cuando la muerte no era natural sino presuntiva, al vencimiento de ese término contado a partir del decreto de posesión efectiva, no desde la fecha de la muerte presuntiva.

De todo lo dicho resulta que el Tribunal, en vez de aplicar el artículo 19 de la Ley 75, debió aplicar el 106 del Código Civil, puesto que no se trataba de muerte natural sino presuntiva. Mas no aplicó este último, infringiéndolo consiguientemente por falta de aplicación, reparo que constituye precisamente el contenido del cargo que se estudia.

A consecuencia de este quebranto, el sentenciador de segundo grado dejó de aplicar las disposiciones sustanciales que gobiernan la vocación hereditaria de la demandante y la acción de petición de herencia, puesto que, como lo advierte la parte recurrente, contado el término de caducidad desde la fecha en que debió contarse, sus pretensiones de orden patrimonial estaban en plena vigencia cuando la demanda fue notificada a todos los demandados.

El cargo, de consiguiente, prospera.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia materia del recurso extraordinario, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso, y en su lugar procediendo como fallador de segunda instancia, Confirma en todas sus partes la dictada por el Juez Octavo Civil de este Circuito con fecha 14 de abril de 1973.

Las costas de la segunda instancia serán sufragadas por los demandados que interpusieron el recurso de apelación, y las de la actuación ante la Corte, por los demandados que recurrieron ante ella.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

INCAPACIDAD POR DEMENCIA SENIL

Medio nuevo en casación. — Efectos de la nulidad para las restituciones por parte del incapaz.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

1. Guillermo y Germán Gerardo Osorio Vallejo demandaron por la vía ordinaria a Lucía Osorio de Ruiz para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que es simulado el contrato de compraventa que dieron haber celebrado la demandada y María Valvanera Vallejo de Osorio mediante Escritura 1699 otorgada el 18 de octubre de 1964 en la Notaría Primera de Pereira, "por cuanto la vendedora no tuvo intención alguna de vender ni la compradora de comprar o adquirir por ese título los bienes a que se refiere este instrumento";

b) Que en subsidio se decrete la nulidad por falta de capacidad de parte de la vendedora Vallejo de Osorio del contrato de compraventa mencionado en el punto anterior;

c) Y en subsidio también, que se declare la nulidad de la referida escritura, desde el punto de vista formal, por la omisión de requisitos esenciales para su validez en que se incurrió al otorgarla;

d) Como súplicas comunes, se pidió que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las anteriores, se ordenase la cancelación del registro de la mencionada Escritura 1699 e igualmente que se condenase a la demandada a restituir "junto con sus frutos correspondientes al tiempo en que la demandada los tenga, desde la fecha de ese instrumento, purificados de hipoteca y demás derechos reales que haya constituido sobre ellos los bienes mencionados en dicha escritura", restitución que debe hacerse a favor "de la masa herencial de la señora Valvanera Vallejo de Osorio, cuyo proceso sucesorio cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito, y la cual está representado por sus herederos".

2. A manera de fundamento de hecho de las antedichas súplicas expusieron los demandantes lo que en seguida se resume:

a) María Valvanera Vallejo, viuda de Alejandro Osorio, de cuyo matrimonio nacieron entre otros los demandantes y la demandada, falleció en Pereira el 24 de diciembre de 1974;

b) El patrimonio de la causante estaba integrado por dos inmuebles rurales ubicados en jurisdicción del Municipio de Pereira, denominados "Las Mercedes" y "El Porvenir", cuyos linderos se describen en el libelo;

c) "La señora Valvanera Vallejo persona valetudinaria y atacada de esclerosis senil, administraba su predios mediante contratos de aparcería" que celebraban en su nombre los encargados de manejarlos;

d) Las mejoras existentes en las fincas atrás mencionadas pertenecían a la propietaria de la misma, ya por haberlas adquirido al comprarlos, ora por haber sido plantadas por ella a través de trabajadores a su servicio y con el producto de préstamos obtenidos de la Caja Agraria y del Comité de Cafeteros;

e) La demandada al quedar viuda y carente de bienes de fortuna, se acogió al abrigo de su anciana madre y figuraba como persona a cargo de ésta en las respectivas declaraciones de renta y patrimonio;

f) La demandada, aprovechando el estado de completa invalidez e inconsciencia en que se encontraba Valvanera, se hizo

transferir de ésta en forma simulada, mediante la escritura que se impugna, las dos fincas rurales allí descritas, pero es lo cierto que no pagó el precio que en ella se indica y además que no corresponde a la realidad que la aparente compradora de tales fincas fuese la dueña de todas las mejoras en ellas existentes;

g) "De otra parte, la supuesta vendedora... no rogó a un fantasmagórico señor Miguel Salvador García Martínez, para que firme la escritura dado su estado de inconsciencia", porque no estaba en condiciones de rogar a nadie, y por otra parte, no se dio cumplimiento a lo dispuesto para esos casos, esto es para cuando el otorgante de una escritura no sabe firmar, por el artículo 39 del Decreto 960 de 1970, "ya que no se indicó la edad y domicilio del rogado, ni se dejó constancia en el instrumento de la impresión de la huella dactilar de la otorgante. La omisión de estos requisitos genera nulidad desde el punto de vista formal de esa escritura";

h) Poco antes del fallecimiento de Valvanera y "a pesar del absoluto abandono y del aislamiento de su parentela que trató de imponerle la señora Laura... por razones que son muy explicables, se logró que el doctor Bernardo Molina Londoño, la visitara el día 19 de diciembre de 1974 y certificara sobre su estado físico y mental, pues consideró que ya nada podía hacerse por su salud";

i) "Numerosas personas que trataron en los últimos años a la señora Valvanera... se enteraron perfectamente de su estado de salud física y mental, que la colocaba en incapacidad de llevar una vida normal y por consiguiente en imposibilidad absoluta de tener un razonamiento normal y lúcido para realizar actos de disposición. No reconocía a las personas, su memoria se había extinguido completamente, ni oía ni veía normalmente".

3. Opúsose la demandada a todas las súplicas del libelo. Negó en su mayor parte las afirmaciones de los demandantes, insistió en que la compraventa impugnada correspondía a la realidad y terminó su respuesta manifestando que era ella quien había cuidado solícitamente de su anciana madre durante su última enfermedad y hasta el momento de morir, por cuanto los demás hijos la habían abandonado por completo, y propuso las excepciones que denominó "acumulación indebida de acciones y petición de un modo indebido".

4. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, en sentencia del 19 de septiembre de 1975, desató la primera instancia del proceso en la siguiente forma: rechazó la declaración de simulación; declaró probada la nulidad del contrato impetrada como súplica subsidiaria; condenó a la demandada a restituir los predios objeto del mismo junto con los frutos producidos y que hubieran podido producir con mediana inteligencia y cuidado a partir de la contestación de la demanda; ordenó inscribir el fallo en la oficina de registro de esa ciudad; y declaró no probadas las excepciones propuestas.

5. El Tribunal Superior del Circuito Judicial de Pereira, en su sentencia del 13 de diciembre de 1975 que ha sido recurrida en casación por la señora demandada, desató la segunda instancia en virtud de la apelación interpuesta por la misma, en el sentido de confirmarla, con la única salvedad de la condena a pagar frutos, de la cual absolvió a Laura.

Consideraciones del fallo impugnado

El Tribunal comienza por referirse a la primera pretensión principal formulada en la demanda, diciendo que si para la época en que se celebró el contrato de compraventa que se impugna, la vendedora "no tenía capacidad de discernimiento, capacidad para expresar libremente su voluntad, en esas condiciones, lógicamente, no podía celebrar el contrato celebrado ni de ninguna otra clase. Según el acta del estado civil que obra a folio 4 del cuaderno principal la señora María Valvanera Vallejo nació en Santa Rosa de Cabal el día 6 de junio de 1886. Y el contrato de compraventa que se acusa de simulado, lo celebró mediante la Escritura número 1699 de 1974 en la Notaría Primera, de 18 de octubre de 1974, en la Notaría Primera de esta ciudad, es decir, que para esa época contaba con 88 años y 8 meses y 12 días".

Se refiere en seguida a las declaraciones testimoniales de los médicos Bernardo Molina y Ricardo Mejía Isaza y las califica de testimonios técnicos. Pone de presente que ambos declarantes coinciden en que Valvanera sufría de esclerosis cerebral y que "estaba padeciendo ciertas psicosis que se presentan como consecuencia de la alteración de la nutrición del cerebro (irrigación cerebral) precisamente a causa de la esclerosis cerebral". Luego de citar una obra de psiquiatría, expresa que sus exposiciones técnicas "encuentran abundante respaldo en las narraciones que hicieron los demás testigos que declararon en el proceso". Se detiene entonces a valorar los testimonios que Melba Luz Echeverri Ramírez, Hernando Antonio García Quiceno, Uriel Rivera Ballesteros y Pedro Luis Ramírez, en cuanto a la situación en que se hallaba Valvanera y al estado de salud que la aquejaba. "Una persona que se encuentra desorientada en el tiempo y en el espacio —expresa el ad quem como conclusión de su análisis de los testimonios antes mencionados—, que sufre alteración de la memoria, que no oye ni entiende, que tiene una vida simplemente vegetativa y que carece por tanto de discernimiento para elegir entre aquellos actos que le convienen y los que le perjudican, no puede hallarse en condiciones de expresar libremente su voluntad. Su absoluta falta de entendimiento, así sea transitoria la hace totalmente inhábil para la vida jurídica".

Aplicando, pues, esos razonamientos al caso sujeto a su decisión, dice el sentenciador que está desvirtuada la presunción de capacidad legal de la mencionada señora, por lo cual surge como corolario la ilegalidad del contrato impugnado "por haber faltado de parte de la presunta vendedora... una condición indispensable como es la falta de capacidad (sic) para expresar libremente su consentimiento. En estas circunstancias se hace evidente la improcedencia de la declaración de simulación impetrada... pues si era incapaz... también lo era para llevar a efecto un negocio simulado".

Advierte el sentenciador que no fue indebida la acumulación de las pretensiones formuladas en la demanda, según lo autoriza el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 2º, por cuanto la de nulidad (que está llamada a prosperar), se propuso como subsidiaria de la de simulación.

A renglón seguido procede a estudiar las demás súplicas consecuenciales impetradas en el libelo y dice que de acuerdo con el artículo 789 del Código Civil no es necesario decretar la cancelación de la inscripción del título que se declara nulo, porque tal declaración envuelve la del registro de la escritura respectiva; que al efecto basta con registrar la sentencia. Respecto de las mejoras existentes en la finca objeto de la compraventa, expresa el Tribunal que no está demostrado que ellas hubieran sido puestas por la demandada, pues la declaración hecha en la escritura no sólo está desvirtuada con los testimonios de Eduardo Chica y Humberto Antonio Osorio, quienes afirman que Laura actuaba no en nombre propio sino en el de Valvanera, sino que tal declaración no puede producir efectos contra terceros, como lo son los demandantes en relación con tal instrumento.

Destaca en seguida que el comportamiento procesal de Laura durante la primera instancia y el haber desatendido la citación que se le hizo para la diligencia del interrogatorio de parte que solicitaron los demandantes, constituye un indicio en contra de ella y además la presunción de ser ciertos los hechos afirmados en la demanda, de acuerdo con los cuales Laura no pagó el precio de la compraventa.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

a) Que el contrato de compraventa contenido en la Escritura 1699 de 1974, otorgada en la Notaría Primera de Pereira, por el cual Valvanera dijo vender a Laura los inmuebles que se indican en dicho instrumento "es nulo de nulidad absoluta por incapacidad absoluta (de Valvanera) para expresar libremente su consentimiento al otorgar dicho instrumento";

b) Que en razón de la incapacidad probada de la vendedora, es improcedente hacer declaración alguna sobre la simulación de dicho contrato;

c) Que, como consecuencia de la nulidad, debe disponerse la restitución de los bienes vendidos a favor de la masa herencial de Valvanera en los términos del artículo 1953 del Código Civil, "es decir, purifican-

do los bienes de hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ellas";

d) Que la demandada no tiene derecho a que se le reconozcan mejoras puestas por ella en los inmuebles relacionados en la demanda, porque no demostró que las hubiera plantado con sus propios recursos;

e) Que Laura tampoco tiene derecho a que se le restituya suma alguna de dinero como precio pagado por los inmuebles que dice haber comprado a la Valvanera, "porque cuando se declara nulo un contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, la obligación de restituir lo que se pagó o gastó en virtud del contrato, se reduce a cuanto se probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz, según el artículo 1747 del Código Civil. Esta circunstancia de haberse hecho más rica la persona incapaz, entendida en la forma como la define el inciso 2º de la disposición citada, no fue demostrada por la parte demandada. De otra parte, por ser procedente en este caso el decreto de nulidad del contrato... contra la declaración de haberse pagado el precio contenido en dicho instrumento, cabe la prueba en contrario de conformidad con el artículo 1934 del Código Civil. A la señora Laura... le correspondía desvirtuar la presunción legal deducida en contra suya de no haber pagado el precio de la compraventa que habrá de declararse nula, demostrando la realidad del pago".

Finalmente dice el Tribunal que no es el caso de condenar a la demandada al pago de frutos, por cuanto la parte actora "no aportó ninguna prueba que permita establecer por lo menos las bases sobre las cuales podría hacerse esa liquidación en el caso de una condenación in genere". Respecto de las excepciones propuestas por la demandada al dar respuesta al libelo, dice que no cabe estudiarlas, porque no fueron sustentadas en forma alguna, y además, en cuanto a la de acumulación indebida de pretensiones, que no la hubo, puesto que la declaración de nulidad se pidió como subsidiaria de la de simulación. Y remata su argumentación así: "Por cuanto las anteriores conclusiones son las mismas que dedujo el señor Juez de instancia en la sentencia que se revisa, ésta será confirmada en todas sus partes, excepto en cuanto a la condena a restituir frutos por cuanto la parte actora no aportó prueba alguna que sirva de base para calcularlos siquiera con fundamento en una condenación in genere".

El recurso

Dentro del ámbito de la causal primera de casación se formulan los siguientes cargos contra el fallo del Tribunal:

Primero

El recurrente estima que el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 553, 1502, 1503, 1504, 1740, 1741, 1746, 1747 y 961 del Código Civil y el 2º de la Ley 50 de 1936 a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba de la demencia.

Al sustentar su acusación, comienza por referirse brevemente a la presunción legal de capacidad que sólo cabe desvirtuar mediante la plena prueba de la demencia que padecía el contratante al celebrar el acto impugnado y comenta en seguida algunos contratos que celebró la presunta demente años antes de aquel cuya nulidad se impetra en este proceso, respecto de los cuales afirma que su validez no ha inspirado sospecha alguna. Insiste también en que la mencionada contratante no fue declarada en interdicción judicial por demencia ni sometida a ningún reconocimiento médico psiquiátrico.

Sobre estas bases acomete en seguida pormenorizado análisis de las pruebas en que el sentenciador apoyó su convicción de que Valvanera Vallejo de Osorio estaba demente cuando celebró la compraventa con la demandada, en su intento de señalar los errores de hecho que le atribuye al ad quem, así:

a) Respecto de las declaraciones de Bernardo Molina y Ricardo Mejía dice el acusador, por una parte, que el Tribunal supuso la prueba de que tales declarantes eran médicos de profesión, como ellos mismos lo afirmaron, y más aún, que tenían la calidad de especialistas en psiquiatría, y por la otra, que tal suposición lo llevó a darle a lo que depusieron el valor de testimonios técnicos. En seguida emprende una crítica tanto del contenido de tales decla-

raciones que califica de "híbrido de testimonio y dictamen pericial", como de la valoración que del mismo hizo el ad quem, al que tilda de "juzgador-perito psiquiatra para así resultar con una prueba decisiva, fuera de todo catálogo lógico y sustraído a toda posibilidad de controversia".

Recalca también que las exposiciones de esos declarantes, en cuanto se refieren al estado de salud de la contratante, no mencionaran para nada la fecha en que se celebró el contrato impugnado, sino que se limitan a referirse a aquéllas en que examinaron a la paciente, por lo cual estima que el Tribunal exageró su contenido objetivo al respecto y que al declarar la nulidad solicitada por la parte demandante, supuso en esa forma la prueba de la demencia en el momento en que ocurrió tal celebración.

"Los testigos que se dicen médicos —agrega más adelante— no declaran nada sobre la capacidad de la vendedora. Se limitan a afirmar que la visitaron uno a fines de 1971 y otro a fines de 1974, cuando se estaba muriendo, y a indicar cómo la encontraron en esas dos oportunidades. Nada de dictamen. Nada de pronunciamiento técnico. Ninguna mención de su capacidad futura en el primero. Ninguna de su capacidad anterior en el segundo. Aquél no emite diagnóstico. Este señala una esclerosis de vieja data, pero sin avanzar sobre su grado, su acentuación y, menos, sobre el compromiso de la capacidad para un determinado tiempo distinto del momento (subraya el recurrente) de la visita, o en general. Se advierte la cautela de ellos en sus apreciaciones, correspondiente a su responsabilidad. Cómo entonces atribuirles calificativos que ellos no pronunciaron? Cómo deducir de esos dos trazos tenues, aislados e incompletos, una pericia contundente de incapacidad localizada en un tiempo diferente al de su examen?";

b) "Y qué decir de los otros cuatro testimonios? —se pregunta la censura— se trata de personas absolutamente iletradas, de ínfima condición cultural, cuyas apreciaciones, que eso es lo que expresan, no tienen consistencia propia, amén de que debe hacérseles el descuento de prejudicialidad e interés en la causa de los demandantes, muy ostensible en su actitud". Hace enseguida un breve recuento de lo expuesto por los testigos Hernando Antonio García Quiceno, Uriel Rivera Ballesteros, Pedro Luis Ramírez y Melva Luz Echeverri, para expresar que todos adolecen de vaguedad, imprecisión y rudimentariedad "como también la repetición de unos mismos términos, cual lección recién aprendida, que ostentan, resultan en contraposición con el planteamiento de los actores, para quienes su anciana madre fue sustraída de todo trato con cualquier persona de la familia o extraña, por la hija demandada. Cómo explicar que las cinco personas que enviaron a declarar pueden suministrar un informe creíble en cuanto a la oportunidad frecuente que tuvieron de observación?"

Estos declarantes "reconocidamente legos en la materia" son los que "sin reserva alguna, en forma correspondiente a su ignorancia y prejuicio, van hablando de inconsciencia de la vendedora, para repudiar el contrato que ella celebrara con Laura de Ruíz. De esa manera, y a juzgar por el seguro de la sentencia, más parece que el fundamento testimonial 'técnico' se hubiera tomado de los terceros comerciantes, trabajadores agrícolas y de la esposa de uno de ellos, que de los afirmados médicos, para un trabucamiento de la lógica".

Segundo

En este cargo se acusa también por aplicación indebida el quebranto de las mismas normas legales señaladas en el anterior, esta vez por error de derecho en la apreciación de las declaraciones testimoniales de Ricardo Mejía y Bernardo Molina.

"Si bien el estatuto procesal civil de 1970 —dice el impugnante— confía al juez la apreciación de la prueba y se asienta en el principio de la sana crítica, con venia a la tarifa legal sólo en el caso de que la ley exija alguna formalidad ad substantiam actus (artículos 175 y 187 del C. de P. C.), no es menos cierto que esa habilidad genérica de todo medio útil para la formación del convencimiento del juez (artículo 175 ibidem), tiene una cortapisa lógica, técnica y legal obvia: la utilidad, pertinencia y habilidad propia del medio en función del

hecho que se pretende demostrar con él, a más de la manera de su allegamiento al proceso, que necesariamente ha de implicar la posibilidad de controversia de la prueba.

"El Tribunal declara la incapacidad de la contratante y, así, la nulidad absoluta de la compraventa, con todas las secuelas propias de tal medida..., en su convicción de que los dos testimonios técnicos acreditan una esclerosis senil, demostrativa de inconsciencia y falta de voluntad de aquélla para entonces. Los dichos de los profanos se mencionan como corroboración de lo anterior, pero sin fuerza propia y suficiente. O sea que en fin de cuentas el sentido del fallo se basa en la deposición de Ricardo Mejía y Bernardo Molina".

El recurrente hace diversos comentarios acerca de la demencia en general y de la demencia senil en particular, y se detiene en el factor temporal de la misma, es decir, en el alcance de la expresión "estaba entonces demente" que trae el artículo 553 del Código Civil, en contraposición a la presunción de capacidad que consagra la ley. "Surge entonces la pregunta —expresa— de si esos dos testimonios (los de los médicos), prescindiendo de la exigüidad de su contenido y de su limitación cronológica, son como tales lógica y legalmente idóneos para la comprobación de aquel supuesto".

Con el propósito de establecer el error de derecho que a su juicio cometió el Tribunal, estudia enseguida la naturaleza de las pruebas pericial y testimonial, haciendo un paralelo entre las mismas, y destaca los factores que las diferencian, para concluir que una cuestión puramente técnica y científica como lo es la demencia de una persona y además la época en que ésta la padecía, no pueden ser acreditadas con declaraciones de testigos aunque éstos sean de los llamados "técnicos". Arguye respecto de éstos que "se convierten en dictámenes, decretados y recibidos sin ese anuncio, con desmedro del deber de lealtad procesal, y rendidos sin el respaldo propio de la designación de peritos que sea tal, con títulos y antecedentes comprobados, y sin necesidad de sustentación alguna. Es más —agrega—, así se pudiera crear el híbrido del testigo —perito o testimonio— técnico, lo menos que pudiera exigirse sería la técnica o idoneidad real y comprobada, y la fundamentación y contradicción del concepto (artículos 236 a 238 del C. de P. C.).

"Y si esos vacíos de forma y de fondo de los 'testimonios técnicos' son manifiestos y comportaron una violación de las reglas procedimentales citadas, mucho mayor fue el yerro de derecho del Tribunal cuando él, en la sentencia, asume la función de perito máximo, para con descripciones abstractas de libro, sin apoyo en circunstancias singulares del caso, sobre la sola mención del nombre de una anomalía síquica, conceptúa concluyentemente que la vendedora no tenía razón ni voluntad para cuando celebró el contrato. Aquí se violaron de bulto los artículos 174, 175 y 178 del Código de Procedimiento Civil. Se usó ya no el conocimiento personal del juez, de suyo inadmisible, sino su incursión súbita en materia ajena a su ciencia y competencia, para emitir una decisión fundada en prueba imaginaria, que no son tales, y que no fueron regular y oportunamente allegadas al proceso".

Consideraciones de la Corte

En numerosas ocasiones la Corte ha tenido oportunidad de referirse extensamente al artículo 553 del Código Civil, sobre cuyas aplicación y alcance por el aspecto fáctico giran los dos cargos que ahora se despachan. Se trata de saber si Valvanera Vallejo de Osorio era incapaz cuando celebró el contrato de compraventa que se impugna, debido a la demencia senil que la aquejaba cuando suscribió la escritura respectiva, o si por el contrario, a falta de pruebas plenas e idóneas sobre tal demencia, la contratante estaba amparada por la presunción legal de capacidad que consagra el artículo 1503 ibídem.

En sentencia del 27 de octubre de 1949 esta Sala describió la supradicha enfermedad mental en los siguientes términos:

"La demencia senil se caracteriza por un déficit intelectual, que hace decaer unas facultades, como la memoria, hasta llegar a la amnesia profunda, como consecuencia del desgaste cerebral que se efectúa en la edad avanzada (se ha subrayado). Un cerebro que no se nutre y se desgasta, tiende a atrofiarse y por ende, sobreviene disminución de las capacidades mentales, todas

las facultades, progresivamente van oscureciéndose y el paciente, con inconsciencia de la vida, sólo está atento al momento presente; en un período más avanzado es completa la anulación de la personalidad psíquica, evolucionando hasta la ruina absoluta y definitiva, que coloca al enfermo en un estado de completa ideosa y en la cual sólo queda en pie una vida vegetativa sobre la personalidad arruinada". (LXVI, pág. 642).

Los testigos cuyas declaraciones censura el recurrente, coinciden todos en ese síntoma propio de la demencia senil a que se refiere la doctrina transcrita, la pérdida de la memoria, manifestación fácilmente perceptible para un profano en cuestiones científicas. Valvanera los conocía de vieja data y no obstante, en sus últimos años, o sea para la época en que dicha señora efectuó la venta que aquí se impugna cuando iban a visitar no los reconocía. Aseveran también que no oía ni veía bien, que se la pasaba encorvada y aislada de lo que ocurría a su alrededor. Esas aseveraciones de los declarantes le merecieron crédito al sentenciador porque encontró adecuada y convincente la razón de la ciencia de su dicho.

En efecto: Melva Luz Echeverri Ramírez, al ser preguntada por el juez, dice haber conocido a Valvanera "hace unos tres años" en junio de 1975, cuando vivía en Pereira con su hija Laura; afirma que fue a visitarla varias veces con su esposo y que aquélla "parecía no darse cuenta de las cosas ya que a las personas ni las recordaba".

Hernando Antonio García Quiceno, al parecer marido de la anterior, en la misma fecha declara haber conocido a Valvanera "hace aproximadamente unos quince años cuando ella vivía en la finca Las Mercedes en Colombia, y yo vivía en esa finca como trabajador de ella... Realmente Valvanera Vallejo en los últimos años estuvo muy mal de la cabeza, pues inclusive se le olvidaban los nombres de las personas a pesar de haber sido conocidos y haber conversado con ella hacía poco". Es de advertir que este testigo también fue interrogado por el juez.

Uriel Rivera Ballesteros, al ser preguntado por el a quo dice ese mismo día haber conocido a Valvanera "hace aproximadamente unos diez años aquí en Pereira, vivía con Laura Osorio, Miryam Osorio y Guillermo Osorio. En los últimos meses de su vida vivían con ella Laura Osorio y Pablo Osorio que murió un poco antes que ella... Ellas vivían en una casa donde yo vivo y les subarrendé la parte de encima, ellos vivieron ahí hace como dos años y vivieron trece meses... La señora Valvanera en los últimos años estaba en estado de inconsciencia, porque en una ocasión cerré la casa donde yo vivía, nos fuimos a pasear con Laura y unos familiares de ella, regresamos del paseo, tocamos la puerta de la casa donde vivía Laura y Valvanera se asomó por la ventana para averiguar quién era, y no nos abrió la puerta porque no nos conocía y nos preguntaba quiénes éramos nosotros, en la cual (sic) tuve que poner una escalera y subir por la ventana para abrir la puerta, yo hice esto con autorización de Laura".

Pedro Luis Ramírez, afirma haber conocido a Valvanera desde muy pequeño, calcula la edad de ésta en noventa años, "ella no oía bien pues era un ser, se mantenía agachada, inmóvil; ella no podía conocer las personas, pues siendo yo viejo amigo ya no me conocía... ella no gozaba de buena salud, su conversación no era clara, era muy débil, ella no estaba en un completo estado como toda persona de buena salud y con ella no se podía conversar... era una persona enferma, quizás por su edad o por su agotamiento". En otro aparte de su declaración y al contestar una pregunta formulada por el juez, luego de dar detalles sobre una tienda que tenía y a donde acudía Valvanera, en algunas ocasiones llevada por su hija Laura, agrega "... inmediatamente que yo veía que llevaba la viejita inclenque (sic) yo le ponía un asiento para que se sentara y entonces yo veía en la ancianita como una persona anormal por su avanzada edad, porque a pesar de que en mi infancia la conocía y como hasta ahora hace veinte años que me vine de Santa Rosa a estas tierras, ella no me volvió a reconocer, no se volvió a acordar de mi persona y es más o menos lo que tengo que decirle".

Estas declaraciones, como fácilmente se colige de los fragmentos de las mismas que se dejan transcritos, no son repetición de

preguntas formuladas por la parte que las pidió como prueba; ni sus versiones están sujetas a cartabón alguno; la razón de la ciencia del dicho de cada una es adecuada; y versan todas sobre hechos perceptibles por los sentidos. De ahí que la Corte no encuentre fundados los reparos que a través del error de hecho les formula el recurrente, sin que sobre recordar, que éste reconoce que tales testimonios los tomó el sentenciador como corroborantes de los que rindieron los médicos. Por consiguiente, no constituyen el único soporte de la convicción que se formó el Tribunal acerca de la demencia senil que le atribuye a la contratante.

En cuanto se refiere a lo expuesto por Bernardo Molina y Ricardo Mejía, por el aspecto de los errores de hecho que se le indilgan al Tribunal, cabe observar lo siguiente:

Ambos testigos afirmaron ser médicos de profesión al rendir sus declaraciones en primera instancia, sin que durante ella ni tampoco en la segunda, el apoderado de la parte demandada hubiese desconocido o siquiera puesto en duda esa afirmación. Antes bien, en su alegato, se refiere repetidamente a ellos calificándolos de "médicos" y de "galenos". Si la parte que pidió esas declaraciones como prueba ya no tiene oportunidad de demostrar la calidad de médicos de dichos declarantes, resulta inaceptable, por constituir un medio nuevo que repudia la técnica de casación, afirmar que el sentenciador incurrió en error de hecho al haber supuesto la prueba de tal calidad científica.

El doctor Molina expidió un certificado de fecha 10 de diciembre de 1974 que se acompañó al libelo sin reparo alguno de la demandada, acerca de que Valvanera, de 88 años de edad padecía entonces de demencia senil "y por lo tanto carece de facultades mentales normales". Posteriormente declaró como testigo en el proceso y dijo haber conocido a la mencionada señora cuando la visitó como médico. "La señora Valvanera estaba en el momento en que fui a visitarla completamente falta del uso de la razón, ni siquiera se dió cuenta del médico que fue a examinarla ni reconoció a los hijos que la acompañaban, presentaba lo que se llama en términos médicos, una esclerosis completa, pues la señora tenía más de ochenta y ocho años en mi concepto. Esta señora cuando yo fui a visitarla ni oía, ni entendía, tenía una vida simplemente vegetativa. Esta visita médica tuvo lugar como unos ocho días antes del fallecimiento.... Esta situación de la señora, según mi concepto personal, se venía presentando desde hacía más o menos cinco años, porque la esclerosis senil es demasiado frecuente en las personas mayores de ochenta años. Es una enfermedad progresiva y el estado en que se encontraba la paciente indicaba que la padecía desde hacía mucho tiempo". (Se ha subrayado).

El doctor Mejía Isaza afirma haber atendido médicamente a Valvanera "en diversas ocasiones. De acuerdo con la historia clínica que llevo de mis pacientes, la última consulta fue a finales de mil novecientos setenta y uno. En esa ocasión estaba visiblemente deteriorada física y mentalmente por un proceso de esclerosis vascular cerebral. Respondía con dificultad y con vaguedad al interrogatorio y se encontraba bastante desorientada en el tiempo y en el espacio".

No constituye en manera alguna error de hecho que el doctor Mejía no se hubiese pronunciado sobre la capacidad de la paciente, sino que se hubiera limitado a describir el estado de salud en que la encontró y las causas que a su juicio, como médico, le habían producido el estado en que se hallaba, ni tampoco que el último médico que la vio, ya en vísperas de su muerte, se hubiese abstenido de conceptuar sobre la capacidad de la enferma. La falta de tal capacidad la dedujo el juez de la valoración en conjunto de esos dos testimonios técnicos de los médicos que vieron a Valvanera en sus últimos años: de la avanzada edad de ésta (nacida en 1886 y fallecida el 24 de diciembre de 1974, según las partidas que como prueba se acompañaron a la demanda); y finalmente, de las narraciones de los demás declarantes que conocían y vieron también a la señora Osorio en época coetánea a la celebración del contrato cuya validez se ha atacado en este proceso.

En todo caso, la Corte no encuentra contraevidencia alguna en la apreciación del sentenciador ni en la convicción que se formó al valorar las pruebas indicadas.

Tampoco hay error de hecho evidente —como lo pretende la censura— en cuanto a que esa declaración conceptual de los testigos técnicos que examinaron médicamente a Valvanera, el uno a finales de 1971 y el otro ocho días antes de su muerte, la hubiese proyectado el sentenciador a la fecha en que se otorgó la escritura de venta, o sea el 18 de octubre de 1974.

La Corte, en su sentencia del 6 de octubre de 1942, expuso sobre ese punto un concepto que no puede menos de ser reiterado ahora, "el inciso 2º del artículo 553 de la obra citada (el Código Civil)) establece la presunción de validez respecto de todos los actos o contratos celebrados por una persona, a menos de probarse que el que los ejecutó estaba entonces demente. El adverbio entonces ha sido tomado por la jurisprudencia y la doctrina, en el artículo que acaba de citarse, en su primitiva significación, que significa 'en aquél tiempo u ocasión', que es también la más recta acepción de su correspondiente latino tunc. No expresa, por lo tanto tal vocablo indispensablemente el acto coetáneo a la ejecución de un hecho, sino que abarca un período más amplio. Ciertas enfermedades mentales, como la demencia, no se producen, según los expositores de psiquiatría y de medicina legal, de una manera repentina, sino que constituyen perturbaciones hasta la obnubilación completa del entendimiento. Por tanto, en cierta clase de demencias progresivas, se ha llegado a establecer por la ciencia, que, además de no admitir intervalos lúcidos, la enfermedad avanza más cada día: y la doctrina y la jurisprudencia, basados en ese postulado, y cuando se demuestra técnica y científicamente que una persona estaba demente cierto día, anula o invalida los actos de ella posteriores a ese estado mental anterior". (LIV bis pág. 154).

Así, pues, si como lo afirma el doctor Mejía, a fines de 1971 Valvanera ya estaba "visiblemente deteriorada física y mentalmente por un proceso de esclerosis vascular cerebral", y el doctor Molina asevera que el 19 de diciembre de 1974 la mencionada señora tenía todos los síntomas de una avanzada demencia senil a consecuencia de una "esclerosis cerebral completa", estado éste que databa aproximadamente de unos cinco años antes, mal pudo incurrir el Tribunal en contraevidencia al estimar que para el mes de octubre de 1974 la paciente padecía de demencia senil que la constituía en absolutamente incapaz para actuar en la vida civil. En consecuencia, tampoco existe el error de hecho evidente que sobre este aspecto de la prueba se pretende que cometió el sentenciador.

Finalmente, en lo que se refiere al error de derecho que se atribuye al Tribunal, por haber apreciado como prueba los testimonios conceptuales de los médicos antes mencionados, es pertinente recordar lo que esta Sala expuso recientemente sobre la admisibilidad y el valor probatorio que puede tener la declaración de los llamados testigos técnicos, como indudablemente lo son los que el recurrente impugna por ese aspecto en el segundo cargo.

"... Dictamen pericial. Aunque la ley no exige al efecto en los procesos de que se trate una determinada prueba, al contrario de lo que ocurre en el de interdicción, como antes se dijo, por regla general, cualesquiera elementos de juicio convenientemente apreciados por el juzgador a la luz de la sana crítica podrían producirle convicción acerca de la demencia. Ello no obstante, la Corte considera que el dictamen de médicos —de preferencia especializados en psiquiatría— es la mejor prueba y la más adecuada, para establecer la existencia de esa enfermedad mental; la posibilidad de que durante ella pudieran haber sobrevenido intervalos lúcidos, por el contrario, sus caracteres de irreversible y progresiva, y muy especialmente si el enfermo carecía de 'la libre determinación de la voluntad' o sea de la capacidad de obrar razonablemente cuando contrató o testó. En efecto, todos esos hechos y circunstancias 'requieren especiales conocimientos científicos' para lo que es procedente la prueba de peritos, como lo estatuye el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

"... Testimonio técnico. Ahora bien, sin que haya mediado dictamen pericial practicado dentro del proceso sobre la enfermedad psíquica que padece o que sufrió una persona, la prueba testimonial legalmente producida y debidamente apreciada es admisible para establecerla, si proviene de persona o personas especialmente califi-

cadas en la materia por sus conocimientos científicos, a las cuales por serlo, la ley les permite (artículo 227, inciso final y numeral 2º del artículo 228, del C. de P. C.) que expongan conceptos, como una excepción al principio de que los declarantes deben limitarse a relatar los hechos percibidos por ellos y que les está vedado emitir opiniones o juicios personales.

"Son los llamados testimonios técnicos. Tal sería el evento de los médicos que trataron al paciente y que al testimoniar sobre éste, conceptúan que padecía de una enfermedad mental cuando testó o celebró el acto o contrato cuya validez se discute. Al juez corresponderá en este caso resolver razonadamente si esos testimonios técnicos, debidamente analizados y apreciados en conjunto con los demás elementos probatorios que obran en los autos, le bastan para obtener la certidumbre de que la persona que contrató o testó 'estaba demente', o si requiere además un dictamen pericial que en todo caso está facultado para decretar de oficio (artículos 180 y 233, 2º inciso in fine por aplicación analógica). Si estima que tales pruebas resultan insuficientes o le suscitan alguna duda sobre la demencia que se discute, puede y debe decretar oficiosamente un dictamen pericial". (Sentencia de 25 de mayo de 1976, aún no publicada).

En consecuencia, no prosperan los dos cargos que se han estudiado.

Tercero

El recurrente considera que la sentencia del Tribunal es directamente violatoria del artículo 1747 del Código Civil por interpretación errónea.

"Mas con propósito doctrinal, —dice— deseo comentar la actitud del sentenciador en lo relativo a las prestaciones mutuas que surgen de la declaración de nulidad de un contrato. Para él cuando el artículo 1747, con restricción de la regla general en materia de restituciones, consagrada en el artículo 1746, ambos del Código Civil, circunscribe el deber devolutivo del incapaz a aquello que se probare haberlo hecho más rico, dentro de la acepción que el mismo artículo prescribe impone la prueba del aprovechamiento dentro del mismo proceso, de modo que si allí no se demuestra el empleo de lo pagado o adquirido y su necesidad o conservación, más el deseo de retenerlas, el incapaz queda exonerado de toda obligación por ese concepto.

"Ese entendimiento de la norma me parece desacertado, erróneo, pues lo que al juzgador compete en tales casos es ordenar las restituciones, en la forma dispuesta por la ley (1746), con la salvedad en torno del incapaz (1747), y será en la ejecución de la sentencia cuando se pruebe y decida si hubo o no el enriquecimiento y en qué medida, y por tanto si el incapaz está obligado o no y la cuantía de su deber, a la restitución de lo que recibió o pagó".

"Indudablemente, en el evento de que se mantuviera la declaración de nulidad, la suerte y los intereses (derechos subjetivos) de la demanda difieran según la interpretación de aquel precepto, que según lo considera el Tribunal conduciría a una aceptación preliminar de la incapacidad y la irregularidad (informalidad del acto) y orientaría el debate al solo destino de lo adquirido por el contratante incapaz.

"En esta forma la sentencia habría de ser casada para en su lugar, con revocación del fallo del a quo, aplicar rectamente el artículo 1747 del Código Civil, incluso para retener en cuenta la deuda hipotecaria asumida por la compradora".

Se considera

La Corte ha dicho que el "efecto legal y natural de toda declaración judicial de la nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado. La sentencia declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado. (Art. 1746 del C. C.). Este principio general tiene dos excepciones: cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita, caso en que no puede reclamarse lo que se ha pagado a sabiendas de la ilicitud (1525, ib.), y cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, en cuya ocurrencia la obligación de restituir lo que se pagó o gastó en virtud del contrato se reduce a cuanto se probare haberse hecho más

rica la persona incapaz 1747, ib.). La excepción relativa a los incapaces tiene su razón y fundamento en un sentido de amparo legal a las personas que por causas, ya de orden fisiológico como ocurre con los dementes o los menores, o de orden jurídico como sucede con los pródigos, se suponen insuficientemente dotados para la actividad comercial por carecer de una voluntad jurídicamente eficaz, que los hace acreedores a una especial protección de la ley que vela por sus intereses, y en la presunción ordinaria de que un contratante de disminuída o inferior capacidad habrá malgastado en todo o parte del dinero recibido. Pero esta excepción sufre a su turno la excepción, fundada en la norma general de derecho de que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas ajenas, de que el incapaz debe devolver cuando lo hubiere enriquecido el contrato anulado, según las reglas legales". (Cas. Civ. 20 de septiembre de 1938, XLVIII, pág. 227. En igual sentido LXXV, pág. 232).

En la doctrina que en lo pertinente se ha transcrito, para el caso concreto de que trata el artículo 1747 del Código Civil, aparece claramente expuesto que quien contrató con el incapaz, como regla general, no tiene derecho a ser restituído al estado anterior al contrato que se anula, la cual constituye una excepción al principio general que consagra el artículo 1746, y que a su turno, ésta sufre una excepción cuando se demuestra que por razón del contrato anulado el incapaz se hizo más rico. El segundo inciso de aquel precepto fija muy bien los casos en que se produce esa ocurrencia, es decir, cuándo se entiende que dicho incapaz recibió un incremento patrimonial así: a) si las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieran sido necesarias; y b) cuando a falta de tal necesidad, tales cosas subsistan en el patrimonio del incapaz y quisiere retenerlas.

Sirven de ejemplo del primer caso el pago de una deuda válida y plenamente comprobada que el acreedor habría podido hacer efectiva judicialmente, y del segundo, un contrato de permuta en cuya virtud ingresaran al haber del incapaz bienes que subsisten al declararse la nulidad y que el incapaz (vale decir, su representante legal) quiere conservar. Estas circunstancias, pues, son defensas que asisten a quien contrató con el incapaz para que en virtud de lo que estatuye el artículo 1747 no tenga que perder lo que pagó o entregó a su contratante, pero en todo caso deben estar plenamente acreditadas en el proceso. De esta suerte y siguiendo las reglas generales que gobiernan la decisión de los litigios judiciales, si el juez encuentra que las pretensiones del demandante están llamadas a prosperar, por cuanto se acreditó la incapacidad por demencia o por cualquiera otra causa de uno de los contratantes, tendrá que proceder a estudiar la aplicabilidad del citado artículo 1747 y a valorar los elementos de juicio que tiendan a demostrar los hechos de que éste depende. En el evento que se contempla, el juzgador tendrá que hacer pronunciamiento expreso en su fallo sobre ese aspecto de la litis. Si lo encuentra demostrado, pero no así el cuantum de lo que enriqueció al incapaz, podrá proferir su decisión en abstracto a este respecto y diferir para la ejecución de la sentencia la liquidación de aquello que se debe restituir el demandado o sea del equivalente al enriquecimiento que recibió el incapaz. Lo que sería a todas luces inadmisible es que la sentencia se profiérese sobre la base de una presunción que no consagra la ley, consistente en que el contrato anulado siempre hace más rico al incapaz y que por tanto sólo falta determinar la cuantía de tal enriquecimiento en el trámite de ejecución del fallo. Tal situación se repite, debe considerarse y resolverse en la sentencia, y decidirse con apoyo en pruebas que acrediten el enriquecimiento del incapaz.

Si el enriquecimiento en cuestión no se produjo o no está demostrado, lo procedente es aplicar el artículo 1747, esto es, sin ordenar que se efectúe a favor del contratante capaz de ninguna restitución o reembolso de lo que gastó o pagó por razón del contrato anulado. Tal fue lo que hizo el Tribunal en el presente caso precisamente porque estimó que según el inciso 2º del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, la no comparecencia de la demandada a responder el interrogatorio de parte, comportaba una confesión de ser ciertos los hechos afirmados en la demanda, en uno de los cuales (el noveno) se afirma que ni la compradora pagó ni la vendedora recibió "ni un solo centavo" del precio de la

compraventa. Esta consideración no fue atacada por el recurrente.

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 acusada y condena en costas a la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

VENTA DE VEHICULO DE CONTRABANDO

Testimonios: su recepción y contradicción. — Limitación de la eficacia del testimonio.

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

En la demanda ordinaria promovida contra Ricardo Acosta González cuyo conocimiento correspondió al Juez Veinte Civil del Circuito de Bogotá, Lila Johns de Acosta en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Gladys, Dagoberto y Carlos Eduardo, aquélla como cónyuge sobreviviente y éstos en su calidad de herederos de Aquileo Cortés López, hizo las afirmaciones que en seguida se resumen:

a) Que Aquileo vendió a Ricardo el 17 de agosto de 1969 una camioneta marca Ford, modelo 1957, tipo estacas, de color rojo y placas número E-13-152, con capacidad de tres toneladas, por un precio que se convino en $ 120.000.00 que el comprador pagó así: $ 10.000.00, en efectivo, dos cheques por $ 60.000.00, a cargo del Banco del Comercio de Honda y $ 50.000 como valor de una camioneta Ford, modelo 1956, color rojo, tipo estacas y placas Nº TA-09-16 que enajenó a favor del vendedor;

b) Que la camioneta primeramente mencionada resultó haber entrado al país de contrabando, con el número del motor regrabado, por lo cual fue incautada por las autoridades aduaneras el 12 de agosto de 1972 y posteriormente rematado por las mismas;

c) Que los papeles de propiedad del vehículo que Aquileo entregó a Acosta resultaron fraudulentos y que por tanto la conducta contractual del primero fue de mala fe, pues obró a sabiendas de la verdadera situación del vehículo vendido, y en todo caso, por ese motivo no pudo hacer tradición válida del bien objeto del contrato apuntado a favor del comprador, el cual se vio despojado del mismo a pesar de que por su parte había dado fiel cumplimiento a todas las obligaciones que eran de su cargo.

Con apoyo en estos hechos, la demandante solicitó que se declarase la resolución del mencionado contrato por incumplimiento del vendedor y que como consecuencia se retrotrajesen las cosas al estado anterior al momento en que fue celebrado, a favor de la sucesión ilíquida de Aquileo, y que se condenase a Cortés al pago de los perjuicios correspondientes por concepto de lucro cesante y de las costas procesales.

El demandado no contestó la demanda y limitó su intervención en la primera instancia a nombrar apoderado judicial, a suscitar un incidente de nulidad que le fue decidido adversamente tanto por el Juez del conocimiento como por el Superior. Y a apelar de la sentencia en un todo favorable a la parte actora que se profirió con fecha 4 de octubre de 1974, la que fue modificada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la suya del 12 de noviembre de 1975, en los siguientes términos:

A) Revocó la declaración de incumplimiento del contrato y en su lugar decretó la anulación del mismo.

B) Confirmó los pronunciamientos relativos a la condena a restituir al demandante los $ 120.000.00 del precio pagado por éste por razón de la compraventa objeto del litigio, condenó al demandado a satisfacer a la parte actora el valor de los perjuicios sufridos por la misma por ese motivo, cuyo importe dispuso que se determinase en la forma ordenada por el artículo 308

del Código de Procedimiento Civil, y a correr con las costas de primer grado; y

C) Condenó al mismo demandado en las costas de segunda instancia.

El Tribunal fundó su decisión en los siguientes razonamientos:

Estimó que del "estudio de todo el acervo probatorio" estaba plenamente demostrada la celebración del contrato referido en la demanda y que pocos días después el vehículo objeto del mismo, por ser de contrabando, le había sido decomisado al comprador por las autoridades aduaneras y posteriormente rematado por éstas a través del martillo del Banco Popular.

Expresó también que la no contestación de la demanda por parte del demandado debía estimarse como indicio en su contra, y que su no comparecencia a dar respuesta al interrogatorio de parte que le formuló la demandante en cuanto a los hechos de la demanda susceptible de confesión, configuraba esta última prueba en su calidad de ficta o presunta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil.

Consideró además que estando plenamente demostrado que el vehículo vendido por el demandante era de contrabando, al tenor de los artículos 1518, 1523 y 1741 del Código Civil, el referido contrato adolecía de nulidad absoluta por ilicitud del objeto, y que siendo ésta manifiesta, lo procedente era dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para decretar la nulidad, oficiosamente, en lugar de la resolución por incumplimiento del vendedor declarada por el juez a quo.

"Es un hecho evidente —dice el sentenciador— que a través del presente proceso se ha demostrado que el contrato celebrado por el señor Ricardo Acosta González (fallecido) y Aquileo Cortés López, de fecha 17 de agosto de 1969, está afectado de nulidad absoluta, por objeto ilícito, en (sic) el hecho de haber vendido el demandado un vehículo cuya procedencia había sido introducido (sic) ilegalmente al país (de contrabando), circunstancia ésta prohibida por la ley, habiendo sido decomisado por las autoridades aduaneras y rematado por el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas...

"En estas circunstancias considera la Sala —agrega— que debe procederse oficiosamente a la declaratoria de nulidad absoluta del citado contrato de compraventa que ha originado el presente proceso, con las consecuencias que conlleva esta declaratoria, como son las de volver las cosas al estado anterior que tenían antes de contratar imponiéndose por consiguiente las correspondientes prestaciones mutuas como son las (sic) del demandado la obligación de devolver el dinero y el vehículo que se le dieron en pago del automotor que entregó en venta al señor Acosta González y que resultó ser de contrabando, más los perjuicios que le causó al comprador por la venta que le hizo de un objeto ilícito".

Nada más expuso el sentenciador como motivación de su sentencia, salvo la transcripción de los artículos del Código Civil que atrás se dejaron mencionados.

Contra tal sentencia interpuso el demandado el recurso de casación que ahora ocupa a la Corte, en el cual se formulan dentro del campo de la causal primera los siguientes cargos:

Primero

Aplicación indebida de los artículos 1518, inciso final, 1523, 1741 y 1746 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, a consecuencia de los errores de derecho que en seguida se indican, con la consiguiente violación medio de los artículos 174, 183, 214, 220 y 405 del Código de Procedimiento Civil;

a) Haberle dado valor probatorio a la confesión ficta o presunta proveniente de no haber concurrido el demandado a dar respuesta al interrogatorio formulado por la parte actora, no obstante los vicios de que dicha prueba adolece.

Afirma el recurrente que el interrogatorio fue pedido por el apoderado de Lila "sin acompañar el pliego de las preguntas al libelo de la demanda indicativo éste de que sería formulado verbalmente y en esa consideración fue decretado por el Juzgado...". Dice así mismo que si el término probatorio en la primera instancia "venció el 16 de agosto de 1973" el Juez no podía señalar esa misma fecha para que tuviera lugar la

diligencia de interrogatorio de parte de que se trata.

Agrega la censura que si la prueba había sido pedida y decretada en esa forma, no le era dado al demandante modificarla posteriormente, mediante la presentación que hizo de un interrogatorio escrito en la misma fecha en la que debía tener lugar. Que ese día, que era el señalado al efecto, no se realizó la diligencia porque el demandado no había llevado consigo su cédula de ciudadanía, por lo cual fue suspendida hasta el veinte de los mismos mes y año, a la cual no concurrió Cortés López porque no fue expresamente citado al efecto. Dice, por otra parte, que si el día que concurrió el demandado, el Juez no tenía la certeza de que fuera tal, por falta de su cédula de ciudadanía, menos podía tenerla de que la citación que allí se le hizo para que compareciera tres días después lo hubiera sido debidamente.

Todos esos reparos que el recurrente formula a la prueba en cuestión, le sirven de base para argüir que por falta de requisitos legales indispensables no podía ser apreciada por el juzgador, ni menos aún, dándole el carácter de confesión ficta o presunta, y por tanto de plenamente demostrativa de los hechos afirmados en la demanda con que se originó el proceso.

"Bastaría la lectura de la providencia recurrida e impugnada —concluye la censura—, para descubrir la incidencia y proyección del medio de prueba en cuestión sobre la motivación y estructura de la sentencia, pero resulta pertinente verificar además toda la trayectoria del interrogatorio de parte, desde su postulación y desarrollo hasta llegar a generar finalmente una confesión presunta, ponderada en contra del demandado y sin la cual el fallo habría sido diverso y necesariamente absolutorio... Pero fue tal la influencia nefasta de la prueba en el ánimo del sentenciador que, más allá de las pretensiones de la demanda, lo llevó a declarar oficiosamente una nulidad absoluta con todas sus consecuencias en contra de Aquileo Cortés López";

b) Otro error de derecho que se atribuye al sentenciador se hace consistir en haber apreciado las declaraciones testimoniales pedidas por la parte demandante cuando el término para practicar pruebas se hallaba vencido "y por consiguiente se había operado el cierre y preclusión de las oportunidades probatorias".

Dice, en efecto, que dicho término "venció el 16 de junio de 1973 y la diligencia se cumplió el 17 de agosto del mismo año";

c) Afirma la censura que al juzgador le estaba vedado legalmente, so pena de quebrantar el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, apreciar la declaración del abogado Eduardo Carvajalino Cabrales, quien por haber representado profesionalmente al demandado estaba ligado por el secreto a que dicha norma se refiere;

d) Por último, afirma el recurrente que como consecuencia de los errores jurídico-probatorios antes expuestos, la convicción del sentenciador vino a quedar apoyada simplemente en el indicio derivado de la no contestación de la demanda, que legalmente no tiene pleno valor probatorio, y que al habérselo reconocido el sentenciador, con ello cometió un nuevo error de derecho.

La Corte considera

Bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, ha dicho esta corporación que incurre el fallador en error de derecho "cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legales necesarios para su producción; o cuando viéndolas en la realidad que ellas expresan, no las avalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohibe para el caso; o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio para ella señalado o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto prueba especial que la ley no requiere". (Sentencia de 25 de septiembre de 1973, reiterada en fallo del 14 de julio de 1975, aún sin publicar).

Ese primer evento en que se presenta el error de derecho, según la doctrina transcrita que ahora se reitera, o sea, la inobservancia de los requisitos establecidos por la ley para la producción de las pruebas

judiciales, obedece precisamente a lo que estatuye el primer inciso del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, así: "Para que sean apreciadas por el Juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en este Código".

Dicha norma, a su vez, indudablemente obedece al propósito del legislador de que toda prueba debe estar sometida a los llamados requisitos de "publicidad y posibilidad de contradicción", los cuales forman parte muy importante de la garantía constitucional del "debido proceso". La ley no quiere que una persona pueda ser juzgada con apoyo en pruebas que desconoce o respecto de las cuales no ha podido ejercer su derecho de contradicción y a ello obedece lo dispuesto en la norma que se comenta, como lo expuso la Corte en sentencia del 25 de abril de 1975 (aún sin publicar) en la que expresó que lo fundamental "es que la prueba no se produzca o aduzca al expediente sin que la parte contra quien va a obrar pueda fiscalizarla ampliamente, a fin de que no sea sorprendida, y se guarde fielmente el principio de lealtad procesal". (Proceso de Pastor Bernal contra Humberto A. Forero).

En consecuencia, resulta forzoso interpretar y aplicar el artículo 183 con el criterio indicado, esto es, que el juzgador no puede formar su convicción basado en pruebas secretas, en pruebas de las cuales la parte contra la cual se aducen no hayan tenido oportunidad de defenderse. Con ese fin, precisamente, se han establecido, entre otros requisitos, las oportunidades para pedirlas, decretarlas y practicarlas; los ritos o formalidades a que estén sometidas; y la necesidad de que las providencias que a ellas se refieren sean debidamente notificadas a las partes, para que éstas las conozcan y tengan la oportunidad de impugnarlas o de controvertirlas.

Concretando lo expuesto al presente caso, se tiene que el demandado Aquileo Cortés López adquirió el carácter de tal y quedó legalmente vinculado a este proceso el día 14 de marzo de 1973 (cuaderno número 1, fl. 9 v.), fecha en que se le notificó personalmente el auto admisorio de la demanda y se le corrió el traslado respectivo. De ahí en adelante, de acuerdo con la ley, todas las providencias proferidas en el proceso le fueron notificadas presuntivamente a través de los estados respectivos y por tanto la actuación no se surtió a sus espaldas sino con su conocimiento; tuvo oportunidad de ejercer sus derechos procesales, pero asumió también las cargas y obligaciones correlativas que la ley impone a los litigantes; tuvo también la oportunidad de designar apoderado judicial, que sólo vino a aprovechar cuatro meses después de formada la relación procesal; estuvo facultado para controvertir las pruebas, utilizando los medios que al efecto establece el Código de Enjuiciamiento; y pudo haber interpuesto (como en efecto lo hizo respecto de la sentencia) los recursos del caso respecto de todas las providencias que se dictaron en la litis.

Sobre estas premisas fácticas y jurídicas, pues, se procede al estudio de los errores de derecho que la censura le atribuye al sentenciador.

A) Para que se surta debidamente la declaración de parte, según se deduce del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, tanto da que al solicitante de la prueba formule su interrogatorio por escrito como que prefiera hacerlo oralmente en la audiencia respectiva. En uno y otro casos, el límite de preguntas que puede formular dicho solicitante y que todas ellas deben ser calificadas por el juez, están establecidos en los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo mencionado. Tal calificación tiende a que se cumplan los requisitos generales que para todas las pruebas exigen el artículo 178 y en concreto, para la de confesión, los incisos que acaban de citarse.

De otro lado, la notificación del auto que se decreta esa prueba, debe ser hecha a la parte a quien se pretende interrogar, ora personalmente, ya en la forma presuntiva que señala el artículo 205 ibidem.

Finalmente, en desarrollo de lo antes expuesto, en cuanto a la publicidad y la posibilidad de contradicción de las pruebas, desde luego que dicho interrogatorio debe llevarse a cabo preferentemente dentro del término probatorio de la instancia. Empero, si ello no resultare posible por uno u otro motivo, tales principios no se contrarían en forma alguna si la diligencia en cuestión se surte con posterioridad a la expiración del citado término, precisamente

por tratarse de una prueba que proviene de la misma, sobre la base, ella sí indispensable, de que la prueba haya sido pedida y decretada en oportunidad, esto último en providencia legalmente notificada.

La Corte no encuentra el error de derecho que por los aspectos indicados se endilgan a la sentencia impugnada. En efecto: al demandado Cortés en cumplimiento de lo que dispone el numeral 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se le notificó personalmente, previa identificación, según aparece de la diligencia respectiva que está suscrita por él, el auto admisorio de la demanda y se le corrió el traslado del caso. Por estado se notificó también, de conformidad con el artículo 321 ídem, el auto que decretó la práctica de las pruebas pedidas en la demanda; esa notificación produjo sus efectos procesales y ligó a ambas partes litigantes, las cuales debe entenderse que consintieron la providencia, puesto que ninguna de ellas la recurrió, por lo cual legalmente podía producir, como produjo, la plenitud de sus efectos procesales.

De otro lado, la citación para la segunda diligencia de interrogatorio, como que la primera no se llevó a efecto porque el presunto interrogado no llevó consigo su cédula de ciudadanía, se hizo a éste en forma personal, en el acto mismo de tal diligencia, como claramente se consignó en el expediente bajo su firma y la del secretario del juzgado. En esta forma se cumplió debidamente con el requisito que exige el artículo 205. Finalmente, en presencia de dicha parte, el apoderado de la demandante presentó el interrogatorio escrito que debía serle sometido a aquélla, sin que al respecto se le hubiese formulado reparo alguno. ¿En dónde, pues, la pretermisión de las normas probatorias atinentes a esa prueba? ¿En dónde el error de derecho de que por este aspecto se imputa al sentenciador? ¿En dónde la falta de publicidad o posibilidad de contradecir la prueba?

B) En cuanto al error de igual naturaleza que se atribuye al Tribunal, por haber apreciado los testimonios aducidos por la parte demandante en el proceso, tampoco halla la Corte que dicho yerro se hubiera cometido.

La fecha para recibirlos, acaso un tanto lejana de aquélla en que se profirió el auto respectivo, fue consentida implícitamente por las partes al no haber interpuesto recurso alguno contra esa providencia. Además, el demandado tuvo oportunidad de asistir a la diligencia y de contrainterrogar a los declarantes, cosa que no hizo, pero no por ello la prueba quedó viciada de ilegalidad. La contradicción de la prueba es un derecho que tiene la parte contra la cual dicha prueba se aduce, el cual puede ejercer o no, porque sólo está de por medio su propio interés. Basta con que haya tenido ese derecho, con que lo haya podido ejercer, pero en manera alguna exige la ley que lo haya ejercitado realmente, pues en ese caso le bastaría a dicha parte con asumir una actitud puramente pasiva enfrente de los elementos de juicio aducidos por su contraparte, para frustrar el mérito probatorio de los mismos. Ese procedimiento repugna a todas luces con el principio de la lealtad procesal y contraría abiertamente lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil, según el cual se pueden renunciar los derechos conferidos por las leyes, en cuanto no esté prohibida su renuncia, —que para la situación que se contempla no lo está— y sólo miren al interés individual del renunciante.

Por último, la norma que consagra el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, es simplemente una dispensa que la ley reconoce a ciertas personas del deber de rendir declaración que establece el artículo 213 de la misma obra, en aras del secreto profesional. Sin embargo, ese precepto no estatuye que cuando una persona llamada a testimoniar en un proceso rinda su declaración, con desmedro de ese secreto, su testimonio carezca de valor probatorio. De otro lado, el declarante cuyo dicho impugna la censura, se abstuvo de contestar ciertas preguntas precisamente por estimar que el secreto profesional se lo imponía, pero no por ello carecen de credibilidad o de admisibilidad como prueba el resto de su relato y de las respuestas que dio al interrogatorio formulado.

C) Como no existen los errores de derecho atrás comentados, tampoco puede configurarse el consistente en que el fallador estimó plenamente probados los hechos afirmados en el libelo por el mero indicio proveniente de que el demandado no le dio respuesta a éste; antes por el contrario, su

convicción provino de la apreciación en conjunto, muy razonable por cierto, tanto de la confesión ficta o presunta, como de los testimonios allegados por la parte actora y del indicio en cuestión.

De lo expuesto se deduce inequívocamente que el ataque que se acaba de estudiar, formulado por vía indirecta, está llamado al fracaso.

Segundo cargo

Afirma el recurrente que el Tribunal quebrantó las mismas normas legales indicadas en el cargo anterior y además los artículos 961, 964, 1603, 1604, 1613 y 1616 del Código Civil "implícitamente aplicados de manera indebida" a consecuencia de dos errores de hecho, así:

a) El consistente en haberle dado el valor de plena prueba acerca de que el vehículo objeto del contrato era de contrabando, a "los oficios suscritos por el jefe de la división de investigaciones especiales de la Dirección General de Aduana... y por el Gerente General del Fondo Rotatorio de la misma... porque esas notas oficiales no son prueba alguna del delito de contrabando sino a lo sumo del decomiso del vehículo...";

En cuanto a este error de hecho que le atribuye al ad quem, el censor se expresa textualmente así: "El delito de contrabando reviste varias modalidades, pues se realiza sobre mercancías de prohibida importación, contrabando por fuera de las aduanas, contrabando por las aduanas (se paga menos de los impuestos debidos), contrabando impropio, posesión de automotores luego de expirado el plazo (?), venta de mercancía cuya importación al país haya sido (sic) autorizada, etc., hipótesis todas estas diversas, pero no se sabe ni está demostrado el caso del automotor en cuestión, si efectivamente llegó a ser de contrabando. Y a fe que las probanzas aludidas en este cargo no demuestran ninguna de tales hipótesis. Pero como el Tribunal fundó su fallo en estas pruebas, deduciendo de ellas el contrabando, erró de hecho ostensiblemente atribuyendo a los oficios o documentos oficiales lo que no dicen ni prueban...";

b) Haber ignorado lo que estatuye el segundo inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto al grave indicio que a juicio de la censura milita en contra de la celebración del contrato, ya que éste no se consignó por escrito.

"Erró también de hecho el fallador —arguye el recurrente— al no apreciar en contra de los demandantes el indicio proveniente de la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, que los demandados no aportaron pretendiendo probar obligaciones originadas en un contrato de compraventa... El Tribunal no vio ese medio de prueba" y por consiguiente incurrió en error palmario de hecho. "De no mediar ese yerro —concluye— de seguro que el fallador... habría absuelto al demandado de todos los cargos...".

Se tiene en cuenta

1. La primera crítica que se hace al sentenciador, no se ajusta a la preceptiva legal a que está sujeto el recurso de casación en lo tocante con los cargos por vía indirecta, dentro del campo de la causal primera.

Esta corporación ha explicado innumerables veces la diferencia que existe entre los errores de hecho y los de derecho; ha recalcado que los primeros son de carácter puramente objetivo, que se refieren a la materialidad misma de la prueba total o parcialmente pretérida o supuesta por el sentenciador; que en cambio, en el error de jure no se discute esa objetividad del medio probatorio, sino necesariamente la transgresión de la ley en que pudo haber incurrido el fallador al decretarlo, al practicarlo o al valorarlo.

El recurrente comienza por mencionar los documentos que se allegaron a los autos para demostrar la verdadera procedencia del vehículo objeto del negocio celebrado entre Ricardo Acosta y Aquileo Cortés, no obstante lo cual le atribuye al Tribunal "un error de hecho", por haberlos estimado como plena prueba de la procedencia delictuosa del vehículo.

En dicho error habría incurrido el ad quem, desde luego, si hubiese obtenido su convicción acerca de tal procedencia, de elementos de juicio inexistentes en el proceso o hubiese exagerado el alcance y contenido de los que obran en los autos. En tal caso, para la prosperidad del recurso,

habríase requerido que esos errores fuesen ostensibles y trascendentes, y además, que la censura hubiese demostrado lo uno y lo otro.

Pero semejante acusación resulta vana, cuando bajo el mote de errores de hecho se atribuyen al sentenciador yerros de valoración probatoria, como ocurre en el presente caso, según aparece claramente no sólo de la formulación sino también de la sustentación del cargo. Y aún en la hipótesis de que la expresión "error de hecho" que emplea la censura pudiera atribuirse a un simple "lapsus calami", entendiéndola graciosamente como efectuada por error de derecho, tampoco podría prosperar, porque no se indica ninguna norma probatoria (violación medio) que pudiera haber sido quebrantada por el Tribunal, violación, se repite, sin la cual el error de iure jamás se puede configurar para efectos del recurso de casación.

El Tribunal estimó que los documentos que indica el recurrente y que como prueba fueron debidamente allegados al proceso, demostraban en forma plena que el citado automotor era de contrabando, debido a lo cual le fue decomisado al comprador y posteriormente rematado. Pues, bien esa valoración de pruebas existentes en los autos, sigue en pie amparada por presunción de acierto, mientras no se alegue debidamente y se demuestre que el ad quem erró al darles completo poder de convicción. La censura no logró ni lo uno ni lo otro, de suerte que este aspecto de su ataque está llamado al fracaso.

2. El segundo inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, fue incorporado al estatuto procesal en vigencia por el Decreto extraordinario 2019 de 1970, pues en el 1400 no figuraba. Su aplicación está circunscrita a las declaraciones de terceros, pues así lo indican muy claramente, no sólo su ubicación en el código, en el capítulo IV del Título XII dedicado íntegramente a ese medio de prueba, sino también al mote del artículo que reza: "limitación de la eficacia del testimonio".

Este precepto no significa en manera alguna que la prueba testimonial sea inadmisible para demostrar hechos o actos jurídicos distintos a aquéllos que menciona su primer inciso, es decir, de los que requieren un escrito ad solemnitatem, como en los contratos solemnes, o ad probationem, como en lo referente al estado civil de las personas. Claramente aparece de su texto y de su espíritu que dicha norma establece, como regla general, que el legislador considera improbable que los contratantes hayan omitido constatar por escrito la celebración de un contrato, las modificaciones que le hayan introducido o la extinción de las obligaciones respectivas, porque esa conducta no corresponde a la prudencia y diligencia que todas las personas acostumbran a emplear en sus relaciones jurídicas. Es una simple aplicación de la máxima ex eo quod plerumque fit.

En efecto, al celebrar un contrato, una de las partes no puede tener certeza de que para su ulterior demostración va a contar con la declaración de su cocontratante. Este puede morir, puede quedar imposibilitado para expresarse o para recordar, por virtud de alguna grave enfermedad que contraiga o también puede ser infiel a su compromiso y a su palabra, y negar posteriormente, perjurándose, la realidad de los hechos. Otro tanto puede ocurrir con las personas que hayan presenciado tal celebración y cuyo testimonio sería necesario para acreditarla. Esos riesgos son frecuentes y una persona prudente y diligente no puede correrlos y así lo entiende la ley. De ahí, pues, que en lo que se refiere a la prueba testimonial, única —se repite— a la cual se aplica el segundo inciso del artículo 232, el legislador la mira con desconfianza, estima que no es verosímil que los contratantes se hubieran atenido a ella como único medio para demostrar esas relaciones jurídicas y por consiguiente observa con recelo en cuanto a su sinceridad, los testimonios que se aduzcan al efecto. No los rechaza, como ocurría cuando estaban en vigencia los artículos 1767 del Código Civil y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887. Apenas previene al juzgador para que los aprecie con extremada cautela. Ahora las declaraciones testimoniales son admisibles como prueba de "obligaciones originadas en contrato o convención" pero de antemano se las mira con desconfianza en cuanto a la credibilidad que merezcan. Ese es el sentido del "indicio grave en contra de la inexistencia de lo que con ellas se trata de probar. Al respecto es muy claro el texto

de la parte inicial del segundo inciso del artículo 232.

Esta norma de apreciación o valoración probatoria no se debe aplicar, o dicho en otras palabras, no milita el grave indicio en contra de lo que afirman los declarantes cuando esos motivos de sospecha desaparecen en ciertas circunstancias que el mismo legislador señala, esto es, cuando la falta del documento escrito se justifica razonablemente atendidas las circunstancias en que se celebró el acto jurídico, por la cuantía del mismo o por las relaciones personales que existían entre quienes lo celebraron, o también, cuando existe un principio de prueba por escrito, entendido éste no como prueba, sino como acto escrito del cocontratante que hace verosímil lo que exponen los testigos.

Las circunstancias excepcionales en que no se aplica el principio general indicado, son conceptualmente las mismas que establecía la legislación anterior (artículo 93 Ley 153 citada): la imposibilidad moral o física para producir la prueba documental y la verosimilitud que merecía la versión de los testigos cuando ésta se hallaba respaldada por un principio de prueba por escrito.

La ley defiere al buen juicio del juzgador la aplicación de la norma general que consagra el precepto en cuestión, o sea, si en un caso dado la prueba testimonial aducida para demostrar relaciones jurídicas está contrarrestada (no rechazada, se repite), sí o no, por el indicio grave en contra que establece dicho texto. Puede no estarlo, por ejemplo, en contratos celebrados entre personas estrechamente ligadas por vínculos de parentesco o de afecto; en contratos como el depósito necesario en que no haya sido posible obtener prueba documental; y cuando la cuantía de la obligación justifica razonablemente que se haya prescindido de la prueba escrita. La apreciación que haga el juzgador sobre los factores determinantes de la existencia a ese grave indicio en contra de la credibilidad que merezca la prueba de testigos en un caso concreto, salvo contraevidencia manifiesta, escapan al control de la Corte en el recurso de casación. Otro tanto ocurre, como es obvio, sobre los factores excluyentes del indicio en cuestión.

Teniendo en cuenta las bases doctrinarias apuntadas, se llega a la conclusión de que este aspecto del ataque formulado por la censura tampoco puede prosperar, por las siguientes razones:

a) Porque el sentenciador no encontró la prueba de la celebración del contrato de compraventa exclusivamente en las declaraciones de los testigos, sino en la apreciación en conjunto de "todo el acervo probatorio", vale decir, la confesión presunta del demandado, el indicio en contra de éste resultante de no haber contestado la demanda y los mencionados testimonios; y

b) Porque, como quedó dicho arriba, la apreciación de los factores excluyentes del indicio que contrarresta la prueba testimonial compete de modo exclusivo al juzgador de instancia y escapa a la de la Corte, salvo una contraevidencia que en el presente caso no se ha alegado ni menos aún demostrado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por atuoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Las costas de casación a cargo del recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REGISTRO DE MARCA

Conflicto de competencia entre la jurisdicción común y la administrativa. Son distintas las acciones de oposición y de cancelación del registro de una marca de fábrica.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de diciembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso de cancelación de registro de la marca "DOS LIMAS".

I

Antecedentes

1. La entidad "Nicholson File Company", sociedad organizada y existente de conformidad con las leyes del Estado de Rhode Island, Estados Unidos de América, obtuvo a su favor del entonces Ministerio de Industrias de Colombia, hoy de Desarrollo Económico, el registro de las siguientes marcas de fábrica y de comercio:

a) Mediante el certificado número 1.134 de 30 de marzo de 1916, la que consiste en la palabra "Nicholson", las letras "U.S.A." y dos limas cruzadas, marca que se emplearía para distinguir "herramientas e instrumentos cortantes, especialmente limas y escofinas y sus soportes y sostenes", artículos comprendidos dentro de la clase 5ª del Decreto 1707 de 1931.

La inscripción de esta marca se hizo inicialmente por 20 años; posteriormente fue renovada sucesivamente, por 5 años, en mayo de 1935, agosto de 1940, diciembre de 1945, diciembre de 1950, mayo de 1955, agosto de 1960 y abril de 1965;

b) Por el certificado número 4.426 de 26 de abril de 1926, la marca que "consiste esencialmente en una etiqueta rectangular en la cual aparecen las palabras 'Nicholson File Co.' en semicírculo, dos limas cruzadas, 'Trade Mark', abajo 'Providence, R. I.' y 'Made in U.S.A.', y en el centro, dentro de cuadro y círculo alegórico la figura de un trabajador y las palabras 'Patent' a 'Increament Cut'...", signo marcario que se emplearía para distinguir "limas, escofinas, raspas, rallos, etc., artículos comprendidos en la clase 10ª del Decreto 439 de 1928", hoy 5ª del Decreto 1707 de 1931.

El registro dicho se hizo inicialmente por 10 años; luego se renovó sucesivamente, por períodos de 5 años más, en abril de 1936, febrero de 1941, abril de 1946, marzo de 1951, febrero de 1956, diciembre de 1960 y abril de 1966; y

c) Mediante certificado número 9.100 de 23 de marzo de 1934, el registro del signo marcario que "consiste principalmente en la combinación de los colores gris y verde, empleados respectivamente, en la caja o empaque de los artículos, y en la etiqueta que contiene, aparte del color ya dicho, los siguientes distintivos impresos en color negro: dentro de un marco de fantasía, en cuyo centro dentro de un óvalo enmarcado, se destaca la figura de un obrero trabajando en un taller; en la parte superior la representación de dos limas cruzadas y las siguientes leyendas: 'Patent sep. 27th 1864. Nicholson File Co. Providence, R. I. Made in U.S.A.'...", marca de fábrica o de comercio ésta que se emplearía para distinguir "limas y escofinas, artículos com-

prendidos en la clase 5ª del Decreto 1707 de 1931".

Este certificado se expidió inicialmente por 10 años; luego se renovó sucesivamente, por períodos de 5 años más, en mayo de 1944, febrero de 1949, marzo de 1954, diciembre de 1958 y febrero de 1964.

2. En agosto de 1966 la entidad "Industria Colombiana de Tachuelas Limitada", sociedad constituida de acuerdo con las pertinentes leyes nacionales y domiliciada en la ciudad de Cali, por conducto de su representante legal, solicitó a la División de Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento el registro a su favor de la marca de fábrica y de comercio que consiste esencialmente en "la denominación 'DOS LIMAS', en una etiqueta que representa el dibujo de dos limas que se unen en su punta inferior, formando una 'V', las limas tienen el dibujo característico de figuras romboidales en toda su extensión".

Expresó entonces la peticionante que la marca cuyo registro deprecó la usaría para distinguir "máquinas y aparatos para toda clase de industrias, siempre que no sean eléctricos ni de transporte; piezas o partes de los mismos; accesorios y complementos para bucear y filtrar; máquinas, aparatos y accesorios para la agricultura, avicultura, apicultura, piscicultura, lechería, vinicultura, viticultura, y selvicultura; ferretería, cuchillería, cerrajería, quincallería; artículos de hierro para menaje; hojalatería, aparatos de calefacción, ventilasanitarios; máquinas y aparatos para limpieza en general, lavado y limpieza de la ropa, telas, alfombras, pisos, etc., tales como: herramientas, navajas, cuchillas, machetes, cuchillos, frenos, espuelas, estribos, herraduras, clavos de toda clase; cubiertos en general, cerraduras. Muy especialmente, toda clase de herramientas con filo o sin él, aguzadas o no, herramientas para pulir y pelar", artículos todos comprendidos en la clase 5ª del Decreto 1707 de 1931.

3. Rituado el correspondiente trámite, y por cuanto durante él no se presentó "oposición al registro solicitado", el Ministerio dicho, mediante resolución proferida el 24 de julio de 1968, ordenó inscribir a favor de la sociedad peticionaria la marca de fábrica y de comercio ya descrita; reconoció a "Industria Colombiana de Tachuelas Limitada" como propietaria de ella con "derecho exclusivo de usarla en el territorio de la república, con los fines indicados, por el término de diez años".

Y en cumplimiento de lo así resuelto expidió, el 16 de septiembre de 1968, el certificado de registro número 67.856, para los efectos de la protección de la propiedad marcaria reconocida.

II

El litigio

1. Así las cosas, mediante escrito de 27 de abril de 1970, reformado por el de 1º de septiembre del año siguiente, la citada sociedad "Nicholson File Company" acudió a la justicia ordinaria en procura de que, con citación de la entidad "Atila de Colombia Ltda." (antes "Industria Colombiana de Tachuelas Ltda."), a quien señaló como demandada, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que se ordene cancelar "el registro y el certificado de registro número 67.856 de septiembre 16 de 1968, correspondiente a la marca de fábrica que consiste en la expresión nominativa 'DOS LIMAS' y en la expresión figurativa 'DOS LIMAS' que puede describirse como dos limas romboidales que se unen en su punta inferior, formando una 'V', expedido a favor de Atila de Colombia Ltda., para distinguir artículos comprendidos en la clase 5ª del Decreto 1707 de 1931";

b) Que se condene a la sociedad demandada al pago de las costas procesales; y

c) Que se disponga la publicación de la sentencia en la Gaceta de la Propiedad Industrial.

2. A más de los hechos que constituyen los antecedentes relatados, la demandante invocó como causa petendi los que sustancialmente quedan sintetizados en los siguientes:

a) Que ella es dueña en Colombia, por inscripción, de las tres marcas de fábrica y de comercio descritas en los certificados números 1.134 de 30 de marzo de 1916, 4.426 de 26 de abril de 1926 y 9.100 de 23 de marzo de 1934, los que oportunamente han sido renovados;

b) Que además de haberlas registrado a su favor, la demandante ha venido usando en el territorio nacional los referidos tres

signos marcarios, desde mucho antes de haberse solicitado la inscripción de la marca cuya cancelación depreca;

c) Que la marca "DOS LIMAS", inscrita a favor de la sociedad demandada según certificado número 37.856 de 16 de septiembre de 1968, lo ha sido para distinguir artículos de la misma clase y naturaleza de los de las tres primeramente registradas;

d) Que la marca cuya cancelación pide, tiene, en relación con las previamente inscritas por la demandante, "varias partes esencialmente parecidas o substancialmente semejantes", lo que genera una evidente posibilidad de confusión entre ellas;

e) Que por lo mismo existe semejanza entre éstas, ora sea que se las considere desde el punto de vista gráfico, ya desde "el conjunto fonético en la expresión nominativa dos limas", o ya por "el aspecto de conjunto ideológico"; y

f) Que como consecuencia de las anotadas semejanzas de las marcas habría confusión, por parte del público consumidor, de los productos signados con las marcas originales, que son las de la demandante, con los que se distinguen con la marca limitada, o sea la de la demandada.

3. Una vez que fue admitida la demanda por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, al cual correspondió en rerepartimiento, la sociedad demandada, dentro del término que al efecto se le concedió, contestó el libelo incoativo oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

En cuanto a los hechos, afirmó ser cierto el atinente al registro a su favor de la marca "DOS LIMAS", descrita en el certificado número 37.856 de 16 de septiembre de 1968; dijo no constarle los referentes a la propiedad de las marcas que invoca la demandante; y afirmó, finalmente, que ninguna semejanza puede darse, ni total ni parcialmente, entre las marcas cuyo dominio por inscripción alega la actora y la suya.

4. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, en la cual fue particularmente controvertida la competencia para su conocimiento, que el juzgado de instancia, en principio, y la demandante estimaron corresponder al Consejo de Estado, y éste a la jurisdicción ordinaria.

A la postre, el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá puso fin al primer grado de jurisdicción con su sentencia de 25 de febrero de 1974, mediante la cual resolvió que "por no configurarse los elementos esenciales sobre la confusión, como son su registro legal y su uso, se niegan las pretensiones de la demanda"; además impuso a la demandante las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra esta providencia por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, insistiendo en la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer del negocio, planteó colisión al Consejo de Estado.

Surgió así este incidente el proceso pasó al Tribunal Disciplinario, el que, mediante auto de 11 de febrero de 1975, lo resolvió en el sentido de declarar que "corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento del presente proceso de cancelación del registro de la marca 'DOS LIMAS'. En consecuencia" dispuso "Devolver el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, para los efectos legales consiguientes".

6. Definido que fue, pues, el presupuesto procesal de la competencia, el sobredicho Tribunal Superior, luego de haber agotado el trámite del grado, pronunció su sentencia de 10 de diciembre de 1975, mediante la cual reformó el fallo apelado y tomó, en su lugar, las siguientes resoluciones:

"1º Téngense por no probados los hechos invocados como constitutivos de fundamento de la oposición al registro, y de la pretensión de cancelación de la marca 'DOS LIMAS' inscrita a favor de la sociedad 'Industria Colombiana de Tachuelas Limitada', domiciliada en Cali, República de Colombia, promovida por la sociedad 'Nicholson File Company', con domicilio en East Providence, Rhode Island, de los Estados Unidos de América...

"2º Deniégase en consecuencia las pretensiones mencionadas de oposición y cancelación de la marca 'DOS LIMAS' mencionada en el numeral anterior y absuélvase a la sociedad 'Industria Colombiana de Tachuelas Ltda.', de los cargos de la respectiva demanda.

"3º Devuélvase oportunamente el proce-

so al Ministerio de Desarrollo, para los fines legales subsiguientes.

"4º Confírmase la condena de la parte opositora en las costas del proceso.

"5º Condénase a la parte apelante en las costas del recurso".

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de transcribir en su totalidad el contenido de las piezas más importantes del proceso y de compendiar el trámite de éste, en el proemio de su sentencia observa el Tribunal que, por estar presentes en el caso sub judice todos los presupuestos procesales, se impone decidir en el fondo la controversia planteada, mediante el pronunciamiento de fallo "susceptible de constituir cosa juzgada material".

Advierte, al punto, que habiéndose incoado "demanda de registro y de oposición" dentro de la vigencia de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, el aspecto sustancial de la controversia se debe regir por las normas de dichos dos estatutos; pero que, por imperativo del artículo 699 del Código de Procedimiento Civil vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, esta codificación es la que toma "en cuanto a procedimientos y métodos de apreciación de pruebas".

2. Asentado por él el anterior postulado, con transcripción en lo pertinente de los artículos 30, 32, 35, 37, 38, 44 y 49 de la Ley 31 de 1925 y 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la 94 de 1931, emprende el Tribunal el análisis de los sistemas adquisitivos de la propiedad de una marca de fábrica y de comercio; los efectos que de ese dominio se derivan y los medios para su protección eficaz.

Con citas de jurisprudencias, se detiene el ad quem en el estudio de las diferentes marcas, las nominativas y las emblemáticas; dice cuándo se presentan las unas y cuándo las otras; y asevera que, para la protección de la propiedad marcaria, en todas debe buscarse "la grabación mental o visual que el dueño del producto quiere hacer en el público consumidor, en orden a la selección y a la permanencia y predominio de su demanda, particularmente frente a la competencia con otros productos fabricados o distribuidos en la misma zona de consumo".

Estima el sentenciador que "la viabilidad de una oposición al registro de una marca de fábrica" depende primordialmente de que sea imitación de otra anterior, por su inscripción o su uso, lo que permite la confusión de los productos signados con ellas, que es lo que esencialmente busca evitar la ley.

3. Pasa en seguida el sentenciador a analizar las pruebas aducidas al proceso, para deducir, con base en ellas, los hechos que encuentra demostrados.

En esta tarea asevera que los certificados aducidos con la demanda acreditan el registro de las marcas de la demandante y de la demandada; que las de aquella sociedad fueron inscritas con antelación a la de ésta, aunque así la una como las otras lo fueron para distinguir artículos de la misma clase y naturaleza: que con "las facturas de despachos de abundantes cantidades de limas" a Colombia, se acredita que "Nicholson File Company" usó en este país las marcas registradas a su favor, no obstante que, añade, los testimonios de Santiago Saldarriaga Jaramillo, Jaime Roldán Alzate y Samuel Ortiz Márquez indican que los productos de la entidad demandante dejaron de venderse en Colombia, y no se volvieron a importar, "desde cuando se encarecieron como consecuencia del fuerte gravamen a las importaciones, hasta del 80%".

4. No encuentra el Tribunal, empero, que exista entre las marcas de "Nicholson File Company" y la consistente esencialmente en la expresión "DOS LIMAS" semejanza que permita su confusión y, por ende, niega la pretensión de la demanda.

En la parte pertinente de sus conclusiones, dice en efecto la sentencia del ad quem que "comparados los elementos de las dos marcas a que por el momento se contrae el examen, con adopción del fundamento consistente en la deducción de que 'pueden confundirse a primera vista', se hallaría igualdad en la especie de signos como es de las limas, pero no semejanza en su utilización y empleo, puesto que lo predominante en el conjunto de la marca 'Nicholson File Co.', es esta nominación y sus iniciales 'U.S.A.' dirigida a relevar el origen del producto; mientras que la figura

de las dos limas cruzadas, además de que por el cruzamiento desfigura la presencia objetiva de las limas, su empleo sin denominación a ella alusiva, y únicamente al nombre de la persona industrial, lo deja con calidad simbólica o emblemática de la especialidad de los productos que concurre a distinguir, ante el predominio de los otros dichos elementos; y que ese resultado conduce a la conclusión de que en la marca 'DOS LIMAS', vista en su configuración de conjunto con el grabado objetivo de las dos limas, y comparada la colocación de éstas en una y otra marca, la mera igualdad específica no determina la pretendida imitación, porque entonces prima el predominio de la colocación clara en forma de "V" y no el de varias concepciones de colocación de las limas de la otra marca, susceptibles de entenderse como un simple dibujo decorativo, del signo aritmético 'por' (X), o del signo alfabético 'equis' (X) o del más acorde con sus formas y destino, el simbólico o emblemático, circunstancias que no permiten particularizar la imitación, ni por ende la confusión".

5. Conclusión del análisis comparativo que él hace es, para el Tribunal, la de que si bien entre las marcas existen algunas semejanzas, éstas no obstante no son suficientes para demostrar "una imitación con grado causante de confusión, tanto por su escasa dimensión, como por las circunstancias demeritantes contenidas en el conjunto de la marca del demandante".

Y así, asevera el ad quem que, apoyado en tal conclusión, se le impone sustituir el fallo recurrido, aún sin "lugar al análisis de los elementos concurrentes al conjunto de las demás marcas de la opositora, tales como el de la figura del obrero y el de los colores verde y gris, de las marcas destinadas a la distinción de sus etiquetas en sí mismas, y de su utilización de sus empaques y a la caracterización de éstos, porque ni se alude a ellos en la demanda como imitados, ni se les ve en la marca de la demandada".

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la sociedad "Nicholson File Company". En la demanda respectiva le formula a dicho fallo cinco cargos: el primero con apoyo en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; el segundo dentro de la órbita de la tercera; los dos siguientes con fundamento en la causal segunda; y el último con base en la primera. La Corte los estudia en el orden en que vienen propuestos.

Censuras que denuncian errores in procedendo

Causal Quinta

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de haberse incurrido en el proceso en nulidad, por corresponder él a distinta jurisdicción, según lo establecido por el numeral 1º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. Consecuencialmente solicita la recurrente que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la invalidez de la actuación "a partir del auto de 15 de diciembre de 1970".

2. En desarrollo de esta censura el casacionista, luego de pormenorizado compendio de las actuaciones surtidas en el proceso, observa que la demanda con la cual se inició fue presentada el 17 de abril de 1970 ante la Superintendencia de Industria y Comercio; que esta entidad, en acatamiento a lo preceptuado por los artículos 6º y 9º de la Ley 94 de 1931 y 36 y 37 de la 31 de 1925, por tratarse de una acción de cancelación, remitió la demanda, junto con los antecedentes del registro, a los jueces ordinarios, en donde se admitió en septiembre de 1971; que una vez entró en vigencia el nuevo Código de Comercio el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, al cual había correspondido el negocio en repartimiento, con fundamento en los artículos 596 y 614 de dicha codificación lo envió, por competencia, al Consejo de Estado, el que estimó, en auto de 23 de mayo de 1972, carecer de atribución para conocer de la controversia; que cuando el expediente subió al Tribunal Superior de Bogotá en apelación del fallo de primer grado, esta entidad, ante la insistencia suya y la del Consejo de Estado en sus incompetencias previamente manifestadas, planteó la colisión

respectiva, incidente que decidió el Tribunal Disciplinario en el sentido de declarar "la jurisdicción a favor de la justicia ordinaria".

Insistiendo en la tesis varias veces propuesta por él en este proceso, asevera el casacionista que el nuevo Código de Comercio trae dos artículos, el 596 y el 614 cuyos textos transcribe, que son "real o aparentemente contradictorios en materia de jurisdicción y competencia para conocer, tramitar y decidir las demandas de cancelación o anulación del registro de marcas".

Sobre este aserto afirma: "Es evidente que, de acuerdo con lo dispuesto por el citado artículo 596, no digo la simple competencia, sino aún más, la jurisdicción para conocer y decidir las demandas de anulación o cancelación del registro de marcas, o habría sido expresamente atribuída o trasladada de la justicia ordinaria a la justicia contencioso administrativa"; pero que el precitado artículo, al señalar competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones de anulación y cancelación, "no dice que deben distinguirse dos clases de registros administrativos, a saber, los anteriores y los posteriores al nuevo Código de Comercio"; que dicho precepto legal "no trae ninguna excepción expresa, ni expresamente ha condicionado el cambio de jurisdicción a ningún evento".

3. Concretando el cargo que formula, dice en suma el recurrente que de acuerdo con el artículo 596 del nuevo Código de Comercio, la competencia para conocer de las acciones de cancelación del registro de una marca de fábrica, ora de las inscritas con anterioridad a la vigencia de dicha codificación o ya las posteriores, corresponde al Consejo de Estado; que ello es así, además, porque los trámites para obtener la concesión y el registro de una marca son actos necesariamente administrativos, tal cual lo han reconocido la Corte Suprema y el Consejo de Estado en algunas providencias que transcribe en lo pertinente, cuya "legalidad o constitucionalidad se pueden cuestionar" ante el órgano supremo de lo contencioso administrativo.

Se considera

1ª Sostienen los expositores del derecho procesal que la jurisdicción, entendida en su concepto más simplista como la facultad que corresponde privativamente al Estado para dirimir los conflictos de intereses que se presentan entre los asociados, es función indivisible en sentido estricto; pero que, atendiendo a la naturaleza de las relaciones jurídicas que constituyen su objeto, la administración de justicia se ha dividido en grupos con procedimientos y jueces diferentes.

Es así como clasifican la jurisdicción en ordinaria y especial. La primera, que equivalle al género, es la que se ejerce sobre la generalidad de los negocios o controversias que no han sido asignadas a otra; la segunda, que es la especie, dice relación a determinados asuntos que por razón de la materia se han adscrito para su conocimiento a jueces especiales.

La organización de la administración de justicia en Colombia ha establecido como jurisdicción especial la Contencioso-Administrativa, cuya finalidad es en esencia la tutela del orden jurídico frente a las desviaciones o abusos de los órganos de la administración, y la solución de los conflictos surgidos entre ésta y los particulares con motivo de tales abusos.

2ª Creada, pues, en Colombia desde 1913 (Ley 130) la indicada jurisdicción especial, ésta ha existido en el país desde entonces, paralela a la común u ordinaria.

Tal dualidad de jurisdicciones impulsó al constituyente colombiano de 1945 a crear un Tribunal de Conflictos, "encargado de dirimir los casos de competencia" que ocurrieran entre ellas, según concepción del artículo 68 de su Acto legislativo número 1, y remitió al legislador su establecimiento y organización. Se concibió así, continuando con el modelo francés sobre el sistema, un organismo entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, a su nivel constitucional, que dirimiera los conflictos de competencia entre las dichas dos jurisdicciones. No desarrolló la ley, sin embargo, la creación constitucional, pues el referido Tribunal de Conflictos no se organizó; entonces los que se presentaron entre las dos jurisdicciones, común y administrativa, continuaron resolviéndose por la decisión prevalente de la Corte Suprema.

La necesidad de una solución distinta, conforme al criterio del constituyente de 1945, subsistió, reclamando con mayor fuerza el organismo "encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa". Para atender esta necesidad el constituyente de 1968 creó el Tribunal Disciplinario y le atribuyó, entre otras funciones, la de dirimir los apuntados conflictos de competencia, según se desprende del artículo 217 de la Carta Fundamental. En desarrollo de esta creación constitucional la Ley 20 de 1972 determinó la composición y el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, el que por tanto nació con el poder de definir imparcial y autorizadamente los casos de competencia entre las dos jurisdicciones, común y administrativa, de nuestro régimen judicial.

3ª En el caso de este proceso, como ha quedado visto, surgido que fue el conflicto de jurisdicciones entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Consejo de Estado, pues tanto éste como aquél estimaron no tener la para conocer del negocio, el Tribunal Disciplinario, con el poder constitucional y legal que en el punto tiene, dirimió dicho conflicto mediante su auto de 12 de febrero de 1975, en el sentido de que "corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento del presente proceso de cancelación de registro de marca".

Definido así el aspecto de la competencia por el organismo autorizado para ello, a esta Sala no le es dado ahora revisar esa decisión, por impedírselo los mandatos constitucionales y legales atrás aludidos. Ni por asomo podría la Corte desconocer la resolución del Tribunal Disciplinario, no solamente por el respeto y acatamiento que son debidos a las decisiones proferidas por las autoridades que legal y constitucionalmente tienen la autorización pertinente, sino también porque el Código Judicial, al reglamentar el trámite de los conflictos de competencia, en su artículo 140 preceptúa que decidido uno de éstos "el juez que reciba el negocio no podrá declararse incompetente".

4ª Las consideraciones que preceden serían bastantes para deducir la improcedencia del cargo que por falta de jurisdicción se ha formulado contra la sentencia del Tribunal de Bogotá. Añádase a ellas, no obstante, la de que a términos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil es inadmisible la solicitud de nulidad "que se funde... en hechos anteriores a la oportunidad de excepciones previas o a incidente ya decidido".

Por lo dicho, se desestima esta censura.

Causal segunda

Cargo tercero

1. Con éste se acusa la sentencia de segundo grado, "de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda, por extra petita".

2. En desenvolvimiento de esta censura el impugnante, luego de transcribir la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal y de compendiar las pretensiones deducidas en la demanda inicial del proceso y los hechos sobre los cuales apoyó aquéllas, concreta el cargo así: "... del solo examen de los hechos primero y tercero, se desprende claramente que la pretensión del demandante no es una pretensión de oposición o una solicitud de probable registro, sino una pretensión de cancelación de un registro previo".

Y añade que "por tales razones, no puede afirmarse que con base en tales hechos constitutivos de una pretensión de cancelación, el demandante haya pedido decidir una pretensión de oposición. En conclusión, —dice— la sentencia de segunda instancia, al decidir sobre las inexistentes pretensiones de oposición, contiene resoluciones o pronunciamientos que no forman parte de la litis, es decir, que no han sido pedidos en la demanda'.

Cargo cuarto

1. En él se denuncia disonancia de la sentencia "con las pretensiones de la demanda, por minus petita".

2. A intento de demostrar esta censura la recurrente transcribe las motivaciones del fallo del ad quem, en la parte que éste afirma no existir semejanza entre la marca "Dos Limas" y la inscrita a favor de la demandante mediante certificado número 1134. Afirma, a renglón seguido, que "El Tribunal se pronunció únicamente sobre una sola pretensión de cancelación basada

en el registro de la marca número 1134"; que, "como mucho, podría decirse que tal resolución compendió dos pretensiones de cancelación, a saber, la basada en el registro" de la marca dicha "y la basada en el uso de la misma"; pero que, y es así como deduce defecto de incongruencia por mínima petita, "las demás pretensiones específicamente diferentes, basadas en causas petendi específicamente diferentes, no fueron resueltas".

Se considera

1ª El proceso civil, lo han dicho la doctrina y la jurisprudencia, contiene una relación jurídica que se denomina 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.

Fluye de lo anterior, como obvia y natural consecuencia, que la actividad del Juez al proferir la sentencia no es ni puede ser ilimitada; que sólo puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes, o, en otros términos, que solamente debe moverse dentro del espacio que le determinan el demandante en su demanda y el demandado en su contestación. Pero si bien es cierto que le está vedado tomar decisiones fuera de lo suplicado, no lo es menos que esta prohibición corre pareja con el deber que incumbe al fallador de considerar y resolver todos los extremos de la relación procesal.

El quebranto por el Juez de la prohibición referida implica que su sentencia quede viciada, puesto que al decidir sobre cuestiones no pedidas o sobre más de lo pedido lo hace con exceso de poder y por ende sin tener competencia para ello; como también resulta viciado el fallo cuando omite pronunciamiento sobre peticiones o excepciones, pues que, en tal supuesto, por defecto de poder quedan insolutos, total o parcialmente, algunos aspectos de la controversia.

2ª De lo cual se sigue que el principio de la congruencia o armonía del fallo, consagrado positivamente por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, se contrae a atender la necesidad de que la sentencia esté en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le brinda para proponerlas; y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido invocadas por el demandado si no se autoriza su declaración oficiosa.

Cuando el Juez al fallar infringe el principio de la congruencia de la sentencia, ora por exceso de poder o ya por defecto del que se le atribuye, lesiona el interés jurídico de los litigantes, para cuya reparación se han consagrado los recursos. Y entre éstos singularmente el de casación si el fallo es proferido por un Tribunal Superior, desde luego que en los supuestos de casación per saltum no proceden las acusaciones que denuncian errores in procedendo.

Es, pues, la falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, o la ausencia de la necesaria correspondencia entre la resolución de la sentencia y las peticiones de las partes, lo que autoriza la casación del fallo incongruente, disonante o inconsonante.

3ª Al unísono, tradicionalmente han sostenido la doctrina y la jurisprudencia patrias que la incongruencia del fallo puede revestir tres formas, cualquiera de las cuales estructura la causal segunda de casación, puesto que cualquiera de ellas implica trasgresión del principio de la consonancia, y son: ultra petita, en la cual incurre la sentencia cuando provee sobre más de lo pedido, o sea cuando se falla con exceso de poder; extra petita, es decir, cuando decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante, o sobre excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas; y mínima petita, en la cual incurre el Juez cuando, al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas.

4ª En sentencia que son muchedumbre la Corte ha sentado la doctrina de que 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 porque el fallo resuelve sobre lo que no fue impetrado, ora porque otorgue más de lo pedido, o ya porque al decidir omita, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo.

Doctrina esta de la cual fluye, como consecuencia obvia, que para hallar el defecto de inconsonancia no es pertinente confrontar las motivaciones del fallo con las resoluciones contenidas en él; que tampoco estructura inconsonancia la discrepancia del recurrente con las motivaciones en que el fallador apoya las decisiones; ni menos tipifica el vicio de disonancia la errada interpretación de la demanda.

5ª La demanda de casación que se estudia acusa la sentencia del Tribunal ad quem, primeramente, de ser disonante por extra petita, vicio este que la Corte evidentemente encuentra configurado, puesto que al parangonar las pretensiones aducidas por el 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 concretó su pretensión a obtener la cancelación del "registro y el certificado del registro... correspondiente a la marca de fábrica ... DOS LIMAS"; la sentencia, además de negar la pretensión dicha, resuelve, mediante los numerales 1º y 2º, declarar "no probados los hechos invocados como constitutivos de fundamento de la oposición al registro", y en consecuencia denegar "las pretensiones mencionadas de oposición...".

Si, pues, la demandante solamente dedujo la acción de cancelación de la marca "DOS LIMAS", el Tribunal ha debido limitarse en su fallo a pronunciarse sobre tal acción; pero no ir, como ciertamente fue, hasta declarar la improcedencia de una acción de oposición al registro de marca que no fue incoada.

Si bien las acciones de cancelación del registro de una marca de fábrica y de oposición a éste tienen idéntica finalidad, pues así la una como la otra son medios establecidos legalmente para la eficaz protección de la propiedad marcaria; como la primera presupone como antecedente lógico la inscripción del registro que se pretende cancelar, que no se da en la segunda, pues la oposición es precisamente para impedir el registro proyectado, no es posible establecer una sinonimia entre las dos, ni tampoco considerar que el ejercicio de la primera comporta implícitamente el de la segunda.

De todo lo dicho brota la conclusión de que el Tribunal, al pronunciarse sobre una pretensión no propuesta, quebrantó con su sentencia el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil; y que, por tanto, es fundado el cargo de inconsonancia que por fallar extra petita se formula.

6ª No ocurre lo propio con la acusación de diminuto que se le formula al fallo, o de incongruencia por mínima petita, puesto que si en éste el ad quem resolvió denegar la pretensión de cancelación de la marca "Dos Limas", "promovida por la sociedad Nicholson File Company...", esa decisión negativa comprende en su integridad la resolución de la única pretensión deducida. Frente a esa específica súplica nada quedó por decidir y por tanto, en relación con ella, la sentencia es completa.

Por lo demás, como lo ha dicho la Corte, "no es por tanto de recibo el cargo de inconsonancia cuando se fundamenta en la falta de correspondencia entre la parte motiva y la dispositiva del fallo, ni tampoco cuando se hace descansar en la falta de armonía entre ésta y la conclusión a que el sentenciador llega del análisis de las pruebas" (sentencia de 3 de diciembre de 1975, aún no publicada).

Causal tercera

Cargo segundo

1. Lo dedica el censor a acusar la sentencia del Tribunal de contener, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias.

2. Estriba la presunta contradicción en que el fallo, simultáneamente, deniega "las pretensiones mencionadas de oposición y cancelación de la marca 'DOS LIMAS'...", puesto que, explica, "es contradictorio afirmar, por un lado, que una marca aún no se encuentra registrada o está pendiente de registrarse razón por la cual respecto

del registro de ella, es lógico decir que prospera o que no prospera una demanda de oposición dirigida a impedir que el aún existente registro llegue a existir, y, por otro lado, afirmar que una marca ya se encuentra registrada, razón por la cual, respecto del registro de ella es lógico predicar que prospera o que no prospera una demanda de cancelación encaminada a que el registro ya existente deje de existir".

Se considera

Conocidos la naturaleza y el alcance de este cargo, dos razones relevan a la Corte de estudiarlo.

Es la primera la de que, según lo establece el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, salvo el de nulidad que siempre reclama consideración preferencial, cuando se proponen varios cargos por errores in procedendo y uno de ellos prospera, como aquí ha ocurrido, la Corte "se abstendrá de considerar los restantes"; y consiste la segunda en que, habiéndose hallado procedente la censura de inconsonancia por extra petita y siendo por tanto pertinente casar el fallo por haberse pronunciado sobre una acción de oposición no deducida en la demanda, para concretarlo exclusivamente a la acción de cancelación, la contradicción que el casacionista alega desaparece por sustracción de materia.

Censura que denuncia error in judicando

Causal primera

Cargo quinto

1. Mediante éste se acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por interpretación errónea, de los artículos 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 42, 43, 44, 45, 46, 48 y 49 de la Ley 31 de 1925; y 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º y 13 de la 94 de 1931.

2. En desarrollo del cargo, luego de expresar que parte "de la base de que el Tribunal apreció debidamente los medios de prueba que obran en el proceso y que, por lo mismo, no incurrió en yerros de índole probatoria", el censor asevera que las normas que él estima infringidas con la sentencia consagran el derecho sustancial "de preferencia o prioridad para obtener el registro atributivo del derecho de propiedad sobre una marca"; que establecen, igualmente, como medios para tutelar la propiedad dicha, las acciones de oposición al registro y la de cancelación "de una posterior marca registrada semejante"; y que dichas normas legales delimitan el alcance, contenido a extensión de ese derecho de propiedad, "cuando expresan hasta donde llega el derecho de exclusividad".

Avanzando en el desenvolvimiento de la censura, afirma el impugnador que el artículo 8º de la Ley 94 de 1931 limita la extensión del derecho a la propiedad de una marca y su ejercicio solamente a dos hipótesis: a la existencia, entre las marcas, de una o más partes esencialmente parecidas; y a la existencia de confusión a primera vista, "de suerte que solo por medio de un examen detenido sea posible distinguir la una de la otra". Y añade que el ad quem, en su sentencia, redujo esas dos hipótesis a una sola, "y a la primera hipótesis legal también la condiciona, el requisito de que solo por medio de un examen detenido sea posible distinguir la una de la otra".

Estima la censura que el Tribunal malinterpretó la citada norma, y que como consecuencia "todo el complejo de normas del cual es parte el citado artículo 8º quedó erróneamente interpretado, lo cual condujo a la violación directa del complejo normativo de derecho sustancial", o sea el que integran los preceptos que cita como infringidos y cuyos textos transcribe el recurrente.

3. Rematando la formulación del cargo, dice el casacionista que "la citada interpretación errónea de las normas de derecho sustancial llevó, por consiguiente, a una aplicación equivocada de ellas"; y que si "el Tribunal no hubiera hecho la citada interpretación incorrecta, la sentencia habría sido favorable a las pretensiones del demandante".

Se considera

1º Como lo tiene investigado la doctrina, cuando al apreciar el mérito del derecho sustancial el juez se equivoca, incurre en un error in judicando que se traduce en no hacer actuar en el caso litigado la verdadera y real voluntad del legislador expresada en la ley, ora sea por inaplicación,

ya por aplicación indebida, o ya por interpretación errónea de ella. Insistentemente ha dicho la jurisprudencia de la Corte que 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 entendida rectamente la 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.

Y es también doctrina jurisprudencial aceptada la de que como cada uno de estos tres aspectos de violación de la ley es sustancialmente diferente, para el éxito del recurso 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 determinados preceptos 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).

Y es lógico que ello sea así, pues siendo de tal manera distintas estas tres especies de violación, hasta el punto que se excluyen unas a otras, la Corte, sin rebasar los límites de sus atribuciones como Tribunal de casación, no podría acoger eligiéndola libremente, la forma de infracción que más se acomode al ataque.

En otra oportunidad dijo la Sala 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 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).

2º En sentencia de 22 de septiembre de 1972 dijo la Corte 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 Sala 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 segunda 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" (G. J., CXLIII, 168).

3º En el caso de este proceso, como se desprende claramente del extracto que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal de Bogotá no encontró que entre las marcas "Dos Limas", inscrita a favor de la sociedad demandada, y las que previamente se habían registrado por la entidad "Nicholson File Company", existiera semejanza que permita confundir los productos con ellas signados; consiguientemente denegó la petición de cancelación del registro que para la primera de dichas marcas deprecó la demandante en la demanda incoativa del proceso. Lo cual significa que no aplicó en su fallo, ni en todo ni en parte, las normas del derecho marcario, que facultan a su titular para pedir la cancelación de marcas semejantes a la suya, e inscritas posteriormente.

Se limitó pues el ad quem a manifestar la improcedencia legal de decretar la cancelación del registro de una marca de fábrica o de comercio, por ausencia de imitación de esta a las que pertenecen a la demandante. Y si no aplicó en su sentencia ninguna de las normas sustanciales en que la demandante apoyó jurídicamente su pretensión cancelatoria, es errado acusar el fallo, como aquí lo hace el recurrente, por

interpretación errónea de ellas, puesto que, como está dicho, este específico concepto de violación presupone necesariamente que los preceptos hayan sido aplicados.

Si, como lo asevera el recurrente, la sentencia desestimativa que él impugna le vulnera su derecho a pedir la cancelación de una marca de fábrica que estima como imitación de las suyas, la acusación ha debido formularla por falta de aplicación de las normas legales sustanciales que consagran el derecho cuya tutela reclama, y nunca por interpretación errónea de esos preceptos que precisamente el *ad quem* consideró inaplicables al caso litigado.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

V

Sentencia sustitutiva

Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo tercero la sentencia recurrida habrá de casarse; pero como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicho cargo se le hizo al fallo, en cuanto por él se despacha negativamente una pretensión de oposición al registro de una marca que ciertamente no se adujo en la demanda inicial del proceso, la sentencia de reemplazo ha de reproducir todas las demás decisiones del Tribunal, por cuanto los cargos formulados contra estas disposiciones resultaron infundados, tal cual se vio al despacharlos.

VI

Decisión

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, CASA la sentencia de fecha diez (10) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. REFORMASE la sentencia de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos setenta y cuatro (1974), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá;

Segundo. TIENENSE por no probados los hechos invocados como fundamento de la pretensión de cancelación de la marca "DOS LIMAS", inscrita a favor de la sociedad "Industria Colombiana de Tachuelas Ltda." (hoy Atila de Colombia Ltda), domiciliada en Cali, República de Colombia, promovida por la sociedad "Nicholson File Company", con domicilio en East Providence, Rhode Island, Estados Unidos de América;

Tercero. DENIEGASE, en consecuencia, la pretensión mencionada de cancelación de la marca "Dos Limas", referida en el numeral anterior; y de consiguiente se absuelve a la entidad "Industria Colombiana de Tachuelas Ltda.", (hoy Atila de Colombia Ltda.) de los cargos formulados en su contra en la demanda inicial del proceso;

Cuarto. DEVUELVASE al Ministerio de Desarrollo el expediente, para los fines legales pertinentes;

Quinto. CONDENASE a la sociedad demandante, "Nicholson File Company", al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso; y

Sexto. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.



SIMULACION

Abolición de la restricción probatoria. — Valor de la prueba oficiosa sin pago del impuesto de timbre. — Precedida de promesa de contrato.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Por cuanto la Corte casó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, proferida el 13 de noviembre de 1973 le corresponde. como Tribunal de instancia, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de primer grado dictado el 8 de febrero de 1971 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, en el proceso ordinario de Juan B. Quintero Mesa, como heredero de Juan B. Quintero C., contra la menor Carmen Elisa Carvajal Villafañe, representada por su madre legítima Alicia Villafañe viuda de Carvajal.

Antecedentes

1. En demanda de 15 de abril de 1966, solicita el referido demandante que en contra de la menor Carmen Elisa Carvajal Villafañe, se hagan las declaraciones y condenas siguientes:

a) Que es simulado el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962 de la Notaría Pública del Círculo de Yumbo;

b) Que sobre este contrato ostensible, debe prevalecer la donación oculta;

c) Que esta donación es absolutamente nula, por falta de insinuación, en cuanto su valor excede de dos mil pesos ($ 2.000.00);

d) Que se ordene la cancelación de la escritura y su registro;

e) Que se condene a la demandada, como poseedora de mala fe, a la restitución del inmueble enajenado y al pago de sus frutos civiles, así como a las costas del proceso.

Como peticiones subsidiarias se propusieron éstas:

a) Que se declare rescindido, por lesión enorme, el contrato de compraventa referido;

b) Que se condene a la demandada a completar el justo precio o a restituir el inmueble con las consiguientes prestaciones, ordenándose además la cancelación de la escritura y su registro, más el pago de las costas del proceso.

2. La causa de pedir puede resumirse así:

a) Por Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962, de la Notaría Pública del Círculo de Yumbo, Juan B. Quintero C., padre del demandante, dijo vender a la menor Carmen Elisa Carvajal Villafañe un lote de terreno con casa de habitación, situado en la ciudad de Cali, en la carrera 4ª, distinguido con el número 15-58 y delimitado así: "Por el norte, con la carrera 4ª, en una extensión de 10.74 metros; por el sur, con propiedad que es o fue de Herminia Jordán, en 11.50 metros; por el oriente, con propiedades que son o fueron de herederos de Jorge Carvajal y Trinidad Caicedo; y, por el occidente, con propiedades que son o fueron de Elisa viuda de Zúñiga y Miguel A. Muñoz";

b) El mencionado contrato de compraventa es simulado, porque de una parte la compradora no pagó precio, y de otra, se pretendió encubrir una donación sin mediar insinuación y sin sufragar los impuestos que causa el acto gratuito;

c) El precio de $ 70.000.00, consignado

en la compraventa, "es inferior a la mitad del justo precio que el inmueble tenía al momento del negocio";

d) Finalmente, afirma el libelista que en el proceso sucesorio de Juan B. Quintero C. se le reconoció como heredero, en su condición de hijo legítimo del causante.

3. Enterada la demandada de las pretensiones del actor, consignó su respuesta en escrito de 21 de junio de 1967, en el sentido de admitir parcialmente los hechos, para finalizar con oposición a lo pedido y con la formulación de las excepciones que denominó de "ineptitud sustantiva de la demanda", "carencia de acción", "dolo" y "la innominada".

4. Impulsado el proceso, la primera instancia culminó con sentencia de 8 de febrero de 1971, la que resultó ser desfavorable al demandante, pues el a quo negó tanto las declaraciones principales como las subsidiarias.

5. Inconforme el demandante con la resolución precedente, en la debida oportunidad interpuso el recurso de apelación, el que procede la Corte a resolver, como Tribunal de instancia, ante el hecho de haber quebrado la sentencia de segundo grado.

Consideraciones de la Corte

1. En la sentencia apelada el juzgador a quo se inclinó por despachar adversamente las pretensiones de simulación y rescisión por lesión enorme, principal y subsidiaria, respectivamente, en cuanto consideró en lo tocante con la primera, que como la acción ejercitada por el heredero Juan B. Quintero Mesa es la heredada del causante y no la propia, el actor no gozaba de libertad probatoria en esta materia, sino que estaba sujeto a la restricción establecida en los artículos 1766 y 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887. Y en lo que atañe con la petición subsidiaria, expresó que no quedó establecido si el inmueble sobre el cual versaba el dictamen de los peritos era el mismo a que se refería la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962 otorgada en la Notaría Pública del Círculo de Yumbo, y además, porque las peritaciones no se encontraban debidamente fundamentadas y no registraban un criterio unánime en torno al valor del predio vendido a la demandada.

2. Al examinar el libelo, éste pone de presente que el demandante pretende, en forma principal, la declaratoria de simulación del contrato de compraventa celebrado entre Juan B. Quintero C. y la menor Carmen Elisa Carvajal Villafañe, consignado en la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962, de la Notaría Pública del Círculo de Yumbo y, en su defecto, la rescisión, por lesión enorme, del aludido contrato.

3. Como quiera que prioritariamente se pide la simulación, la Corte está llamada a estudiar, en el orden propuesto, tal pretensión.

Ha sostenido la doctrina que por acto simulado se entiende todo acuerdo contractual mediante el cual las partes emiten una declaración de voluntad no acorde con la realidad. Si tal acuerdo va destinado a descartar todo efecto negocial, la simulación es absoluta: si va orientado a celebrar un negocio jurídico, pero se lo encubre con un ropaje diferente, la simulación es relativa. Y en esta última especie se ubica el caso mediante el cual se celebra un contrato de compraventa para disimular una donación.

4. A pesar de que la simulación no es en todos los casos fraudulenta, por ejemplo, como cuando no se persigue perjudicar a terceros o realizar un fraude a la ley, de ordinario sí va orientada a lesionar los derechos de otros, ya sea en la modalidad de absoluta o relativa, motivo por el cual se le concede al agraviado con la celebración de actos jurídicos de esa índole, la prerrogativa jurídica de destruir el acto simulado, o sea, de hacer prevalecer la realidad sobre la declaración aparente o ficticia.

5. En este orden de ideas, la acción de simulación no sólo pueden ejercitarla los contratantes simuladores, sino también los herederos de éstos y aun terceras personas, como los acreedores, cuando tienen verdadero interés jurídico. En lo que atañe a los herederos, éstos pueden asumir una posición diferente, o sea, pueden actuar jure proprio o jure hereditario. Si el heredero impugna el acto simulado porque menoscaba su legítima en tal caso ejercita su propia o personal acción. Si promueve la acción que tenía el de cujus y como heredero de éste, se está en presencia de la acción heredada del causante. Con todo, esta distinción fue particularmente impor-

tante durante la época en que la doctrina sostuvo la restricción probatoria de las partes en materia de simulación y la libertad respecto de los terceros cuando impugnaban determinado acto de simulado. Hoy en día con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Civil, la distinción de partes y terceros en materia probatoria y para efectos de comprobar la simulación, perdió toda importancia, pues quien actualmente ataca una acto de simulado bien puede acudir a todos los medios de convicción para demostrar ese hecho.

6. Dada la forma y sigilo que rodea la celebración de los actos jurídicos simulados, la prueba a la cual se acude con mayor frecuencia es a la de indicios y, en especial, cuando no existe prueba documental. Por ello la doctrina ha venido sosteniendo que asumen la calidad de tales el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica en los compradores, el precio exiguo, el comportamiento de las partes al efectuar el contrato, etc.

Sobre el particular sostuvo la Corte en sentencia de 5 de diciembre de 1975, aún no publicada, lo siguiente:

"Sabido es que la prueba de simulación, y más tratándose de herederos que pretenden demostrar la simulación de los actos jurídicos celebrados por su ascendiente, se ha considerado difícil. Por lo mismo se ha acudido con frecuencia, para probar el fenómeno simulatorio, a la prueba indiciaria apta para demostrar la simulación cuando reúne los requisitos para su eficacia probatoria".

7. En el caso a estudio se ha impugnado el contrato de compraventa consignado en la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962 de la Notaría Pública del Círculo de Yumbo y aparecen como indicios de ser simulado los siguientes: a) La edad de la compradora, pues según la partida de nacimiento, a la fecha de la solemnización del referido contrato, la adquirente era una infante; b) La escasa capacidad económica de la adquirente por la época de la celebración del contrato que se tacha de simulado; c) La manifestación de afecto hecha por el vendedor Quintero respecto de la familia de la compradora, a lo cual alude ésta al contestar la demanda; d) El precio exiguo, pues si en el contrato se fijó en la cantidad de setenta mil pesos ($ 70.000.00), la prueba pericial ordenada oficiosamente por la Corte pone de manifiesto, en dictamen bien fundamentado, que el bien inmueble enajenado por Quintero a la menor Carvajal, para la fecha del contrato de compraventa, tenía un valor de un millón cuatrocientos doce mil trescientos treinta y tres pesos ($ 1.412.333.00) y para la fecha de la promesa de contrato tenía un valor de trescientos diez y nueve mil setecientos veintidós pesos ($ 319.722.00); e) El marcado propósito del vendedor de impedir a sus continuadores jurídicos o herederos la impugnación futura de los contratos por él celebrados, pues según lo afirmó la demandada, en el testamento otorgado por Quintero una de sus cláusulas reza que sus hijos perderán el derecho a la cuarta de mejoras y de libre disposición, si alguno de ellos iniciara acciones judiciales contra contratos por él realizados. Y, se repite, aunque no se adujo el testamento, la parte opositoria invoca la existencia de tal cláusula al contestar la demanda.

8. Los anteriores hechos que estructuran una serie de indicios graves, concurrentes y convergentes de simulación, no quedaron infirmados por los medios de convicción incorporados a la litis por la parte demandada. Y, aunque se hace el reparo de que el dictamen pericial decretado por la Corte, como Tribunal de instancia y con fundamento en sus facultades oficiosas, no puede ser estimado como prueba, por cuanto el demandante no canceló el impuesto de timbre, se tiene, de un lado, que si en las pruebas decretadas de oficio le corresponde a ambas partes sufragar los gastos que ellas impliquen, de otro no aparece como razonable y lógico, que ante la renuencia de uno de los litigantes o de todos en cancelar los gastos ocasionados en la producción de un medio de convicción decretado de oficio, quede por ello subestimado el principio de la inquisición en materia probatoria y, por ende, sin ningún efecto o nugatorias las facultades oficiosas del sentenciador (Arts. 37 y 179 del C. de P. C.). Aún más, el impuesto de timbre sobre avalúos de bienes realizados por peritos en los procesos quedó eliminado a partir de la vigencia de la Ley 2ª de 1976, pues este estatuto no grava con tal impuesto el jus-

tiprecio dado por expertos en los procesos y respecto de bienes que se controvierten.

9. Entonces, como la pretensión principal de simulación se abre paso, y el demandado propuso como medios exceptivos "la carencia de acción, la ineptitud sustantiva de la demanda, el dolo y la innominada", se tiene que el primero de los invocados no configura una verdadera excepción, pues no basta con negarle al actor su acción o derecho reclamado, sino que es preciso contraponer y demostrar el hecho impeditivo o extintivo, como lo tiene declarado la doctrina de la Corte. En efecto, ha sostenido que "la carencia de acción y derecho para demandar, no puede ser jamás una excepción, porque ésta presupone la acción que destruye o enerva" (Casación Civil, 29 de mayo de 1959, Pág. 593). Las restantes excepciones no tienen fundamento legal, pues el libelo no padece de ineptitud alguna y tampoco se pone de manifiesto en el proceso la conducta dolosa del actor u otro hecho configurativo de una verdadera excepción.

10. Si la prueba que obra en el proceso pone de presente que el contrato de compraventa celebrado entre Juan B. Quintero C. y Carmen Elisa Carvajal Villafañe, contenido en la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962, es simulado, en cuanto encubre una donación y, si de otra parte no prosperan las excepciones alegadas por la demandada al responder al libelo, fácilmente fluye de todo lo dicho que la pretensión de simulación debe despacharse favorablemente.

11. Entonces, establecida como ha quedado la simulación, o sea, de una donación disfrazada de venta sin mediar insinuación, se tiene por imperativo legal que el acto gratuito "sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos y será nula en el exceso" (Art. 1453 del C. C.). Y, cuando así ocurre, como en el caso sub lite, el donatario conservará un derecho proindiviso en el predio, equivalente a aquella suma y en relación con el precio dado al inmueble en la Escritura número 344.

Como esta declaración de simulación genera una comunidad entre la demandada y los herederos del vendedor difunto, consecuencialmente la opositora corre con la obligación de restituir al demandante y para la sucesión de Juan B. Quintero C., el derecho cuotativo que a éstos les corresponde, con los frutos civiles, considerándosela como poseedora de buena fe (Arts. 961, 962, 963 y 964 del C. C.).

12. Finalmente, conviene notar que el acto simulado puede, en determinados eventos, estar precedido de una promesa de contrato. Y, a pesar de la relación que pudiera existir entre uno y otro acto jurídico, no se requiere a toda costa que se ataque en el mismo libelo la promesa y el contrato prometido para que el juzgador pueda resolver adecuadamente sobre la pretensión de simulación, porque puede darse el caso de que el primero nació sobre bases de seriedad y el segundo pueda ser contentivo de una verdadera simulación. Además, no es tanto en la promesa sino en el contrato subsiguiente donde en definitiva queda plasmada o cumplida la simulación, y por tal virtud, aparece como obvio que sólo se requiera impugnar este último negocio mediante tal acción. Entonces, no es la tentativa de simulación lo que debe atacarse por el perjudicado sino el contrato donde en definitiva se realiza el negocio jurídico ficticio. Algo más, al celebrarse el contrato de compraventa, la promesa de contrato se agotó.

Resolución

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

Resuelve:

1º Revócase la sentencia proferida por el Juez Primero Civil del Circuito de Cali, el 8 de febrero de 1971.

2º En su lugar, decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

3º Declárase simulado el contrato de compraventa, celebrado entre Juan B. Quintero C. y la menor Carmen Elisa Carvajal Villafañe, contenido en la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962, otorgada en la Notaría Pública del Círculo de Yumbo.

4º Declárase que el contrato realmente celebrado entre las partes fue donación.

5º Declárase que el contrato de donación es válido en cuanto a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) y nulo en el exceso de dicho valor, por falta de insinuación.

6º Consecuencialmente, condénase a la demandada Carmen Elisa Carvajal Villafañe a restituir para la sucesión de Juan B. Quintero C., representada por sus herederos, libre de gravámenes, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, el derecho proindiviso que corresponde a la mencionada sucesión en el inmueble de que trata la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962, de la Notaría Pública del Círculo de Yumbo, junto con los frutos civiles percibidos o que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

7º Las prestaciones mutuas se liquidarán en la forma señalada en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

8º Comuníquese al Notario del Círculo de Yumbo la parte resolutiva de esta sentencia, para que se sirva anotar lo pertinente al margen de la matriz de la Escritura pública número 344 de 24 de octubre de 1962.

9º Inscríbase el presente fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo respectivo.

10 Condénase a la demandada al pago de las costas de las dos instancias. Por la secretaría de la Corte liquídense las de segunda.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso a quien corresponda.

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

Alfonso Guarín A., Secretario General.

REIVINDICACION

Transmisión por herencia.— Posesión efectiva de la herencia.— Confesión del demandado.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segundo grado pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Julia Rita Montoya Vda. de Díez, Horacio Díez Montoya, Camilo Mejía Díez y los menores Federico, Juan Ignacio y Rosa Helena Clara Mejía Díez contra la sociedad Samuel Moreno Restrepo & Cía. Comandita por acciones.

I

Antecedentes

1. En la demanda que dio origen al proceso se pide:

a) Que se declare que los demandantes son los propietarios del predio denominado "La Playita", cuya situación y linderos indican;

b) Que se condene a la sociedad demandada a restituirlo a los demandantes;

c) Que se la obligue a pagarles los frutos naturales y civiles, como poseedora de mala fe.

2. Estas súplicas se apoyan en hechos que cabe resumir así:

a) El 12 de noviembre de 1952, en el proceso de sucesión de Santiago Díez Díez se dictó decreto de posesión efectiva de la herencia a favor de los hijos del causante, Alfredo, Horacio, Jorge, Alberto, Alicia y Lucila Díez Montoya, y de la cónyuge sobreviviente, Julia Rita Montoya Vda. de Díez, decreto que fue inscrito en la Oficina de Registro del Circuito de Medellín;

b) Entre los bienes comprendidos por ese decreto está el predio denominado "La Playita", que el causante había adquirido por permuta celebrada mediante la Escritura número 1847, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín el 30 de octubre de 1924;

c) Alicia Díez Montoya falleció en 1959, y en su causa mortuoria se adjudicaron a sus cuatro hijos legítimos los derechos que la causante tenía en "La Playita";

d) En virtud de sucesivas ventas que algunos de los herederos de Santiago Díez Díez hicieron de sus derechos en ese predio a favor de otros asignatarios, hoy son dueños de éste las siguientes personas: Julia Rita Montoya Vda. de Díez, con 8/12 partes; Horacio Díez Montoya, con 3/12 partes; y Camilo Mejía Díez, junto con sus menores hermanos Federico, Juan Ignacio y Rosa Helena Clara, con 1/12 parte;

e) Cuando el municipio de Medellín ocupó, para ampliar el aeropuerto, una faja de terreno que pertenecía entre otros a los demandantes y a la sociedad demandada, se practicó un avalúo pericial del terreno ocupado y de los perjuicios sufridos por los propietarios afectados, en el cual los peritos separaron claramente una de otra la finca de la sociedad demandada y la que los demandantes ahora reivindican;

f) Tanto Santiago Díez Díez, desde 1924 hasta cuando falleció, como Julia Rita Montoya Vda. de Díez y sus hijos, desde

la muerte de aquél, poseyeron pacíficamente "La Playita", como sucesivos propietario pero hace unos meses fueron despojados de esa posesión "en forma arbitraria, audaz, temeraria y violenta" por la sociedad demandada, mediante la destrucción de los cercos que separaban ese predio de uno limítrofe que a ésta pertenece;

g) Santiago Díez Díez y Julia Rita Montoya de Díez desde tiempo atrás "liquidaron la sociedad conyugal creada entre ellos, como consecuencia de su matrimonio"; sin embargo, en esa liquidación no se incluyó el predio "La Playita", que forma parte parte del activo social.

3. La compañía demandada contestó el libelo negando algunos de los hechos, exigiendo prueba de otros y declarando que los inmuebles "La Playita" y "La Mota", este último de propiedad de aquélla, "están bien determinados y definidos desde la última década del siglo pasado". Propuso "la excepción de prescripción adquisitiva, fundada en el hecho de que si por cualquier circunstancia poseemos terreno que pudo pertenecer a la finca 'La Playita', lo que ciertamente no creemos, lo adquirió la sociedad demandada", por "posesión material, en un tiempo mayor a 75 años". Manifestó finalmente oponerse a todas las pretensiones de la demanda.

4. El Juez Sexto Civil del Circuito de Medellín, quien conoció del proceso en la primera instancia, pronunció extenso fallo por el cual acoge favorablemente todas las súplicas de la demanda y declara no probada la excepción de prescripción adquisitiva.

5. Apelada esta sentencia por la sociedad demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la confirmó en todas sus partes, con costas a cargo de la entidad recurrente.

II

Motivación del fallo impugnado

1. Comienza el Tribunal señalando las diversas cuestiones relacionadas con la pretensión reivindicatoria, que enumera así:

"1º Legitimación activa. Quiénes la pueden ejercitar y cómo prueban que son propietarios o que tienen un mejor derecho a poseer la cosa.

"2º Legitimación pasiva. Contra quién puede ejercitarse.

"3º Qué cosas pueden reivindicarse; y

"4º Naturaleza y objeto de la acción".

2. En lo tocante con el dominio del predio que se reivindica en el proceso, el sentenciador encuentra que tal extremo fue debidamente demostrado merced a la Escritura número 1847 del 30 de octubre de 1924, por la cual Santiago Díez adquirió "La Playita", y al decreto de posesión efectiva de la herencia dictado en su causa mortuoria a favor de la cónyuge sobreviviente y de los hijos legítimos del de cujus, decreto que comprende, entre otros, el mencionado predio.

3. Por lo que atañe a la posesión material del inmueble por la sociedad demandada, advierte el Tribunal que si ésta al contestar la demanda, negó en principio estar ocupando el predio reivindicado, formuló sin embargo "un contradictorio reclamo de prescripción adquisitiva", por lo cual "es dable inferir que la entidad demandada acepta, en el fondo, estar poseyendo el inmueble en litigio".

Sin embargo, anota, la verdadera prueba de la posesión emerge de las declaraciones testimoniales de Vitalino Muñoz López, José Benito Betancur, Fidel A. Restrepo Saldarriaga y Samuel Gutiérrez, quienes afirmaron que "La Playita" y "La Mota" son predios distintos e independientes y que la sociedad demandada derribó los cercos divisorios de las dos propiedades. Estos testimonios, agrega, están confirmados y reforzados "con las diligencias de protección policiva obrantes en folios 12 a 21 del cuaderno 4".

4. En cuanto al bien objeto de la pretensión reivindicatoria, el Tribunal se detiene especialmente en el estudio de las pruebas que acreditan su identificación.

Sobre este particular observa que la propia sociedad demandada, en su contestación de la demanda, confiesa que "los linderos de la heredad 'La Playita' y de la finca 'La Mota' están bien determinados y definidos desde la última década del siglo pasado...".

Además, dice, en la inspección judicial que se practicó en la primera instancia, el juez logró identificar el lindero oriental, que es el limítrofe entre "La Playita" y "La Mota"; "según la diligencia —advier-

te—, dicho lindero oriental carece de cercos visibles, mas allí se observan numerosos vestigios de cercos anteriores, como pedazos de alambre reventado, de árboles y estacones diseminados en su extensión".

En el acto de la diligencia, agrega, depusieron los testigos Joaquín Emilio y Luis Alfonso Restrepo, cuyas declaraciones confirman que los cercos de "La Playita" fueron destruídos por los vecinos de "La Mota".

Finalmente se refiere el Tribunal a los dictámenes de los peritos y a las objeciones de que fueron objeto, para concluir que la identificación del predio reivindicado quedó plenamente establecida en el proceso por todos los medios de prueba examinados.

5. En el último aparte de la sentencia impugnada, se examina lo concerniente a la naturaleza y al objeto de la acción de dominio, sentándose la conclusión de que este último requisito también quedó establecido en el proceso, quedando así cumplidos, a cabalidad, todos los presupuestos de la súplica reivindicatoria. Confirmó, finalmente, el rechazo de la excepción de prescripción adquisitiva.

III

La demanda de Casación

Con fundamento en la primera causal, la parte recurrente propone tres cargos, el primero de los cuales está dividido en tres partes diferentes. Para mayor claridad, tales cargos serán estudiados y decididos en el siguiente orden: primero, los contentivos de impugnaciones referentes a la propiedad del predio reivindicado; luego, el que atañe a su identificación, y finalmente, el que toca con la posesión material por parte de la sociedad demandada.

A. Dominio del predio reivindicado.

Los tres cargos formulados en la demanda conciernen por igual a este presupuesto de la pretensión reivindicatoria:

Primer cargo

(Primera parte)

Aplicación indebida de los artículos 203, 669, 673, 740, 745, 749, 752, 756, 757, 759, 762, 764, 770, 778, 946, 947, 950, 952, 963, 964, 966, 2521, 2526 y 2652 del Código Civil, así como del 85 de la Ley 153 de 1887 y del 18 de la Ley 45 de 1936, a "consecuencia de los errores de hecho evidentes en que incurrió el fallador de segunda instancia en la apreciación de las pruebas que se identificarán, los errores cometidos en la valoración de otras, y por haber dejado de apreciar algunas de las aportadas al proceso. Así mismo, y como violación medio, deben señalarse los artículos 174, 177, 187, 241, 256, 262, y 264 del Código de Procedimiento Civil".

Para puntualizar los errores que por este cargo imputa al Tribunal, la parte recurrente indica, como pruebas erróneamente apreciadas; "a) La Escritura número 1847 del 30 de octubre de 1924; b) El decreto de posesión efectiva de la herencia; c) La hijuela número 4 en la sucesión de la señora Alicia Díez de Mejía"; y como pruebas no apreciadas; "d) La Escritura número 705 del 5 de marzo de 1989 de la Notaría Cuarta de Medellín y la copia de la audiencia de transacción".

Segundo cargo

Aplicación indebida de los artículos 203, 673, 740, 745, 749, 756, 757, 759, 946, 950 y 2652 del Código Civil, así como de los artículos 85 de la Ley 153 de 1887 y 18 de la Ley 45 de 1936, a consecuencia del "error de derecho en que incurrió el Tribunal al valorar algunas pruebas que se encuentran en el proceso. Se señalan como violación medio los artículos 187, 251, 252, 256, 258, 262 y 264 del Código de Procedimiento Civil".

Las pruebas que se estiman mal valoradas son: "a) La Escritura número 1847 del 30 de octubre de 1924; b) El decreto de posesión efectiva a favor de la herencia; c) La hijuela número 4 en la sucesión de la señora Alicia Díez de Mejía".

Tercer cargo

Aplicación indebida de los artículos 203, 673, 740, 745, 749, 750, 756, 757, 759, 946 y 950 del Código Civil y, además de los artículos 85 de la Ley 153 y 18 de la 45, quebrantos todos provenientes del "error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal

al apreciar algunas de las pruebas aportadas al proceso y al suponer la existencia de otras. Se indican también, como violación medio, los artículos 187, 251, 252, 256, 259, 262, 264 y 265 del Código de Procedimiento Civil".

Como pruebas indebidamente apreciadas, indica el impugnador las siguientes: a) El decreto de posesión efectiva a favor de la herencia; b) La hijuela número 4 en la sucesión de la señora Alicia Díez de Mejía; c) El certificado del Registrador de Medellín; d) Las Escrituras números 2733 del 14 de junio de 1963, 1914 del 10 de junio de 1970, 2279 y 2280 del 12 de agosto de 1971, todas de la Notaría Segunda de Medellín".

En sustentación de estos tres cargos, la censura razona de esta manera:

1º El decreto de posesión efectiva de la herencia, invocado por la parte demandante y aceptado por el Tribunal como título de dominio del predio que se reclama, no demuestra este presupuesto de la pretensión reivindicatoria, comoquiera que el título de propiedad del causante, o sea la Escritura número 1847 del 30 de octubre de 1924, no fue nuevamente registrado, contra lo prescrito por el artículo 757 del Código Civil. Al tener dicho decreto como prueba de dominio, el sentenciador violó no sólo esta disposición sustancial, sino además de los artículos 740, 749, 750, 752, 756 y 759 del mismo Código.

2º Es el acto de partición, no el decreto de posesión efectiva de la herencia, lo que confiere a los herederos el dominio de los bienes que dejó el causante. "Solamente cuando se inscribe la respectiva partición puede cada heredero disponer de los inmuebles respecto de los cuales se le haya adjudicado el dominio".

3º El decreto de posesión efectiva en la sucesión de Santiago Díez Díez no podía expedirse a favor de la cónyuge sobreviviente, Julia Rita Montoya viuda de Díez, porque ella no es heredera del causante (artículos 18 de la Ley 45 de 1936 y 85 de la Ley 153 de 1887) y, además, porque entre ella y su marido hubo separación de bienes, o partición extrajudicial de gananciales, y no está demostrado en el proceso que el inmueble reivindicado no hubiera quedado comprendido en esa separación patrimonial. A la muerte del causante, dicho inmueble figuraba totalmente a nombre suyo; luego debe concluirse, a falta de prueba en contrario, que la cónyuge sobreviviente no tiene derecho alguno en él. Por ello resulta "arbitraria la asignación a la esposa del causante de la mitad o de las 6/12 partes en el derecho de dominio del referido inmueble...". A lo cual debe agregarse que, ni en la "audiencia de transacción", ni en la Escritura número 705 del 5 de marzo de 1969, "se menciona como propietaria a la señora Julia Rita Montoya viuda de Díez, hecho este de importancia en cuanto contribuye a demostrar que los títulos de la cónyuge supérstite sobre tal predio no tienen valor alguno".

4º Las ventas que de su derecho a 1/12 parte en el dominio del inmueble reivindicado hizo a favor de la cónyuge sobreviviente y del heredero Horacio Díez cada uno de los demás herederos, no tuvieron el efecto de hacer dueños a los compradores, "porque quienes vendieron no podían disponer de tal inmueble, ni de cuotas proindiviso sobre el mismo, porque no hubo partición en la sucesión ni se registró ninguna adjudicación en la Oficina de Registro".

Consideraciones de la Corte

Se examinarán uno por uno los cuatro argumentos de fondo en que se sustenta la impugnación.

Primer argumento

Lo apoya el censor en el artículo 757 del Código Civil, que a la letra dice: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no lo habilita para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: 1º El decreto judicial que da la posesión efectiva, y 2º El registro del mismo decreto judicial y de los títulos que confieren el dominio".

En concepto del recurrente, la disposición transcrita debe entenderse en el sentido de que, además de registrarse el decreto de posesión efectiva, es preciso registrar también nuevamente los títulos que conferían el dominio al causante.

Registrarse por segunda vez a favor de quién? No lo dice el impugnador, mas es claro que no puede referirse sino a nuevo

registro a favor de los causahabientes favorecidos con el decreto, puesto que carecería de todo sentido registrarlos otra vez a nombre del de cujus, ya fallecido.

Ciertamente se equivoca la censura al interpretar el ordinal 2º del artículo 757 en el sentido de que los títulos del causante deben registrarse a nombre de sus causahabientes, para que el decreto de posesión efectiva pueda producir sus consecuencias legales. Un mismo título jamás puede inscribirse en el registro por primera vez a favor de una persona y luego a favor de otra u otras. Conforme al artículo 15 de la Ley 40 de 1932, el registro de cada acto o contrato es uno solo, aunque se haga en diversos libros, y debe indicar entre otras cosas los "nombres de las partes", "sin que en esa materia se puedan hacer cambios, supresiones o adiciones".

El registro de los títulos que confieren el dominio, a que se refiere el citado ordinal 2º, es formalidad que, a juicio de la Corte, debe entenderse de otro modo. El Código Civil ordenaba registrar todo título "que cause mutación o translación de la propiedad de bienes raíces" (ordinal 1º del artículo 2652). Mas ocurre que esta prescripción legal, por descuido de los interesados, no se cumplía en la práctica algunas veces. ¿Cómo efectuar entonces el registro de un nuevo título a favor de nuevo dueño?

Conforme al artículo 16 de la Ley 40 de 1932, "En todo acto, instrumento y sentencia, sobre transpaso o transferencia del dominio de un inmueble, se relacionará el título del tradente o causante o se hará la declaración expresa de que se carece de título. Sin el cumplimiento de este requisito no se hará el registro del acto o título. En la inscripción o registro respectivo se relacionará siempre el título anterior" (subraya la Corte). De esta disposición era complemento la del artículo 2667 del Código Civil, que rezaba así: "Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes registrado, se mencionará el precedente registro en el nuevo. Para facilitar la operación, el respectivo interesado presentará al registrador la copia o testimonio del título en que deba estar consignada la nota del anterior registro" (subraya nuevamente la Corte).

De estas dos disposiciones legales se desprende la conclusión de que el registro de un nuevo título no podía hacerse: a) Si existiendo título anterior a favor del tradente o causante, carecía de registro; b) Si no existiendo tal título, se omitía la declaración expresa de que se carecía de él.

Infiérese de lo expuesto que lo establecido por el ordinal 2º del artículo 757 es que, cuando existe título de dominio a favor del causante, debe estar registrado, y si no lo está, es necesario registrarlo, porque de otro modo no puede el Registrador inscribir el decreto de posesión efectiva de la herencia, con la secuela de que la titularidad del dominio de los bienes inmuebles relictos no se radica en cabeza de los miembros de la comunidad sucesoral y éstos no pueden disponer válidamente de aquéllos.

En punto de bienes raíces, dada la estructura del sismtema colombiano de registro de la propiedad de ese linaje, el dominio de los que pertenecieron a un causante no pasa a sus causahabientes por el solo hecho del fallecimiento de éste. Se requiere que la transmisión de la propiedad del uno a los otros sea registrada a nombre de los últimos; y para poderse cumplir esta formalidad es necesario, no sólo un acto o título, debidamente registrado, en que conste que el derecho real ya no radica en cabeza del causante sino en la de todos sus causahabientes (decreto de posesión efectiva o partición en su caso), sino además constancia en el registro de que los inmuebles pertenecían al difunto, o de que éste carecía de título sobre tales bienes.

Segundo argumento

Sostiene el recurrente que el acto que autoriza a los sucesores para disponer de los bienes relictos no es el decreto de posesión efectiva de la herencia, sino la partición por la cual se les adjudiquen esos bienes.

Esta tesis, que sería verdadera cuando no ha habido decreto de posesión efectiva, pugna, cuando sí lo ha habido, con lo que por el artículo 757 del Código Civil se dispone, porque desconoce lo que en nuestro régimen legal se entiende por ese decreto y los antecedentes históricos que tuvo.

El artículo 688 del Código Civil chileno es del siguiente tenor: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habili-

ta al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: 1º El decreto judicial que da la posesión efectiva: este decreto se inscribirá en el registro del departamento en que haya sido pronunciado; y si la sucesión es testamentaria, se inscribirá al mismo tiempo el testamento; 2º Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos primero y segundo del artículo precedente: en virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios; 3º La inscripción especial prevenida en el inciso tercero: sin ésta no podrá el heredero disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido".

Las inscripciones especiales que se exigen por los incisos primero y segundo del artículo 687 de ese Código, al cual se remite el 688 transcrito, son las mismas que por el 2653 del colombiano se establecían para el caso en que el título que fuera a registrarse se refiriera a un inmueble cuya situación comprendiera varios circuitos de registro o a varios inmuebles situados en diferentes circuitos, respectivamente; y la inscripción de que trata el inciso tercero del mismo artículo 687, es idéntica a la prevista por el 2654 de nuestro Código para el registro de los actos de partición.

Por que se dispuso en el artículo 688 del Código chileno que el decreto de posesión efectiva de la herencia, debidamente registrado con arreglo a los ordinales 1º y 2º de ese artículo, permite a los herederos "disponer de consuno de los inmuebles hereditarios". Semejantemente porque la comunidad sucesoral es una comunidad universal en que todos los herederos son dueños de todos los bienes que la forman; por manera que si aquéllos, obrando de consuno —y con apoyo en el decreto de posesión efectiva, que se expide a favor de la totalidad de ellos—, enajenan uno o más bienes raíces que fueron del causante, transfieren cosa o cosas que les pertenecen en propiedad, sin el riesgo previsto por el inciso final del artículo 1344 de ese mismo Código (1401 del colombiano). Y es claro que, como lo ha dicho la Corte, quienes pueden disponer de un bien pueden también reivindicarlo.

Tercer argumento

En concepto del impugnador, el decreto de posesión efectiva no podía cobijar a la cónyuge sobreviviente, por dos razones: a) Porque entre marido y mujer hubo separación de bienes y, por lo tanto, esta última no puede tener derecho alguno en los que al fallecer dejó aquél; y b) Porque la cónyuge sobreviviente no es heredera, puesto que hay hijos legítimos del causante.

a) En el hecho décimo de la demanda que dió origen al proceso, se afirmó que Santiago Díez y Julia Rita Montoya de Díez "liquidaron la sociedad conyugal creada entre ellos como consecuencia de su matrimonio". Y en el decreto de posesión efectiva se expresa que la cónyuge supérstite está "separada de bienes en forma definitiva, según ella misma lo expresa en el memorial poder".

No hay prueba en el proceso, o a lo menos el recurrente no la invoca, de que dicha separación de bienes fuera decretada judicialmente, lo que sólo hubiera podido demostrarse con copia auténtica de la correspondiente sentencia. Tampoco la hay de que los cónyuges la hubieran hecho extrajudicialmente con arreglo al artículo 7º de la Ley 28 de 1932, caso en el cual habría sido necesario allegar al proceso la correspondiente escritura pública. La mera confesión de la cónyuge sobreviviente no es eficaz para establecer lo uno ni lo otro.

De modo que en el proceso sucesorio del marido era indispensable que su mujer se apersonara, como lo hizo, y proceder en su debida oportunidad a dar aplicación al artículo 1398 del propio Código, que reza así: "Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge..., se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes";

b) Es verdad que el decreto de posesión efectiva de la herencia no puede comprender al cónyuge sobreviviente cuando éste no es heredero. En tal caso, el origen del derecho de la mujer o el marido supérstite es la sociedad conyugal, no la sucesión del que ha fallecido. De aquí que, con arreglo al artículo 757 del Código Civil, dicho decreto no proceda sino en favor de LOS HE-

REDEROS, disposición que confirmaba el antiguo Código Judicial y confirma el artículo 687 del nuevo de Procedimiento Civil.

Mas ocurre que en este proceso se adujo copia auténtica de la Escritura número 1847, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín el 30 de octubre de 1924, contentiva del contrato de permuta mediante el cual el causante Santiago Díez Díez adquirió "La Playita" (folios 1 y ss. del cuaderno Nº 2). Este bien, cuyo dominio fue transferido al de cujus durante su matrimonio y a título oneroso, ingresó al haber de la sociedad conyugal formada entre él y Julia Rita Montoya (ordinal 5º del artículo 1781 del Código). Tal escritura, por lo tanto, sirve de título a la cónyuge sobreviviente para fundar su pretensión reivindicatoria.

Acaso se arguye que Julia Rita Montoya no demandó para la sociedad conyugal ilíquida que existió entre ella y su difunto marido, sino actuó en su propio nombre. Sin embargo, las demandas deben ser interpretadas. Y pues esa demandante invocó en el libelo la calidad que el decreto de posesión efectiva le reconoció, o sea la de CONYUGE SOBREVIVIENTE, ha de entenderse que no pidió para sí, sino para la sociedad conyugal ilíquida formada con su marido. Su pretensión reivindicatoria no se endereza a que el bien se le entregue a ella, independientemente de su calidad de cónyuge supérstite, sino a que dicho bien vuelva a una MASA PATRIMONIAL ILIQUIDA, formada por los haberes de la sociedad conyugal y los de la herencia, confundidos a la sazón uno con otro (artículo 1398, atrás citado).

Que el decreto de posesión efectiva no sirva de título a la cónyuge sobreviviente, es circunstancia que no desvirtúa su pretensión reivindicatoria, como quiera que ella exhibió un título idóneo —la escritura de permuta por la cual su marido adquirió el inmueble reclamado en la demanda, y puesto que dicha pretensión fue formulada de consuno por todos los comuneros de la masa de bienes, sin exclusión de ninguno.

Finalmente, que ni en la "audiencia de transacción" para arreglar divergencias que ocurrieron con el Municipio de Medellín, ni en la Escritura número 705 del 5 de marzo de 1969, se mencionara a Julia Rita Montoya de Díez como copropietaria del inmueble reivindicado, es hecho que se explica claramente en la circunstancia de que ese bien sólo figuraba en cabeza del cónyuge Santiago Díez, a pesar de haber sido adquirido a título oneroso durante el matrimonio. Por lo tanto, dichos instrumentos nada prueban en contra de las conclusiones que ha sentado la Corte.

Cuarto argumento

Reiterando su opinión de que el dominio de los bienes relictos no lo adquieren los causahabientes sino en virtud del acto de partición, no del decreto de posesión efectiva, el recurrente sostiene que las ventas de sus derechos de 1/12 parte en el dominio del inmueble reivindicado, hechas por varios de los herederos a favor de la cónyuge sobreviviente y de otro heredero, no transfirieron el dominio de tales cuotas, porque los vendedores tradentes no eran titulares de los derechos que vendieron, ya que no existe partición debidamente registrada.

El decreto de posesión efectiva, como ya se dijo, radica en la totalidad de los herederos el dominio de todos los bienes raíces comprendidos en la comunidad sucesoral, facultándolos para disponer de consuno de cualquiera de éstos. Pero ello no significa que el derecho de libre disposición quede limitado al caso en que todos en conjunto enajenen. También pueden disponer del derecho que cada uno de ellos tiene, el cual, conforme al artículo 2323 del Código Civil, en armonía con el 2322 de la misma obra, "es el mismo que el de los socios en el haber social".

No impugna la censura el valor de cada cuota vendida, sino niega el derecho que cada uno de los causahabientes pudiera tener para efectuar la venta. Habiéndose promovido la demanda reivindicatoria de consuno por todos los herederos favorecidos con el decreto de posesión efectiva (tomados en consideración los transpasos legalmente efectuados a título universal y singular con posterioridad a éste), y no tratándose en consecuencia de reivindicación de cuotas, carece de todo interés examinar el monto de la de cada demandante: la condena a restituir fue pedida y pronunciada a favor de todos ellos en conjunto.

Por las razones expuestas, se rechazan estos tres cargos.

B. Identificación del predio reivindicado

A este presupuesto de la pretensión reivindicatoria se refiere la segunda parte del primer cargo, así:

Primer cargo

(Segunda parte)

Aplicación indebida de los artículos 946 y 950 del Código Civil, a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, yerro que llevó al Tribunal a tener por identificado el inmueble cuya restitución piden los demandantes, a pesar de que conforme a esas pruebas no se identificó.

Los elementos probatorios que el censor señala como mal apreciados son:

a) La inspección judicial practicada por el Juez del conocimiento el 28 de septiembre de 1972 y continuada el 15 de noviembre siguiente; b) El dictamen pericial de Gabriel Arenas Sánchez y Teodomiro Fernández Correa; c) El dictamen pericial de Julio González Velásquez y Gildardo Rueda Jaramillo; d) "La prueba testimonial, y en particular las declaraciones de aquellos testigos a que se refiere el Tribunal en su fallo".

La acusación se apoya en los siguientes argumentos:

1º En la inspeción judicial practicada en la primera instancia, el Juez declaró que le era "imposible identificar el lindero oriental del lote 'LA PLAYITA', por que no existen cercos visibles; al parecer sólo huellas que se procede a constatar...";

2º Los peritos Arenas y Fernández afirman que "el lote 'LA PLAYITA' está dentro de los alambrados de 'LA MOTA', actualmente", y que "los linderos de 'LA PLAYITA', descritos antes, se pueden relacionar exactamente hoy, como desde la quebrada La Guayabala o la línea sinuosa que la circunda, en la parte oriental, hasta el actual alambrado de La Mota...", lo que a juicio del impugnador indica notable imprecisión;

3º Los peritos González y Rueda sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: a) "No se dispone de base en orden a sostener que el inmueble La Playita se extienda sobre la margen derecha de la quebrada denominada Guayabala"; b) "Pero en las Escrituras números 218 y 219 del 19 de febrero de 1914, confeccionadas (sic) en la Notaría Segunda de Medellín, sobre compraventa de unos derechos en el mencionado bien (La Playita), sí se alude a linderos por tal quebrada"; c) "Al expediente no se trajo copia completa de la partición de la finca Guayabal, realizada el 8 de julio de 1895..., la que reviste interés ya que las partes litigantes, en el encadenamiento de sus titulaciones, hacen referencia a ella. Tampoco se aportó por los interesados copia de un acto de '... aclaración hecha el treinta de mayo de mil ochocientos noventa y seis (1896) ...'"; d) "La cuestión sometida a nuestro examen se dificulta por la ausencia de medidas anteriores sobre extensión de los inmuebles, de actualización de linderos en los diferentes títulos, de variedad de puntos arcifinios, de copia completa de una partición y acto aclaratorio...".

4º La prueba testimonial recibida en el proceso nada demuestra ni aclara en relación con el lindero oriental del predio reivindicado, que es el carente de identificación.

Consideraciones de la Corte

1. En su respuesta a la demanda, la sociedad demandada expresó que La Playita "es bien raíz plenamente conocido por sus linderos" (contestación al hecho tercero); que ese predio, "delimitado como aparece en la Escritura número 1847 de 30 de octubre de 1924 y como se relacionó con el hecho tercero de la demanda, por sus puntos cardinales, es bien fácil de identificar y lo será en su oportunidad" (contestación al hecho duodécimo); y que "Los linderos de la heredad 'LA PLAYITA' de la finca 'LA MOTA' están bien determinados y definidos desde la última década del siglo pasado; son inconfundibles y siempre los hemos respetado" (contestación al mismo hecho undécimo).

Fue precisamente esta prueba la que el Tribunal tuvo por confesión de identificación del predio reclamado, fundándose en ella para tener por demostrado tal requisi-

to. Luego de transcribir la confesión contenida en la respuesta a la demanda, dijo en efecto el sentenciador: "Es pues, la misma entidad demandada quien allí admite una clara identificación del inmueble 'La Playita' para, posteriormente en forma contradictoria expresar: 'queda evidenciado que no es posible afirmar que se ha identificado el terreno La Playita, que está dentro de los actuales linderos de 'La Mota'... (Cuad. 6, fl. 22 vto.)".

2. Por lo demás, ha expresado la Corte en numerosas sentencias que cuando el demandado en proceso reivindicatorio propone la excepción de prescripción adquisitiva, confiesa no sólo la posesión material de la cosa reivindicada, sino también su identidad.

3. No obstante, para mayor abundamiento, se hará breve examen de las restantes pruebas en cuya apreciación encuentra la censura yerros de orden fáctico:

a) Refiriéndose a la inspección judicial, el fallador afirma que "según la diligencia, dicho lindero oriental carece de cercos visibles, mas allí se observaron numerosos vestigios de cercos anteriores, como pedazos de alambre reventado, de árboles y estacones diseminados en su extensión". Todo ello es exacto, como puede comprobarse en la lectura del acta correspondiente. El Juez sí identificó el lindero oriental del predio, advirtiendo que no está formado por "cercos visibles", sino por "huellas" que en la inspección fueron comprobadas. No existe pues el error evidente de hecho que sobre el particular invoca la censura;

b) En la sentencia impugnada se transcribe extensa parte del dictamen de los peritos Arenas y Fernández, particularmente la que se refiere al lindero oriental del terreno reclamado. Advierten éstos que en la inspección judicial "se vio cómo existe una línea muy sinuosa (que describimos en el plano), que se aleja o se acerca a la quebrada, aunque poco, pero en donde se ve claramente que hubo alambrados, árboles, piñuela, etc., suficientes para delimitar los predios"; y concluyen que "el lindero oriental de La Playita es la quebrada La Guayabala, con las sinuosidades del alambrado, que la separa del predio que fue de Apolinar Villa... Si alguna duda quedaba sobre el lindero oriental de La Playita y occidental de La Mota, aquí queda despejada, confirmando con toda claridad el plano de 1898 de la partición de la finca Guayabala". El Tribunal no hizo otra cosa sino atenerse a este concepto pericial, cuyo contenido no alteró en absoluto y cuyas claras conclusiones confirman lo que el propio Juez observó en la inspección judicial;

c) Es cierto que en el segundo dictamen, rendido por los peritos González y Rueda, se dice que no hay base para afirmar que La Playita "se extiende sobre la margen derecha de la quebrada denominada Guayabala". Pero luego se lee allí mismo que en títulos que datan de 1914 "sí se alude al lindero por tal quebrada". No encuentra la Corte que estas conclusiones, de poca firmeza por parecer contradictorias, demuestran que el lindero oriental de La Playita no fue identificado, ni, por tanto, que el Tribunal incurriera en error de hecho al apreciarlas, menos aún manifiesto;

d) Finalmente, las declaraciones testimoniales que el sentenciador tuvo en cuenta por lo que toca con la identificación del lindero oriental del bien reivindicado, que fueron las rendidas por Joaquín Emilio y Luis Alfonso Restrepo —quienes depusieron en la diligencia de inspección judicial—, sirven de apoyo, junto con las otras cuatro que en el fallo se citan, tanto a las conclusiones sentadas en la inspección judicial como a las de los peritos, sin que pueda observarse que por parte del Tribunal haya habido la menor alteración del contenido de esas pruebas, ni suposición de hechos que los deponentes no afirmaron.

El cargo, por lo tanto, no puede acogerse favorablemente.

C. Posesión del predio reivindicado

Contra este último requisito legal de la pretensión de los demandantes se endereza la tercera parte del primer cargo, de esta manera:

Primer cargo

(Tercera parte)

Infracción de los artículos 174, 176, 187, 233, 251, 252, 254, 256, 258, 262, 264 y 265 del Código de Procedimiento Civil, y quebranto, por aplicación indebida, de los artículos 669, 745, 756, 762, 765, 778, 946, 950 y 952 del Código Civil, a consecuencia de

error evidente de hecho en la apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras.

Como mal apreciadas, la censura indica: a) Las declaraciones testimoniales de Vitalino Muñoz López, José Benito Betancur, Fidel A. Restrepo Saldarriaga, Samuel Gutiérrez y Joaquín Emilio Restrepo; b) Las diligencias de protección policiva. Invoca unas y otras en relación con los títulos de propiedad de los demandantes, la inspección judicial y los dictámenes periciales.

Como pruebas no apreciadas, señala los títulos de propiedad de la sociedad demandada, en comparación con los aportados por los actores.

Se apoya la acusación en dos argumentos centrales: 1º Puesto que el predio cuya restitución se pide no fue identificado, "los actos de posesión que se pretenden no pueden estar vinculados con un inmueble no identificado de manera cierta: 2º En vez de omitir el examen de los títulos de las partes demandante y demandada, el Tribunal "debió estudiarlos y compararlos, para deducir cuáles tienen mayor valor frente a las normas legales". De tales estudio y comparación resulta que aquéllos son deficientes e incompletos, en tanto que los segundos carecen de lagunas y soluciones de continuidad, por lo cual deben primar sobre los otros.

Consideraciones de la Corte

1. El primer argumento que esgrime el impugnador reposa sobre la falsa premisa de que el predio reclamado no se identificó en el proceso, y por lo tanto, las pruebas atinentes a su posesión por la sociedad demandada fueron erróneamente apreciadas. Mas habiéndose visto ya cómo la identificación del inmueble fue debidamente demostrada, el yerro de facto que con base en esa premisa se imputa al Tribunal no pudo ser cometido por éste.

A lo cual cabe agregar, repitiendo lo ya dicho, que la posesión material del bien reivindicado fue demostrada, entre otras pruebas por confesión de los demandados al invocar como excepción la prescripción adquisitiva, prueba que se sostiene por sí sola.

2. Respecto del segundo argumento, adviérte la Corte que en este proceso no se trata de comparar entre sí dos titulaciones coexistentes sobre un mismo inmueble, en orden a sentar la conclusión de a cuál de las dos debe dársele prevalencia; ni tampoco de deslindar dos predios colindantes, como parece entenderlo el impugnador. El litigio ha sido planteado y encarado sobre otra base: los demandantes reivindican la finca "La Playita", y aportaron titulación que los acredita como propietarios de ella: la sociedad demandada es dueña del fundo "La Mota", y a los autos trajo títulos que comprueban ese derecho; pero se trata de bienes raíces distintos, circunstancias que hacía ociosa e impertinente una comparación de titulaciones. Es la propia entidad demandada la que así lo ha reconocido, cuando en la contestación de la demanda afirmó: "Los linderos de la heredad 'La Playita' y de la finca 'La Mota' están bien determinados y definidos desde la última década del siglo pasado; son inconfundibles y siempre los hemos respetado".

Se rechaza en consecuencia el cargo.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso son de cargo de la parte que lo interpuso.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AVIACION

Valor probatorio de los informes técnicos de la Aeronáutica Civil. Daños morales: ratifica jurisprudencia sobre inaplicabilidad del artículo 95 del Código Penal.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 26 de septiembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso instaurado por Inés Emilia Mejía Vda. de Gutiérrez y otros frente a la entidad "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C." y otros.

I

El Litigio

1. Mediante escrito de 7 de diciembre de 1972, que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, la citada Inés Emilia Mejía Vda. de Gutiérrez, en su nombre y como representante legal de sus menores hijos Juan Carlos y Sergio Pablo Gutiérrez Mejía, demandó a la sociedad "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C." y "a la sucesión", de Jorge Obando Ospina, "representada" por su cónyuge sobreviviente Lourdes Marina Espinel Vda. de Obando y sus menores hijos legítimos Verónica, Alexandra, Jorge Humberto, Marcela y María Paula Obando Espinel, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, la justicia hiciese las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que Jorge Obando Ospina fue el culpable del accidente de aviación ocurrido el 4 de diciembre de 1971, en las cercanías del aeropuerto de la ciudad antioqueña de Andes, y por ende de la muerte de Mario Gutiérrez Jiménez, acaecida en dicho accidente;

b) Que la sociedad demandada es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes, cónyuge e hijos del interfecto, por la muerte accidental de éste;

c) Que esta responsabilidad civil recae también, en forma solidaria, sobre el socio gestor de dicha compañía en comandita Jorge Obando Ospina y, "consecuencialmente, se traslada a la sucesión de éste, representada por su cónyuge sobreviviente y sus herederos";

d) Que, consecuencialmente, todos los demandados están solidariamente obligados a pagar a los demandantes, en la cuantía que se demuestre en el proceso, los perjuicios que éstos han sufrido "con la pérdida de la asistencia económica y moral resultante de la muerte" de su esposo y padre: y

e) Que se los condene además al pago de las costas procesales.

En subsidio de la cuarta de las anteriores súplicas, la demandante Mejía Vda. de Gutiérrez pidió que se condenase "a la sucesión del doctor Jorge Obando Ospina y/o a la sociedad 'Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.', en términos generales, a pagar los perjuicios que a mis hijos y a mí ocasionaron con la muerte del señor Mario Gutiérrez Jiménez".

2. Los hechos que los demandantes invocaron como causa petendi de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en los siguientes:

a) Mario Gutiérrez Jiménez, como técni-

co electricista, había celebrado varios contratos para instalaciones de esta índole con la sociedad "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.", entre los cuales se enlistan los relacionados con las edificaciones que la sociedad estaba construyendo entonces en las poblaciones de Andes y Bolívar del departamento de Antioquia;

b) En cumplimiento de las obligaciones así adquiridas, el contratista viajó varias veces de Medellín a Andes en la avioneta de propiedad de "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.", piloteada por el representante legal de esta compañía, Jorge Obando Ospina;

c) A las 11 y 36 del día 4 de diciembre de 1971 decoló del aeropuerto de Medellín, con destino a la ciudad de Andes, la sobredicha aeronave marca Cessna, con matrícula HK-1036-P, en la que viajaban, además de su piloto Obando Ospina y de un hijo de éste, Jaime Jaramillo Mejía, Luis Fernando Botero y Mario Gutiérrez Jiménez;

d) Aproximadamente a las 12 y 15 de ese mismo día, la citada aeronave se accidentó en las proximidades del aeropuerto de Andes, con el fatal resultado de la muerte inmediata del piloto y dos pasajeros más, uno de los cuales fue Mario Gutiérrez Jiménez, quien a la sazón tenía 44 años de edad y debía alcanzar, según la edad probable en Colombia, 69 años;

e) El mentado Gutiérrez Jiménez, quien para la fecha de su óbito estaba casado con Inés Emilia Mejía y era padre legítimo de sus menores hijos Juan Carlos y Sergio Pablo, en su actividad profesional "obtenía entradas mensuales, en promedio, de $ 47.333.00, según promedio que resulta del análisis de las entradas de julio a diciembre de 1969 y de enero a diciembre de 1970 y de 1971";

f) Como consecuencia del deceso del jefe de la familia Gutiérrez-Mejía, su viuda y sus pequeños hijos quedaron privados de asistencia económica, "perjuicio material que se suma al tremendo dolor moral resultante de la muerte trágica de su esposo y padre";

g) "El trágico accidente —dicen los demandantes en el hecho 10º del libelo incoativo del proceso— ocurrió por culpa imputable al piloto de la aeronave, doctor Jorge Obando Ospina, gerente de la sociedad 'Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.', copropietario de la aeronave y contratista constructora del edificio del café, cuyos trabajos se proponían inspeccionar ese día el doctor Obando Ospina y don Mario Gutiérrez Jiménez, este último como contratista de las instalaciones eléctricas del mencionado edificio, como se demuestra con el informe de Aeronáutica Civil y con declaraciones de testigos";

h) Según este informe, al ocurrir el siniestro el peso bruto máximo de operación se hallaba excedido en 101.5 libras y, además, "llevaba un pasajero más de los autorizados en el certificado de aeronavegabilidad y en la especificación 3A13 de la FAA".

Añaden los demandantes en sus afirmaciones de hecho, que "estas violaciones de los reglamentos, la inexperiencia del piloto en el tipo de nave que conducía, y los errores que cometió, configuran su culpa grave por imprudencia al recargar la nave con sobrepeso, y sobrecupo y al no prever los resultados trágicos de su actividad temeraria";

i) Conforme a los estatutos de la sociedad demandada, el socio gestor "es indefinida y solidariamente responsable" de las obligaciones y pérdidas de ella, y ese gestor era, a la fecha del accidente, Jorge Obando Ospina; y,

j) Ocurrida la muerte de éste se abrió en uno de los juzgados de Medellín su proceso sucesorio, y en él se han reconocido, como interesados, a Lourdes María de las Mercedes Espinel Vda. de Obando, en su calidad de cónyuge del causante; y a los menores Verónica, Alexandra, Jorge Humberto, Marcela y María Paula Obando Espinel, como herederos suyos.

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda los demandados se opusieron a las súplicas deducidas en ella.

En cuanto a los hechos, reconocieron como ciertos los atinentes a la existencia y representación de la sociedad demandada, la ocurrencia del accidente y sus fatales resultados, pero negaron que aquél se hubiera debido a la negligencia o descuido del piloto en la conducción de la aeronave. En su escrito respectivo "Saldarriaga Obando y Cía." agregó que "el doctor Obando era Socio-Gestor, más no en el trágico ac-

cidente hubiera estado actuando en tal calidad".

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 2 de octubre de 1974, mediante la cual resolvió el litigio así:

a) Declaró la responsabilidad solidaria de los demandados por la muerte de Mario Gutiérrez Jiménez, ocurrida en el accidente aéreo referido; b) Los condenó, en consecuencia, a pagar a los demandantes los perjuicios materiales y morales por éstos sufridos por tal acontecer; c) Dispuso liquidar el monto de los primeros por el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y determinó el valor de los segundos en la suma total de $ 6.000.00; y d) Igualmente condenó a los demandados al pago de las costas procesales causadas en esa instancia.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por las dos partes contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de haber agotado el trámite de la instancia, en fallo proferido el 26 de septiembre de 1975 confirmó las resoluciones contenidas en el apelado, salvo la condena por razón de perjuicios morales, la que aumentó hasta la suma de $ 90.000.00, que dijo "corresponden en igual proporción a la señora Inés Emilia Mejía Vda. de Gutiérrez y a sus menores hijos Juan Carlos y Sergio Pablo Gutiérrez Mejía".

6. Contra la sentencia del Tribunal de Medellín interpusieron casación los demandados, recurso que, por encontrarse debidamente rituado, procede hoy la Corte a decidir.

II

Los fundamentos de la sentencia de segundo grado

1. Advierte el **ad quem**, en el inicio de las consideraciones de su fallo, que la pretensión indemnizatoria la aducen los demandantes a título personal y no como herederos del fallecido Mario Gutiérrez Jiménez, puesto que, dice, los perjuicios cuya reparación reclaman los concretan a la privación de la asistencia económica y moral que sufrieron por la muerte accidental de su esposo y padre.

Añade el sentenciador que este es el alcance que debe darse a la acción deducida en la demanda, no obstante que a ella se acompañaron las pruebas de la existencia de la sucesión de Gutiérrez Jiménez y de reconocimiento de interesados que en ella se hizo de los demandantes, ya que tales medios "no tienen otra finalidad que demostrar con un hecho obvio basado sobre las relaciones de parentesco de consanguinidad y matrimonio, que la víctima atendía económicamente a su familia —cónyuge y dos hijos— como era su deber por existir obligación alimentaria en su contra en beneficio de los demandantes".

Orientado por este razonamiento inicial, asevera el juzgador que el daño así determinado en la demanda está evidenciado en el proceso con "las declaraciones de renta que obran en autos", de las cuales aparece que el finado Gutiérrez Jiménez era una persona pobre y no se ve patrimonio alguno que ayudara con su producido a tal sostenimiento", del cual carecen hoy los demandantes por la muerte de aquél.

2. Asentado por él el anterior póstulado, acomete el Tribunal el análisis del haz probatorio con el propósito, dice, de determinar si el vuelo de la aeronave accidentada, en el cual perdió la vida Gutiérrez Jiménez, "se hizo por un agente de la entidad demandada y en uso de sus funciones".

En esta tarea se refiere primeramente, extractando su contenido y transcribiendo de ellos sus pasos trascendentes, a los testimonios de Ricardo Uribe Jaramillo, Gabriel Upegui Sánchez, Patricio Emilio Gómez Muñoz, Israel Henao Zapata, Mario Rivera, Héctor Obando Muñoz, Federico Baquero Saldarriaga, Luis Enrique Londoño, John Sierra Rodríguez, Fernando Uribe Senior, Eduardo Jaramillo Arango, Raúl y Luis Fernando Botero Rodríguez, declarantes que, razonada y concordemente, deponen sobre los contratos ajustados por Gutiérrez Jiménez con la sociedad deman-

dada, las funciones de ésta, los viajes y el objeto que aquél hizo en la avioneta de la compañía a la ciudad de Andes, el accidente fatal y sus resultados.

Hace énfasis el ad quem en el contenido de las declaraciones testimoniales de los hermanos Botero Rodríguez, recibidos a instancia de la parte demandada y quienes narran hechos acaecidos en los momentos inmediatamente precedentes al accidente: de la de Raúl, por ser copropietario de la nave accidentada; y de la de Luis Fernando, quien como pasajero del viaje fatal logró sobrevivir a él.

Refiriéndose a estos dos testimonios, dice el Tribunal que, por la espontaneidad de sus asertos, por las razones en que los fundan, por el momento en que se produjeron y por lo completo de ellos le merecen toda credibilidad, no obstante que "se ha insinuado sospecha de lo aseverado por los mismos, en consideración a la constancia de folios 4 fte. y vto. del cuaderno número 2 en virtud de la cual en el Juzgado Doce Civil del Circuito cursa un proceso ordinario contra las mismas partes aquí demandadas, en el cual pretende el señor Raúl Botero Rodríguez indemnización por el valor de la avioneta accidentada como copropietario de la nave".

Alude en seguida a la inspección judicial practicada el 18 de mayo de 1973 sobre los libros y documentos de la sociedad demandada, en la que se comprobó que se pagó por esta entidad a Gutiérrez Jiménez el valor de las facturas correspondientes a la instalación eléctrica del edificio que entonces se construía en Andes.

Se refiere igualmente a la copia de la Escritura pública número 2617 de 25 de mayo de 1971, otorgada en la Notaría 3ª de Medellín, mediante la cual Otto Londoño Sencial adquirió por compra, para "Saldarriaga Obando y Cía." y Raúl Botero, la avioneta marca "Cessna", modelo 182E y distinguida con la matrícula HK-1038-P; y a la certificación número 022 de 17 de abril de 1973, expedida por la Sección de Registro del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, conforme a la cual dicha aeronave aparece allí inscrita a nombre de los citados adquirentes.

3. Y luego de mencionar el informe que sobre el accidente referido rindió el Departamento Administrativo de Aeronáutica, con apoyo en él y en los demás elementos de prueba examinados, el juzgador ad quem da por legalmente demostrado en el proceso los hechos siguientes:

a) La existencia de la sociedad "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.", y la representación legal de ésta a cargo de Jorge Obando Ospina, en la fecha en que ocurrió el accidente fatal de la aeronave;

b) La estrecha amistad que en vida vinculó al mentado Obando Ospina con el interfecto Gutiérrez Jiménez, que impulsó a aquél a dar a éste muchos contratos de instalaciones eléctricas para las edificaciones que hacía la sociedad que él gerenciaba, "inclusive las que por medio de un electricista licenciado (doctor Israel Henao) administró y ejecutó directamente Gutiérrez y que fueron las instalaciones de los edificios del café en los municipios de Andes y Bolívar";

c) El contrato de transporte gratuito o benévolo que Obando Ospina, en nombre de la sociedad demandada, "pasó" con Gutiérrez el día del siniestro en que ambos perecieron, "porque ese viaje se hizo para inspeccionar las obras edificadas por cuenta de la compañía en el municipio de Andes";

d) El carácter gratuito de dicho contrato de transporte, "porque no se vislumbra en el proceso que la sociedad tuviera que dar a sus contratistas transporte como obligación en sus relaciones laborales para transportarlos a los municipios de Andes y Bolívar";

e) El derecho que asistía a Obando Ospina, como gerente de la sociedad demandada, de usar en tal carácter y en beneficio de ella la sobredicha avioneta, de la que la citada compañía era condueña; y

f) La función de piloto de la aeronave que Obando Ospina desempeñaba en el momento del accidente, y la muerte en éste del conductor de ella, de su hijo, del interventor de las obras Jaime Jaramillo Mejía y del electricista Gutiérrez Jiménez.

4. Llevadas sus motivaciones a este punto, el Tribunal, luego de hacer el parangón entre el contrato de transporte oneroso y el gratuito, más precisamente en lo relativo a las obligaciones que de cada una de dichas especies emergen para el transportador, asevera que éste, en el gratuito, "no está obligado sino a una obligación de me-

dio, es decir, a hacer esfuerzos para llevar sano y salvo al pasajero al lugar de su destino", ya que, añade, "el usuario del transporte gratuito, que para el caso ue nos ocupa es la víctima, acepta los riesgos que ordinariamente tiene esta clase de operaciones o actividades".

Reitera el Tribunal que cuando los herederos de la víctima, como aquí ocurre, reclaman perjuicios en acción personal y no como derechohabientes de aquélla, la responsabilidad se debe ubicar en el campo extracontractual y no en el pactual, aunque, agrega, "en ambas responsabilidades habría que comprobar la culpa del agente".

Afirma que en los "casos de transporte gratuito con relación a la responsabilidad del agente, es decir el transportador, se trata por la jurisprudencia con el alcance que pueda tener el consentimiento del transportado gratuitamente al admitir, en principio, los riesgos de la acción específica de que se trate. La aceptación va únicamente a abolir la presunción de responsabilidad. La culpa probada la hace nacer".

5. Sentadas pues por él las anteriores premisas, el ad quem contrae su atención al estudio de las pruebas aducidas para precisar, dice, si Obando Ospina, como piloto de la nave accidentada, incurrió en su conducción en falla humana determinante del siniestro.

En esta labor, después de ponderar el informe que con ocasión del sobredicho accidente de aviación rindieron, el 4 de julio de 1972, los funcionarios del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, el Tribunal, con apoyo en él, arriba las siguientes conclusiones:

a) Que el piloto poseía poca experiencia general de vuelo en el tipo de aeronave en que se accidentó, "acentuada por su actividad esporádica que le daba un promedio ínfimo de vuelo diario";

b) Que sin embargo de que el avión se hallaba, el día del vuelo calamitoso, en condiciones de aeronavegabilidad, "su peso bruto máximo de operación fue excedido, factor este agravado por la altitud de la pista utilizada";

c) Que no obstante que las condiciones metereológicas y las radiocomunicaciones eran buenas, el piloto efectuó una aproximación inapropiada para aterrizar, "por lo cual el avión sentó ruedas demasiado adelante de las marcas, lo cual disminuía la pista útil de rodaje, en tal proporción que no era suficiente para hacer una parada normal"; y

d) Que en ese preciso momento "hubo indecisión del piloto, al no abortar el aterrizaje y cuando finalmente decidió despegar, la longitud disponible de la pista se había estrechado tanto, que despegó con una velocidad cercana a la pérdida del avión, que al ponerlo en actitud de ascenso pronunciado para sobrepasar los obstáculos, entró en pérdida sin poder conseguir sobrepasarlos".

Estima el sentenciador que los informes de esta estirpe, hoy más que ayer, deben ser aceptados como prueba según la preceptiva contenida en el artículo 243 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, tanto más si se tiene en cuenta que, como aquí ocurrió, el aducido a los autos "hizo parte del proceso desde la demanda inicial y la contraparte pudo refutarlo".

Observa el Tribunal, y así lo asevera fundándose en citas doctrinarias, que el hecho de que el piloto tuviera su licencia no es circunstancia que lo releve de responsabilidad, puesto que, explica, un profesional de la aeronavegación requiere, a más de sus conocimientos teóricos y prácticos, aportar a su conducta la previsión y diligencia necesarias según las reglas generales.

6. Corolario de su examen de pruebas en el punto es, para el Tribunal, el de que en el aterrizaje de la avioneta hubo, de parte de su piloto, una falla humana que califica de muy grave y que, además, en el vuelo fatal incurrió en infracción seria de los reglamentos aeronáuticos.

"Hubo —dice— sobrecarga de 101.5 libras y también un pasajero más", contravenciones estas que, añade, "en cuestiones de transporte aéreo, y teniendo en cuenta que se trata de peso en exceso y sobrecupo, son en extremo graves, porque debe partirse de la base que las aeronaves permanecen en el aire en virtud de un equilibrio de fuerzas que verifican la sustentación de las mismas. El peso de la aeronave con su carga debe ser contrarrestado por esas fuerzas. Si hay un desequilibrio se propicia el accidente".

Como razón corroborativa de la deduc-

ción a que en el punto llega, dice el ad quem que la culpa del piloto se infiere, además del informe referido, de los testimonios de los hermanos Botero Rodríguez, pasajero sobreviviente el uno y copropietario de la avioneta el otro.

Afirma que según estos medios probativos se acreditó que el aeródromo de Andes tiene una longitud de 750 metros; que el piloto, al verificar el aterrizaje, sentó ruedas 300 metros después de sobrepasar la cabecera; que después de tocar tierra la avioneta hacia la mitad de la pista, "rebotó varias veces, y al no abortar el aterrizaje levantó nuevamente el vuelo cuando ya había recorrido 450 metros, en condiciones ya muy adversas para superar los obstáculos naturales que coadyuvaron al accidente"; y que el piloto perdió el control de sí mismo cuando se vio en peligro "por los errores cometidos anteriormente, hasta el punto de que a pesar de los requerimientos de Gutiérrez y el testigo, no levantó los flaps y los dejó en posición de frenada, haciendo más difícil la superación del peligro".

7. Deducida por él la culpa del piloto en el accidente de la aeronave, el Tribunal encuentra fundada la responsabilidad solidaria que en la demanda se depreca frente a la sociedad "Saldarriaga Obando y Cía." y a los herederos de Obando Ospina. "La sociedad es responsable —afirma— por el hecho culposo de su organismo y es in-integrum; a su vez el piloto es responsable por su hecho personal también in-integrum, por tanto de hecho hay solidaridad".

8. Finalmente, en punto de perjuicios materiales, estima el fallador de segundo grado que la condena en abstracto que impuso el fallo de primera instancia debe mantenerse, lo que evidentemente hace en la correspondiente resolución de su sentencia.

Y en lo tocante a la indemnización del daño moral que reclaman los demandantes, dice el Tribunal que, en cambio de aplicar el monto que al respecto fija el Código Penal, tal cual lo hizo el juzgado a quo, se debe acudir, para regularlo, a la flamante jurisprudencia de la Corte Suprema que la fija en un máximo de $ 30.000.00 por damnificado.

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpusieron casación todos los demandados. En la respectiva demanda y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes formulan contra dicho fallo tres cargos, los que la Corte entra a estudiar y despachar en el mismo orden en que vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, a causa de los evidentes errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal por errónea apreciación de las siguientes pruebas: el informe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; la certificación de la misma entidad, expedida el 22 de mayo de 1973; y la declaración de Luis Fernando Botero Rodríguez.

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, luego de reconocer acierto al Tribunal al calificar de gratuito el contrato de transporte y de exigir, por tanto, la prueba de la culpa del piloto en el accidente de la aeronave, concretando los yerros que denuncia asevera que en ellos incurrió el sentenciador pues dio por demostrada, sin estarlo en el proceso, la culpa en la conducta de Jorge Obando Ospina.

Explanando su cardinal aseveración, dice el recurrente que del hecho de que en los citados documentos la aeronáutica exprese, refiriéndose al piloto accidentado, su "poca experiencia general de vuelo" en el tipo de esa nave, no se puede deducir, como lo hizo el ad quem, el factor culpa, ni con ello se violó regla o norma de seguridad alguna, desde luego que Aeronáutica permitió el decolaje del avión y asintió en su conducción por parte del citado Obando Ospina.

Añade que la idoneidad, en los casos a que se refiere este litigio, se obtiene con la licencia que expide el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y que el

citado Obando Ospina gozaba de esa licencia, como quedó acreditado en los autos.

3. Continuando en el desarrollo de la censura, afirma el recurrente que tampoco da base para inferir culpa del piloto, la sobrecarga de que habla en su informe la Aeronáutica. Hasta dónde, se pregunta el censor, el exceso de 101.5 libras constituyó "factor determinante o concomitante del siniestro", si está demostrado que la nave decoló en perfectas condiciones; de lo cual infiere que, contrariamente a lo deducido por el Tribunal, "el peso mayor anotado no se tradujo en implicación en el vuelo. No se puede deducir, por tanto, culpa por ese hecho".

Refiriéndose a "la aproximación inapropiada" para el aterrizaje de que habla el informe de la Aeronáutica, y que también tomó el Tribunal como apoyo para deducir la culpa del piloto, asevera el casacionista que ese informe no expresa si la tal aproximación inapropiada "se debió a imprudencia grave o leve del piloto o a circunstancias especiales de la nave"; que, por tanto, como el citado informe "peca, notoriamente, de falta de precisión y razonamiento en sus conclusiones", no puede tomarse como prueba para deducir culpa.

Añade el impugnante que "al calificarse la causa como probable se debe descartar la trascendencia probatoria que el Tribunal le imprimió al preindicado informe como determinante de la culpa del piloto doctor Obando Ospina".

4. Avanzando la censura en la demostración de los yerros de facto que denuncia, dice que también incurrió en desacierto el ad quem al ameritar el testimonio de Luis Fernando Botero Rodríguez, quien ocupaba la nave en el momento del accidente, porque "si se analiza cuidadosamente, permite concluir que el doctor Jorge Obando Ospina en todo momento llevó, con prudencia y diligencia, el control de la avioneta".

Y luego de transcribir apartes de este testimonio, afirma la censura que él sirve "para reafirmar el cuidado y prudencia en el manejo de la nave. La conducta, en suerte, del doctor Obando Ospina se ajustó a los principios de cuidado y diligencia... probablemente factores ajenos al piloto, no establecidos en este proceso, motivaron un hecho imprevisto, que el doctor Obando trató de sortear con el máximo de esmero técnico y personal".

Se considera

1. El error de hecho en casación, lo ha reiterado la Corte en doctrinas que son muchedumbre, se configura cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en los autos o ignora la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el fallador por causa de dicho yerro en la apreciación probataria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.

Se ha dicho, igualmente, que dicho error sólo tiene virtualidad para quebrar una sentencia cuando, a más de ser ostensible, resulta trascendente en casación, es decir, que haya sido la causa determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal.

2. En el caso de este proceso el Tribunal de Medellín, tomando apoyo en el informe que sobre el accidente de la aeronave HK-1030-P rindió el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil el 4 de julio de 1972; en la certificación que en torno a la longitud, dirección y demás peculiaridades de la pista del aeródromo de Andes, expidió esa misma entidad el 22 de mayo de 1973; y en el testimonio de Luis Fernando Botero, pasajero que sobrevivió a dicho accidente, dedujo que en el aterrizaje de la avioneta hubo, de parte de su piloto Obando Ospina, una grave falla humana, la que, unida a la infracción de los reglamentos aeronáuticos, determinó el accidente fatal.

Estima el acusador, y en tal aserto estriba los yerros de facto que denuncia, que por errónea apreciación de tales medios probativos el ad quem dió por establecida en el proceso, sin estarlo, "la culpa en la conducta del doctor Jorge Obando Ospina".

3. La Corte, luego de considerar en toda la realidad objetiva que ostentan las pruebas analizadas por el Tribunal para deducir la culpa del piloto de la nave acci-

dentada, sin hesitación alguna llega a la conclusión de que aquél no incurrió en los yerros de apreciación probatoria que la censura le endilga. En efecto:

A) Frente a la prueba aludida (informe y certificación del Departamento de Aeronáutica Civil), bastaría observar, para desechar la errónea apreciación que se alega, que el sentenciador se limitó a transcribir en su fallo los pasos trascendentes que en sus conclusiones traen los dichos dos documentos. Indican éstos en efecto, y así lo nota el *a quem*, que "el piloto poseía poca experiencia general de vuelo en el tipo de aeronave en que se accidentó", acentuada por su actividad esporádica en su cometido; que el peso bruto máximo del avión "fue excedido", a más de que llevaba sobrecupo (101.5 libras y un pasajero más); que el piloto "efectuó una aproximación inapropiada" al aterrizar, por lo que el avión "sentó ruedas 300 metros después de sobrepasar la cabecera", lo que le disminuía la distancia de la pista útil de rodaje; que luego de haber recorrido 450 metros de la pista, "hubo indecisión del piloto, al no abortar el aterrizaje"; y que cuando resolvió despegar "la pista disponible se había estrechado tanto, que despegó con una velocidad cercana a la de pérdida del avión".

Si, conforme al artículo 243 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, se debe atribuir mérito demostrativo a "los informes técnicos o científicos de las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso", no cabe desconocérselo a los aquí rendidos por la Aeronáutica Civil, desde luego que se encuentran motivados y firmados y, además, de ellos se dio traslado a la parte a la cual se oponen, que son justamente las exigencias requeridas por esa norma para valorar como prueba tales informes.

B) El testigo Luis Fernando Botero Rodríguez, con el conocimiento directo que de los hechos tiene, desde luego que fue uno de los pasajeros que sobrevivió al accidente de la aeronave, lo que permite atribuir especial credibilidad a sus afirmaciones, en su pormenorizada declaración, refiriéndose a lo acontecido dentro de la avioneta en los momentos que precedieron inmediatamente al accidente, dice que "Obando cogió en dirección bastante abierta como para ir a coger la pista de aterrizaje, en mi opinión, cuando el doctor Obando se dispuso a aterrizar veníamos bastante altos en relación a la distancia en que se encontraba la pista. El hizo una picada o descuelgue muy fuerte y yo creí que nos íbamos a estrellar contra la pista, pero no obstante cuando íbamos a tocarla enderezó el aparato volando sobre la pista sin tocarla... hasta que al fin tocó la pista, pues lo sentí, ya que la descolgó bruscamente y grande fue mi sorpresa cuando la avioneta rebotó sobre la pista y se elevó como 50 centímetros o 1 metro, seguimos volando en esas condiciones otros 40 metros aproximadamente y volvió y la descolgó".

Agrega el testigo que "Obando le puso nuevamente a la avioneta toda la potencia al motor para despegar nuevamente"; que aunque lograron ascender, "no pudimos o pudo esquivar la copa de un árbol que había al final de la pista", al cual "le dimos y lo sentí"; que después "seguimos tratando de tomar altura y esquivando obstáculos, haciendo acrobacias, según le iba diciendo el doctor Jaramillo al doctor Obando cuando este último le preguntaba: 'Jara, por dónde, por dónde Jara'. Jaramillo le iba indicando o dando su opinión por donde debía coger". Y añade que en el momento más crítico "ví y oí que Mario Gutiérrez le decía a Jorge: 'Jorge los flaps, Jorge, los flaps', y al yo mirarlos por la ventanilla ví que estos estaban en posición caída o sea de frenada, la misma que hace un jet cuando va a aterrizar. Al ver yo esto y ver que el doctor Obando no hacía nada por enderezarlos, ya que éste parecía como que no oyera, también le dije a Obando: 'Jorge los Flaps, pero tampoco me oía o ponía atención, como tampoco atendía a Mario". En su deposición el declarante asevera que "el doctor Obando iba muy pálido, igual que todos nosotros, pero el que mayor tranquilidad denotaba era el doctor Jaime Jaramillo".

4. Acuilatado el contenido de estas pruebas, claramente se ve que ellas muestran la imprudencia o los errores de conducta en que incurrió el piloto de la avioneta en el momento del aterrizaje, los que en últimas determinaron el accidente fatal. Transgresiones a las normas regulativas de la navegación aérea (sobrecarga y sobrecu-

po); fallidas aproximaciones a la pista; haber tomado ésta cuando ya había sobrepasado los primeros 300 de sus 750 metros de longitud; y la falta de serenidad en el momento crítico, que le impidió ejercer eficaz gobierno sobre los controles de la aeronave.

Todos estos factores conducen a demostrar que en el referido accidente aéreo sí hubo culpa del piloto de la avioneta, que no se esfuma por hecho de que éste gozara de licencia oficial para ejercer esa actividad, ni menos porque la Aeronáutica hubiera permitido el calamitoso vuelo. La sola exhibición del título de idoneidad para el ejercicio de determinada profesión, así sea expedido por la autoridad competente, no puede sin embargo constituir prueba suficiente de que al ejercer tal actividad el titulado actúa siempre con la diligencia y la previsión que en cada caso son debidas.

Se rechaza, pues, este cargo.

Cargo segundo

1. Con él se acusa al fallo de segundo grado de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2341 del Código Civil, 488 y 406 del Código de Comercio anterior, a causa del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal "por falta de apreciación de las siguientes pruebas":

a) La Escritura pública número 2617 de 25 de mayo de 1971, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Medellín; b) El certificado de la Cámara de Comercio de esa ciudad, expedido el 9 de octubre de 1972; c) La declaración testimonial de Raúl Botero Rodríguez; y d) La certificación de 22 de mayo de 1973, expedida por el Jefe de Seguridad del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil.

2. Concretando el yerro de hecho que denuncia, dice el censor que en él incurrió el fallador al considerar que el viaje de la avioneta Cessna, realizado el 4 de diciembre de 1971, "implicó un uso social de la sociedad 'Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.' por parte del socio gestor doctor Jorge Obando Ospina"; cuando, añade, "no se puede desconocer que la conducta del doctor Obando Ospina estaba dentro de la órbita personal" el día en que realizó el fatídico viaje.

Explanando su aserto capital, dice el casacionista que, según se infiere del certificado de la Cámara de Comercio "no forma parte del objeto social la realización u operación de viajes; tampoco la atención de asuntos profesionales"; que los fines de "Saldarriaga Obando y Cía" se concretaban a la construcción de edificios y obras de arquitectura e ingeniería en general; que, según lo dice la Escritura número 2617 y lo confirma en su declaración Raúl Botero Rodríguez, la sobredicha avioneta tenía como destinación cierta la "de recreo o expansión de los propietarios". De lo cual concluye que si la sociedad demandada no "explotaba el renglón del transporte aéreo, ni la avioneta se destinaba a operaciones comerciales o profesionales de la sociedad", es errado vincular a ésta en la responsabilidad por el accidente.

Agrega la censura que "en el caso sub lite ni la sociedad tenía como objeto social el transporte, ni el socio, al conducir la avioneta, estaba cumpliendo con una operación social. El hecho de que el doctor Obando Ospina, tuviese el día del accidente la calidad de socio y gerente de la sociedad en mención, no quiere notar que los actos realizados -de conducir la avioneta- puedan ser calificados como propios de la sociedad. En absoluto. La naturaleza de la responsabilidad de una sociedad, a través de sus órganos, está asistida de otro criterio: la violación de una regla social o una mala administración de la empresa. Para señalar la obligación de una sociedad por los actos de un socio se hace necesario vincularla con el objeto social. Por eso se debe distinguir entre faltas personales y faltas sociales. Las primeras tienen su origen y fundamento en los daños emanados de una conducta individual. Las segundas se enlazan por medio del objeto social".

Se considera

1. Contrariamente a lo que la censura afirma, el Tribunal sí vio y apreció en su sentencia, tanto la Escritura pública número 2617 de 25 de mayo de 1971, como la certificación expedida por el Jefe de Seguridad del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y la declaración testimonial de Raúl Botero Rodríguez. Como se

inficre del extracto que de él se hizo, en varios pasajes de su fallo el ad quem, expresa y paladinamente, alude a tales medios probativos.

Y tomándolos como punto de apoyo, junto con muchos otros que el censor no ataca en este cargo, dedujo que la sociedad demandada era copropietaria de la nave accidentada; y que el vuelo de ésta realizado el 4 de diciembre de 1971, en el cual perdió la vida Mario Gutiérrez Jiménez, se hizo por un agente de aquélla "y en uso de sus funciones".

2. La censura se presenta por razón de que el Tribunal, "por falta de apreciación" de tales pruebas, consideró que "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C." es responsable por daños causados por el doctor Jorge Obando Ospina".

Cotejados, pues, los propios términos con que el ad quem motivó su resolución en el punto y los que emplea la censura para fundamentar su cargo, de esta labor de parangón resulta evidente, al primer golpe de vista, que no hay concordancia entre la sentencia y la impugnación. En ésta no se objeta interpretación errónea de esas pruebas, por alteración de su contenido objetivo; se limita el recurrente a sostener que hubo, por parte del juzgador, "falta de apreciación" de ellas, lo que, como se ha visto, pugna con la realidad que el fallo muestra. La indicada discordancia deja entonces en el vacío el cargo formulado.

3. Pero si con criterio de amplitud debiera la Corte entender que el cargo se formula por errónea interpretación de pruebas, y no por falta de apreciación en ellas, tendría que decir que los yerros de hecho denunciados no existen. En efecto:

A) El certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, expedido el 9 de octubre de 1972, dice que el objeto que sus socios asignaron a "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.", es el de: "a) la confesión de planos, anteproyectos y realización de contratos para la construcción de edificios, casas de habitación, propiedad horizontal o cualquiera otras obras de arquitectura o ingeniería en general"; "d) la compra y venta de bienes inmuebles y de equipos y transportes"; y "l) en general, la sociedad podrá celebrar y ejecutar toda clase de actos y contratos que se relacionen directamente con el objeto principal, ya sean civiles o comerciales siempre que sean lícitos";

B) Tanto la precitada Escritura número 2617 de 25 de mayo de 1971, como el certificado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, demuestran que la citada sociedad era copropietaria, el 4 de diciembre de 1971, de la avioneta marca "Cessna", por compra que de ella hizo, junto con Raúl Botero, a Otto Londoño Sencial en mayo de ese año;

C) También acredita el aludido certificado de la Cámara de Comercio, que para la fecha del accidente Jorge Obando Ospina era socio gestor, y como tal representante de "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C.". Y el informe de la Aeronáutica demuestra que en el momento del accidente la sobredicha avioneta estaba siendo piloteada por el citado Obando Ospina;

E) Además, con la abundante prueba testimonial, con la documental aducida al proceso y con la inspección judicial practicada en él, probanzas estas cuya apreciación por el sentenciador el recurrente no impugna, aquél dio por demostrado que la sociedad demandada, en desarrollo de su objeto social, había contratado con Gutiérrez Jiménez la instalación eléctrica del edificio que entonces construía en la población de Andes; y que el viaje fatal se hizo con ocasión de tal contrato.

4. Si, pues, ese es el contenido real de las pruebas a que alude la censura, no se ve cómo puede el recurrente afirmar que el Tribunal incurrió en falencia al aseverar en su fallo que el vuelo de la aeronave accidentada, en el cual perdió la vida Gutiérrez Jiménez, "se hizo por un agente de la entidad demandada y en uso de sus funciones".

Palmar resulta, de todo lo expuesto, que el Tribunal no dedujo responsabilidad a cargo de la sociedad demandada por actos que su gestor realizó por fuera del objeto social de la misma, como lo dice la censura, sino que reconociendo la realidad procesal afirmó que Obando Ospina, en el ya referido accidente de aviación, actuó como órgano de ese ente jurídico, en cumplimiento de funciones que le correspondían y utilizando para el efecto un bien que formaba parte del patrimonio de la empresa. El juicio del ad quem en el punto dista, y en mucho, de rayar en arbitrariedad.

El cargo, por tanto, resulta infundado.

Cargo tercero

1. En éste el impugnador acusa el fallo de segundo grado de ser directamente violatorio, "por indebida aplicación", del artículo 95 del Código Penal, "al imponer condena por daños morales en la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, y no de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, de que trata la norma quebrantada".

2. Después de transcribir el texto que considera infringido, desenvolviendo el cargo el censor asevera que esa norma legal ha sido, por mucho tiempo, el soporte para fijar el monto de los perjuicios morales; que no es viable, como lo hizo la Corte en su sentencia de 27 de septiembre de 1974, "hacer conversión o actualización de la moneda nacional" para tasar la cuantía de dicho daño, porque si este precepto "habla de una suma específica, debe acogerse íntegramente para poder derivarle los efectos propios".

Continuando en el desarrollo de la censura, el impugnador califica de equivocada la nueva doctrina de la Corte en punto de perjuicios morales, porque, añade, "no es dable pretender establecer un sistema de valor constante en las normas que regulan condenas o señalan cantidades en sus textos. En este sentido toda regla es rígida hasta tanto no sea modificada por el legislador. Si el Código Penal señala la suma de $ 2.000.00 para fijar los daños morales, y esa norma es aplicable, la condena no puede exceder de ese monto para cada uno de los supuestos afectados por daños inherentes a la persona humana".

Se considera

1. Tiene averiguado la doctrina que es deber del juez, al decidir el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, hacerlo **secundum jus**, vale decir, buscando la necesaria congruencia entre la voluntad que efectivamente trae la ley y la que él declara en su fallo.

Cuando al apreciar el mérito del derecho sustancial el juez se equivoca, incurre en un error **in judicando** que se traduce en no hacer actuar en el caso litigado la verdadera y real voluntad del legislador expresada en la ley, ora sea por inaplicación, ya por aplicación indebida o ya por interpretación errónea de ella.

2. El quebranto de una norma sustancial por aplicación indebida ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente. Lo cual supone, como es apenas obvio, que esta especie de quebranto ni por asomo puede darse cuando el precepto sustancial no se aplica.

No hizo actuar el sentenciador en esta litis, y no lo aplicó porque estimó que la cuantía del daño moral debía regirse por la nueva jurisprudencia de la Corte en el punto, el artículo 95 del Código Penal: y si evidentemente no se aplicó en el fallo dicho texto legal, errado es acusar aquél por quebranto de éste por aplicación indebida, como lo hace el casacionista.

Tiene dicho la jurisprudencia que como cada uno de los tres conceptos o especies de quebranto de la ley sustancial es diferente, para el éxito del recurso de casación el recurrente debe indicar por cuál de ellos acusa la sentencia; y que la Corte "no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la violación o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

Y en sentencia de 5 de diciembre de 1969, dijo al respecto la Corte: "Reiteradamente ha precisado la doctrina que el principio acusatorio y el de la dispositividad del juzgador que informan nuestro ordenamiento procesal civil priman 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 delimitada su capacidad decisoria, a ésta no le es dado completar cargos deficientemente formulados, ni variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente" (CXXXII, 205).

3. Dejando de lado el defecto de técnica que se anota, la Corte tendría que recordar que ya en su sentencia de 27 de septiembre de 1974 revaluó la tesis atinente

al monto de la condena por daños morales y la de aplicabilidad del artículo 95 del Código Penal a los litigios de esta especie.

Dada la profunda solidez jurídica que estructura los pilares en que la nueva doctrina se apoya, a tal punto que comparativamente obvio resulta que con ella se puede tutelar más eficazmente el derecho a la indemnización debida a quien resulte perjudicado moralmente por el hecho culposo del agente, ni por asomo le sería dado a esta Sala incinerarla hoy para, en su lugar, resucitar la tesis anterior, tal cual lo pretende el recurrente, sin que en pos de su intento esgrima razón con virtualidad suficiente que justifique el retroceso jurisprudencial que propone.

No prospera, pues el cargo.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario.

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.

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

Son distintas la interrupción y la suspensión del proceso. La tarjeta o matrícula de circulación es título de propiedad de automotores.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 20 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario de María Gabriela Gallego viuda de Monsalve y otros frente a Rafael Gutiérrez Zapata.

I

El Litigio

En demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Décimo Tercero Civil del Circuito de Medellín, María Gabriela Gallego viuda de Monsalve, en nombre propio y en el de sus menores hijos Alfonso de J., Iván Darío, Jaime Arturo, Rubén Antonio, Fernando Antonio, Humberto de Jesús, Jorge Alciro y Víctor Julio Monsalve Gallego, solicitó se declarara, previo proceso ordinario, que Rafael Gutiérrez Zapata es civilmente responsable de los perjuicios causados con la muerte ocasionada a Abelardo Monsalve por el vehículo de placas número Ai 48-29, de propiedad del demandado, y que, en consecuencia, está en la obligación de pagar a los demandantes el valor o la suma de dinero a que asciendan dichos perjuicios.

Como causa de pedir afirmó que el 27 de enero de 1972, Abelardo Monsalve Vásquez murió atropellado por el vehículo mencionado, en la autopista Medellín-Bogotá, en jurisdicción del Municipio de Guarne; que el día del accidente, el demandado tenía sobre el vehículo "la función de cuidado y vigilancia que son de suponer en actividades peligrosas", pero que era conducido por Rafael Guillermo Gutiérrez, a quien le había sido confiado por su propietario; que el occiso era esposo de la demandante María Gabriela y que con un sueldo promedio de $ 800.00 mensuales atendía a la subsistencia de ésta y de los hijos del matrimonio prenombrados; y que con la muerte inferida a Abelardo se le causó a ella y a sus hijos un perjuicio grave que debe ser reparado por quien dio lugar a él.

Con oposición del demandado se tramitó la primera instancia del proceso, a la que dio fin la sentencia de 29 de enero de 1974, en la cual el Juzgado declaró a Rafael Gutiérrez Zapata, "civilmente responsable de los perjuicios materiales que se ocasionaron con el vehículo de su propiedad", y como consecuencia de esta decisión lo condenó en abstracto a pagar a la parte demandante "el valor de los perjuicios materiales consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, los cuales serán liquidados mediante el trámite indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil". Apelada esta sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la confirmó con la suya de 20 de mayo del mismo año, con la adición de condenar al demandado, además, "al pago de perjuicios morales, en la suma de diez y ocho mil pesos

($ 18.000.00) moneda legal, y fijando como término de supervivencia del finado Abelardo Monsalve Vásquez, en quince años, que fue el estimado por los médicos al efectuar la necropsia del mismo". El demandado interpuso recurso de casación contra esta sentencia, el que correctamente tramitado se decide por la Corte.

II.

La sentencia de segunda instancia

Dice el Tribunal que la parte demandante, para sustentar sus pretensiones adujo declaraciones de Amparo Ayala y Rodulfo Gallego Ospina, "que dan cuenta de la ocurrencia del accidente": copias del informe de la policía sobre éste y de la necropsia de Abelardo Monsalve Vásquez, en la cual "los expertos médicos asignaron al mismo quince (15) años de supervivencia", y "con miras a la determinación de los perjuicios" declaraciones de Pedro Luis Rúa Sánchez y Argemiro Cardona Sánchez, de las cuales informa la primera que el interfecto devengaba la suma de $ 180.00 semanales que invertía en la subsistencia de su esposa e hijos, y la segunda que su ingreso variaba entre $ 180.00 y $ 200.00 "con el mismo destino". Y que pidió y obtuvo dictamen pericial para fijar el monto de los perjuicios, "que no fue tenido en cuenta, ni puede estimarse en esta instancia, por no haberse cubierto los honorarios respectivos por la demandante".

Continuando el sentenciador expresa que no obstante que el vehículo con que se causó la muerte de Monsalve Vásquez, "a tiempo del accidente" era conducido por Rafael Guillermo Gutiérrez Sierra, "como lo revelan las pruebas ya citadas y lo alega en su favor el demandado, indicando que aquél, por ser mayor, era plenamente responsable de sus actos", la demanda fue dirigida contra Rafael Gutiérrez Zapata, en su condición de dueño del vehículo, lo que demuestra con la certificación expedida por la Inspección Municipal de Transportes y Tránsito de Itagüí, Antioquia, "en la que consta que el dueño del mismo lo es Gutiérrez Zapata a partir del 23 de diciembre de 1970, fecha de su matrícula inicial, demostración que no ha sido desvirtuada". "Sobra advertir —agrega— que la mencionada certificación es prueba idónea para indicar el propietario del respectivo vehículo, pues para efectuar la matrícula respectiva ha de acreditarse el pertinente dominio, por lo que corresponde a quien pretende acreditar lo contrario, hacer la desvirtuación del caso".

Dice también que "los perjuicios ocasionados en actividades peligrosas, además de exonerar a la víctima de la demostración de la culpa presunta del operario, quien puede acreditar que el hecho obedeció a fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima, lo que no ha ocurrido aquí, deben ser sufragados por quien recibe el provecho, explota o deriva beneficio de la referida actividad, como indudablemente lo obtiene el dueño del vehículo o cualquier artefacto peligroso", y que, en el caso de autos, no se configuran circunstancias exceptivas, una vez que, conforme a las declaraciones que obran en el proceso, "el infausto acontecimiento que privó de la vida al señor Monsalve, lo determinó la velocidad a que venía el vehículo de propiedad del demandado, conducido por el señor Rafael Guillermo Gutiérrez, al parecer hijo del primero, pues no de otra manera se explica la forma en que fue golpeado, por tres veces con el citado automotor, quedando por último el cadáver del lado izquierdo de la vía, o sea al lado contrario de la calzada que deben usar los automotores, no constituyendo culpa de la víctima, ni menos exclusiva al hecho de venir agobiado por la pena recientemente experimentada, determinante de un movimiento torpe, pues es el conductor de vehículos quien ha de preveer estos acaeceres, y tomar las medidas de precaución adecuadas, como la de pasar por las proximidades de un poblado a una prudente velocidad que permita parar en caso como el presentado, sin ocasionar daño a quien desprevenidamente incurra en una equivocación, error o torpeza. Lo que exonera de responsabilidad al agente es la culpa exclusiva de la víctima...".

Considera que como se halla demostrado el hecho causante del daño y la relación de causalidad, y que como no median motivos exculpativos, debe confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto a la condenación en abstracto al pago de perjuicios materiales, relevando como elemen-

to básico de éstos la fijación de la supervivencia de Monsalve Vásquez, y que a éstos se debe agregar el pago de los morales, esto es, "la lesión moral afectiva que determina para su esposa e hijos la muerte del esposo y padre, sobre todo en las especiales condiciones en que perdió la vida el señor Monsalve, cuando venía de enterrar a uno de sus hijos, esto es acumulando a un dolor profundo, el desconcierto, postración y tragedia, la pérdida del jefe del hogar con el consiguiente desamparo material y moral de los suyos". Y que como se trata de ocho hijos y la esposa, en aplicación de la jurisprudencia imperante, esta condenación debe hacerse por la suma de $ 18.000.00, $ 2.000.00 para cada uno de ellos.

III

La demanda de casación

El recurrente le formula tres cargos a la sentencia de segunda instancia, de los cuales la Corte estudiará en primer lugar el último, que se refiere a un error in procedendo y luego los restantes que vienen formulados por la causal primera.

Cargo tercero

Consiste éste en haberse incurrido por el sentenciador en la causal de nulidad a que se refiere el numeral 5º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, derivada del adelantamiento del proceso después de ocurrido el motivo de suspensión que indica el artículo 170-1 ib.

Observa el acusador que este proceso civil se originó en la muerte trágica de Abelardo Monsalve Vásquez, causada por un vehículo automotor conducido por Rafael Guillermo Gutiérrez, y que en el mismo instante del accidente se inició la investigación criminal, se aprehendió al sindicado y se le dictó auto de detención, todo lo cual consta en el expediente civil, en forma de que "claramente se induce la existencia en marcha de la investigación penal por el mismo hecho sobre que se pretende hacer responsable al doctor Rafael Gutiérrez Zapata".

Dado lo anterior, muéstrase sorprendido de que el Juez de la primera instancia no hubiera aplicado el artículo 170-1 precitado, empero las constancias del proceso, y que igual hubiera sido la conducta del Tribunal Superior, no obstante la certificación del Juzgado Doce Superior de Medellín presentada con el alegato de bien probado, por lo cual "surge clara la causal de nulidad", como resulta de la doctrina de la Corte que transcribe.

Se considera

1. En lo que atañe a las nulidades procedimentales, no sólo bajo el imperio de la legislación derogada sino en el régimen actual, se consagra de manera clara e inequívoca el principio de la taxatividad o determinación específica, pues así se desprende de la forma como quedó concebido el artículo 152, en cuanto expresa que el proceso es nulo en todo o en parte "solamente en los siguientes casos", o sea, en las precisas hipótesis en que la ley señala como causal de nulidad determinada irregularidad.

2. El estatuto procedimental vigente establece como motivo de nulidad que se adelante el proceso "después de haber ocurrido cualquiera de las causales legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo", cuyo fundamento radica en la garantía constitucional del derecho de defensa que corresponde a las partes litigantes en el ejercicio de sus derechos. (Art. 152 Nº 5 del C. de P. C.).

3. De suerte que si un proceso se encuentra interrumpido o suspendido y a pesar de ello el Juez continúa con el impulso de la litis y con posterioridad a la ocurrencia de cualquiera de las causas o fenómenos legales que dan lugar a la interrupción o a la suspensión, la actuación cumplida en esas condiciones se encuentra afectada de nulidad, pues el juzgador en tales eventos carece de competencia, por estar ésta en suspenso.

4. Con todo, es preciso aclarar que si bien la interrupción y la suspensión tienen en común el efecto de paralizar los procesos, no por ello pueden considerarse como instituciones absolutamente semejantes,

pues una y otra difieren, ya que la primera se produce por ministerio de la ley y "a partir del hecho que lo origina" (Art. 168 C. de P. C.), la segunda se produce mediante decisión judicial, "a partir de la ejecutoria del auto que decreta" la suspensión.

Al efecto, la Corte en sentencia de 11 de septiembre de 1975, aún no publicada, sostiene:

"De conformidad con las normas que integran el Título XII del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, las causas que en Colombia paralizan el proceso están comprendidas en los fenómenos de la interrupción y la suspensión. Y si bien es verdad que los citados dos institutos producen el efecto indicado, según la preceptiva contenida en dichas disposiciones legales, lo es también que entrambos existen fundamentales diferencias, no sólo en cuanto al origen de los hechos que los determinan sino también en cuanto al momento en que paralizan el proceso. En efecto:

"La interrupción acusa un hecho externo al proceso, generalmente ajeno a la voluntad de los litigantes, como lo es la muerte o enfermedad de una parte o de su representante, por ejemplo; la suspensión, en cambio obedece a una exigencia interna del proceso y provenientes de un acto del mismo, como lo es, verbigracia, la prejudicialidad penal o la administrativa. Y si el primero de dicho fenómeno produce la paralización del proceso 'a partir del hecho que la origine' (Art. 168 C. de P. C.), por lo que la doctrina ha entendido que produce ope legis la consecuencia indicada; el segundo en cambio produce dicho efecto 'a partir de la ejecutoria del auto que decreta' la suspensión (Art. 171 ejusdem), lo que significa que produce efectos, como lo dice la doctrina, ope juris.

"Ciertamente, el numeral 5º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente elevó a la categoría de nulidad, en todos los procesos, dándole autonomía, el hecho de adelantarlo 'después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo', cuyo fundamento jurídico o razón de ser está en la necesidad de tutelar el derecho de defensa que constitucionalmente corresponde a los litigantes.

"Si el proceso se halla interrumpido o suspendido por ocurrencia de alguna de las circunstancias que de acuerdo con la ley determinan su paralización temporal, el Juez que de él conoce tiene suspendida igualmente la competencia y por ende no puede actuar válidamente. Pero si, como atrás se indicó, la suspensión del proceso, a diferencia de lo que ocurre con la interrupción, sólo se produce 'a partir de la ejecutoria del auto que la decrete', debe seguirse que la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del precitado artículo 152, cuando se invoca la suspensión del proceso se estructura únicamente en los supuestos en que sin embargo de haberse ésta decretado por auto firme el Juez continúa el trámite procesal".

Con anterioridad, o sea, en sentencia de 12 de junio de 1973, la Corte sentó doctrina semejante a la que se acaba de extractar y que hoy se reitera.

5. Si, como ocurre en el caso sub lite, no se decretó mediante decisión judicial la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal, y así lo acepta el recurrente, claramente se pone de manifiesto que no se configura la causal de nulidad que regula el numeral 5º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo primero

Según el acusador, el sentenciador incurrió en violación de los artículos 752 y 2356 del Código Civil, a causa de error de derecho cometido al otorgar mérito probatorio, en discrepancia con los artículos 262-2 y 264 del Código de Procedimiento Civil, al certificado expedido por el Jefe de Placas de la Inspección Municipal de Transporte y Tránsito Tipo (A) de Itagüí, de fecha 20 febrero de 1973, aducido por la parte demandante con el fin de demostrar que el vehículo de placas Ai 48-20, con que Rafael Guillermo Gutiérrez ocasionó la muerte a Abelardo Monsalve Vásquez, "pertenecía" al demandado Rafael Gutiérrez Zapata.

El recurrente dice que, sin que mediara auto, orden o disposición del director de dicha oficina pública que, desde luego se supone que es el Inspector, un empleado secundario, como es el "jefe de placas", aparece certificando en forma directa acerca de hechos que interesaban a la parte de-

mandante "para que obre como prueba en el proceso civil", y que, en dicho certificado, en forma escueta, se afirma que de conformidad con los kardex de la oficina, el vehículo citado aparece de propiedad de Rafael Gutiérrez Zapata, "a partir desde su matrícula inicial en diciembre 23 de 1970".

Considera, además, que el cuestionado certificado no tiene el carácter de documento público, conforme al artículo 262-2 del Código de Procedimiento Civil, porque para alcanzar esa categoría, era de rigor que fuera expedido por el director de la oficina, en el caso el Inspector de Transportes y Tránsito Tipo (A) de Itagüí, y acudiendo a lo que dispone el Código Nacional de Transportes Terrestres (Decreto legislativo número 1344 de 1970) y a su Decreto reglamentario (Nº 1147 de 1971), dice que son funciones del Inspector de Tránsito Tipo (A), adelantar los trámites y procedimientos que prevé el Código Nacional de Tránsito, en relación con la licencia de tránsito (artículos 94 del Código y 17 del Decreto reglamentario).

Y como conclusión de lo anterior, agrega que el sentenciador, por la dicha causa, incurrió en falta de aplicación del artículo 762 y aplicación indebida del artículo 2356, ambos del Código Civil.

Se considera

1. En la especie de los documentos públicos auténticos, se encuentran entre otros los siguientes: a) Las certificaciones de los jueces y magistrados respecto de hechos que pasan ante ellos en el ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso; b) Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos y los Notarios; c) Las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia y estado de actuaciones o procesos administrativos; d) Las certificaciones dadas por otros funcionarios públicos autorizados por la ley (Art. 262 C. de P. C.).

2. A mas de las certificaciones aludidas, establece el artículo 315 del Código de Régimen Político y Municipal, que también pueden certificar sobre negocios que les están confiados por razón de su empleo "los jefes de las oficinas" públicas respectivas.

3. En este orden de ideas, se tiene que si en una dependencia oficial, como lo es la Inspección Municipal de Transportes y Tránsito, el "Jefe de la Oficina de Placas" certifica sobre el hecho de que en el kardex que allí se lleva figura determinada persona como propietaria de un automotor, no puede negársele a tal certificación la calidad de documento público, y por consiguiente, con el alcance probatorio que le concede el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil.

4. De suerte que si en materia de organización de todo lo que toca con el transporte existen dependencias oficiales tan complejas como el Instituto Nacional de Transporte y las Inspecciones Departamentales y Municipales, y estos organismos, para cumplir mejor su función, se desenvuelven, a través de otras oficinas con sus respectivos jefes, como ocurre respecto de las secciones de Placas y Matrículas de automotores, fácilmente se infiere que en atención a lo preceptuado por los artículos 262 del Código de Procedimiento Civil y 315 del Código de Régimen Político y Municipal, dichos funcionarios pueden certificar sobre todos aquellos hechos o situaciones que "les estén confiados por razón de su empleo", esto es, cuando tienen a su cargo el control y archivo de tales asuntos.

5. Como en el caso subanálisis, la certificación alusiva al empadronamiento del vehículo automotor distinguido con las placas Ai 48-20 y el nombre de su propietario, fue expedida por el "Jefe de Placas" de la Inspección Municipal de Transporte y Tránsito Tipo A. de Itagüí, y el sentenciador le concedió el mérito probatorio a dicho documento, claramente resulta que no cometió el yerro de derecho que se le endilga.

6. Aclarados los anteriores aspectos, se tiene además que la vida de relación de los pueblos los ha colocado, en la medida de las capacidades, en la necesidad de adquisición de vehículos automotores para el logro de su desplazamiento eficaz y pronto, lo cual ha originado un complejo en materia de circulación. Esta circunstancia ha obligado a que el legislador haya organizado un estatuto sobre dicha materia, así no sea muy completo, mediante el cual ha regulado lo atinente al tránsito terrestre en el territorio nacional (Dcto. 1344 de 1970).

7. En lo que toca con el control de vehículos automotores terrestres, para lograr la licencia de tránsito y circulación, se ha dispuesto que sus propietarios deben ceñirse a una serie de requisitos, pues el Código de Tránsito preceptúa que "ningún vehículo podrá transitar en el territorio nacional sin estar debidamente inscrito y tener licencia de tránsito" (Art. 89 C. N. de T. T.), para lo cual, entre otras cosas, deberá acreditar el interesado, en las respectivas oficinas de tránsito, la propiedad sobre el bien (Arts. 95 ibidem, 2 a 4 Dcto. 2157 de 1970; 12 y 17 Dcto. 1147 de 1971).

8. Entonces, si una de las oficinas legalmente encargadas de llevar el registro y la licencia de tránsito expide un certificado en donde describe el vehículo allí inscrito como perteneciente a determinada persona, tal documento constituye, en principio, prueba de que quien allí figura como dueño tiene esa calidad. Por ello, ha sostenido la doctrina que la tarjeta o matrícula de circulación, como también los certificados expedidos por los funcionarios encargados de vehículos automotores, ha venido a constituir en la práctica un título de propiedad.

9. Por consiguiente, si con la matrícula o con el certificado expedido por las oficinas de tránsito se acredita en principio quien figura allí como dueño de determinado automotor, es superfluo exigir, para que quede debidamente demostrado el señorío que, fuera de la matrícula o el certificado se incorpore además copia de todo el proceso administrativo adelantado por el dueño ante las dependencias de tránsito para lograr el registro y la licencia respectiva. Se reitera que la matrícula o el certificado, si no existe prueba en contrario, son elementos de convicción aceptables para derivar quién es el dueño de determinado automotor, muy especialmente en este linaje de procesos en donde no se controvierte el derecho real de dominio sino la responsabilidad civil aquiliana del dueño del vehículo causante del daño, o sea, que está en juego una obligación eminentemente personal.

Se rechaza, pues, el cargo.

Cargo segundo

Radica éste en que el sentenciador, a consecuencia de errores de derecho, aplicó indebidamente el artículo 2356 del Código Civil.

En el desarrollo del cargo expresa el recurrente que el Tribunal, al derivar el elemento daño de la necropsia practicada a Abelardo Monsalve Vásquez y cuya acta fuera trasladada del proceso penal seguido contra Rafael Guillermo Gutiérrez al proceso civil, sin sujeción a lo preceptuado por el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, cometió el yerro de derecho que él achaca y, por ende, como no quedó demostrado el presupuesto atinente al perjuicio, aplicó en forma indebida el artículo 2356 del Código Civil.

Se considera

1. Como ya se notó, el recurrente edifica la censura sobre el hecho de haberle concedido el sentenciador, para derivar el daño, mérito probatorio a un acta de necropsia trasladada de un proceso penal al civil, cuando en aquél no intervino el demandado Rafael Gutiérrez Zapata.

2. Empero, ocurre que en el proceso civil el sentenciador, para derivar la existencia del hecho dañino, no se apoyó exclusivamente en el acta de necropsia, sino en otra serie de pruebas de índole documental y testimonial, que entre otras cosas, no fueron atacadas por el casacionista, como era su deber de acuerdo con la preceptiva técnica del recurso.

En efecto, y para un adecuado despacho del cargo, la Corte extracta del fallo impugnado, lo siguiente:

"En sustentación de las aspiraciones de la Ayala y Rodulfo Gallego Ospina que dan cuenta de la ocurrencia del accidente, bien interpretadas por el a quo, del informe policial luego de ocurrir el siniestro, copia de la necropsia del finado Abelardo Monsalve Vásquez, de la cual ha de destacarse, por interesar como elemento importante para la fijación de los perjuicios, que los expertos médicos asignaron al mismo, quince (15) años de supervivencia, folios 12 del cuaderno número 2, copia de la diligencia del levantamiento del cadáver, así como del auto expedido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guarne que ordena la detención preventiva del señor Rafael Guillermo Gutiérrez Sierra, hijo de Rafael e Irma, de 23

años de edad, soltero, natural de Medellín, estudiante de profesión, con beneficio de excarcelación.

"Con miras a la determinación de los perjuicios, fueron aportados los testimonios de Pedro Luis Rúa Sánchez y Argemiro Cardona Sánchez, de los cuales el primero informa que Monsalve devengaba $ 180.00 a la semana que invertía en la subsistencia de sus hijos y esposa, y el segundo, que esos ingresos oscilaban entre $ 180.00 y $ 200.00 a la semana, con el mismo destino. Igualmente se pidió y obtuvo dictamen pericial que fijó el monto de los perjuicios, que no fue tenido en cuenta, ni puede estimarse en esta instancia, por no haberse cubierto los honorarios respectivos por la demandante".

3. Cuando al proceso se han incorporado multiplicidad de elementos de convicción y el juzgador los ha tenido todos en cuenta en la sentencia, tiene sentado la Corte que es menester que se los ataque y destruya todos para poder infirmar la decisión; si no se los impugna todos, o si aún atacándolos queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldar la sentencia, no puede ser ésta quebrada, porque ese solo medio le sirve de soporte.

4. La simple lectura del fallo permite fácilmente inferir que el sentenciador, para dar por probado el perjuicio o daño ocasionado con el accidente de tránsito y en el cual perdió la vida Abelardo Monsalve Vásquez, esposo y padre de los demandantes, no sólo buscó respaldar tal presupuesto de la responsabilidad civil extra contrato en el acta de necropsia, sino en otras pruebas que, haciendo abstracción de la impugnada, serían suficientes para sostener en pie el fallo del Tribunal.

En efecto, si el juzgador, para determinar el elemento daño se apoyó en las declaraciones de Amparo Ayala, Rodulfo Gallego Ospina, Pedro Luis Rúa Sánchez, Argemiro Cardona Sánchez, en la diligencia de levantamiento del cadáver, en el informe policivo atinente al insuceso, en un auto de detención proferido contra el autor del presunto delito de homicidio, y si por demás obra en la litis la partida de defunción de Abelardo Monsalve, la de matrimonio de éste con la demandante María Gabriela Gallego de Monsalve, y las de nacimiento de los hijos de éstos, todo lo cual, examinado de conjunto, refiere la muerte de una persona y la dependencia económica que tenían los demandantes con relación al fallecido en el accidente, no queda el menor resquicio de duda de que a los actores se les causó un perjuicio, tanto de índole material como moral.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 20 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

REVISION

Valor probatorio ante terceros de las sentencias sobre estado civil

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

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión que, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 25 de septiembre de 1973, propuso una de las interesadas en su oportunidad procesal.

I

Antecedentes

1. Antonio José Bedoya, quien fuera casado con Isabel Agudelo, falleció en Villavicencio el 31 de marzo de 1968, sin haber dejado descendencia legítima. El proceso sucesorio consiguiente se adelantó a iniciativa de Isabel en el Juzgado Promiscuo Civil de ese circuito, habiéndose protocolizado por medio de la Escritura pública número 1861, otorgada el 11 de diciembre de 1969 en la Notaría de tal circuito.

2. César y Emelda Jafisa Bedoya o Gutiérrez demandaron a Isabel Agudelo viuda de Bedoya ante el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de Villavicencio, a fin de que, con su audiencia como viuda del citado Antonio José, y en su condición de única heredera reconocida en el proceso acabado de mencionar, se los declarace judicialmente hijos naturales de éste con derecho a participar en su herencia, debiéndoles la demandada, consecuencialmente, restituir la parte de los bienes a que tienen derecho. Pretensiones éstas que fueron despachadas favorablemente por medio de sentencia calendada el 7 de julio de 1969, consentida por ambas partes, lográndose luego entre ellas una transacción en virtud de la cual se declaró su ejecutoria por auto del 9 siguiente.

3. Rita Bedoya Bedoya, Jaime, Yolanda y Aura Bedoya Bolívar, las dos últimas señoras de Barbosa y Escobar, respectivamente, la primera hermana legítima de Antonio José y los restantes sus sobrinos legítimos, hijos de Marco Antonio Bedoya Bedoya y obrando en su representación, en escrito del 22 de julio de 1970 demandaron a Isabel Agudelo viuda de Bedoya, y a César y Emelda Jafisa Bedoya o Gutiérrez a fin de que, con su audiencia, se declarase que la sentencia mencionada en el numeral 2 anterior no podía producir efectos contra los demandantes por no haber sido citados al proceso correspondiente, por lo que "solamente tendrán derecho a que se les cubra su rigurosa legítima de los bienes que por concepto de herencia y miembro de la sociedad conyugal disuelta le correspondió" a Isabel Agudelo, relacionando, al efecto, los siguientes hechos:

a) Los relatados en los numerales 1 y 2 anteriores;

b) Que Antonio José no dejó al morir ni ascendientes ni descendientes legítimos; tan solo hermanos de ese linaje, entre ellos Rita y Marco Antonio, hijos, como aquél, del matrimonio que por el rito católico contrajeron el 20 de agosto de 1885 Juan Pablo y Anatilde Bedoya, según la copia de la respectiva partida acompañada a la demanda, quienes murieron, en su orden, el 1º de mayo de 1901 y el 21 de marzo de 1937;

c) Que Marco Antonio, hermano legítimo de Antonio José, contrajo matrimonio por el mismo rito con María Encarnación Bo-

lívar, procreando a Jaime, Yolanda y Aura. Ambos cónyuges, a la sazón, habían muerto;

d) Que el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de Villavicencio el 7 de julio de 1969 (numeral 2 anterior) no puede perjudicar patrimonialmente a los demandantes, por cuanto no fueron citados al respectivo proceso.

4. Notificado que fue a los demandados el auto admisorio de la antedicha demanda, en escrito del 17 de noviembre de 1970 la contestaron aceptando unos hechos, manifestando no constarles otros, oponiéndose a las pretensiones formuladas, proponiendo la excepción de cosa juzgada y, al mismo tiempo y en escrito separado, contrademandando a fin de que, con citación y audiencia de los demandantes, se hiciesen estas declaraciones:

a) Que César y Emelda Jafisa "son también hijos naturales del señor Antonio José Bedoya Bedoya, frente a los demandantes reconvenidos... Y, por tanto, con mayor opción a recoger la herencia de su padre natural... fallecido en esta ciudad el 31 de marzo de 1968, junto con la cónyuge sobreviviente..., calidad que tienen ya reconocida judicialmente, por sentencia ejecutoriada, proferida por el Juzgado Civil Municipal de plena competencia de Villavicencio, con fecha 7 de julio de 1969, en el juicio de filiación natural y petición de herencia que los mismos adelantaron allí, con citación y audiencia de la hoy demandada y reconveniente, Isabel Agudelo viuda de Bedoya, cónyuge supérstite del mencionado causante, a quien en esta calidad y la de única heredera reconocida en el sucesorio del mismo, le fueron adjudicados los bienes relictos";

b) Que, consecuencialmente, los contrademandados no tienen la calidad de herederos de Antonio José, careciendo "de todo interés legal y jurídicos para demandar y reclamar en juicio y fuera de él, la restitución de la posible cuota parte de la herencia del de cujus, que pudiera corresponderles en los bienes relictos"; y

c) Que los Notarios de Villavicencio y Puerto López deben tomar nota al margen de la escritura de protocolización del proceso sucesorio de Antonio José de la sentencia que se dicta, sin que sea necesario inscribirla en los libros de registro del estado civil puesto que ya se verificó como consecuencia del proceso de filiación natural mencionado en el numeral 2º anterior

Estas pretensiones se hacen derivar de los siguientes hechos:

(i) Antonio José Bedoya y Vidalina Gutiérrez adelantaron relaciones extramatrimoniales durante el lapso comprendido entre comienzos del año de 1917 y el 20 de octubre de 1922, día este en que la amante murió, siendo frutos de tales relaciones César y Emelda Jafisa, quienes fueron tratados por su presunto padre natural como hijos, atendiendo a su subsistencia y educación, conducta esta que no varió ni aún después de que el 1º de febrero de 1926 contrajo matrimonio católico con Isabel Agudelo, a quien llevó a vivir "a la misma casa donde residía con los niños, en donde ésta le colaboró como una buena madre, en la crianza y educación de los citados menores".

(ii) Antonio José Bedoya proveyó a la educación de Emelda Jafisa en el Colegio de religiosas de Roldanillo, y a César lo encausó hacia la administración de negocios, trasladándose posteriormente todos a Villavicencio, en donde los presentó como sus hijos a sus parientes y amigos hasta el momento de su muerte, habiéndose adelantado los procesos de sucesión y de filiación natural como se dejó dicho en los numerales 1º y 2º anteriores.

5. Los contrademandados fueron notificados personalmente del auto admisorio de la demanda de mutua petición así: Rita, el 26 de febrero de 1971; Yolanda y Aura, el 8 de marzo siguiente: y Jaime un día después, sin que hubieran dado contestación al libelo.

6. Mediante escrito repartido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio el 23 de julio de 1970, Rita y los Bedoya Bolívar, citados anteriormente, demandaron a Isabel Agudelo viuda de Bedoya para que, con su audiencia, se hiciesen estas declaraciones:

a) Que los demandantes, como hermana legítima la primera y sobrinos los tres últimos de Antonio José Bedoya, quienes comparecen en representación de Marco Antonio Bedoya, su padre, hermano legítimo de aquél, "tienen derecho a recoger la herencia que les corresponde en la sucesión ya terminada de su hermano y tío legítimo...,

hasta concurrencia de lo que en la herencia les cupiere, según las reglas de la sucesión intestada", estando la demandada en la obligación de restituirles "las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, que al tiempo de la muerte pertenecían al causante y los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia", junto con los frutos naturales y civiles percibidos desde el día del fallecimiento de Antonio José, yo no solamente éllos sino los que se hubieren podido percibir con medianos cuidados e inteligencia; y

b) Que la demanda debe inscribirse en las oficinas de registro de Villavicencio y Puerto López, siendo de cargo de la demandada "los costos de esta acción".

7. Como hechos constitutivos de la causa petendi se hicieron valer los siguientes:

a) Que Antonio José Bedoya, quien fue casado con Isabel Agudelo, no dejó al morir ni ascendientes ni descendientes legítimos; no hubo "separación de bienes, ni liquidación extrajudicial o privada de la sociedad conyugal (cuyos activos se relacionan), ni medió divorcio, ni tampoco mediaron capitulaciones matrimoniales";

b) Que Juan Pablo y Anatilde Bedoya, padres legítimos de Antonio José, procrearon también a Rita y Marco Antonio, este último casado católicamente con María Encarnación Bolívar, con quien hubo a sus hijos Jaime, Yolanda y Aura, habiendo fallecido el 2 de marzo de 1943; y

c) Que la demandada, "en forma precipitada e inconsulta, sin citar para nada a los otros herederos legítimos del causante... presentó demanda de apertura de la sucesión intestada de su legítimo esposo..., juicio de sucesión que cursó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de esta ciudad de Villavicencio, y que se encuentra debidamente registrado en la Oficina de Registro de esta ciudad, en donde consta que a la cónyuge sobreviviente... se le adjudicaron todos los bienes de universalidad", razón por la cual los demandantes no están en posesión de parte alguna de los bienes hereciales, acompañándolos el "derecho para instaurar esta acción, a fin de que se les adjudique la partida de herencia que les corresponde en los casos previstos en la ley".

8. Notificada Isabel del auto admisorio de la demanda, contestándola oportunamente admitiendo unos hechos, diciendo no constarle otros y proponiendo la excepción de cosa juzgada, "con base en el reconocimiento judicial de César y Emelda Jafisa Bedoya Gutiérrez como hijos naturales del causante Antonio José Bedoya y su calidad de heredero".

Posteriormente, solicitó la acumulación de este proceso con el relatado en los numerales 3º y 4º anteriores, a lo que accedió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio en providencia que fue confirmada por el Superior por medio de la suya del 29 de febrero de 1972. Dicho Juzgado, en sentencia del 8 de noviembre del año mencionado, declaró probada la excepción de cosa juzgada que en ambos procesos había propuesto la parte demandada y, consecuencialmente, resolvió que "no es el caso de hacer las declaraciones y condenas impetradas en las demandas que se han dejado relacionadas", contra la cual interpuso apelación la parte demandante; pero, antes de fallar el recurso, el ad quem ordenó, en auto del 6 de marzo de 1973, devolver el proceso al sentenciador de primera instancia a fin de que se fallara la demanda de reconvención mencionada en el numeral 4º anterior. Mandato este que fue cumplido mediante sentencia complementaria calendada el 26 de abril del año citado anteriormente, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Primero. Que los demandados César Bedoya Gutiérrez y Emelda Jafisa Bedoya Gutiérrez, declarados hijos naturales del causante Antonio José Bedoya Bedoya, por sentencia de fecha 7 de julio de 1969, emanada del Juzgado Civil Municipal de plena competencia de Villavicencio, legalmente ejecutoriada, tienen mejor derecho a la herencia de su padre natural, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 45 de 1936.

"Segundo. Como consecuencia de lo anterior, los demandados Rita Bedoya Bedoya, Yolanda Bedoya Bolívar de Barbosa, Jaime Bedoya Bolívar y Aura Bedoya Bolívar de Escobar, no tienen derecho a la petición de herencia a que se refiere la demanda principal, por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

"Tercero. Comuníquese esta determinación a los Notarios del Circuito de Puerto López y Villavicencio, así como a las Ofi-

cinas de Registro para que tomen nota en la correspondiente escritura de protocolización del juicio de sucesión de Antonio José Bedoya Bedoya, en relación con lo aquí resuelto.

"Cuarto. No es el caso de ordenar nuevamente la inscripción en los libros de registro civil, por encontrarse ésta ya efectuada, respecto de la sentencia sobre filiación natural de los demandados.

"Quinto. Costas a cargo de la parte actora. Tásense".

La anterior sentencia complementaria fue también apelada por la parte demandante, habiendo sido revocada junto con la complementada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio mediante la suya del 25 de septiembre de 1973, en la que dispuso lo siguiente:

"Primero. Reconócese a Rita Emilia Bedoya, y a Yolanda Bedoya Bolívar de Barbosa, Aura Bedoya Bolívar de Escobar y Jaime Bedoya Bolívar, la primera como hermana legítima y los últimos como sobrinos en representación de su padre señor Marco Antonio Bedoya, hermano legítimo del de cujus, quienes concurren a la herencia con la cónyuge sobreviviente señora Isabel Agudelo viuda de Bedoya.

"Segundo. Declárase que los señores Rita Emilia Bedoya, Yolanda Bedoya Bolívar de Barbosa, Aura Bedoya Bolívar de Escobar y Jaime Bedoya Bolívar en el carácter de hermana y sobrinos del causante Antonio José Bedoya, tienen derecho a recoger la cuota parte equivalente al 50% de la herencia en concurrencia con la cónyuge sobreviviente señora Isabel Agudelo viuda de Bedoya, vinculada sobre los siguientes bienes relacionados en el trabajo de partición verificado en el sucesorio del citado Antonio José Bedoya a saber: (Aquí ellos).

"Tercero. Condénase a la demandada señora Isabel Agudelo viuda de Bedoya a restituir a los demandantes Rita Emilia Bedoya, Yolanda Bedoya Bolívar de Barbosa, Aura Bedoya Bolívar de Escobar y Jaime Bedoya Bolívar, en la proporción indicada en el numeral segundo de esta providencia, la cuota herencial que a éstos corresponde sobre los bienes atrás relacionados y que le fueron adjudicados en la partición verificada en el sucesorio de Antonio José Bedoya; restitución que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes a la ejecución de este fallo.

"Cuarto. Condénase a la demandada Isabel Agudelo viuda de Bedoya como poseedora de buena fe, a restituir a los mismos demandantes, una vez ejecutariada esta sentencia, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 962 del Código Civil, los frutos naturales y civiles que hubieren producido los bienes antes relacionados, en la proporción que corresponde a los colaterales del causante, a partir de la contestación de la demanda, frutos cuyo monto se determinará conforme al procedimiento de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Quinto. Revócase los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia complementaria de fecha abril 26 de 1973 y en su lugar se dispone: César y Emelda Jafisa Bedoya Gutiérrez son hijos naturales del causante señor Antonio José Bedoya sin vocación hereditaria frente a los demandantes Rita Emilia Bedoya, Yolanda Bedoya Bolívar de Barbosa, Aura Bedoya Bolívar de Escobar y Jaime Bedoya Bolívar, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

"Sexto. Inscríbase esta providencia en los libros respectivos de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Villavicencio y Puerto López, para que se cancele el registro de la partición verificada en el sucesorio de Antonio José Bedoya.

"Séptimo. Confírmase el numeral cuarto de la sentencia complementaria.

"Octavo. Costas de la primera instancia a cargo de los demandados".

III

El recurso de revisión

9. Contra la sentencia anteriormente relacionada, Emelda Jafisa Bedoya Gutiérrez interpuso, oportunamente, este recurso extraordinario, mediante demanda presentada en la Secretaría de la Sala el 1º de febrero de 1975; el que, legalmente tramitado, se entra a considerar y resolver.

10. Una de las bases en que fundamentó el fallador de segunda instancia y que dio lugar a las declaraciones primera a quinta de su parte resolutiva, consistió en las co-

pias de la partida de matrimonio católico contraído por Juan Pablo y Anatilde Bedoya el 20 de agosto de 1885, acompañadas a las dos demandas acumuladas, partidas que dicen así:

"Diócesis de Pereira Parroquia de Arrayanal. El suscrito Párroco certifica que en el Libro 2 de Matrimonio al folio 170 Marginal, se encuentra la siguiente partida que a la letra dice: En la Iglesia (sic) de Arrayanal a 20 de agosto de mil ochocientos ochenta y cinco, después de cumplir las prescripciones canónicas previas al Sacramento del matrimonio, yo el Cura que suscribo, presencié el que In Facie Ecclesiae contrajeron Juan Pablo Bedoya, hijo legítimo de Domingo Bedoya y Salomé Sierra, con Anatilde, hija legítima de Antonio Bedoya y Rosalía Echeverry, se les dispensaron las proclamas y fueron testigos del acto: Rosendo Hincapié y Rosalina Mejía. Recibieron las bendiciones nupciales. Doy fe, Anselmo José Estrada.

"Es fiel copia tomada de original y expedida en Mistrató, Junio de 1970". (Lo subrayado es de la Corte).

Efectivamente, en la sentencia cuya revisión se solicita se dijo:

"1º) Aparece plenamente demostrado de autos que el 20 de agosto de 1885 contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica Juan Pablo Bedoya y Anatilde Bedoya Echeverry...".

Ahora bien —dice la demandante— tales copias no son exactas porque no aparecen, como en éllas se afirma, "en el Libro 2 al folio 176 Marginal"; y porque el Padre Hernando Velasco Cardona, quien figura expidiéndolas, en realidad no lo hizo ya que su firma es falsificada. Todo lo cual conduce —continúa afirmando— a concluir que los demandantes en los dos procesos acumulados efectuaron maniobras fraudulentas que causaron perjuicio a Emelda Jafisa, lo que vale decir que se está en el caso contemplado en la causal 6ª de revisión del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Se considera:

11. La causal aludida consiste en haber existido colusión, o sea pacto en daño de un tercero; o en haberse ejercitado una maniobra, un artificio, una habilidad, un enredo mañoso o un acto vicioso y fraudulento, vale decir, engañoso, mentiroso, por una de las partes, o por ambas, en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicio al recurrente, que bien puede ser un tercero.

Sobre la causal en cuestión se dijo (LV, 533) en sentencia reafirmada por la del 18 de julio de 1974, aún no publicada, lo siguiente:

"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 élla 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 mas 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 mas bien por una sagacidad para causar perjuicio'. Y más adelante agregó que vale la pena observar 'que engaño no es lo mismo que 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".

12. De las pruebas allegadas al recurso por las partes, se desprende:

a) "Que la partida de matrimonio de Juan Pablo Bedoya con Anatilde Bedoya, y a que se refiere el acta de fecha junio de 1970 (se subraya), y suscrita por el cura párroco: Hernando Velasco Cardona, es auténtica en cuanto a la fecha de haber contraído matrimonio en esta parroquia, esto es el día 20 de agosto de 1885, la cual se encuentra legalmente acentada (sic) en los libros que se llevan en este despacho...", según certificación expedida por el Párroco de San José de Mistrató, padre Carlos Giraldo Vélez, el 30 de agosto de 1974, traí-

da por los demandados en este proceso con su escrito de contestación a la demanda. Es decir, que en todo lo demás que en ella aparece no lo es;

b) Que la verdadera partida es la expedida por el mismo párroco en igual fecha, que a la letra dice:

"El suscrito Cura Párroco de Mistrató, Rda., CERTIFICA:

"Que en el Libro 6º de Matrimonios al folio 388 y bajo número 93 se halla una partida que a la letra dice... "En la Parroquia de San José de Mistrató, a veinte de agosto de mil ochocientos ochenta y cinco, verificadas las prescripciones canónicas previas para el sacramento del matrimonio, y dispensadas del impedimento de consanguinidad en segundo grado colateral; el suscrito párroco presenció el que Infacie Eclesiae contrajo: JUAN PABLO BEDOYA, hijo legítimo de: Domingo Bedoya y Salomé Sierra, bautizado en Jericó el dos de julio de mil ochocientos sesenta y uno; con: MARIA MATILDE BEDOYA, hija legítima de: Antonio María Bedoya y Rosalía Echeverry bautizada en Jericó, el nueve de agosto de mil ochocientos sesenta y ocho. Doy fe: Anselmo José Estrada, Párroco.

"Se escribe esta partida por decreto: número 244/74, del Tribunal Ecco. de Pereira, del 26 de marzo de 1974. Doy fe: Juan de la C. Salazar A. D. P. Doy fe: Carlos Giraldo Vélez, Párroco.

"Es fiel copia tomada del original, a los treinta días del mes de agosto de mil novecientos setenta y cuatro.

"Carlos Giraldo Vélez, Párroco".

Esta copia tiene grandes diferencias con la allegada por los demandantes en los procesos acumulados, transcrita en el numeral 10 anterior.

En efecto:

En la primera se informa de dispensa previa por razón del parentesco entre los contrayentes, aparece el matrimonio celebrado en la parroquia de San José de Mistrató, se cita el Libro 6º, Folio 388, número 93, figura la cónyuge con el nombre de María Matilde, no se mencionan testigos y se afirma que la partida obedece al decreto eclesiástico número 244, del 26 de marzo de 1974; en cambio, en la segunda se citan la Parroquia de Arrayanal, el Libro 2º, Folio 170 Marginal, el nombre de la contrayente es Anatilde, se menciona a dos testigos de la ceremonia, la fecha es la de junio de 1970 y nada se dice sobre dispensas;

c) Que los hechos anteriores se confirman aún más con la exhibición que, con anuencia de la Juez Municipal de Mistrató, se hizo en la Parroquia de ese distrito del Libro 6º, según dicha funcionaria lo certifica el 21 de febrero de 1976 en el texto del acta que se suscribió sobre el particular;

d) Que el Padre Hernando Velasco Cardona, quien aparece firmando las copias de las partidas acompañadas a las demandas con que se iniciaron los procesos acumulados, en realidad no lo hizo, como se desprende de su declaración juramentada, rendida el 26 de febrero pasado ante la Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la que resaltan los siguientes apartes:

"Las firmas que aparecen en las actas que se me acaban de mostrar (le fueron presentadas las que llegaron anexas al Despacho comisorio número 02 que antecede), no son auténticas, es decir, no corresponden a mi firma. Aclaro que el sello que aparece allí sí es de la Parroquia de Mistrató y que en la época a que se refieren las mismas actas yo era Párroco de este lugar".

"Preguntado: Reverendo Padre, ¿quiere usted manifestar al señor Presidente de la Sala, si en la firma que usted acostumbra usa algún distintivo especial, y, concretamente, por qué usted con tanta facilidad y rapidez se dio cuenta de que éstas que se le han puesto de presente no son sus firmas? Contestó: casi siempre pongo debajo del Velasco: SAC, es decir Sacerdote o Párroco cuando es partida eclesiástica. Y en segundo lugar, porque conozco perfectamente mi letra".

"Preguntado (por la Presidente del Tribunal): En las firmas que aparecen en las actas que se le acaban de mostrar, descubre usted rasgos característicos de su firma o cree que aquéllas no son siquiera imitaciones de su firma? Contestó: Parece que hubieran tratado de imitarla. Claro que mi firma es fea pero clara y en las actas aparecen las firmas como más pulditas.

Otro detalle, yo casi siempre firmo con bolígrafo azul".

13. Está demostrado, pues, lo siguiente:

a) Que para establecer la raíz de un pa-

rentesco colateral de consanguinidad, los demandantes en los dos procesos acumulados allegaron copias de partidas eclesiásticas mentirosas, por decir lo menos, en primer lugar; y, en segundo, con firma falsificada del sacerdote que se dice en éllas haberlas expedido;

b) Que para la fecha de la sentencia cuya revisión se solicita, no se había inscrito en los libros parroquiales la partida de matrimonio de Juan Pablo y Anatilde o María Matilde Bedoya, y

c) Que por cuanto en tal sentencia, que tuvo en cuenta —y muy principalmente— las dichas copias, se le negó a la demandante Emelda Jafisa el derecho a la herencia de su padre natural, reconocido en una anterior ejecutoriada, se le causó un evidente perjuicio.

En consecuencia, está demostrada la causal 8ª de revisión; y, por tanto, la Corte debe invalidar la sentencia recurrida en revisión, en atención al mandato del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, para dictar la que en derecho corresponda.

III

La sentencia recurrida

14. Para una más amplia comprensión del problema, conviene resumir la sentencia del Tribunal cuya revisión se solicita:

a) Relatados con precisión los antecedentes de los procesos acumulados, sienta el fallador las siguientes premisas: "Se trata —dice— de una disputa de carácter patrimonial sobre los bienes que fueron de Antonio José Bedoya, entre quienes por alegar un determinado estado civil con base en el parentesco, se creen con mejor derecho que los otros a que se les adjudiquen", ya que la viuda del causante tramitó la mortuoria, César y Emelda Jafisa la demandaron como única heredera reconocida para obtener la declaratoria judicial de su filiación natural y los colaterales preteridos ejercitaron la acción de petición de herencia, con todas sus consecuencias;

b) Adéntrase luego el sentenciador en un erudito estudio sobre el estado civil, que es indivisible, inalienable e imprescriptible, protegido por "las llamadas acciones de estado que participan de la naturaleza de los derechos que protegen, y que pueden estar dirigidas a hacer que se establezca un estado civil anterior mediante el pronunciamiento de una sentencia declarativa, o también, a controvertir el estado civil de una persona, que son las conocidas como acciones de desconocimiento de estado. A estas últimas tradicionalmente se les oponen las acciones de modificación de estado que dan origen a procesos donde se dictan sentencias constitutivas" es decir, que sobre el particular se dictan en unos casos sentencias declarativas y en otros constitutivas de estado, éstas produciendo siempre cosa juzgada absoluta y aquéllas relativa. Según la legislación colombiana —continúa— la sentencia sobre filiación legítima o natural tiene efectos erga omnes solamente cuando ha sido dictada contra legítimo contradictor, en este caso el padre contra el hijo o viceversa, produciendo efectos, en los demás eventos, sólo respecto de las personas que intervinieron en el proceso, como lo tiene reconocido la Corte a partir de su sentencia del 1º de octubre de 1945, mediante doctrina recogida por los ordinales 2º y 3º del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, que condicionaron los efectos patrimoniales de providencias dictadas en procesos iniciados después de muerto el padre a que la correspondiente demanda se notifique a los demandados dentro de los dos años siguientes a la muerte del causante, o sea que se estableció un término de caducidad que "puede y debe ser calificado por el Juez de oficio cuando no haya sido alegado por los demandados", concepto que respalda con la autoridad de eminentes autores extranjeros;

c) Pasa luego el Tribunal al estudio de los diferentes órdenes hereditarios y de la acción de petición de herencia. En cuanto a lo primero y por lo que hace al objeto del pleito, dice que de acuerdo con los artículos 20 y 21 de la Ley 45 de 1936, en ausencia de descendientes y ascendientes legítimos suceden al causante sus hijos naturales y su cónyuge debiendo aquéllos, si aspiran a la declaración judicial de estado, demandar al cónyuge y a los herederos del pretenso padre natural; y en lo que hace a los segundos, manifiesta que se trata de una acción que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia, ocupados por otra persona que también alega título de heredero, debiendo

el poseedor vencido restituir todas las cosas hereditarias o la cuota ocupada indebidamente que conserve en su poder, y no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al de cujus sino los aumentos que haya tenido la herencia;

d) Analiza después "las cuestiones de hecho establecidas desde el momento de trabarse la relación procesal, o que luego se establecieron", encontrando demostrado lo siguiente:

(i) El matrimonio católico celebrado el 20 de agosto de 1885 por Juan Pablo y Anatilde Bedoya, según la copia de la partida eclesiástica acompañada a las demandas con que se iniciaron los procesos acumulados, y la procreación en el de Rita Emilia, Marco Antonio y Antonio José.

(ii) El matrimonio contraído por Marco Antonio con María Encarnación Bolívar, muertos a la sazón, del cual nacieron Jaime, Yolanda y Aura.

(iii) El matrimonio de Antonio José e Isabel Agudelo, del cual no hubo descendencia.

(iv) La adjudicación a Isabel Agudelo, como única heredera, de todos los bienes dejados por Antonio José al morir, de los cuales está en posesión de conformidad con su mismo testimonio.

(v) La declaración judicial, pronunciada por el Juez Civil Municipal de Villavicencio el 7 de julio de 1969, según la cual César y Emelda Jafisa son hijos naturales de Antonio José.

(vi) "La Sala puede incluir en la categoría de hecho o situaciones acreditadas en el curso de los procesos acumulados el relacionado con el estado civil de los hermanos César y Emelda Jafisa Bedoya respecto a los colaterales reconvenidos, porque el acervo probatorio recaudado es suficiente, para establecer, si no la causal 4ª de los artículos 6º de las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, sí la 3ª de las mismas ordenaciones que autorizan a presumir la paternidad natural y a declararla judicialmente en caso de que se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

"La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre hayan tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, alimentación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. Debe probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable y para ser recibida como prueba debe haber durado cinco años continuos por lo menos.

"La posesión notoria de hijos naturales de César y Emelda Jafisa Bedoya en los distintos elementos que integran este concepto —tiempo, espacio, tratamiento y fama— fue ampliamente probada por el testimonio juramentado de terceros quienes en forma responsiva, exacta y detallada afirman que por lapso superior al exigido por la ley los demandantes gozaron frente al presunto padre, su familia y la sociedad, de la consideración y trato que los ascendientes reservan a los hijos hasta el punto de que aún con posterioridad al matrimonio de Antonio José Bedoya continuaron recibiendo, pública y privadamente, asistencia moral y económica hasta llegar a integrarse a la nueva familia en grado tal que la propia cónyuge del señor Bedoya nunca dudó de la calidad de las personas que su esposo había llevado al hogar a presentarlos como sus hijos.

"Véanse si no las declaraciones, entre otras muchas, de Jorge Correa, Ramón Correa, Luis M. Garcés, Alfonso González Montoya, Enrique Rivera, Hernando Echeverry Arango, Jesús María Giraldo, Arturo Candela Luján, Carlos José Pinilla, Julio Amador Calcedo, Eduardo Alfonso Carrera, las que junto a las que fueron ratificadas por haber sido tomadas fuera del proceso demuestran en forma irrefragable la posesión de estado de hijos naturales de los demandantes.

"Se prescinde del examen riguroso y discriminado de cada uno de los medios de prueba allegados oportunamente al nuevo proceso de filiación porque el pronunciamiento que habrá de hacerse, vistas las limitaciones impuestas por la Ley 75 de 1968, aparte del aspecto puramente relacionado con el estado civil, consolidado con la sentencia del 7 de julio de 1969, no puede tener las implicaciones económicas pretendidas

por los demandados en el libelo de reconvención".

e) Quedando así demostrado —dice— tanto el derecho de los colaterales a la herencia de Antonio José como la posesión de los bienes correspondientes por parte de su viuda, procede la acción de petición de herencia instaurada por aquéllos, entendiendo "La Sala que para el cumplimiento del anterior cometido no es indispensable rehacer la partición hecha en el sucesorio de Antonio José Bedoya porque el fallo pronunciado en el presente juicio de petición de herencia es el título declarativo que reconoce el derecho de los herederos victoriosos, con apoyo necesario en su calidad de tales, debidamente acreditada; prueba, por tanto vocación hereditaria concurrente y el derecho que les pertenece a los sucesores reconocidos, en la universalidad del de cujus, de la cual hacen parte los bienes que el demandado tiene en su poder realmente o en forma ideal, y también los que hubiese enajenado a terceros con apoyo en la adjudicación que se le hizo. Tal título una vez registrado, produce todos los efectos que según la ley le competen, enderezados a la efectividad de los derechos reconocidos. La petición de herencia persigue la universalidad en su unidad abstracta, pero también busca de modo concreto y efectivo la restitución material de los elementos que componen la herencia o hacen parte de ella.

"La inscripción en el Registro Público de esta sentencia, cumple una de las finalidades de esta institución, cual es la de publicar las mutaciones de los derechos patrimoniales, pregonando erga omnes la forma como vino a operar la sucesión por causa de muerte, con la designación de los sucesores y la medida del derecho de cada uno de éllos sobre la universalidad hereditaria. Esta inscripción cancela en parte el registro de la partición verificada en el sucesorio aludido, y en razón de la sentencia inscrita, los herederos tienen su título revestido de todos los requisitos de la ley, para los fines legales, sin excluir la posterior distribución definitiva de la masa herencial";

f) En lo que hace a la inoponibilidad de la sentencia del 7 de julio de 1969, solicitada por los demandantes colaterales, expresa el Tribunal que "debe manifestarse su ostensible superfluidad, porque nadie sería osado a sostener que se necesita acudir a la jurisdicción ordinaria para ponerse al amparo de una sentencia dictada en un proceso en que ni siquiera en sentido lato se ha sido parte". Razón esta que, por lo demás, impone declarar la improcedencia de la excepción de cosa juzgada;

g) Por último, para fundamentar el rechazo de la vocación hereditaria de los hijos César y Emelda Jafisa, dice lo siguiente:

"Es incuestionable que la demanda enderezada contra los colaterales legítimos del causante Antonio José Bedoya, de acuerdo con lo establecido en los numerales 2º y 3º de este capítulo (numeral 5º anterior), les fue notificada pasados dos años y diez meses de muerto el presunto padre natural y también después de dos años, un mes y varios días de estar en vigencia la Ley 75 de 1968 que entró a regir el 4 de diciembre de 1968 de conformidad con el artículo 68 de este ordenamiento, en concordancia con el numeral 1º del artículo 53 del Código Político y Municipal".

IV

Sentencia de la Corte

15. Comparte la corporación el concepto del Tribunal en cuanto a que tanto en los procesos acumulados como en la demanda de mutua petición, se reúnen los presupuestos procesales indispensables, por lo que procede proferir sentencia de fondo.

16. Se encuentran debidamente demostrados los siguientes hechos:

a) Que Antonio José Bedoya Bedoya, fallecido en Villavicencio el 31 de marzo de 1968, fue casado católicamente con Isabel Agudelo, unión de la cual no hubo descendencia; y que el respectivo proceso sucesorio culminó con la sentencia aprobatoria de la partición registrada competentemente y con la protocolización del expediente en la Notaría del Círculo mencionado, mediante la Escritura pública número 1861, otorgada el 11 de diciembre de 1969, habiendo sido reconocida como única heredera Isabel, sin que ningún otro interesado se hubiese hecho presente en obedecimiento del edicto emplazatorio que, para esa época, contemplaba el ordinal 2º del

artículo 937 del derogado Código Judicial;

b) Que César y Emelda Jafisa Bedoya, a su solicitud y con audiencia de la cónyuge sobreviviente única heredera reconocida procesalmente de Antonio José, se repite, judicialmente fueron reconocidos como hijos naturales de éste mediante sentencia ejecutoriada del 7 de julio de 1969, proferida por el Juzgado Promiscuo Civil de Villavicencio, para entonces competente al efecto, en la que de otro lado, se ordenó a la demandada restituirles "la parte de la herencia a que tienen derecho", lo que se cumplió mediante transacción entre éstos e Isabel, así como también la anotación del estado civil declarado en los respectivos libros de registro, mandato este que tuvo cumplimiento en los de Cartago, lugar de nacimiento de los demandantes favorecidos;

c) Que Rita, Jaime, Yolanda y Aura Bedoya, las dos últimas señoras de Barbosa y de Escobar, respectivamente, la primera diciéndose hermana legítima de Antonio José y los tres últimos nombrándose representantes de su otro hermano Marco Antonio, como hijos legítimos suyos, instauraron los siguientes dos procesos:

(i) Uno, contra Isabel, César y Emelda Jafisa, cuya demanda fue presentada el 22 de julio de 1970 y repartida al día siguiente al Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, tendiente a que se declarase que la sentencia del 7 de julio de 1969, mencionada en la letra b) anterior, no les era oponible por no habérseles citado al proceso y, por tanto, tener la condición de terceros; y

(ii) Otro, enderezado contra Isabel únicamente, fechado y repartido —pero éste al Juzgado Segundo Civil del dicho Circuito— en iguales fechas, en el que se solicitó que como la declaratoria de hijos naturales de César y Emelda Jafisa no les era oponible, se les reconociese su condición de herederos de mejor derecho de Antonio José y, en consecuencia, que se ordenase la restitución a su favor de los bienes herenciales que legalmente les corresponden, junto con los frutos naturales y civiles por ellos producidos desde la muerte del causante, siendo de cargo de Isabel, con afectación de su cuota, los derechos patrimoniales de los citados hijos naturales;

d) Que dos de los demandados en el proceso mencionado en el numeral (i) anterior presentaron contra sus demandantes libelo de mutua petición, a fin de que por la justicia se hiciese nueva declaración de filiación natural, en esta ocasión frente a sus contrademandados, quienes se abstuvieron de contestarlo;

e) Que para demostrar su parentesco con Antonio José, adujeron los demandantes en los procesos de que dan cuenta los numerales (i) y (ii) de la letra c) anterior, cuya acumulación fue decretada oportunamente, sendas copias de una supuesta partida del matrimonio contraído por el rito católico el 20 de agosto de 1885 en la parroquia de Arrayanal por Juan Pablo y Anatilde Bedoya, y otras, del nacimiento de Antonio José, Rita y Marco Antonio, éste, padre legítimo de Jaime, Yolanda y Aura; y que, en junio de 1970, fecha que se hace aparecer como la de expedición de las copias de la primera de las partidas mencionadas, no se encontraba ésta inscrita ni en el Libro en ella señalado ni en ningún otro, por cuanto sólo vino a asentarse en el Libro 6º de Mistrató y luego de que el Tribunal Eclesiástico de Pereira así lo resolviese mediante Decreto número 244, del 26 de marzo de 1974, como consta en certificado y copias de ella expedidos el 30 de agosto de tal año, con el agravante de que las copias aducidas a los procesos acumulados aparecen autorizadas por el Párroco que allí se hace figurar, cuya firma fue desconocida por él. Es decir, que para el 28 de abril y el 25 de septiembre de 1973, fechas de las aludidas sentencias de primera y de segunda instancias, mal podía tenerse como demostrado el parentesco de los demandantes con Antonio José Bedoya, esposo y padre de los demandados y por tanto de su condición de herederos suyos;

f) Que, pese a lo anteriormente dicho, ahora sí puede tenerse como demostrado el parentesco colateral de los demandantes con el acabado de citar Bedoya, pues la copia de la partida asentada en marzo de 1974, fue traída a este proceso de revisión y ya que "no hallada en los libros parroquiales una partida de bautismo, matrimonio o defunción, la reparación de la omisión de esa partida requiere una sentencia eclesiástica, conforme lo prescribe la Conferencia Episcopal el 28 de octubre de 1927" (XLIV, 246); que "Presentada en juicio

una partida de matrimonio católico, levantada por la autoridad correspondiente, ya sea a raíz de la celebración del matrimonio, ya posteriormente a ese hecho, cuando se ha omitido hacerlo en la oportunidad debida, y cuando esto se verifica con las formalidades del previo juicio que al efecto exige el derecho canónico, esa partida se presume auténtica y es plena prueba". (LVII, 457); y que "no les es permitido a los funcionarios del orden judicial entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil, llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque eso sería invadir jurisdicción ajena, ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas jurisdicciones, la civil y la eclesiástica, son independientes constitucionalmente hablando, y la una no puede inmiscuirse en el artículo de la otra. Reconocida la validez del matrimonio católico y asimiladas las partidas eclesiásticas a actas del estado civil, la presunción de que esas partidas están de acuerdo con las leyes canónicas y que los actos que éllas verifican han sido ajustados con el pleno de esas leyes, las cobija, mientras no se demuestre su falsedad, cosa que al presente no se discute, y si esas partidas adolecen de algún defecto, o si el acto que éllas acreditan no se celebró de acuerdo con las leyes canónicas, es a la iglesia a quien toca decidir estos puntos por medio de la justicia, pero no a los Tribunales Civiles" (LXXIII, 170, 171).

17. Bien averiguado se tiene que las sentencias que declaran una filiación natural producen efectos erga omnes, o relativos, según que se pronuncien frente a legítimo contradictor, en este caso el padre contra los hijos o los hijos contra el padre y relativos frente a los herederos o su cónyuge (Arts. 401, 402, 403 y 404 C. C. y 10 de la Ley 75 de 1968), situación esta última en que, además, para que la declaración produzca efectos patrimoniales, requiérese que el auto admisorio de la respectiva demanda haya sido notificado a los demandados dentro de los dos años siguientes al día de la muerte del presunto padre natural, o desde la vigencia de la ley últimamente mencionada, es decir desde el 1º de marzo de 1968, dos meses después de su promulgación (Art. 52 C. P. M.) y no desde el 4 de diciembre de 1968, fecha de su sanción, como por muchos se ha pensado en virtud de que en alguna recopilación, ya recogida, aparece un inexistente artículo 68 que así se le hacía decir.

"Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge", dice el inciso 3º del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Pero, cabe preguntar: los presuntos hijos naturales están obligados a conocer a todos los herederos, testamentarios o ab intestato, de quien señalan como su padre para citarlos a juicio, o solamente a los declarados tales en el respectivo proceso sucesorio, como es el caso especialmente en vigencia de la derogada Ley 105 de 1931? Negativa debe ser la respuesta. Cuando el proceso sucesorio se ha iniciado y en él no se reconocen sino uno o varios herederos, sin que otros se hayan hecho presentes a pesar de habérseles citado mediante edicto, que esos efectos tenía y tiene actualmente, mal puede exigírsele a un demandante en esas condiciones que cite a todos los posibles herederos, muchas veces ignorados por él, so pena de perder sus derechos patrimoniales, ya que de éllos, podría perderlos fácilmente, como se deduce elocuentemente de lo narrado en este proceso, en que tan sólo en 1974 pudo comprobarse la colateralidad alegada, por el asentamiento en marzo de tal año de la partida de matrimonio de los ascendientes comunes, cuando la notificación del auto admisorio de la demanda a estos herederos tenía que hacerse, para que la declaratoria de filiación natural tuviese los efectos dichos, antes del 1º de marzo de 1971. Podían los presuntos hijos naturales demandar a colaterales herederos cuya calidad de tales y su identidad sólo pudo establecerse tres años después del vencimiento del término de caducidad establecida en la Ley 75 de 1968 en el inciso 5º de su artículo 10? como la ley debe interpretarse racionalmente, la contestación negativa se impone: en primer lugar, porque no puede exigirse lo imposible; y en segundo, porque no puede dejarse al arbitrio de los interesados en que los derechos herenciales de los hijos naturales desaparezcan, el que se presenten o no al proceso sucesorio en la debida oportunidad. Si así no fuese, además, las previsiones de justicia que viene buscando el legislador desde la expedición

de la Ley 45 de 1936, se burlarían y desconocerían fácil y cruelmente. Por lo demás, los demandantes, estaban obligados a demandar a quien está en posesión de los respectivos bienes.

La Ley 195 de 1971 no contenía normas sobre el particular, es decir, normas para obviar el contrasentido anotado, como sí las establece el Código de Procedimiento Civil actualmente en vigencia en su artículo 81, según el cual "cuando se pretenda demandar en proceso de conocimiento a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se haya iniciado y cuyos nombres se ignoran, la demanda podrá dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad, y el auto admisorio ordenará emplazarlos en la forma y para los fines dispuestos en el artículo 318 (edicto publicado en la prensa escrita y por radiodifusora y enviado a la dirección que figure, si es el caso, en el directorio telefónico, después de lo cual y pasados cinco días sin presentación de los emplazados se les designará curador ad litem con quien se surtirá la notificación). Si se demanda a herederos determinados e indeterminados, procederá el emplazamiento de éstos". Es decir, que hoy en día cuando se demanda la declaratoria de una filiación natural respecto de presunto padre muerto "cuyo proceso de sucesión no se haya abierto", se emplazará a los herederos desconocidos y, caso de no presentarse, se seguirán las actuaciones pertinentes con el curador ad litem que se les designe; pero si el proceso sucesorio, por el contrario, ya se ha iniciado, se adelantará el pleito con los herederos reconocidos judicialmente y con los "indeterminados", quienes serán emplazados. De esta manera y por cuanto el defecto procedimental anterior era notorio, se solucionaron las dificultades e injusticias de que se dio cuenta arriba.

Pero de que el anterior código judicial no contemplara una solución parecida, debe deducirse que, iniciado el proceso sucesorio en que no se conocía como heredera sino a la cónyuge sobreviviente, reconocida así judicialmente —para limitar el problema al caso sub judice—, los hijos naturales, en orden a obtener su declaración como tales, debían cruzarse de brazos en espera de que los demás posibles herederos, testamentarios o ab intestato, resolviesen presentarse o darse a conocer de acuerdo con lo que conviniere a sus personales y exclusivos intereses, con grave riesgo de operarse la caducidad de que se viene hablando? Es más: debían ellos permanecer en la inacción hasta que dichos herederos presentasen el testamento, si estaba en su poder, o inscribiesen la partida o partidas demostrativas del parentesco, no asentadas en la oportunidad legal, haciéndose así para los demandantes imposible la comprobación de ese estado civil para citarlos oportunamente al proceso de filiación natural? Concluir afirmativamente sería tanto como desconocer un claro derecho, consignado en la ley en favor de los hijos naturales, por la falta exclusiva, dolosa o no, de los interesados en arrebatárselo; vale decir, por causa del abuso del derecho de los herederos demandables.

18. La doctrina y la jurisprudencia habían venido contemplando el caso para darle soluciones de justicia y de equidad, mientras la ley, como lo hizo el Código de Procedimiento Civil en vigencia, de conformidad con lo arriba dicho, lo hacía.

Davis Echandía, en efecto, en su "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo I, páginas 543 y 544, Editorial Temis, 1961, dice: "J) El caso de las sentencias sobre el estado civil de las personas —particularmente sobre filiación legítima o natural— cuando aparece otro heredero no demandado.

"Es un caso muy posible. Se demanda, después de muerto el presunto padre, a los herederos reconocidos en el juicio de sucesión en el momento de la litis contestatio, para que se declare la filiación natural del demandante respecto al de cujus, se tramita el juicio normalmente y se declara la filiación pretendida. Pero antes o después de esa sentencia aparece otro heredero concurrente o excluyente, que, como es obvio, no fue demandado. De acuerdo con el artículo 401 del Código Civil, esa sentencia produce efectos relativos, esto es, obliga únicamente a los herederos demandados. Cuál es la situación del hijo?

"Para nosotros no hay duda de que esa sentencia es prueba de su filiación, con los mismos efectos de una partida notarial de estado civil.

"Ni aquélla ni ésta impiden a quien quiera impugnarla iniciar un juicio y obtener

sentencia de fondo, porque no hay cosa juzgada que se oponga a ello. Pero mientras no lo haga, ambas pruebas establecen la filiación para todos los efectos jurídicos (se subraya). Además, de la sentencia debe tomarse nota en la partida de nacimiento y, por lo tanto, adquiere el mismo valor que aquélla: es prueba del estado civil, mientras no se obtenga sentencia que la declare nula o la modifique".

El mismo autor, en sus "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil", Ediciones Aguilar, 1964, páginas 290 y 291, se expresó sobre el mismo tema de la siguiente manera:

"E) Valor probatorio ante terceros de las sentencias sobre estado civil, con efectos relativos de la cosa juzgada.

"Distinto es el caso del valor probatorio de la sentencia con efectos relativos. En el número 134, letra J), estudiamos interesante problema al tratar de la legitimación en la causa, y llegamos a la conclusión de que esas sentencias tienen valor de prueba del estado civil, en el caso de que la declaración sea favorable al demandante, frente a los terceros, mientras éstos no las impugnen en nuevo juicio. (se subraya), tal como sucede con las actas notariales de estado civil que reforma o reemplaza.

"No se trata de una excepción a los efectos relativos de la cosa juzgada, sino del efecto probatorio de la sentencia como documento y del acta notarial que con ella se obtiene".

Por último, el tratadista en mención, en su más reciente obra "Compendio de Dederecho Procesal Civil", Editorial ABC, 1972, página 416, dice que "las sentencias con efectos relativos cuando versan sobre el estado civil de las personas, tienen valor ante los terceros mientras no las impugnen (Ley 75 de 1968, artículos 10 y 17)".

Hernando Morales ("Curso de Derecho Procesal Civil", Parte General, Editorial ABC, 1973, página 506) dice, siguiendo doctrina de la Corte, que la sentencia que declara una filiación natural y que no se pronuncie frente a legítimo contradictor, encaja "dentro de la regla general, de sus efectos", regla general que consiste en que "la sentencia firme en materia litigiosa termina definitivamente la cuestión entre las personas que litigaron, pero no impide que quien no fue parte en ese juicio ni es de las personas a quienes legalmente afecta la sentencia, contienda sobre el mismo objeto" (subraya la Corte).

Esta corporación, por su parte, expresó en sentencia del 31 de julio de 1933 (XLIV, 105) que, "como lo explican Colín y Capitán (tomo I, numeral 342), ciertas decisiones judiciales relativas al estado civil (como la declaratoria de heredero que obtuvo N.N.) tienen un efecto provisional, mientras no se demuestre que reposan sobre hechos inexactos o sobre pruebas insuficientes... La decisión judicial tiene entonces un valor análogo al de las pruebas ordinarias en materia de filiación, acta de nacimiento, posesión de estado por ejemplo. Esas pruebas hacen fe provisionalmente, pero quien discute la autoridad de ellas puede destruirlas aportando pruebas contrarias... Dentro de esta concepción las decisiones dadas en materia de estado no tendrían, con respecto a terceros, la autoridad de cosa juzgada en el sentido de que no bastaría invocarlas para cerrarles la boca a las partes representadas en la instancia, que quisieran discutir los resultados, pero harían fe provisionalmente" (subrayas de la sentencia).

De lo anterior se deduce, rectamente:

a) Que la sentencia de declaratoria de filiación natural proferida con audiencia de algunos de los herederos, entre ellos el cónyuge del legítimo contradictor difunto, produce efectos relativos respecto de los demás herederos no comparecientes al proceso; es decir, que respecto de estos últimos la sentencia en mención no tiene la autoridad de cosa juzgada;

b) Que, sin embargo, tal sentencia tiene efectos provisionales mientras los terceros interesados no la impugnen victoriosamente: tales terceros, herederos no comparecientes, para hacer desaparecer dichos efectos provisionales, deben demostrar, en proceso contradictorio, que la aludida providencia se basó en hechos inexactos o en pruebas inexistentes, como tendrían necesidad de hacerlo para desvirtuar una partida de estado civil, a la cual se equipara. Es decir, deben litigar contra la sentencia que declara el estado civil de hijo natural; mientras así no suceda, la declaratoria una vez registrada en el competente Libro de na-

gistro del estado civil, produce todos sus efectos jurídicos, civiles y económicos.

Ahora bien: Los demandantes en los procesos acumulados tantas veces mencionados, no intentaron con ellos demostrar lo dicho en la letra b) anterior; se limitaron, en el primero, a pedir que se ordenase que la declaratoria de filiación natural judicialmente hecha a favor de César y de Emelda Jafisa no les era oponible por no haber sido partes en el respectivo proceso, pero sin siquiera mencionar la posibilidad de que los hechos y las pruebas tenidas en cuenta por el fallador fueran inexactos o inexistentes; y, en el segundo, a solicitar que, como la sentencia les era inoponible, tenía mejor derecho a la herencia de Antonio José que sus hijos naturales, cuyos derechos herenciales deberían ser atendidos, exclusivamente, por la cónyuge sobreviviente, por haber afrontado ella sola el proceso correspondiente. Es más: no dieron contestación a la demanda de reconvención, en donde se solicitó por éstos nueva declaratoria de filiación natural, no correspondiéndoles según lo visto, en donde hubieran tenido la mejor oportunidad para derribar la sentencia anterior ejercitando los derechos que la ley concede a los demandados, como la negación de los hechos, la allegación de pruebas, la contrainterrogación de testigos, etc., nada de lo cual hicieron. Por tanto, sin negar que la providencia judicial tantas veces mencionada no reviste, respecto a ellos, la categoría de cosa juzgada, es lo cierto que produce sus efectos mientras persista, es decir, mientras no se obtenga una declaración, también judicial, contraria.

19. Enfocando lo dicho en las consideraciones anteriores a los procesos acumulados y a la demanda de mutua petición, se tiene:

a) La sentencia que declaró la filiación natural de César y Emelda Jafisa, proferida por el juez promiscuo civil municipal de Villavicencio, de plena competencia, el 7 de julio de 1969, no les sería oponible, en realidad, a los demandantes, pues ellos podrían iniciar otro proceso en que se discuta nuevamente el tema de la filiación litigada antes. Sólo en este sentido puede entenderse la inoponibilidad, pues de todos modos aquella sentencia de filiación ampara provisionalmente a los hijos, produciendo a su respecto todos los efectos jurídicos, civiles y económicos;

b) Como está demostrada plenamente la filiación natural de César y Emelda Jafisa respecto de Antonio José Bedoya, procede declararla nuevamente en esta sentencia frente a los contrademandados Rita Bedoya Bedoya, Jaime Bedoya Bolívar, Yolanda Bedoya Bolívar de Barbosa y Aura Bedoya Bolívar de Escobar;

c) Mientras los demandantes no echen por tierra la sentencia del 7 de julio de 1969, que declaró la filiación natural allí reconocida, de acuerdo con lo que se viene diciendo, herederos de mejor derecho de Antonio José Bedoya son sus hijos naturales César y Emelda Jafisa como los establece el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, que reemplazó el 1047 del Código Civil: por consiguiente, los demandantes, colaterales legítimos del difunto, no han demostrado su derecho preferencial a la herencia del mencionado de cuius, su condición de herederos, por lo que no tienen el derecho real de herencia, que exige para su viabilidad que el peticionario pruebe tener derecho a ella (Art. 1321 del C. C.);

d) No se demostró la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada en los procesos acumulados.

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

Resuelve:

1º Invalídese la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 25 de septiembre de 1973 en los procesos acumulados de Rita Bedoya Bedoya, Jaime Bedoya Bolívar, Yolanda Bedoya de Barbosa y Aura Bedoya de Escobar, frente a Isabel Agudelo Vda. de Bedoya y César y Emelda Jafisa Bedoya.

2º No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por los demandantes en los procesos acumulados mencionados en el ordinal anterior, tramitados en los Juzgados 1º y 2º Civiles del Circuito de Villavicencio el 22 de julio de 1970 como tampoco las solicitadas en la contrademanda presentada por César y Emelda Jafisa Be-

doya contra sus aludidos demandantes.

3º Declárase que César y Emelda Jafisa Bedoya son hijos naturales de Antonio José Bedoya.

4º Declárase no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por los demandados en los juicios acumulados referidos en el ordinal 1º anterior.

5º Cancélanse las medidas cautelares decretadas en auto del 1º de abril de 1975; en consecuencia, líbrense los oficios del caso a las oficinas de registro de Villavicencio y Puerto López en donde se inscribió la demanda de revisión que ahora se falla.

6º Cancélanse las inscripciones de las respectivas demandas acumuladas, ordenadas por los Juzgados 1º y 2º Civiles del Circuito de Villavicencio en sus autos del 24 y del 28 de julio de 1970, respectivamente.

7º Cancélase la póliza judicial número 3746 expedida el 10 de febrero de 1975 por "La Libertad", Compañía de Seguros Generales S. A. a solicitud de la demandante en este recurso de revisión, Emelda Jafisa Bedoya, para responder por los perjuicios, costas y multas que no se causaron a su cargo. Comuníquese a dicha compañía.

8º Costas de este recurso a cargo de la parte demandada.

9º Pásense fotocopias de los documentos mencionados en el numeral 12 de las consideraciones de esta sentencia al juez penal correspondiente, a fin de que se investiguen los posibles delitos que de ellos puedan surgir, a costa del recurrente en revisión.

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

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

Angel Antonio Cardoso G., Secretario.

PROMESA DE VENTA

Interpretación de los contratos.— Regulación de perjuicios.— Cláusula penal. Incumplimiento parcial.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 6 de marzo de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso de Efraín Salgado Peña frente a Ascencio Losada Quintero.

Antecedentes

Según documento de 12 de febrero de 1974, firmado en Neiva, demandante y demandado dijeron celebrar un "contrato de promesa de venta por la suma de $ 170.000.00", por cuya virtud Salgado Peña "se compromete a vender y Losada Quintero se compromete a comprar" un camión marca International de las especificaciones anotadas allí, —cláusula primera—. El promitente vendedor "recibe a buena cuenta del negocio un automóvil marca Dodge, —cláusula segunda—, "también recibe una casa de habitación", y "al firmarse la carta venta del camión, la carta venta del automóvil y la escritura de la casa, Losada Quintero le firmará una letra y como fiadora de la misma su esposa Leticia Cedeño de Losada, por valor de veinte mil pesos ($ 20.000.00) que será cancelada en Neiva" el 21 de julio de 1974, —cláusula quinta—: "dentro de noventa (90) días a partir del veintiuno de enero de mil novecientos setenta y cuatro (21 de 1974) es el plazo fijado para que Salgado P. me dé carta venta del camión y yo Losada Quintero darle carta venta del automóvil y escritura de la casa" —cláusula cuarta—. "El valor de este negocio es de ciento setenta mil pesos ($ 170.000.00) M/cte., así: automóvil ($ 80.000.00) ochenta mil pesos, casa ($ 70.000.00) setenta mil pesos, efectivo ($ 20.000.00) veinte mil pesos moneda corriente. Séptima. Acuerdan los contratantes una cláusula penal de veinte mil pesos ($ 20.000.00) M/cte., que se hará efectiva en contra de quien dejare de cumplir las obligaciones aquí contraídas" —cláusula sexta—.

El litigio

En demanda repartida al Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva el 19 de abril de 1974, aceptada el 26 de los mismos mes y año, Salgado Peña demandó a Losada Quintero para que se declarara "rescindido el contrato de compraventa a que he hecho referencia en esta demanda, por incumplimiento de la cláusula tercera", la entrega al demandante del "camión vendido con todos sus accesorios", la condena del demandado al pago de la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) estipulada como pena, y las costas del proceso. Como causa de este pedimento aludió el demandante cláusulas del contrato de promesa referido y además a los siguientes hechos: que él entregó a Losada Quintero el camión a su entera satisfacción y que éste recibió a su vez el automóvil, pero que aquél "no cumplió con la obligación de entregarle la casa de habitación, conforme a lo pactado en la cláusula tercera del contrato"; que por varias veces ha requerido verbalmente a Losada Quintero para que le haga dicha entrega, lo que "éste no ha podido hacer, entre otras razones porque en la referida

casa vive su respectivo dueño que es el señor Gregorio Quintero"; y que "el demandado no ha cumplido con la obligación de entregar la casa en el acto de la firma del contrato de promesa de compraventa, ni está en condiciones de cumplirlo por cuanto que la casa no es de su propiedad".

Con oposición del demandado se tramitó la primera instancia del proceso, la cual concluyó con la sentencia de 25 de noviembre de 1974, en cuya parte resolutiva el juez absolvió al demandado, previa declaración de que, "el señor Efraín Salgado Peña carece de derecho para pedir la acción resolutoria del contrato celebrado con el señor Ascencio Losada Quintero". Apeló de esta decisión la parte desfavorecida, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a quien correspondió conocer de la segunda instancia, clausuró ésta con la sentencia de 6 de marzo de 1975, en la cual dijo. "REVOCAR la sentencia apelada, y en su lugar:

"Primero. DECLARAR resuelto el contrato de promesa de permutación celebrado entre Ascencio Losada Quintero y Efraín Salgado Peña, de fecha 12 de febrero de 1974, suscrito en la ciudad de Neiva, el cual consta en el documento allegado a folios 2 a 2 vto. del cuaderno número 1.

"Segundo. CONDENAR a Ascencio Losada Quintero a restituir a Efraín Salgado P. el vehículo automotor marca International, determinado en la cláusula primera del precontrato de permutación y en el hecho primero de la demanda, seis (6) días después de ejecutoriado el presente fallo.

"Tercero. CONDENAR al demandado Ascencio Losada Quintero a pagar al demandante Efraín Salgado P. los frutos que haya podido producir el citado vehículo automotor, desde el día 12 de febrero de 1974 hasta el día en que lo restituya al demandante Efraín Salgado P.; para este efecto el demandado es poseedor de de mala fe.

"Cuarto. CONDENAR al demandante Efraín Salgado P. a restituir al demandado Ascencio Losada Quintero el vehículo automotor tipo automóvil marca Dodge especificado en la cláusula segunda del precontrato y en el hecho segundo del libelo demandatorio, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"Quinto. CONDENAR al demandante Efraín Salgado Peña restituir a Ascencio Losada Quintero los frutos que haya podido producir dicho automotor desde el día 12 de febrero de 1974 hasta el día en que se efectúe la entrega al demandado Ascencio Losada Quintero; el demandante es poseedor de buena fe, para aquel fin.

"Sexto. Las condenas a los frutos deben liquidarse en la forma prevenida en el artículo 308 del Código Judicial, los que las partes podrán compensar en la proporción y hasta el valor que muestren las respectivas liquidaciones.

"Séptimo. CONDENAR al demandado Ascencio Losada Quintero a pagar al demandante Efraín Salgado Peña los veinte mil pesos ($ 20.000.00) de la cláusula penal, dentro de los seis (6) días siguientes contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

"Octavo. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

"CONDENAR en las costas de ambas instancias al demandado".

Contra esta sentencia interpuso casación el demandado, recurso este que, correctamente tramitado por la Corte, se decide en esta oportunidad.

La motivación del Tribunal

1. Este, luego de historiar los distintos pasos del negocio, dice: "El demandante denomina la acción incoada con falta de propiedad jurídica, ya que del libelo inicial y de sus posteriores alegaciones se deduce que no se pretende la rescisión del contrato promesa de permutación, sino la resolución del mismo por incumplimiento del demandado de una de sus obligaciones convenidas en el precontrato. Es decir, que confundió la acción consagrada en el artículo 1546 del Código Civil con la prevista en el artículo 1740 y siguientes del mismo texto legal.

"Tanto las partes contratantes como el señor apoderado del demandante llaman al contrato objeto del litigio de manera que no corresponde al negocio jurídico convenido por las partes y, que consta en el documento del folio 2 a 2 vuelto del cuaderno número 1, pues, allí los contratantes celebraron un precontrato de permutación y no de compraventa como se lo ha querido denominar.

"La Sala entiende, pues, que la pretensión se dirige a que se declare la resolución de la promesa de contrato de permutación contenida en el escrito del folio anteriormente citado".

Guiado por este concepto, el sentenciador estudia la promesa de celebrar un contrato y la condición resolutoria por incumplimiento de las obligaciones de los contratantes, y expresa que la promesa de permutación celebrada por demandante y demandado —designando como tal el contrato afirmado en la demanda incoativa del proceso— cumple las condiciones fijadas por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. "La Sala —se lee en la sentencia acusada— siguiendo la hermenéutica trazada en los artículos 1618 y 1622, inciso 3º, del Código Civil, que dan luz sobre la interpretación de los contratos, concluye que Ascencio Losada Quintero, demandado en el presente proceso, incumplió el contrato de promesa de permutación, al no haber dado al demandante Efraín Salgado P. la casa de habitación a que hace referencia el negocio jurídico memorado en la fecha de celebración de dicho contrato", y que el demandado estaba en el deber de cumplir dicha obligación, antes de la que correspondía al demandante de entregarle los documentos para hacer el trámite administrativo del traspaso del camión, vehículo este que, según el sentenciador, "ya había sido dado por Efraín Salgado a Losada Quintero desde la celebración del acto jurídico... pues tal obligación de Salgado era simultánea con la de Losada Quintero al extenderse la escritura pública de permutación y firmarse la letra del camión por la suma de $ 20.000.00, a los 90 días a partir del 21 de enero de 1974, que fue el plazo fijado para el perfeccionamiento del contrato prometido".

Y agrega a lo anterior el sentenciador que "habiendo incurrido en mora el demandado Ascencio Losada Quintero de cumplir primeramente la obligación de dar la casa a Efraín Salgado el día en que concluyeron el acto jurídico, 12 de febrero de 1974, lo cual consta en el documento referenciado, la pretensión resolutoria del contrato de promesa de permutación es próspera y debe declararse".

2. Continuando el sentenciador, expresa que el demandado propone la excepción de contrato no cumplido, fundado en la circunstancia de que el 21 de abril de 1974 el demandante no era dueño del camión prometido en permutación. Mas rechaza esta defensa de Losada Quintero arguyendo que "el hecho esgrimido como anonadador de la pretensión del actor debía cumplirse en fecha muy posterior", consistente en la prueba de la calidad de dueño, por lo cual aquélla carece de fuerza legal, y "porque el excepcionante incumplió primero al actor con una de las obligaciones que en el precontrato era precedente a las simultáneas estipulaciones de la cláusula 5ª del documento de contrato". Y también arguye el sentenciador que la excepción de contrato no cumplido, en la ocurrencia de autos es inoperante, por cuanto vale la promesa de venta o de permuta de cosa ajena.

3. Finalmente enuncia la condenación del demandado al pago de la cláusula penal, de acuerdo con las normas civiles que cita y el restablecimiento de la situación existente entre las partes antes de la celebración del precontrato de permuta, mediante la mutua restitución de las cosas que ellas se entregaron.

Demanda de casación

Cuatro cargos por la causal primera le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia, los cuales serán despachados en el orden propuesto.

Cargo primero

Así lo presenta la acusación:

"La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: los artículos 1546, 1544 y 1594 del Código Civil por aplicación indebida, y los artículos 1609 y 1595 del Código Civil por falta de aplicación. Infracciones todas provenientes de error evidente de hecho en la apreciación del contrato vertido en el documento de 12 de febrero de 1974, visible al folio 2 del cuaderno 1".

En desarrollo del cargo expresa que "el Tribunal sostiene que Losada debía haber entregado el inmueble a Salgado a la firma del documento y que por no haber procedido así incumplió y es reo de resolución, restitución, pago de frutos e indemnización de perjuicios". Igualmente que el contrato celebrado entre demandante y demanda-

do es "de promesa de permuta y no una permuta"; que para la perfección de ésta, tratándose de cambiar un bien raíz, era necesario escritura pública, para cuyo otorgamiento, a una con el de los dos documentos administrativos de transferencia de los automotores, las partes fijaron un término de noventa días.

Estima el recurrente que "todo el proceso parece girar en torno del significado de las locuciones 'también recibe una casa' de la cláusula tercera", y que el Tribunal de Neiva no leyó la cláusula cuarta del contrato de promesa, en la cual "se encuentra la clave del problema", puesto que "la obligación de ambas partes no consistía en entregar un camión y un auto y una casa en enero o en febrero de 1974, sino en cambiar aquél por otro vehículo y un inmueble el 21 de abril de 1974. El contrato fue de promesa de permuta y no uno que suministrara inmediatamente el dominio y la posesión. Lo que Salgado habría de recibir a cambio de su camión era la propiedad de la casa y del automóvil, más $ 20.000.00, y no la tenencia de aquélla y éste. Y como para tener el dominio de un inmueble se necesita título traslaticio realizado mediante la tradición, lo que Losada debía era de escriturar la casa e inscribir la permuta en el registro, y para ello, según la cláusula cuarta, tenía noventa días de término a partir del 21 de enero de 1974.

"El 21 de abril de 1974 —continúa el recurrente— debían intercambiarse los bienes materia de la permuta. Y el 19 ya estaba propuesta la demanda. La pretención resulta no sólo injustificada, sino, además prematura. Pero, dentro de la visión del Tribunal y, consecuencialmente, del cargo, lo fundamental es que es contrario a la verdad contractual y procesal, si que también a derecho y sentido común, sostener que Losada debía entregar la casa el 12 de febrero. Debía hacerlo, como aparece en la cláusula cuarta, el 21 de abril...

"El error de hecho es manifiesto. El Tribunal no reparó en la cláusula cuarta del contrato. Y por no haberla observado o habiéndolo hecho, negarse a tenerla en cuenta, pues ni siquiera la mencionó y mucho menos la transcribió en su estudio del contrato, sostuvo que la entrega de la casa era obligación anterior al traspaso del vehículo y desestimó la defensa, como también acogió la súplica primaria de la demanda".

Cargo segundo

Hácese consistir en la violación, por aplicación indebida, de los artículos 1545, 1544 y 1594 del Código Civil, y por falta de aplicación, de los artículos 1609 y 1595 del Código Civil, a consecuencia de error de hecho en la apreciación del contrato de promesa de permuta.

Comienza el recurrente por expresar que el Tribunal, de manera simplista, para sacar una conclusión, se limitó a enunciar los artículos 1618 a 1622 del Código Civil, sin dar cuenta y razón de su sentido, lo cual lo llevó además a infringir, por falta de aplicación, los artículos 174 y 187 del Código de Procedimiento Civil y 1618 del Código Civil.

Se pregunta luego el recurrente cuál fue la intención de los contratantes a la cual debía estarse, respecto del contrato de promesa de permuta celebrado, y responde que "ella no puede desentrañarse de lo que una u otra parte, en forma unilateral, interesada y tardíamente pretende, sino del contrato mismo, tomado como un todo, por encima de lo literal de las palabras". Agrega el casacionista que "el Código, en verbo elegante y noble, exige a quienes hayan de estudiar un contrato, elevarse por encima de las palabras, amén de tomarlas de modo general, por encima de una gramática primaria y acomodaticia. En verdad, si el Tribunal quería situarse en términos de inflexiones y tiempos verbales, ha debido fundamentar siquiera en ella su conclusión de que él 'también recibe la casa' de la cláusula tercera implica una obligación presente o pretérita de dar la tenencia de la misma, y no es algo remitido a la entrega del inmueble. Es decir, que con gramática y código en mano, se aprecia la figuración del contrato y como se le hizo decir a las palabras algo distinto de una realidad elemental: promesa de permutación con entrega futura, a noventa días.

"Qué tiene que ver el artículo 1619 del Código Civil con este problema? La ligereza del sentenciador se pone de manifiesto al involucrar este concepto aquí.

"Es que acaso el entender 'también recibe la casa' como precio del camión, como

que en noventa días debía otorgarse escritura de ella y entregarla a continuación (Arts. 1680, 170 y 756 C. C.), juntamente con el traspaso de los vehículos, es algo que impide que la cláusula tercera produzca algún efecto, para que así forzosamente hubiera de imponerse la orientación judicial censurada, cuál si fuera la única coherente y lógica? Este es uno de los resultados de citar artículos sin leerlos y de interpretar contratos parcialmente.

"¿Cuál la naturaleza del contrato? Promesa de permutación. Habiendo inmueble de por medio, el perfeccionamiento del negocio prometido estaba sujeto, en todos sus aspectos y pormenores, al otorgamiento de la escritura pública indispensable (1857 C. C.). Por ventura para la naturaleza de una promesa de permuta es indispensable la entrega material anticipada del inmueble que es parte del precio de los derechos permutados? En qué cuadra mejor con la naturaleza de tal permutación entender él recibe, no en el sentido pristino de indicación de los bienes objeto del trueque, sino cómo entrega ya realizada? El artículo 1621 del Código Civil no insinúa siquiera la posibilidad de acierto de la versión judicial del contrato".

Continúa el recurrente afirmando que el artículo 1622 del Código Civil ordena que las cláusulas de un contrato se interpretan unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor se ajuste a la convención en su totalidad, lo cual obligaba al juzgador a tomar en cuenta la cláusula cuarta, que determina el contexto general del negocio.

Finalmente sostiene el impugnante que, "si el 12 de febrero, cuando se firmó el documento, no se había entregado materialmente la casa, qué sentido tiene y puede tener la expresión 'también recibe una casa', como agregado a la frase 'recibe el automóvil a cuenta del negocio'? Si éste habría sido ya dado físicamente, no en tradición sino en tenencia, pues se trataba de una promesa de permuta en que uno de los bienes era inmueble, lo cual exigía para su ejecución el otorgamiento de escritura pública, ello no quiere decir que la casa había sido también dada materialmente en la misma oportunidad. No es concebible que las dos partes falten a la verdad deliberadamente al redactar el contrato. Máxime cuando no se advierte razón alguna de la mentira. Losada no dio entonces la casa y Salgado no la recibió. Y no habiéndose entregado materialmente el inmueble, con qué fundamento se supone que hubo una mentira convencional, que a nadie aprovechaba? Que la expresión recibe significa obligación inmediata de dar el bien. Esa inteligencia de la cláusula no es lógica y por tanto no es admisible de por sí. Implica un contrasentido y carece de todo asidero. Y mucho menos lo es si la observa, como debía y debe hacerse engastada en la plenitud del contrato, junto con las demás cláusulas y en función de ellas y de la naturaleza del negocio celebrado.

"Salgado recibe en parte del precio del camión una casa, dicho en la cláusula tercera del contrato, es una frase que no tiene sentido alguno de obligación inmediata o pretérita. Y si se la lee relacionada con el señalamiento de un término de noventa días para el otorgamiento de la escritura de disposición del inmueble y los vehículos, que las partes seguidamente convinieron, se palpa el despropósito de tomarla como obligación inmediata o pasada, de por sí incumplida.

"El contrato fue malinterpretado: se le tomó a retazos y se tergiversó su sentido. Ni la gramática, ni la ley, ni la equidad permiten la orientación que le dio el Tribunal. Y el contraste entre la realidad, el mandato legal y el buen sentido, de un lado y la versión o conclusión del Tribunal, del otro, es protuberante, y se palpa en la mera lectura del documento y de la ley.

"Así la sentencia pasó a dejar de aplicar las normas sobre mora en los contratos bilaterales y exigencias de ella para el cobro de la cláusula penal, y aplicó indebidamente aquéllas que consagran la resolución de los mismos contratos por incumplimiento unilateral y los efectos del advenimiento de la condición resolutoria y la posibilidad de cobro de la multa, citadas en la enunciación del cargo".

Cargo tercero

Radica en que la sentencia viola, por aplicación indebida, los artículos 1544, 1546,

1594, 1619 a 1621 del Código Civil, y por falta de aplicación, los artículos 740, 754, 1595, 1609, 1618, 1622, 1633, 1880, 1882 y 1884 del Código Civil, a consecuencia de errores de derecho en la interpretación del contrato de promesa de permuta.

En el desenvolvimiento de la censura expresa el recurrente que el Tribunal pasó por alto lo preceptuado en los artículos 174 y 187 del Código de Procedimiento Civil, pues ni decidió el litigio apoyado en las pruebas allegadas oportuna y regularmente, —se refiere al contrato de promesa—, ni dio cuenta y razón del valor asignado a cada cláusula del contrato.

Más adelante afirma el casacionista que el sentenciador de segundo grado "no tuvo en cuenta, al estudiar el contrato y olvidar el contenido de la cláusula cuarta, que la promesa de permuta no se circunscribía exclusivamente al trueque de vehículos automotores, sino de un vehículo por otro y una casa, contrato que sólo se entendería realizado con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Añade que el juzgador "perdió de vista que la obligación básica del disponente consiste en la entrega o tradición, y que tratándose de un inmueble, ella se hace con la inscripción del título en el registro competente. Que la entrega es posterior al contrato de compraventa o de permutación, salvo lo estipulado en contrario por las partes, y que habiéndose pactado oportunidad para la entrega material del inmueble en el contrato de promesa, no es admisible exigirla con anterioridad al contrato prometido. Que el disponente es obligado a entregar según rece el contrato, y que en la promesa, lo repite, no se señaló fecha para la entrega material del inmueble, por lo cual no es factible presumir o figurarse una estipulación al respecto y menos suponerla para tiempo anterior a la celebración del contrato prometido".

Con relación a la excepción de contrato no cumplido, afirma el recurrente que el sentenciador no tuvo presente que tal medio de defensa parte del supuesto de que quien demanda no haya cumplido a plenitud sus obligaciones; que según el artículo 1633 del Código Civil, el pago en que se debe transferir no es válido, sino en cuanto al que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño, y tampoco es válido sino en cuanto el que pagó tiene facultad de enajenar; que la entrega de un mueble en función de un título traslaticio de dominio implica la tradición, que se hace con el otorgamiento de aquél cuando quien debe recibir ya tiene la cosa; que afirmar que "para que pueda decirse que el vendedor o permutante ha incumplido, pese a haber entregado la cosa, es menester que quien la recibe sea vencido o evicto en proceso instaurado contra él por causa anterior al contrato, significa confundir la venta o la permuta con la tradición, el título con el modo".

Por último afirma el casacionista que no queda duda de que Efraín Salgado Peña no tenía la propiedad del automor tipo camión para el momento en que debía transferir su propiedad a título de permuta, pues lo confesó así en interrogatorio de parte, lo cual se encuentra corroborado por "constancias documentales y testimonios aportados al proceso"; que es igualmente cierto que el citado Salgado Peña demandó en forma prematura, o sea, antes de la expiración del término señalado para la celebración de la permuta, lo cual exterioriza en él el ánimo de no querer cumplir con sus propias obligaciones.

Se considera

1. Con respaldo en el clásico principio de la soberanía contractual, las personas gozan de la facultad para celebrar toda clase de pactos o convenciones, con tal que en sus acuerdos no se desconozcan el conjunto de normas que toquen con el orden público y con las buenas costumbres y, en dicho evento el ordenamiento les imprime fuerza de ley, pues sobre el particular dispone el artículo 1602 del Código Civil que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento, o por causas legales.

2. Una de las tantas convenciones que pueden celebrar las personas es la atinente al contrato de promesa, siempre y cuando que se ajuste por entero a los presupuestos legales a que alude el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cuales son: a) que conste por escrito; b) que el contrato a que se refiere la promesa no sea de aquéllos que las leyes declaran ineficaces; c)

que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido; d) que se determine de tal manera el contrato, que para su perfeccionamiento sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

3. El contrato de promesa, que se caracteriza por ser una convención solemne, principal, creadora de obligaciones de hacer, unilateral o bilateral, cuando asume este último carácter y una de las partes incumple con las obligaciones de su cargo, la otra que haya cumplido con la suyas goza de la prerrogativa jurídica de pedir, bien el cumplimiento cabal del contrato o la resolución del mismo, en uno y otro evento, con la consiguiente indemnización de perjuicios, pues sobre el particular dispone el artículo 1546 del Código Civil, que en los "contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

4. Según el precepto en mención, que se ofrece como adecuada solución al hecho del incumplimiento de las obligaciones por una de las partes contratantes, para que tenga lugar la acción de resolución, se requieren estos presupuestos: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueve la acción haya cumplido con sus obligaciones o se haya aprestado a cumplirlas; y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden.

5. En lo que atañe con el primero de los elementos enunciados, se tiene que en la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, la acción de resolución, como norma general, se da en la especie de los últimos, pues así se desprende de la forma como quedó concebido el artículo 1546 del Código Civil cuando se inicia con la locución "En los contratos bilaterales".

6. Con relación al segundo de los presupuestos de la acción resolutoria, se tiene que, por imperativo legal, dicha acción se encuentra en cabeza del contratante cumplido. Es, pues, en principio condición para el buen suceso de la pretensión de resolución, que quien la pida sea el contratante que ha cumplido con sus obligaciones, porque de este cumplimiento y del incumplimiento del otro contratante, surge en derecho la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención.

7. En torno al último elemento de la resolución, se observa que es necesario que el contratante demandado haya incumplido con sus obligaciones, pues la pretensión de resolución, por el aspecto pasivo, debe dirigirse contra quien desconoce o se aparte del cumplimiento de las obligaciones que corren de su cargo. Y este incumplimiento puede ser total o parcial. No ofrece duda de que cuando el incumplimiento de uno de los contratantes en sus obligaciones es total, existe pleno derecho para el otro contratante de solicitar el cumplimiento o la resolución del negocio jurídico bilateral. En igual forma, cuando el incumplimiento es parcial, goza el contratante cumplido de la opción para pedir lo uno o lo otro, pues la ley no distingue, y es de suponer que si una parte no cumple con la totalidad de las obligaciones contraídas queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa consagrada en el artículo 1546 del Código Civil.

8. Ahora bien, como al ejecutarse el contrato se puede dar el caso de que ambas partes resulten niveladas o colocadas en la misma posición jurídica de incumplidas, la acción de resolución en tal evento no nace para ninguna de ellas a la vida jurídica, porque en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (Art. 1609 del C. C.). Por consiguiente, el contratante que exige la resolución de un negocio jurídico bilateral debe demostrar que ha cumplido con las obligaciones que le incumbem o que ha estado dispuesto a hacerlo. Por su parte, el contratante a quien se demanda en resolución, según la forma como se hayan empezado a ejecutar las obligaciones recíprocas, puede oponer la excepción de incumplimiento de contrato.

9. Empero, para determinar si mutuamente han incumplido las partes, y si por ende se configura la excepción de non adimpleti contractus, hay que precisar si en la convención se indicó el orden como debían ejecutarse. En este evento, la excepción se abre paso en la medida en que el excepcio-

nante no esté obligado a ejecutar en primer término sus obligaciones, de acuerdo con lo estipulado en el contrato o con la naturaleza del mismo.

10. En este orden de ideas, cuando en el contrato bilateral se señala el orden en que deben cumplirse las obligaciones contraídas por las partes, cada una de ellas debe ajustarse, en la ejecución de las mismas, a la forma y al orden convenidos. Y si se controvierten judicialmente por las partes las cláusulas contractuales y la manera como éstas deben cumplirse, entonces le corresponde al juzgador desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad consignadas en la respectiva convención, para lo cual bien pueden acudir a las pautas legales consignadas por el legislador, entre las cuales está la de que "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad" (Art. 1622 del C. C.)

11. La doctrina de la Corte, al abordar el tema de la interpretación de los contratos, tiene sentado que el juzgador, al acudir a las reglas de hermenéutica, debe observar, entre otras, aquella que dispone examinar de conjunto las cláusulas, "analizando e interpretando unas por otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de la convención y que concurran a satisfacer la común intención de las partes. El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas nunca no sospecharon". (Casación Civil, marzo 15 de 1965, tomos CXI y CXII, pág. 71; junio 15 de 1972, aún no publicada).

12. En el punto de interpretación de un contrato es factible que el juzgador cometa un yerro fáctico, ya porque da por existente estipulaciones no acordadas, ora porque desconozca una o varias cláusulas, bien porque si las tuvo en cuenta, les dio el alcance que no tienen, sacando deducciones contrarias al resto sentido del contrato. De suerte que si el alcance dado a la relación contractual no es absurdo o no pugna de frente con lo pactado, no se estructura el error de hecho.

Sobre el particular, ha sostenido de manera permanente y reiterada la jurisprudencia, que la interpretación "de un contrato por el Tribunal de instancia es cuestión confiada a su autonomía de criterio o discrecionalidad, por lo cual esa interpretación prevalece, aunque pudiese haber otras aceptables, salvo que incurra en error evidente de hecho, error este que sólo cabría, o bien cuando el sentenciador supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen, o sacrifica su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o al sentido común". (Gaceta J. XCII. 435; 21 de noviembre de 1969, tomo CXXXII, pág. 179, 15 de junio de 1972, aún no publicada).

13. Descendiendo al caso sub lite, resulta que en el contrato de promesa de permuta celebrado entre demandante y demandado se estipuló, lo siguiente: "PRIMERA. Salgado P. se compromete a vender y Losada Quintero se compromete a comprar el siguiente vehículo: Camión marca International, modelo 1971, motor número equipado con carrocería marca Nacional, Tipo Camión, colores amarillo y rojo capacidad 8 toneladas, con placas número VX 14-16 del Huila. SEGUNDA. Salgado P. recibe a buena cuenta del negocio un automóvil marca Dodge, modelo 1961, color blanco de placas V.3 63-29, motor Nº R22221891. TERCERA. También recibe una casa de habitación construida en bloque techo de eternit, pisos y corredores de cemento baldosín, puertas y ventanas de madera acerradas, que consta de cuatro alcobas, sala, holl, cocina, instalaciones de luz, acueducto y alcantarillado; los dos primeros con sus respectivos contadores, lavadero con alberca de cemento bajo su correspondiente casilla, inodoro lavable, baño y el lote de terreno sobre el cual está construida, ubicada en la calle treinta y ocho (38) y distinguida con los números seis (6) cincuenta y tres (53) de la actual nomenclatura de Neiva, barrio Las Granjas y alinderada así: por el Oriente con casa y solar de Daniel Jaramillo. Por el Norte con predios de la señora Ana Joaquina de Torres. Por el Occidente con

casa de Gustavo Rojas y por el Sur con la calle treinta y ocho (38). CUARTO. Dentro de noventa (90) días a partir del veintiuno de enero de mil novecientos setenta y cuatro (21 de enero de 1974) es el plazo fijado para que Salgado P. me dé carta venta del camión y Yo Losada Quintero darle carta venta del automóvil y escritura de la casa. QUINTO. Al firmarse la carta venta del camión, la carta venta del automóvil y la escritura de la casa, Losada Quintero firmará una letra y como fiadora de la misma su esposa Leticia Cedeño de Losada por valor de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente, que será cancelada el día 21 de julio (1974) de mil novecientos setenta y cuatro (sic). SEXTA. El valor de este negocio es de ciento setenta mil pesos ($ 170.000.00) moneda corriente, así: Automóvil ($ 80.000.00) ochenta mil pesos, casa ($ 70.000.00) setenta mil pesos, efectivo ($ 20.000.00) veinte mil pesos moneda corriente. SEPTIMA. Acuerdan los contratantes una cláusula penal de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente que se hará efectiva en contra de quien dejare de cumplir las obligaciones aquí contraídas. Para constancia se firma en la ciudad de Neiva a los (12) días del mes de febrero de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

14. La Corte encuentra que del contenido de las cláusulas del contrato de promesa, interpretadas en forma coordinada y armónica, exteriorizan que con antelación al día en que debería celebrarse el contrato de permuta prometido, Ascencio Losada Quintero se obligó a entregarle a Efraín Salgado Peña un automóvil, marca Dodge y una casa de habitación, ubicada en la ciudad de Neiva en la calle 38 y distinguida con el Nº 6-53.

15. Como la interpretación que hizo el Tribunal del contrato de promesa de permuta, así no hubiera mencionado específicamente la cláusula cuarta, corresponde a la intención de los contratantes, o sea, a la de que el demandado Losada Quintero se obligó a entregar materialmente dos bienes antes de solemnizarse por escritura pública el contrato prometido y no uno de éstos como lo considera el recurrente, se infiere, entonces, que en la labor de hermenéutica de la relación contractual no pudo el sentenciador haber cometido los yerros que se le achacan y, por tanto, se rechazan los cargos.

Cargo cuarto

Hácese consistir en la violación, por falta de aplicación, del artículo 1596 del Código Civil y, por aplicación indebida del artículo 1594 ibidem.

En el planteamiento de la censura expresa el recurrente que así no convenza la reflexión y conclusión a que llegó el Tribunal, tomadas las cosas como lo hace el sentenciador, lo más a que podría llegarse sería a la de que "Losada habría incumplido una de sus varias obligaciones, la de entregar materialmente la casa el 12 de febrero, y no la plenitud del contrato. Y por lo tanto, la cláusula penal no sería decretable en su totalidad, sino proporcionalmente a la infracción. Y, por lo mismo se habría presentado la falta de aplicación del artículo 1596 del Código Civil y la aplicación indebida del artículo 1594. No es legal ni justo que Losada haya de responder por incumplimiento total cuando, en el peor de los casos para él, su incjecución es sólo parcial. Tan parcial que Salgado pudo vender el automóvil y lucrarse de su precio".

Finalmente expresa el censor que con el éxito de este cargo, la casación sería parcial y habría lugar a la enmienda del numeral 7º del fallo y de la condena en costas, de suyo exagerada, como quiera que ante el Tribunal no prosperaron todas las pretensiones del actor.

Se considera

1. En lo atinente a la estimación de los perjuicios, éstos pueden ser regulados por la ley, el Juez, o la convención. La primera hipótesis ocurre cuando el ordenamiento mismo los avalúa, por ejemplo, respecto de las obligaciones de dinero (Arts. 1617 del C. C., 883 y 884 del C. C.). La segunda tiene lugar cuando le corresponde al juzgador concretarlos con respaldo en los medios de convicción, bien porque la ley no los determina, ya porque no se acuerdan en la convención (Art. 1613 del C. C.). La tercera y última hipótesis se configura cuando las mismas partes contratantes los fijan en el negocio jurídico (Arts. 1592 y ss. del C. C.).

2. La avaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley "es aquélla en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal" (Art. 1592 del C. C.). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios.

3. Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C. C.); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

4. Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C. C.); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro eventos sí puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C.).

5. Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado a aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto ésta establece que "si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal". (Art. 1596 del C. C.).

6. Si en el caso sub lite se tiene que el demandado Ascencio Losada Quintero incumplió parcialmente con las obligaciones que debieron ejecutarse a la fecha de la celebración de la promesa de contrato de permuta, pues debiendo aquél entregar materialmente un automóvil marca Dodge y una casa de habitación, sólo entregó por ese entonces el primero de los bienes; y si de otro lado el demandante aceptó recibir el automotor ya referido, fácilmente se colige que se da la hipótesis contenida en el artículo 1596 del Código Civil, todo lo cual significa que el juzgador al no tener en cuenta el mencionado precepto, lo infringió, por falta de aplicación. Ante esta situación, la censura, en consecuencia, está fundada y por ende se impone casar el fallo impugnado, a efecto de proferir la Corte, como Tribunal de instancia, la correspondiente sentencia de reemplazo, no sin antes advertir que como el recurso ha de prosperar únicamente en cuanto a lo resuelto por el Tribunal en materia de condena a la totalidad de la cláusula penal, la Corte reproducirá las resoluciones restantes que fueron pertinentes.

Sentencia sustitutiva

1. De conformidad con la promesa de permuta celebrada entre actor y opositor, se acordó como valor total de la misma la suma de $ 170.000.00, que según la cláusula sexta resulta de las siguientes cantidades asignadas a los bienes que debía entregar el demandado Losada Quintero al demandante Salgado Peña: el automóvil ochenta mil pesos ($ 80.000.00), la casa de habitación setenta mil pesos ($ 70.000.00) y en efectivo veinte mil pesos ($ 20.000.00). De estas tres cosas, a la fecha de la celebración del contrato de promesa —12 de febrero de 1974—, el opositor se obligó a entregar el automotor y el inmueble y sólo cumplió la obligación respecto del primero de los bienes.

2. Entonces, como el deudor Losada Quintero cumplió una parte de la obligación principal, le asiste el derecho para solicitar que se le rebaje proporcionalmente el monto de la cláusula penal estipulada, que las partes concretaron en la convención de promesa en la suma de $ 20.000.00.

Y si el incumplimiento de la obligación

principal, para la fecha de la celebración de la promesa, consistió en la no entrega del bien raíz, al cual se le asignó un valor valor de $ 70.000.00, al rebajarse la pena proporcionalmente y con relación al monto antes referido, la cláusula penal queda reducida a $ 8.235.29.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia materia del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y en su lugar, procediendo como juzgador de segunda instancia,

Resuelve:

1. Revocar la sentencia pronunciada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva.

2. Declarar resuelto el contrato de promesa de permuta celebrado entre Efraín Salgado Peña y Ascencio Posada Quintero, de fecha 12 de febrero de 1974, suscrito en la ciudad de Neiva, el cual consta en el documento incorporado al proceso.

3. Condenar a Ascencio Losada Quintero a restituir a Efraín Salgado Peña, el vehículo automotor, marca International, determinado en la cláusula primera del precontrato de permutación y en el hecho primero de la demanda, seis (6) días después de ejecutoriado el presente fallo.

4. Condenar al demandado Ascencio Losada Quintero a pagar al demandante Efraín Salgado P. los frutos que haya podido producir el citado vehículo automotor, desde el día 12 de febrero de 1974 hasta el día en que lo restituya al demandante Efraín Salgado P.: para este efecto el demandado es poseedor de mala fe.

5. Condenar al demandante Efraín Salgado P. a restituir al demandado Ascencio Losada Quintero el vehículo automotor, tipo automóvil, marca Dodge, especificado en la cláusula segunda del precontrato y en el hecho segundo del libelo demandatorio, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

6. Condenar al demandante Efraín Salgado Peña a restituir a Ascencio Losada Quintero los frutos que haya podido producir dicho automotor desde el día 12 de febrero hasta el día en que se efectúe la entrega al demandado Losada Quintero: el demandante es poseedor de buena fe, para aquel fin.

7. Las condenas a los frutos se liquidarán en la forma prevenida en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, los que las partes podrán compensar en la proporción y hasta el valor que muestren las respectivas liquidaciones.

8. Condenar al demandado Ascencio Losada Quintero a pagar al demandante Efraín Salgado Peña, la suma de ocho mil doscientos treinta y cinco pesos con veintinueve centavos ($ 8.235.29), por concepto de cláusula penal, dentro de los seis (6) días siguientes contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

9. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Condenar al demandado Ascencio Losada Quintero a pagar el 70% de las costas de las dos instancias. Las de segunda serán tasadas por la Secretaría de la Corte.

No hay lugar a condena en costas en el recurso de casación.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.



LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Cargos subsidiarios.— Nulidad por falta o defectuosa notificación.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Eduardo Duque Correa contra la sentencia de 9 de diciembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por Luz Duque Pérez de Cuervo frente a Raúl Duque Pérez.

I

Antecedentes

Por su gran trascendencia en él, son relevantes en el presente litigio los siguientes hechos:

1º Mediante manifiesto número 15437 de 1º de enero de 1969, expedido por la Aduana Interna de Bogotá, la entidad "Casa Restrepo Limitada" de Manizales nacionalizó la comioneta marca "Dodge", tipo "Pick-up", modelo 1969, color gris, con motor número DW-225.23620111, con capacidad para media tonelada, vehículo este que dicha entidad había importado al país previamente y al cual se le asignaron las placas L-23-99.

2º El 15 de enero de ese mismo año de 1969, según lo dice la factura número 732 aducida a este proceso, la citada sociedad "Casa Restrepo Limitada" aparece vendiendo a Mario Duque Mejía, por la suma de $ 124.00.00, el automotor especificado en el ordinal anterior.

La sobredicha factura, sin embargo, "no ha sido expedida por Casa Restrepo", según esta misma lo certificó el 16 de febrero de 1974; por lo tanto, dice, la camioneta "a que se refiere dicha factura, no fue vendida por la compañía".

3º No obstante lo anterior, la citada camioneta ha sido objeto de las siguientes transacciones:

a) En febrero de 1970 Mario Duque Mejía la traspasa, a título de compraventa, a favor de Carlos Arango Garcés; b) Este la entrega posteriormente, a título de permuta, a Huberto Ruiz Murillo, de quien recibe en cambio un jeep Nissan Patrol; c) Por su parte Ruiz Murillo traspasa la referida camioneta a Eduardo Duque Correa, recibiendo de éste en cambio un jeep de marca Nissan Patrol; d) el 20 de abril de 1971 Duque Correa celebra con Raúl Duque Pérez un contrato de permutación, mediante el cual aquél entregó a éste la tan aludida camioneta "Dodge", recibiendo en cambio un jeep Nissan Patrol más la suma de $ 10.000.00; y e) Finalmente, Duque Pérez vendió en junio de 1971 a su hermana Luz Duque Pérez, por la suma de $ 100.000.00 que ésta pagó efectivamente, esa misma camioneta.

II

El litigio

1. Mediante libelo de 7 de marzo de 1974, que en repartimiento correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, la citada Luz Duque Pérez de Cuervo demandó al mentado Raúl Duque Pérez, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

a) Que el demandado, no obstante haber

hecho a la demandante "una aparente entrega material" del vehículo atrás especificado, no ha cumplido con su obligación de hacerle "la tradición jurídica";

b) Que, por razón del incumplimiento del vendedor en sus obligaciones, se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado por ellos en junio de 1971;

c) Que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituir a su demandante la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) que ésta le pagó como precio de la compraventa resuelta; y

d) Que se lo condene igualmente a indemnizarle los perjuicios a ella causados con el incumplimiento del contrato, los que estima en la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) diarios, desde el día en que fue privada de la tenencia del automotor por orden de la autoridad y hasta cuando se verifique el pago.

En subsidio de las dos primeras de las anteriores súplicas, la demandante solicitó que se declare la nulidad del precitado contrato de compraventa, "por haber vicio en el consentimiento, en el momento de la celebración del mismo, ya que si yo hubiera sabido que se me vendía cosa ajena, de ninguna manera" habría contratado.

2. Además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, la demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

a) Ajustado que fue el contrato de compraventa del automotor marca "Dodge", modelo 1969, cuyas demás características se han consignado anteriormente, Luz Duque Pérez, como compradora, procedió a pagar a Raúl Duque Pérez los $ 100.000.00 acordados como precio, y éste, "a su vez, me entregó el vehículo, quedando solamente pendientes las diligencias correspondientes al traspaso del vehículo en la Dirección de Transportes y Tránsito de Pereira";

b) "Al negociar el carro —dice la demandante en el hecho 3º de su demanda— no solicité la historia del vehículo por la siguiente razón: el vendedor es hermano mío y éste lo había adquirido de Eduardo Duque Correa, primo de nosotros, por permuta. Por tal motivo jamás llegué a creer que el vehículo pudiera resultar con dificultades, o, dicho en otros términos, no pertenecer a ninguno de los tradentes";

c) Como el vehículo estaba siendo buscado por las autoridades policivas de Medellín, la compradora tuvo que entregarlo a éstas el 29 de enero de 1974, fecha desde la cual viene sufriendo perjuicios, consistentes en la falta de medio para transportarse en el ejercicio de su profesión de vendedora de artículos para la decoración de residencias; y

d) Cuando la demandante avisó a su vendedor de lo ocurrido, éste, junto con su tradente Duque Correa, comenzaron a hacer las pertinentes averiguaciones y se enteraron, tanto en la Compañía Americana de Seguros como en las oficinas de Tránsito de Pereira, que "el carro era robado"; que "la documentación que se tenía del vehículo no era correcta, era falsa, o como se dice en el argot popular, chivlada".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado Raúl Duque Pérez reconoció como ciertos todos los hechos invocados en ella; de consiguiente, expresamente manifestó no oponerse a las peticiones de su demandante.

Apoyándose en lo estatuido por el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, en esa misma oportunidad el demandado procedió a llamar en garantía a Eduardo Duque Correa de quien, dijo, recibió la referida camioneta a cambio de un jeep Nissan Patrol y $ 10.000.00; que como a la postre aquel vehículo resultó "que realmente no era de propiedad" de su permutante, la tradición legal se hizo imposible y, por lo tanto el llamado en garantía está en la obligación de pagar al demandado Duque Pérez lo que éste tenga que pagar a su demandante por causa de la presente demanda.

Este llamamiento en garantía fue admitido por el juzgado de la causa mediante auto de 8 de mayo de 1974, en el cual se dispuso, consiguientemente, citar a Eduardo Duque Correa "para que intervenga en el proceso", concediéndole al efecto "el término de cinco días". Por cuanto el citado Duque Correa estaba residenciado entonces en el municipio de Ituango, se comisionó al juez de dicho lugar para que le hiciera la notificación personal, lo que efectivamente se hizo el 8 de junio de 1974.

4. Mediante escrito de 20 de junio de 1974 el así llamado en garantía Eduardo Duque Correa, apoyándose jurídicamente en lo preceptuado por los artículos 57 del

Código de Procedimiento Civil, 1849, 1880, 1883 y 1958 del Código Civil, procedió a llamar en garantía a Huberto Ruiz Murillo y a su esposa Rosario Echeverry de Ruiz, a fin de que éstos le indemnizaren por todos los perjuicios a que el llamante fuera condenado a pagar a Raúl Duque Pérez por causa de la demanda incoada contra éste.

Afirmó, fundando sustancialmente en tales hechos el llamamiento en garantía que él formuló, que había recibido la camioneta después vendida por él a Duque Pérez por permuta que celebró con Ruiz Murillo, a cambio del jeep Nissan Patrol, modelo 1968, de placas AI-2783 y además la suma de $ 25.000.00; y que sin embargo de haber ajustado la permuta con Huberto Ruiz el traspaso se hizo, por orden expresa de éste, a favor de Carlos Arango, y el del jeep Nissan a favor de Rosario Echeverry de Ruiz.

Este llamamiento en garantía fue también admitido por el juzgado mediante auto de 27 de junio del mismo año, en el cual se dispuso citar a los esposos Ruiz Echeverry "para que dentro del término de cinco días intervengan en el proceso". Los así llamados en garantía fueron notificados personalmente de esa providencia el 23 de julio y el 1º de agosto de 1974.

5. Por su parte el citado Ruiz Murillo, mediante escrito de 3 de agosto de ese mismo año, procedió a denunciar el pleito a Carlos Arango.

Afirmó que éste le había traspasado la camioneta que aquí es objeto de litigio por razón de la permuta celebrada entre ellos; que "ésta se perfeccionó por la entrega de la cosa y la tradición fue válida por cuanto en las Oficinas de Transporte y Tránsito reposaba una documentación que debe presumirse auténtica"; que dicha documentación, la que "hasta el presente no ha sido tachada de falsa, sirvió para que el propio Arango hiciera traspaso directo a Eduardo Duque Correa".

6. Admitida que fue la anterior denuncia mediante auto de 9 de agosto, que se notificó al denunciado el 9 de noviembre siguiente, éste, por escrito presentado el 14 siguiente, fundándose en lo preceptuado por el artículo 54 procedió a denunciar el pleito a Mario Duque Mejía, denuncia que se aceptó pero que a la postre no se pudo notificar al denunciado últimamente.

7. Agotada que fue la etapa atinente a los llamamientos en garantía y a la denuncia del pleito, y admitidos todos los que se formularon, el proceso se recibió a pruebas, período dentro del cual las partes adujeron las que estimaron pertinentes para demostrar sus afirmaciones.

Y surtido que fue todo el trámite de la primera instancia, el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 6 de mayo de 1975, mediante la cual tomó las siguientes decisiones:

a) Declaró que el demandado Raúl Duque Pérez, por no ser dueño del automotor marca "Dodge", de placas L-23-99, modelo 1969, "no hizo en favor de la demandante Luz Duque Pérez, la tradición jurídica del mismo";

b) En consecuencia, reconoció el incumplimiento de aquél "en su obligación de entregar" y por consiguiente declaró resuelto el contrato de compraventa del citado vehículo, ajustado entre demandante y demandado en junio de 1971;

c) Condenó al demandado Raúl Duque Pérez a restituir a su demandante Duque Pérez de Cuervo la suma de $ 100.000.00, que ésta había pagado a aquél como precio de la compraventa resuelta;

d) Lo condenó igualmente a pagarle, por concepto de perjuicios a ella causados con el apuntado incumplimiento, la cantidad de $ 58.000.00 y además las costas causadas en la primera instancia del proceso;

e) Encontró probada, y así lo decidió, "la carencia de acción en las denuncias y llamamiento en garantía habidos en el juicio, por lo que no se harán las declaraciones a que ellas se refieren";

f) Condenó al demandado Raúl Duque Pérez, además, a pagar las costas causadas "en favor del señor Eduardo Duque Correa"; a éste a pagarle a Huberto Ruiz y a Rosario Echeverry de Ruiz el valor de las costas causadas con el llamamiento en garantía que les formuló; al denunciante Huberto Ruiz a pagar a Carlos Arango Garcés las costas a que dio lugar la respectiva denuncia del pleito; y

g) Finalmente dispuso que no había lugar a condenar al citado Arango Garcés por concepto de costas, pues su denuncio no dio lugar a ellas,

8. Por virtud de la apelación interpuesta por el demandado contra la sentencia dicha, en cuanto por ella se denegaron las súplicas del llamamiento en garantía que él formuló contra Eduardo Duque Correa, el proceso subió al Tribunal Superior de Medellín, el que, en fallo proferido el 9 de diciembre de 1975, confirmó las resoluciones contenidas en el apelado, salvo la atinente al llamamiento en garantía referido, el cual aceptó, y en consecuencia dispuso: "Por haber incumplido Eduardo Duque Correa la obligación que contrajo con Raúl Duque de traditarle el vehículo sub judice", se condena a aquél a pagar a éste la suma de $ 100.000.00, valor del referido automotor, y, además, "los perjuicios que el demandado debe pagar a Luz Duque Pérez" en cuantía de $ 58.000.00. Condenó al citado Duque Correa, asimismo, a pagar a Duque Pérez, las costas causadas en las dos instancias por razón del llamamiento en garantía correspondiente.

9. Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación Eduardo Duque Correa, quien, como está dicho, llamó al proceso en garantía a los esposos Huberto Ruiz y Rosario Echeverry de Ruiz, recurso extraordinario que, por encontrarse hoy debidamente rituado, procede la Corte a decidir.

III

Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. Después de compendiar los antecedentes de la cuestión litigiosa, en el proemio de las consideraciones de su fallo advierte el sentenciador que están presentes todos los presupuestos del proceso, necesarios para proferir sentencia de mérito; y que, la legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, también se configura, puesto que las partes aparecen "como compradora y vendedora del contrato cuya resolución se ha solicitado".

2. Y luego de referirse a la acción resolutoria principalmente deducida en la demanda, observa el Tribunal que sus funciones como juez ad quem se contraen, según los propios términos trazados por el impugnante en sus escritos de apelación, a estudiar el llamamiento en garantía que el demandado Duque Pérez hizo a Eduardo Duque Correa.

Dice, en efecto, que "la parte demandada se allanó expresamente a las pretensiones de la parte actora, aceptando al contestar el libelo demandatorio como ciertos los hechos en que se basaron las pretensiones. Por lo cual la apelación la ha circunscrito a que se condene a la parte llamada en garantía, esto es, al tradente del vehículo comprador por Raúl Duque Pérez, o sea al llamado en garantía Eduardo Duque Correa"; y que, por lo mismo, las demás resoluciones de la sentencia son intocables en la segunda instancia.

3. Asentado por él el anterior postulado, el sentenciador ad quem emprende el estudio del llamamiento en garantía. Con citas doctrinarias se refiere a la historia de este instituto procesal en la legislación colombiana, y asevera que según ésta es necesario, para la procedencia de la institución, "que entre ese tercero y el llamante existe un vínculo legal o contractual que confiera a éste el derecho de exigir a aquél parcial o totalmente, el pago que tuviere que hacer el llamante como resultado del fallo que se profiera...".

Descendiendo al caso sub judice, después de notar que la pretensión principalmente deducida es la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor "de hacer la tradición del bien pagado por el comprador, que equivale a la de saneamiento por evicción que tipifica el artículo 1893", asevera el Tribunal que el llamamiento en garantía que el demandado hizo a Duque Correa sí es procedente, puesto que, añade, "la relación en garantía está establecida en la enajenación de todo bien en el artículo 1880 del Código Civil cuando obliga al vendedor a dos cosas principales: hacer la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida".

Estima el Tribunal finalmente, después de aludir a la preceptiva de los artículos 54 y 57 del Código de Procedimiento Civil, que como en el ejercicio de su derecho el demandado observó todas las exigencias requeridas al efecto por dichas disposiciones, especialmente la que se refiere a la oportunidad para formular el llamamiento en garantía, el aquí hecho por Duque Pérez a Duque Correa es procedente. Y es és-

ta, en suma, la razón que da para justificar la prosperidad de la apelación.

4. En relación con el llamamiento en garantía que en la cadena de los que se presentaron siguió al anterior, es decir al que hizo Duque Correa a los esposos Huberto Ruiz y Rosario Echeverry, estima el sentenciador, y en tal juicio apoya su rechazo, que no se formuló dentro de la oportunidad indicada al efecto por el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil.

Al punto expresa que "como Eduardo Duque Correa fue notificado del llamamiento en garantía en junio 8 de 1974 y la juez a quo sólo le concedió cinco días para intervenir en el proceso, el llamamiento en garantía que hizo el denunciado Duque Correa a Huberto Ruiz, fue extemporáneo, ya que dicha demanda se presentó en junio 20 de 1974".

De todo lo cual concluye que "sólo puede aceptarse como válido el llamamiento que hizo Raúl Duque Pérez a Eduardo Duque Correa y los demás tienen que ser considerados como presentados fuera de tiempo por lo cual no pueden ser analizados, ya que les precluyó en este juicio su respectivo derecho".

IV

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación Eduardo Duque Correa, quien fue llamado en garantía por el demandado. En la demanda respectiva, proponiendo el segundo como subsidiario del primero, y el último en subsidio de los dos anteriores, el recurrente le formula a la sentencia de segundo grado tres cargos: el inicial, con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; el segundo, dentro de la órbita de la tercera; y el tercero, con apoyo en la quinta.

De dichos tres cargos la Corte despacha el tercero que a su juicio viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Cargo tercero.

1. Proponiéndolo como subsidiario de los dos que le preceden, mediante él el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de haberse proferido en proceso viciado de nulidad, según lo previsto en el numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, puesto que, dice, la notificación que a él se hizo del auto admisorio del llamamiento en garantía que le formuló el demandado Duque Pérez, no lo fue en legal forma.

2. En desarrollo del cargo el censor, después de transcribir el texto del artículo 56 del Código de Procedimiento Civil que determina la oportunidad y el trámite del llamamiento en garantía, nota que el ad quem desechó en su fallo el que el recurrente formuló contra los esposos Ruiz Echeverry porque lo consideró presentado extemporáneamente, o sea 'pasados los cinco días de que habla el artículo 56, como hábiles para que pueda intervenir en el proceso el denunciado o llamado en garantía", dando como apoyo de este razonamiento el hecho de que la notificación se le hizo a Duque Correa el 8 de junio de 1974 y su escrito de llamamiento sólo se presentó el 20 siguiente.

Y luego de advertir que entre estas dos fechas hubo tres días inhábiles, por lo que, dice, el referido escrito de llamamiento se presentó el noveno día siguiente a la notificación, asevera el impugnador que "circunstancia que no tuvo en cuenta el honorable Tribunal fue la de que el término para que intervenga el llamado en garantía es de cinco días que, como todo término, se cuenta a partir del día hábil siguiente al de la notificación, pero ese es el plazo que opera cuando la persona llamada en garantía tiene residencia en la misma sede del juzgado, en este caso en Medellín, ya que cuando la persona citada reside fuera de la sede del juzgado el término para su comparecencia debe ser ampliado hasta diez días, por cuanto el artículo 56 es muy claro en señalar que si aquél no reside en la sede del juzgado, el término será ampliado prudencialmente sin exceder de diez días".

Añade el censor que en el caso presente es indubitable, como se infiere del proceso mismo y especialmente de la comisión y notificación que en esta forma se le hizo por el Juzgado Municipal de allí, que Duque Correa tenía entonces su domicilio en Ituango; que, por ello, para ser consecuentes con la tesis del Tribunal, "debemos

aplicar de manera integral el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil y con toda claridad se observa la grave falla en que incurrió el juez a quo por cuanto a pesar de que el citado tenía su sede fuera de Medellín no le otorgó la ampliación del plazo, que precisamente en consideración a esa circunstancia le otorga la ley y que el juez está en la obligación de conceder".

3. Concretando su censura, dice el recurrente que la apuntada circunstancia "entraña un notable recorte al derecho de defensa e implica una limitación de plazo no prevista por la ley"; que así se le notificó a Duque Correa un auto "en el cual tan sólo se le daban cinco días cuando ha debido ser más, máximo 10"; y que con ello "se incurrió en una falla erigida como causal de nulidad por cuando no quedó debidamente notificado el auto por el cual se disponía su citación, pues se le notificaba un traslado por cinco días cuando legalmente era mayor".

V

Consideraciones de la Corte

1ª Por lo que respecta a los cargos formulados de manera subsidiaria, como aquí acontece, es pertinente recordar la doctrina de la corporación consistente en que esta forma de acusación es improcedente en casación, ya que su examen no depende de ninguna condición, como sí ocurre con las peticiones eventuales acumuladas en la demanda inicial del proceso.

En este recurso es deber de la Corte examinar todos los cargos propuestos cuando no prospera ninguno de ellos, o cuando su éxito sólo determina la infirmación parcial de las resoluciones contenidas en la sentencia recurrida, con la única limitación que debe proceder en orden lógico, tal cual lo preceptúa claramente el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil. Y sólo está relevada de estudiar los restantes, según lo indica esta misma disposición, en el supuesto de que prospere alguno que tenga virtualidad suficiente para la casación total de las decisiones combatidas.

Por lo consiguiente, sin embargo de venir formulado de manera subsidiaria, la Corte procede al estudio del cargo que se cita.

2ª Conservando el principio taxativo o de la especificidad que siempre ha regido en el país la materia, el actual Código de Procedimiento Civil, mediante el numeral 9º de su artículo 152, consagra como causal autónoma de nulidad procesal la circunstancia de no practicar "en legal forma la notificación o el emplazamiento de las demás personas que deban ser citadas como parte, aunque sean indeterminadas, o de aquéllas que hayan de suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al ministerio público en los casos de ley".

Para impedir el quebranto del derecho de defensa que como garantía constitucional se halla consagrado, como ocurre en relación con el demandado, consideró el legislador colombiano que es irregularidad capaz de viciar el proceso el hecho de juzgar a alguien sin su notificación o cuando ésta es defectuosa. Lo cual significa que la nulidad en comento procede no solamente cuando se presenta la ausencia total de notificación, sino también cuando dicha notificación se hace sin observar todas las formalidades establecidas por la ley al respecto.

Desde luego, como sucede con la falta o defectuosa notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, por fundarse en el interés particular la causal de nulidad prevista en el numeral 9º del precitado artículo 152, sólo puede invocarla el tercero que debiendo haber sido llamado al proceso no lo fue, o lo fue ilegalmente (Art. 155); a más de que, por la misma razón, se trata de una nulidad esencialmente saneable por el consentimiento expreso o implícito de la persona afectada con el vicio (Art. 156).

3ª Como ya está averiguado, el llamamiento en garantía constituye, dentro de la teoría general del proceso, una especie del género intervención de terceros en éste. Y como además la sentencia que se profiera le afecta, desde luego que en ella se decide la relación jurídica que lo vincula con la parte que lo llama, ya sea que el citado comparezca o no al proceso, se trata en-

tonces de una intervención forzada u obligada.

Según los términos en que está concebido el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, puede decirse que aquel fenómeno procesal se presenta cuando la parte a la cual le asiste, legal o contractualmente, derecho para exigir indemnización de perjuicios de un tercero o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, pide la citación de ese tercero "para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación". Con el llamamiento en garantía, pues, la relación procesal recibe una nueva pretensión de parte que, junto con la inicial debe ser materia de resolución en la sentencia que le ponga fin; es decir, que ésta por tanto hace tránsito a cosa juzgada tanto frente a la relación material que vincula al demandante con su demandado, como frente a la que une al citado con la parte que lo llama al proceso.

Desde el punto de vista de su trámite, el llamamiento en garantía equivale a la denuncia del pleito y por tanto corresponde imprimir a aquél la ritualidad propia de éste. Y así, formulado en la oportunidad debida, en la forma y con los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad, entonces el juez, según lo prescribe el artículo 56 ibidem, "ordenará citar al denunciado, señalándole el término de cinco días para que intervenga en el proceso; si aquél no reside en la sede del juzgado, el término será aumentado prudencialmente, sin exceder de diez días" (subraya la Corte).

Lo cual significa que si se da la hipótesis excepti va prevista por la norma, o sea que el citado no resida en la sede del juzgado, es deber del fallador, que no facultativo de su parte, concederle, para que intervenga en el proceso, no el término de cinco días sino uno mayor que en ningún caso supere los diez. De lo cual se sigue que si en el supuesto indicado no se le otorga al llamado en garantía este término sino uno menor, en el cual no puede ejercer su derecho de defensa, hay notificación defectuosa y por ende se incurre en una irregularidad constitutiva de nulidad.

4ª En el caso de este proceso el demandado Raúl Duque Pérez oportunamente llamó en garantía a Eduardo Duque Correa, llamamiento que el juzgado de la causa admitió por auto de 8 de mayo de 1974, en el cual, no obstante que éste no residía en Medellín, solamente le concedió el término de cinco días "para que intervenga en el proceso"; y comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Ituango para que le hiciera la notificación, funcionario que cumplió su cometido el 3 de junio siguiente.

El así citado, a su vez, mediante escrito de 20 del mismo mes de junio llamó en garantía a Huberto Ruiz Murillo y a su esposa Rosario Echeverry de Ruiz, a quienes había comprado la camioneta que es objeto del litigio, llamamiento que, posiblemente por considerar que se formuló dentro de los diez días siguientes a la notificación, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín admitió.

Pero el Tribunal en su sentencia, muy a pesar de la firmeza que ostenta la providencia admisoria de este llamamiento en garantía, consideró que éste se había formulado tardíamente, fuera de los cinco días concedidos, y por tanto desconoció el derecho reclamado por Duque Correa. Como con este proceder se desconoció el contenido del precitado artículo 56, el cual dispone que si el denunciado no reside en la sede del juzgado el término que debe concedérsele para que intervenga no es de cinco días, sino uno mayor, circunstancia que aquí se halla suficientemente demostrada como que la notificación se le hizo por comisión conferida al Juez Municipal de Ituango, la notificación no se le ha hecho con el lleno de las formalidades de ley y ello vicia de nulidad la actuación.

5ª Viene de todo lo anteriormente expuesto la conclusión de que, por haberse cercenado al recurrente su derecho de defensa, pues sólo se le dio un término de cinco días para que concurriera al proceso, en vez de uno de mayor duración que es el que legalmente corresponde, y que este recorte a la postre resultó ser la causa determinante para que se rechazara el llamamiento en garantía que hizo al noveno día siguiente al de su notificación, se ha incurrido en el proceso en la causal de nulidad prevista en el numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo consiguiente, el cargo que con apoyo en la causal 5ª del artículo 368 ejusdem se ha formulado contra la sentencia de segunda instancia ha de ser acogido, pues

se trata de una nulidad que por las especiales circunstancias ocurridas no puede en forma alguna considerarse saneada.

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 nueve (9) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y en su lugar, actuando en sede de instancia,

Resuelve:

1º DECLARASE NULO todo lo actuado en el proceso a partir del auto proferido en él el 8 de mayo de 1974, visible al folio 36 vuelto del cuaderno segundo, por falta de notificación en legal forma a Eduardo Duque Correa, a quien el demandado llamó en garantía para que intervenga en él;

2º ORDENASE, en consecuencia, renovar toda la actuación viciada, que es la comprendida desde el citado proveído de 8 de mayo de 1974, inclusive; y

3º SIN COSTAS en el recurso extraordinario; ni en las instancias porque ninguna de las partes dio lugar a la nulidad declarada.

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

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

Angel M. Cardozo, Secretario.

LESION ENORME

Institución excepcional con régimen propio.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario de María Esther Farfán de Bonilla contra Luis María Arciniegas Cruz.

II

Antecedentes

1. El litigio se inició con demanda que contiene las siguientes peticiones:

a) Que se declare que pertenecen a la demandante las porciones de terreno distinguidas con los números 1 y 2, comprendidas en el predio rural denominado LA GIRONDA, cuya ubicación y linderos, así como los de aquéllas, indica la súplica;

b) Que se condene al demandado a restituir a la actora esas dos porciones;

c) Que se lo obligue a pagarle los frutos naturales y civiles de los bienes reivindicados, no sólo los percibidos, sino también los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado desde cuando principió la posesión;

d) Que se declare que la demandante no está obligada a las expensas de que trata el artículo 965 del Código Civil, por cuanto el demandado es poseedor de mala fe; y

e) Que se inscriba la sentencia en la Oficina de Registro correspondiente.

2. Estas pretensiones se apoyan en hechos que pueden resumirse así:

a) Durante el matrimonio católico que contrajeron Jesús María Farfán y María Casaguas el 28 de junio de 1924, el marido adquirió a título oneroso la finca LA GIRONDA, cuyo dominio ingresó al haber de la sociedad conyugal;

b) María Casaguas de Farfán falleció el 13 de septiembre de 1942, y en el proceso sucesorio de ella fueron reconocidos: María Esther Farfán de Bonilla, como heredera en su calidad de hija legítima de la de cujus, y Miguel Angel Farfán, como cesionario de los derechos del cónyuge sobreviviente y de todos los demás hijos legítimos de la causante;

c) Dentro del mencionado proceso sucesorio, el partidor presentó su trabajo el 14 de enero de 1960, por el cual no adjudicó a María Esther Farfán de Bonilla derecho alguno en LA GIRONDA; e inconforme con la distribución de bienes que por aquél se hizo, María Esther demandó por la vía ordinaria a Miguel Angel Farfán para que se rescindiera por lesión enorme esa partición, súplica que fue acogida favorablemente mediante sentencia definitiva del 3 de agosto de 1964;

d) Como ni esta sentencia ni la demanda que dio origen al proceso sobre lesión enorme fueron registradas, Miguel Angel Farfán vendió entre tanto a Juan de Dios Farfán toda la finca LA GIRONDA, que por entonces le pertenecía en virtud de la partición atacada, y Juan de Dios, por su lado, se la vendió después a Luis María Arciniegas, mediante sendas escrituras fechadas el 27 de septiembre de 1961 y el 13 de septiembre de 1963, respectivamente;

e) En la nueva partición que se efectuó el 13 de diciembre de 1965 en cumplimiento de lo resuelto en la sentencia del 3 de agos-

to de 1964 pronunciada en el proceso ordinario sobre rescisión por lesión enorme, se le adjudicó a María Esther un derecho proindiviso en LA GIRONDA por valor de $ 6.750.00, formándose así una comunidad sobre ese inmueble;

f) Más tarde, en el año de 1967, María Esther promovió contra Miguel Angel proceso de división material de LA GIRONDA y en éste obtuvo la adjudicación de las dos porciones de terreno que forman parte de dicha finca y que ahora reivindica;

g) El demandado Luis María Arciniegas posee materialmente tales dos porciones de terreno, no obstante que "al comprarle los derechos al cesionario Miguel Angel Farfán, tenía necesariamente que someterse a la partición material del predio rural denominado La Gironda, pues sobre éste existía una comunidad formada por mi poderdante y Miguel Angel Farfán".

3. Luis María Arciniegas dio respuesta a la demanda manifestando oponerse a todas las pretensiones deducidas en ella, afirmando que no le constan los hechos en su mayoría, advirtiendo que él compró y posee LA GIRONDA sin el menor conocimiento de que hubiera habido proceso por lesión enorme y alegando la prescripción adquisitiva de los terrenos que se reivindican. Además, denunció el pleito a Juan de Dios Farfán, quien también se opuso a las súplicas de la demandante.

4. El Juez Primero Civil del Circuito de Neiva desató la primera instancia del proceso mediante fallo en que acogió favorablemente, con algunas salvedades, las peticiones de la parte actora, y decretó a cargo de Juan de Dios Farfán el saneamiento por la evicción causada a Luis María Arciniegas, con imposición a éste de las costas de la instancia.

5. Al desatar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el recurso de apelación que contra la sentencia del inferior interpuso la parte demandada, la revocó en su totalidad y, en su lugar, absolvió a ésta de los cargos contenidos en la demanda.

II

Motivación del fallo impugnado

1. Comienza el Tribunal enumerando los diversos actos jurídicos a que ha sido sometido el dominio del predio LA GIRONDA, los cuales resume así:

a) LA GIRONDA fue adquirida por Jesús María Farfán durante la existencia de la sociedad conyugal que formó con María Casaguas. La Escritura de compra fue la número 524, otorgada en la Notaría Primera de Neiva el 28 de septiembre de 1938;

b) En el proceso de sucesión de María Casaguas de Farfán ese inmueble fue adjudicado en su totalidad a Miguel Angel Farfán, como cesionario de los derechos del cónyuge supérstite y de los herederos Alfonso, José Ignacio, Anselma y Saúl Farfán Casaguas, en tanto que a la demandante se le adjudicaron otros bienes, según partición, aprobada mediante sentencia y que fue debidamente registrada el 26 de agosto de 1960;

c) Miguel Angel Farfán, por la Escritura número 1505 del 21 de noviembre de 1961, de la Notaría Primera de Neiva, vendió LA GIRONDA a Juan de Dios Farfán, y éste, como consta en la Escritura número 944 del 16 de septiembre de 1963, de la Notaría Segunda del mismo Circuito, se la vendió a Luis María Arciniegas;

d) Decretada la rescisión por lesión enorme de la partición verificada en el proceso sucesorio de María Casaguas de Farfán, como consecuencia de la demanda ordinaria que María Esther Farfán de Bonilla formuló contra Miguel Angel Farfán, LA GIRONDA les fue adjudicada proindiviso a éste y a la actora en las proporciones determinadas en la nueva partición que se practicó en el mismo proceso sucesorio, de la cual da cuenta la Escritura número 388, otorgada en la Notaría Segunda de Neiva y registrada el 16 de febrero de 1967;

e) Este título sirvió a la demandante para obtener que se le adjudicaran, en proceso divisorio que siguió contra el mismo Miguel Angel Farfán, las dos porciones de terreno que son objeto de su pretensión reivindicatoria.

2. Con apoyo en estos antecedentes, debidamente demostrados en el proceso, encuentra el Tribunal que quedaron establecidos los presupuestos de la acción de dominio. Pero advierte que tal acción no es ejercitable contra Luis María Arciniegas, como quiera que éste, cuando adquirió a título de compraventa el predio LA GIRONDA, "obró con buena fe exenta de cul-

pa, o buena fe invencible creadora de derecho", proveniente de no haberse registrado la demanda de rescisión por lesión enorme incoada por María Esther Farfán de Bonilla contra Miguel Angel Farfán, ni haberse cancelado los registros de la partición rescindida. Al efecto, pone el Tribunal de manifiesto que "ni Juan de Dios Farfán Cortés, poseedor en 1961 de la finca La Gironda, ni su actual poseedor Luis María Arciniegas Cruz, desde 1963, tuvieron forma de conocer la existencia del vicio que dio origen, a la rescisión de la partición, en razón de la ninguna publicidad que se le dio a la demanda ni al fallo con que terminó dicho pleito".

Finalmente, cita en apoyo de esta tesis la doctrina sentada por la Corte, acerca de la buena fe creadora de derecho, en sentencia del 23 de junio de 1954, publicada en la Gaceta Judicial Nº 2198, Tomo LXXXVII, páginas 234 a 243, y concluye: "De tal suerte que, frente al texto legal del artículo 1748 del Código Civil, se erige la excepción unánimemente enseñada por la doctrina y la jurisprudencia, que consiste en la necesidad de proteger la buena fe creadora de derechos, o sea la buena fe cualificada, fuente de la equidad, con que obró el demandado Luis María Arciniegas Cruz, actual poseedor de la heredad que se disputa en reivindicación con la demandante María Esther Farfán de Bonilla, buena fe invencible opuesta como excepción a la actora, cuya prosperidad tiene que admitir la Sala...".

III

La demanda de casación

Un solo cargo propone la parte recurrente, con apoyo en primera causal.

Lo plantea el impugnador diciendo que la sentencia acusada viola directamente, por falta de aplicación, los artículos 946, 947, 950, 952, 1746, 1893 y 1895 del Código Civil, a consecuencia de errónea interpretación del 1748 del mismo Código.

En desarrollo del cargo, dice la censura: "Afirmo que el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva dejó de aplicar los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil, por cuanto, no obstante que en la sentencia, reconoce que se halla integrada la pretensión reivindicatoria de la demandante, esto es, que se trata de cosa singular reivindicable, con título de dominio de la actora sobre la misma, posesión real del bien por el demandado e identidad entre la cosa poseída por el demandado y la pretendida por el reivindicante, en forma inexplicable, al finalizar o concluir dicha sentencia, se ignoran estos elementos y se concluye afirmando que frente al texto legal del artículo 1748 del Código Civil se erige la excepción de la buena fe cualificada". Y agrega: "El honorable Tribunal Superior de Neiva, al interpretar erróneamente el artículo 1748 del Código Civil y dejar de aplicar los artículos 946, 947 y 950 del mismo estatuto, le concedió al demandado Luis María Arciniegas Cruz un derecho que no le pertenece, pues tan sólo era jurídico, lógico y equitativo reconocerle las mejoras útiles realizadas con anterioridad a la contestación de la demanda, ya que la extrema amplitud de la sentencia en favor del demandado lesiona en forma grave los intereses de la demandante".

Luego afirma: "El honorable Tribunal Superior de Neiva dejó de aplicar el artículo 1746 del Código Civil, por cuanto debió considerar que todos los contratos que se hicieron con posterioridad a la adjudicación de la finca 'La Gironda' al cesionario Miguel Angel Farfán, eran contratos nulos por cuanto la partición en el proceso sucesorio de María Casaguas de Farfán fue declarada nula por lesión enorme...".

Finalmente dice: "El honorable Tribunal Superior de Neiva dejó de aplicar los artículos 1893 y 1895 del Código Civil, también como consecuencia de haber interpretado erróneamente el artículo 1748 del mismo estatuto...".

Consideraciones de la Corte

a) La institución de la lesión enorme apareció en la antigua Roma, durante la decadencia del Imperio, por obra de Justiniano – con fundamento en preceptos que éste atribuyó a Dioclesiano— y como régimen especial que se apartaba del principio de la libertad de contratar. Más tarde algunos glosadores defendieron con ahinco esta innovación, inspirando lo que sobre el particular vino a adoptarse en varias codificaciones medievales españolas, como las

Siete Partidas y la Novísima Recopilación. El Código Civil francés la acogió, como también el colombiano y el chileno; mas en estas tres obras tiene, como desde su origen lo tuvo, neto carácter de institución excepcional.

La regla del sistema civil de Colombia en materia de contratos es la tradicional: cada parte puede obligarse libre y válidamente hasta el límite en que ambas convengan (artículo 1602 del Código), con tal que, por cuanto a sus condiciones personales atañe, sean una y otra capaces (artículo 1503 y 1504) y su consentimiento no provenga de error, fuerza o dolo (artículos 1508 y siguientes). Lo que de este principio general se aparta es el precepto de iure singulare conforme al cual si alguna de las partes sufre desmedro que afecte su patrimonio en determinadas proporciones expresamente previstas por la ley, para reparar esta situación desventajosa se le otorgue la acción rescisoria por lesión enorme;

b) La institución de la lesión, aplicable a poquísimos contratos y no en general a todos, se hizo extensiva por el legislador a los actos de partición (inciso segundo del artículo 1405 del Código). Y en este proceso se discute precisamente si la que se efectuó ab initio en el sucesorio de María Casaguas de Farfán, rescindida más tarde por lesión enorme a solicitud de María Esther Farfán de Bonilla, quedó anulada con los efectos legales propios de esta declaración judicial, o sean los previstos por el artículo 1748 del Código.

Algunos expositores de Derecho Civil, colombianos y extranjeros, sostienen que la lesión es vicio del consentimiento, y apoyándose en la circunstancia de que en varios códigos civiles, entre otros el nuestro, se establece la RESCISION para ciertos actos lesivos, concluyen que se trata de una causal de nulidad relativa, con todos los efectos legales que la declaración judicial de ésta conlleva, señaladamente el previsto por el mencionado artículo 1748.

La Sala estima, sin embargo, que en el régimen civil colombiano la lesión no es motivo de nulidad relativa, puesto que el Código no la contempla como tal (artículo 1750) y es hecho indiscutible que las nulidades son de carácter taxativo. Por ser la lesión institución excepcional, cuya estructura y cuyos efectos difieren notablemente de la que aquella otra tiene, no todo acto o contrato, sino unos pocos determinados de modo expreso por la ley, pueden ser rescindidos por esa causa especial, en tanto que la nulidad absoluta o relativa es capaz de herir por igual todas las manifestaciones unilaterales y plurilaterales de voluntad.

Así, no es exacto que en nuestro régimen civil la lesión sea vicio del consentimiento. El que acepta enajenar una cosa por precio inferior a la mitad o adquirirla por precio superior al doble del que se considere justo, no hace proceso volitivo vicioso, o si lo hace no lo invoca como causa cuando pide que el acto o contrato no rescinda por lesión. Su aceptación en estas circunstancias no implica de por sí una falsa noción del valor real de la cosa, ni una fuerza física o moral que lo constriña, ni un engaño del otro contratante, que fueran suficientes para inclinar su voluntad. La lesión está estructurada en Colombia sobre un factor puramente objetivo (el justo precio), con toda independencia del móvil subjetivo y de la manera como éste haya influido en el consentimiento.

Compárense además las consecuencias de la declaración de nulidad, absoluta o relativa, con las de la rescisión por lesión enorme. Mientras aquélla puede pronunciarse cualquiera que haya sido la suerte de la cosa sobre que se contrató, la segunda no puede ser dictada por el Juez si dicha cosa se perdió en poder del contratante que la recibió o SI ESTE LA ENAJENO (artículo 1951). Y en tanto que la declaración de nulidad procede aún en el caso de que el demandado ofrezca pagar lo que según el contrato debe, la rescisión por lesión enorme puede evitarse si el comprador, o en general la persona que ha reportado del acto excesivo provecho, completa el justo precio de la cosa con deducción de una décima parte o restituye el exceso del precio recibido aumentado en igual cuota (artículo 1948). A lo cual cabe agregar que cuando la nulidad es pronunciada contra poseedor de mala fe, éste es deudor de los frutos percibidos o que hubieran podido percibirse desde cuando él entró en posesión de la cosa, al paso que el demandado por lesión enorme sólo debe, en toda hipótesis, frutos o intereses desde la fecha de la demanda (ibídem, inciso final);

c) Adviértase además que la circunstancia de que en el Código se use el vocablo "rescisión" para indicar el efecto de la lesión enorme, no es argumento en apoyo de que ésta genera nulidad relativa. Primeramente es de señalada importancia, como antecedente legislativo, el hecho de que don Andrés Bello, en el inciso segundo del artículo 380 de su segundo proyecto de Código Civil (1847), dijera que tanto el comprador como el vendedor, en caso de lesión enorme, tenían derecho, o bien a efectuar a favor de la otra parte contratante una prestación en dinero, o bien a "pedir que se resuelva la venta" (subraya la Sala), expresión esta acaso más adecuada, pero que probablemente cambió el señor Bello en su último proyecto (1853) para ajustarse mejor a los antecedentes históricos de la institución. A lo cual cabe agregar que en el Código se usa la palabra "rescisión" en otros casos en que tampoco hay nulidad relativa, vr. gr. en los previstos por los artículos 1483, 1484 y 2284;

d) Lo expuesto lleva a la conclusión de que, conforme al artículo 1951 del Código, la lesión enorme no da acción contra terceros poseedores en el caso de que el adquirente haya enajenado la cosa, lo cual significa que el artículo 1748, que sí la otorga en todos los casos de nulidad, absoluta y relativa, no era aplicable al objeto del proceso, puesto que Miguel Angel Farfán, quien era el dueño de LA GIRONDA antes de decretarse la rescisión por lesión enorme de la partición en que se le adjudicó todo ese inmueble, lo enajenó a Juan de Dios Farfán, y éste, a Luis María Arciniegas, mediante tradiciones que fueron válidas, como quiera que la demanda de María Esther no fue registrada, ni puso por tanto el bien fuera del comercio (artículos 1521 y 2674 del Código);

e) Finalmente, mirado el asunto por otro aspecto, aún en el supuesto inaceptable de que la lesión enorme tuviera los mismos efectos de la nulidad, la sentencia que dio fin al proceso por lesión enorme es inoponible a Juan de Dios Farfán y a Luis María Arciniegas, puesto que ni el uno ni el otro fueron parte en él, ni adquirieron LA GIRONDA por actos entre vivos celebrados con posterioridad al registro de la demanda que le dio origen (artículo 332 del Código de Procedimiento Civil), ya que ésta no fue registrada.

Las conclusiones a que ha llegado la Corte en esta sentencia dejan a salvo la acción reivindicatoria que, con arreglo al artículo 955 del Código Civil, pueda competir a la señora demandante.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

En mérito de las razones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Costas de la actuación ante la Corte a cargo de la parte recurrente.

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

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

Angel Antonio Cardoso González, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

IMPUGNACION DE LEGITIMIDAD

Reconocimiento como natural de hijo de mujer casada.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 14 de noviembre de 1974 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario de Stella o María Stella Montoya frente a Luis Alfonso Montoya Jaramillo y Amalia Arango Ramírez.

Antecedentes

Ante el Juez Civil del Circuito de Envigado solicitó la demandante, asistida por curador ad litem, se declarara que no es hija legítima de Luis Alfonso Montoya Jaramillo; que es hija natural de Hernán Arango Ramírez, ya fallecido; que es heredera de la totalidad de los bienes dejados por éste, los cuales deben serle "restituídos" con sus aumentos y sus frutos naturales y civiles; que como heredera de Arango Ramírez, tiene derecho a que en el proceso sucesorio de éste se le adjudiquen los bienes dejados por el causante; y que como consecuencia de la impugnación de paternidad legítima, la demandante no tiene derechos ni obligaciones derivados de la supuesta legitimidad para con Luis Alfonso Montoya.

Los hechos en que se fundan estas súplicas, brevemente expuestos, son los siguientes:

a) Montoya Jaramillo contrajo matrimonio católico con Fabiola Montoya Berrío, el 26 de septiembre de 1946, fecha en la que ésta ya era madre de una hija de nombre Luz Gaviria Montoya; estos cónyuges solamente convivieron 3 meses, pues el primero, luego de abandonar a su esposa, se fue a vivir con sus familiares a Andes y a Roldanillo, "ignorando toda obligación moral y pecuniaria". Diez meses después del matrimonio, el 27 de julio de 1947, Fabiola tuvo una hija de nombre Lía, que Montoya Jaramillo conoció, "porque la esposa fue a Roldanillo (V.) para este efecto". Pero después de algunos días, uno y otra se separaron definitivamente;

b) El dicho esposo nunca ha convivido con su esposa, salvo los escasos días posteriores al matrimonio, ni ha provisto a ésta y a su hija de manutención, vestido y vivienda, por lo cual la demandante no conoce a Montoya Jaramillo, ni ha tenido con él ninguna relación de padre a hija;

c) Hernán Arango Ramírez, desde el año de 1949, tuvo relaciones sexuales con Fabiola Montoya Berrío, esposa de Alfonso Montoya, y tiempo después de haber transcurrido ciento ochenta días de duración de éstas, el 11 de marzo de 1953, nació en Envigado Stella Montoya, fruto exclusivo de dichas relaciones, luego de haber sido abandonada la esposa por su esposo, "por lo menos 4 años antes";

d) La madre de Stella, "no tuvo compromiso distinto con nadie aparte del habido" con Hernán, inclusive después del nacimiento de la demandante, a éste continuó unida "en forma fiel, permanente, exclusiva, notoria, tratándose como esposos y así reconocidos vivieron como tales";

e) Desde el nacimiento de Stella, el presunto padre la trató como a su hija, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, por lo cual todos los amigos

de Hernán, Amalia Arango Ramírez hermana única del padre natural y el vecindario en general, la reputaron como hija de tal padre, con suficiente fehaciencia. Este tratamiento duró más de diez y seis años, hasta la muerte del presunto padre, y existen cartas escritas, fotos, testimonios, que contienen confesiones de éste de que Stella es su hija, las cuales confirman de manera indubitable las relaciones sexuales mantenidas por Hernán con Fabiola Montoya Berrío en la época inmediatamente anterior en 3 ó 4 años al nacimiento de la demandante:

f) Hernán Arango Ramírez, falleció soltero en mayo de 1970, sin dejar ascendientes ni descendientes, y en el proceso sucesorio fue declarada heredera su hermana Amalia, aquí demandada, quien ocupa los bienes por él dejados.

2. Con la sola oposición de la demandada Amalia Arango Ramírez, puesto que el demandado Luis Alfonso Montoya Jaramillo no descorrió el traslado que de la demanda se le concedió, tramitose la primera instancia del proceso, la cual culminó con la sentencia de 4 de abril de 1974, en la que se declaró que Stella Montoya no es hija legítima del prenombrado Luis Alfonso Montoya Jaramillo; que es hija natural de Hernán Arango Ramírez; que es heredera de éste en su calidad de tal; que para los efectos de esta decisión "el proceso sucesorio se debe retrotraer hasta la etapa anterior a la partición"; que se "cancelarán los registros respectivos, ocasionados en dicho sucesorio, o sea, el trabajo de partición y su auto aprobatorio, con la finalidad de poner en cabeza del causante los bienes y proceder a un nuevo acto partitivo'; que la demandante "tendrá derecho a concurrir" a la herencia dejada por su padre, así como a los aumentos de ella por frutos naturales y civiles; y que "quedan sin ningún piso las obligaciones y derechos que existían antes de esta decisión" entre Montoya Jaramillo y Stella Montoya.

La parte desfavorecida con este fallo interpuso apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 14 de noviembre de 1974 lo confirmó con la reforma de que la condena de pago de frutos se contaría a partir de la contestación de la demanda. La misma parte formuló el recurso de casación,

Consideraciones del Tribunal

1. El sentenciador, luego de historiar el desarrollo judicial del negocio, expresa que en el caso de autos se reunen los presupuestos del proceso y que no concurre causal de nulidad que afecte éste, y que con base en el acervo probatorio, "con acierto analizado en el fallo recurrido", el a quo estaba autorizado para concederle prosperidad a las pretensiones de Stella Montoya, con alguna reforma que indicará, las cuales se derivan de las relaciones sexuales habidas entre Hernán Arango Ramírez y Fabiola Montoya Berrío, pocos días después del matrimonio de ésta con quien figura como su marido legítimo; y que ese acervo está integrado por la prueba testimonial, la documental, la conformada por las declaraciones de parte y la indiciaria, "cuya evaluación se hace en el fallo en referencia", con el resultado de que con el abandono que de su esposa Fabiola Montoya hiciera Luis Alfonso Montoya Jaramillo, y transcurridos más de diez meses a contar del hecho mencionado, vino a nacer la prenombrada Stella, "como fruto de las relaciones sexuales que entonces y de manera exclusiva entró a sostener Fabiola con Hernán Arango R., y las cuales resultaron demostradas, con fuerza convictiva incontrastable, de todo el acervo de acaecimientos de que dan cuenta, de modo sobreabundante, las requeridas declaraciones testimoniales, reforzado todo ello con la restante aludida prueba...".

2. De la sentencia de primera instancia, el Tribunal transcribe, la apreciación del a quo respecto de los testimonios de Dionisio Arango Ochoa, Mariela Viveros de Henao, Margarita Ramírez Zapata, Camila Garcés de Uribe y Octavio Mejía Montoya, todas pertinentes al abandono de Fabiola Montoya por su esposo Luis Alfonso Montoya Jaramillo, a las relaciones sexuales habidas entre Hernán Arango Ramírez y la dicha Fabiola y al nacimiento de Stella Montoya, y también al concepto del juzgador sobre el dicho de estos testigos, concluyendo que de esta manera y habida consideración de haber nacido Stella Montoya el 28 de febrero de 1953, se puede inferir, "sin la menor hesitación, lo siguiente: Que por la fecha o tiempo de la presunción traída por el artículo 92 del Có-

digo Civil, Fabiola Montoya se encontraba completamente abandonada por su legítimo esposo; que dicha concepción debió haberse efectuado a lo máximo el once (11) de julio del año anterior a su nacimiento, o sea el año de 1952; que existe prueba de que poco después del matrimonio, el cual tuvo ocurrencia el día 26 de septiembre de 1946, máximo tres meses, el esposo la abandonó para irse a los municipios de Andes (Ant.) y Roldanillo (Valle); que la incapacidad por parte de Alfonso Montoya de mantener económicamente su familia, y los múltiples disgustos tenidos entre los cónyuges, dieron ocasión a dicha separación; innumerables testigos dicen haber visto dichos tratos íntimos, sentimentales, entre Hernán y Fabiola, desde considerable tiempo antes del nacimiento de Stella y después del abandono. El trato personal, el cual conoció públicamente la ciudad de Envigado, en vista de que Amalia (sic.) vivía en una de las esquinas del parque principal, hace inferir, sin dudas, que Stella es el producto de tales relaciones extramatrimoniales... Es muy fácil deducir de la prueba testifical analizada que entre Fabiola y Hernán existían relaciones sexuales intensísimas y predecesoras por el tiempo indispensable de la concepción de Stella, hasta el punto de que algunos de los declarantes creían que eran legítimos esposos, y otros no conocieron nunca a su verdadero consorte en vista de la separación rápida de los esposos... La afiliación al Seguro Social que por la época del parto de Stella tenía el señor Alfonso Montoya no es prueba contundente en contra del abandono por él realizado y de las relaciones sexuales que el señor Hernán Arango tuvo por ese entonces con la progenitora... Los argumentos que anteceden llevan a la conclusión de que el nacimiento de la impugnante sí ocurrió después del décimo mes de haber abandonado el legítimo esposo a su consorte, y de que Stella es el producto de esas relaciones sexuales".

3. Insistiendo el sentenciador en las razones del juez de primera instancia, expresa que éste "como remate del análisis probatorio que hizo por el aspecto de la posesión notoria de hija natural que respecto de Hernán Arango R. invocara también Stella Montoya en su demanda, ... concluye que: 'Si los testigos aportados por la parte demandada, en la mayoría de los casos, desconocen esos hechos, tampoco han declarado ni desvirtuado ni contradicho las manifestaciones de los declarantes traídas por la actora...'", lo que no considera el sentenciador perjudicial para ésta, dada la "densa probatura producida acerca de las relaciones sexuales entre Hernán Arango y Fabiola Montoya", en la época en que se presume la concepción, y que como la parte demandada afirma que por esta época Fabiola volvió a vivir con su esposo, según confesión de ésta, dice el sentenciador que "conviene observar que ello no es cierto" porque refiriéndose a su dicho expresa que "recién casada viví tres meses con él, en enero de mil novecientos cuarenta y siete volvía a Andes a vivir con él durante quince días, después no volvimos a vivir juntos en ninguna época", y que en remate a la pregunta decimatercera del cuestionario que se le presentó dijo: "No es cierto, no tuve relaciones sexuales con Alfonso durante esos seis meses anteriores al nacimiento de Stella, solamente las tuve con Hernán Arango", respuesta ésta —expresa el sentenciador— "cuyo sentido y alcance hay que tener por complementado o precisado a término de la siguiente dada por ella a la pregunta decimaquinta: 'Yo tuve relaciones estables y permanentes con Hernán Arango Ramírez desde fines de mil novecientos cincuenta y dos hasta que murió; y continuando el sentenciador dice que "dado que Stella Montoya nació en febrero 28 de 1953 y que en todo ello toma pie el recurrente para deducir que así de esa manera confiesa dicha Fabiola 'que sus relaciones con Hernán se iniciaron a fines de 1952 y en el acta de nacimiento de Stella se observa que este hecho sucedió el 28 de febrero de 1953, situación que pugna contra la presunción de derecho establecida en el artículo 92 del Código Civil", hay que apuntar cómo la predicha última respuesta hizo referencia, específicamente, a las relaciones sexuales estables sobre las cuales allí fuera interrogada, pues las otras, las habidas sin carácter de estabilidad o permanencia, fueron afirmadas por Fabiola Montoya cuando al preguntársele en la pregunta decimatercera si era cierto o no 'que los ciento ochenta (180) días que antecedieron al nacimiento de María Stella

Montoya, la absolvente, aun cuando no tuvo comunidad de habitación permanente con Luis Alfonso Montoya, siempre tenía con éste relaciones sexuales estables pues se trataba de su esposo legítimo?', vino a contestar que durante esa época no tuvo relaciones sexuales con el citado Luis Alfonso y que en cambio sí las tuvo, así no hubieran sido por entonces estables con Hernán Arango R. solamente".

4. Refiriéndose el sentenciador a lo que dice el recurrente en la apelación de la sentencia de primera instancia, expresa que el artículo 215 del Código Civil solamente es aplicable cuando se trata de la impugnación de la paternidad legítima por parte del marido, "pues, si el impugnante es el hijo, según ocurre en el caso del presente proceso, a más de las relaciones sexuales que con sujeción a lo previsto en el artículo 92 del Código Civil se necesita demostrar, hay que probar también el hecho atinente a haber nacido después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre, según se trate de impugnación de paternidad o de maternidad, en que hayan abandonado definitivamente el hogar conyugal (Art. 3º, numeral 3º, inciso 2º de la Ley 75 de 1968)"; y que en lo referente a las pretensiones de la demandante, que según el mismo recurrente, se han ejercitado "sin reparar que entre la fecha de su partida bautismal y el día de la presentación de la demanda, han transcurrido en exceso los 10 años que para la caducidad señala el artículo 336 del Código Civil", lo que se desvirtúa con lo que allí mismo se dispone. (Inciso 2º, numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968)".

5. El sentenciador, finalmente, considera que la demandante Stella Montoya, habiendo demostrado que no es hija legítima de Luis Alfonso Montoya Jaramillo y sí hija natural de Hernán Arango Ramírez, tiene derecho a los bienes de la herencia de éste, con preferencia a la heredera declarada Amalia Arango Ramírez, hermana legítima de dicho causante, sobre quien hace pesar la obligación de restituirle tales bienes, con los aumentos y frutos de los mismos, desde la contestación de la demanda, puesto que la califica de poseedora de buena fe, en lo que dice reformar el fallo de primera instancia.

Demanda de casación

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia, ambos por la causal primera, los cuales se estudiarán en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

"Acuso la sentencia de violar indirectamente —dice— por falta de aplicación, el artículo 213 y el inciso primero del artículo 214 del Código Civil y el inciso primero del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, y por aplicación indebida del inciso segundo del ordinal 3º del artículo 3º de la citada Ley 75 de 1968, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

1. Expresa el acusador que en la demanda incoativa se acumularon tres acciones: impugnación de la paternidad legítima de la demandante Stella Montoya que se atribuye a Luis Alfonso Montoya; reclamación del estado de hija natural de ésta respecto de Hernán Arango Ramírez; y petición de herencia de la misma en relación con dicho causante, y que la sentencia recurrida, al confirmar el fallo del a quo acoge estas tres pretensiones.

2. Luego de recordar que Luis Alfonso Montoya Jaramillo y Fabiola Montoya contrajeron matrimonio el 26 de septiembre de 1946; que el 28 de julio de 1947, nació María Lía, primera hija de los contrayentes; y que el 28 de febrero de 1953, a las 4 y 25 minutos de la tarde, en la Clínica León XIII del municipio de Medellín, filial del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, nació la demandante María Stella Montoya, "bautizada y confirmada como hija legítima de los cónyuges" prenombrados, expresa que "en su mayor parte la sentencia acusada se remite a las consideraciones que sirvieron de fundamento al fallo de primer grado para acoger las pretensiones de la demandante". Transcribe, considerada tal circunstancia, algún aparte de la sentencia, en orden al cual el a quo "estaba autorizado para concederle prosperidad a las pretensiones acumuladamente ejercitadas en el libelo", porque la demandante ha sostenido que su progenitora tuvo relaciones sexuales con Hernán Arango Ramírez dentro del tiempo que fi-

ja el artículo 92 del Código Civil, como quiera que numerosos testigos, acordemente manifiestan que pocos días después del matrimonio el esposo abandonó a la esposa, yéndose para los municipios de Andes y Roldanillo, abandono a tal extremo "que muchos de los conocedores de la vida social de Fabiola Montoya nunca le conocieron el esposo a pesar de vivir en el marco de la plaza de la ciudad de Envigado" y que "la ostentación pública de estos amantes era generalmente conocida y el comentario de sus amores y relaciones sexuales invadió el conocimiento de la población envigadeña", prueba testimonial dicha a la cual se agrega la documental, las declaraciones de parte y los indicios cuya evaluación se hace en la sentencia del a quo, y de toda la cual resulta que con ocasión del abandono referido y pasados más de diez meses de la ocurrencia de éste, vino a nacer la demandante de las relaciones sexuales de Fabiola Montoya y Hernán Arango Ramírez.

3. Nota el recurrente que, "en corroboración de lo dicho, la sentencia transcribe el extracto que el fallo de primer grado hizo de los testimonios rendidos" por Dionisio Arango Ochoa, Mariela Viveros de Henao, Margarita Ramírez Zapata, Camila Garcés de Uribe y Octavio Mejía Montoya, y que considerado el nacimiento de la demandante el 28 de febrero de 1953, el sentenciador dice que, sin la menor hesitación, puede inferir que por el tiempo de la presunción que fija el artículo 92 del Código Civil, "Fabiola Montoya se encontraba completamente abandonada por su legítimo esposo; que dicha concepción debió haberse efectuado a lo máximo el once (11) de julio del año anterior a su nacimiento o sea del año de 1952; que existe prueba de que poco después del matrimonio, el cual tuvo ocurrencia el 26 de septiembre de 1946, máximo tres meses, el esposo la abandonó para irse a los municipios de Andes (Ant.) y Roldanillo (Valle), y que la incapacidad por parte del Alfonso Montoya de mantener económicamente su familia y los múltiples disgustos tenidos entre los cónyuges, dieron ocasión a dicha separación; innumerables testigos dicen haber visto dichos tratos íntimos, sentimentales, entre Hernán y Fabiola desde considerable tiempo antes del nacimiento de Stella y después del abandono. El trato personal, el cual fue conocido públicamente por la ciudadanía de Envigado, en vista de que Amalia (sic) vivía en una de las esquinas del parque principal, hace inferir, sin dudas, que Stella es el producto de tales relaciones extramatrimoniales. Es muy fácil deducir de la prueba testifical analizada que entre Fabiola y Hernán existían relaciones sexuales intensísimas y predecesoras por el tiempo indispensable de la concepción de Stella, hasta el punto de que alguno de los declarantes creía que eran legítimos esposos y otros no conocieron nunca a su verdadero consorte en vista de la separación rápida de los esposos. La afiliación al Seguro Social que por la época del parto de Stella tenía el señor Alfonso Montoya no es prueba contundente en contra del abandono por él realizado y de las relaciones sexuales que el señor Hernán Arango tuvo por ese entonces con la progenitora. Los argumentos que anteceden llevan a la conclusión de que el nacimiento de la impugnante sí ocurrió después del décimo mes de haber abandonado el legítimo esposo a su consorte, y de que Stella es el producto de esas relaciones sexuales".

4. Entrando a rebatir la tesis de la sentencia, el acusador dice que con los cinco testimonios que cita el fallo de primer grado, en conjunto con la prueba documental, las declaraciones de parte y los indicios apreciados en ella, el sentenciador tiene por plenamente comprobado el abandono definitivo del hogar conyugal que se imputa a Luis Alfonso Montoya, acaecido poco después del matrimonio con Fabiola Montoya.

a) Refiérese al interrogatorio que absolviera Fabiola Montoya (C. wo., f. 14 vto. y ss.), según el cual dice ella que tiene un negocio de fabricación de confección; que figura casada con Alfonso Montoya Jaramillo, pero que éste ya no es su esposo; que antes del matrimonio tuvo una hija en relaciones con León Gaviria; que dentro de su matrimonio con Montoya nacieron dos hijas, pero que no vivió con él tres meses siquiera después de su casamiento; que su hija María Stella fue denunciada, bautizada y confirmada como hija legítima de Alfonso Montoya; que en este alumbramiento fue atendida en la Clínica del Instituto de los Seguros Sociales en Medellín, como esposa legítima de Luis Al-

fonso Montoya y con el carnet de afiliación de éste a dicha entidad; que recién casada vivió tres meses con su marido, que fue a Andes a vivir con él y a Roldanillo, y que hace tiempo no ve a su marido;

b) En materia de unas posiciones absueltas por Luis Alfonso Montoya Jaramillo, que obran a folios 27 y 28 del cuaderno 2º, dice que por no estar suscritas por el absolvente no pueden ser tenidas en cuenta, y que su estimación produciría error de derecho;

c) De otro interrogatorio absuelto por el mismo Montoya Jaramillo (fls. 33 vto. a 36 del C. 3), nota que éste afirma que es casado con Fabiola Montoya; que en su matrimonio han sido procreadas y nacido dos hijas llamadas María Lía y María Stella Montoya;; que siempre ha reconocido a ésta como hija legítima suya y de Fabiola; que en su nacimiento fue atendida en la Clínica del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, como esposa suya por estar afiliado al Instituto; que cuando nació Stella no vivía con su esposa ni volvió a vivir nunca más con ella; que su esposa lo buscaba y llamaba para que volviera a reanudar su vida matrimonial; que Fabiola ni Stella le manifestaron que la segunda fuera hija de Hernán Arango y que sólo después de la muerte de Hernán ya crecida Stella vino a oír comentarios; que hace más o menos un año otra hija de Fabiola, Luz, le propuso que firmara un papel para conseguir una herencia; que Stella es hija de relaciones sexuales suyas habidas con Fabiola; que no es cierto que sólo hubiera vivido unos meses con su esposa, ya que vivió con ella en Andes, Itagüí, Roldanillo y Envigado, y que en ese lugar la dejó para irse a vivir a Medellín; que trabajando en el Club Unión de dicha ciudad Fabiola le embargó el sueldo; que en ocasión anterior al rendir unas posiciones las absolvió copetón y no recuerda si dijo que Stella no era hija suya, pero que ahora en sano juicio dice que es hija suya; y que dos veces vio a Fabiola en embarazo, cuando se trataba de sus hijas Lía y Stella, pero que no vio nacer a éstas;

d) Alude el recurrente a la dejación que hizo Montoya de su esposa en Envigado y se refiere al primer certificado que obra al folio 23 del cuaderno 3º, del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales de Antioquia, en que se expresa que Luis Alfonso Montoya Jaramillo fue afiliado en distintas épocas: 13 de marzo de 1950 al 18 de julio siguiente, por Manufacturas Sadeco; 9 de junio a 10 de julio de 1951, por Jorge González; enero 12 de 1953 a septiembre 30 del mismo año por Bar Naviera; 8 de marzo de 1955 a diciembre de 1961, por Bar Sur América; y por Heladería Hugo S. de marzo 25 de 1967 a junio 5 de 1969, y que en el certificado se lee que Montoya Jaramillo declaró como su esposa a Fabiola Montoya Berrío. El acusador nota que este certificado prueba cuatro hechos: que de 1950 a 1969 Montoya Jaramillo vivía y trabajaba en Medellín; que al producirse su afiliación al Instituto declaró como a su esposa a Fabiola para que le prestaran servicios de maternidad; que Stella nació en la Clínica del Instituto cuando Montoya estaba afiliado al Seguro por el Club Naviera; y que los servicios de maternidad prestados a Fabiola, lo fueron al amparo de la afiliación de su esposo Montoya Jaramillo. "La sentencia —dice el acusador— no vio este certificado e incurrió por ello en un manifiesto error de hecho al estimar que durante la concepción y el nacimiento de María Stella Montoya, el señor Luis Alfonso Montoya, como marido de Fabiola Montoya, tenía definitivamente abandonado el hogar conyugal, no obstante que dicho certificado prueba todo lo contrario";

e) Alude el recurrente a otro certificado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (fl. 27, C. 3º), en el que se dice que Fabiola Montoya de Montoya "ingresó al servicio de maternidad el 28 de febrero de 1953 y fue dada de alta el 3 de marzo del mismo año" y que el alumbramiento se produjo a las 4 y 25 p. m. del mismo 28 de febrero. "La sentencia —dice el recurrente— tampoco vio esta certificación que complementa la anterior que confirma los hechos antes enunciados"; y que transcribiendo lo que anota el a quo se limita a decir que la afiliación al Seguro que por la época del parto de María Stella Montoya en contra no es prueba contundente del abandono del esposo y de las relaciones sexuales de Fabiola con Hernán Arango, no obstante lo cual la afiliación si bien nada prueba sí infirma y contrarresta los testimonios de abandono definitivo de Montoya del hogar conyugal.

Según el recurrente, estos certificados demuestran que Montoya no tenía abandonado en forma definitiva, que es la que exige la ley, su hogar conyugal;

f) Refiriéndose el acusador a los testimonios que cita la sentencia, "en respaldo del presunto abandono definitivo del hogar conyugal" de Montoya, y también a otros presentados por la parte demandante, critica las exposiciones de Pedro Pablo Garcés, Horacio Palacio Palacio, Eugenio Ochoa, José Fabio Ochoa, Dionisio Arango Ochoa, Antonio Tamayo Correa, Luis Hernando Jaramillo, Héctor Egidio Uribe, Mariela Viveros, Ismael de Jesús Taborda, José Miguel Echeverri, Margarita Ramírez Zapata, Bernardo de Jesus Franco Posada, Alicia Franco Posada, Arturo de Jesús Quintero Naranjo, Camila Garcés de Uribe, Amantina Ramírez de Gómez, Manuel José Flórez Uribe, Efraín Antonio Pérez Arredondo y Octavio Mejía Montoya, para afirmar que "este examen de todos y cada uno de los testimonios que obran en este proceso lleva a la conclusión de que tales declaraciones no acreditan en modo alguno que Alfonso Montoya hubiera abandonado definitivamente el hogar conyugal que formó con Fabiola Montoya y menos con diez meses de anticipación al nacimiento de Stella Montoya. Al tener o acoger estos testimonios como prueba de ese supuesto abandono, la sentencia incurrió en una manifiesta contravidencia o un error ostensible de hecho".

Consideraciones de la Corte

1. Como quiera que la maternidad legítima admite prueba directa, no así la paternidad, se acude para establecer esta última a un juego de presunciones, una de derecho y otra de índole legal, pues mediante la primera se presume juris et de jure que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos, contados hacia atrás desde la media noche en que principió el día del nacimiento (Art. 92 del C. C.), y mediante la segunda, en armonía con la anterior, se presume juris tantum que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido: pater is est quem nuptiae demostrant. (Art. 214 del C. C.).

2. A pesar de que la presunción de la paternidad estriba en el deber de fidelidad de la mujer para con su marido, es posible que aquélla lo infrinja y establezca relaciones sexuales con persona diferente de su consorte, las cuales a la postre pueden dar lugar al nacimiento de un hijo cuyo verdadero padre resulta ser persona diferente del marido.

Ante esta circunstancia, el marido, o después de su muerte los ascendientes legítimos de éste, aunque no tengan parte alguna en la sucesión, los herederos y toda persona a quien la pretendida legitimidad le irrogare perjuicio actual, pueden impugnar, dentro de los términos legales, la filiación legítima. (Arts. 216, 217, 218, 219, 220, 221 y 222 del C. C.).

3. Ahora, el hijo, a quien por decisión judicial se le desconocía la calidad de legítimo, otrora no podía asumir la calidad de hija natural de mujer casada, pues sólo podían ser reconocidos como tales los que al tiempo de la concepción de sus progenitores, éstos se encontraban en condiciones de contraer matrimonio entre sí. Porque, los hijos de dañado y punible ayuntamiento, como los adulterinos, no podían ser reconocidos como naturales por mandato expreso del artículo 54 de la Ley 153 de 1887, que al efecto establecía: "los hijos naturales 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".

4. Como se considera que semejante sistema entrañaba una verdadera injusticia, como quiera que el hijo de mujer casada nacido de relaciones extramatrimoniales quedaba eliminado del status de hijo natural, la reforma del año de 1936, en el ánimo de reparar tan notorio desequilibrio social y familiar, sentó la regla de que el hijo concebido por mujer casada no podía ser reconocido como natural, "salvo que el marido lo desconozca y que por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo" (Art. 3º, Ley 45 de 1936).

Como fundamento de la reforma anterior y en lo que atañe a la posibilidad de que los hijos de mujer casada pudieran tener la calidad de naturales, cumplidas de-

terminadas exigencias, expresó el redactor del mencionado estatuto lo siguiente:

"Conforme al sistema derogado (artículo 54 de la Ley 153 de 1887), para que un hijo llegara a tener la calidad de natural era preciso, no sólo un acto de voluntad en el reconocimiento, sino que no hubiera nacido de dañoso ayuntamiento, esto es, que sus progenitores, al tiempo de la concepción, hubieran estado en capacidad de contraer matrimonio entre sí. De suerte que si uno de ellos estaba casado con persona distinta de aquélla con quien había el hijo, éste quedaba para siempre proscrito, era menos que paria, indigno de pertenecer a una sociedad a la cual llegaba en tan malas condiciones, aunque por sus capacidades y virtudes fuera superior a todos sus conciudadanos. En cambio, el padre adúltero podía estar seguro de su impunidad, de que la ley le amparaba su conducta, no asignándole ni siquiera la consecuencia de contribuir a darle abrigo al recién nacido. Esta era sin duda una de las monstruosidades más grandes, que hacían digna de fuego la legislación anterior. Porque se condenaba a la víctima y no al victimario. Al hijo, en efecto, ¿qué culpa puede atribuírsele en su procedencia, para que la sociedad lo reciba como a un delincuente o mucho peor, ya que el criminal tiene aptitudes para defenderse o hacerse defender, en tanto que aquél llega al mundo impotente en absoluto para proporcionarse elementos de vida? ¿Castigar en el hijo inocente el desvío de su padre consciente, no era un sistema oprobioso para el país?

"A tan odioso extremo llegaban, de un lado la animadversión cobarde contra las criaturas así nacidas, y, de otro, la complacencia de la ley para con los padres adúlteros, que si éstos en un sano movimiento de conciencia querían reconocer a sus hijos, no podían hacerlo a pesar de su buena voluntad, y si en calidad de padres querían alimentarlos, la ley no les obligaba a suministrar sino sólo 'lo necesario para la precisa subsistencia'.

"Ninguna manera más clara de establecer la ley dos cosas: la libertad desenfrenada para los padres de procrear en adulterio y la condenación del hijo, no a la muerte —lo que habría sido más humano— sino a la miseria física y moral en la infancia". (Derechos de los hijos naturales. Gustavo A. Valbuena).

5. Con el correr de los tiempos la reforma del año de 1936, en materia de filiación natural, fue apareciendo insuficiente y por tal virtud vino la del año de 1968, que en lo tocante con los hijos naturales de mujer casada, si bien reiteró el principio general de que no pueden ser reconocidos como naturales, dejó a salvo tres hipótesis que se consideraron necesarias para dar cabida a otras situaciones de hecho que no habían sido contempladas en el estatuto anterior.

En efecto se estableció mediante el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, que el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo estos tres casos:

1º Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

2º Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la investigación de la legitimidad en el Título 18º 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 fuera capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del Defensor de Menores, si fuere menor.

3º Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.

"El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el Juez de Menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta Ley, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el Juez Civil competente, por la vía ordinaria.

"Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo".

6. Sobre el mencionado precepto, cuando se discutía en el Senado, se dijo en la "ponencia para segundo debate" que fue uno de los más delicados y controvertidos y que "después de extensas consideraciones y fórmulas conciliatorias de diversas tesis, analizadas sin la menor prevención y con la mayor ponderación y responsabilidad en salvaguardiar de la familia legítima y defensa de los hijos naturales, se llegó a un acuerdo unánime y amplio sin ser ofensa para la legitimidad del hijo amparado por ella, le permite a él reclamar contra ella en cualquier tiempo, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido y la mujer abandonaron definitivamente el hogar conyugal, aunque no exista sentencia de separación o de divorcio".

7. Tal como quedó concebido el artículo 3º de la Ley 75, se tiene que no sólo el marido se encuentra facultado para atacar la legitimidad del hijo (Art. 216 del C. C.), sino que éste también goza de idéntica prerrogativa, como quedó diáfanamente expresado en los antecedentes de la referida ley y como lo tiene decidido la jurisprudencia de la Corte en sus sentencias de 9 de octubre de 1975 y 30 de julio de 1976, aún no publicadas.

8. Definido lo anterior, se tiene que cuando el nacimiento del hijo natural de mujer casada se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la mujer abandonaron definitivamente el hogar conyugal, bien puede el hijo, que no está en posesión de su verdadero estado civil, reclamar en cualquier tiempo contra la sedicente legitimidad. De suerte que el abandono definitivo del hogar conyugal, como presupuesto para la impugnación de la presunta legitimidad, puede tomar punto de partida en cualquiera de los cónyuges o en los dos, pues es indiferente que se realice originalmente por la madre o por el marido de ésta.

9. Al examinar el punto relativo al abandono del hogar conyugal acaecido en el matrimonio conformado por Alfonso Montoya y Fabiola del mismo apellido, lo pertinente de la prueba testimonial exterioriza que a pocos meses de haber contraído matrimonio, aquéllos se separaron definitivamente, pues no volvieron a convivir, y que luego de tal hecho la Montoya dió comienzo a las relaciones extramatrimoniales con Hernán Arango.

En efecto, la prueba testimonial incorporada al proceso y resumida en lo atinente al abandono del hogar conyugal, pone de manifiesto lo siguiente:

Pedro Pablo Garcés Díaz, dice que conoce a Fabiola Montoya desde que "estaba chiquito", a Alfonso Montoya "hace por ahí unos veinticinco o veintiséis años", a Stella Montoya "hace unos diez y ocho o diez y nueve años", y a Hernán Arango "desde chiquito". Afirma que Fabiola se casó con Alfonso Montoya y que le "tocó ir con el hermano de ella Fabio Montoya a traerla de Andes cuando se separó de Alfonso, pues se separaron a los poquitos días, yo creo que por ahí unos tres o cuatro meses duraron juntos, estaban muy recién casados cuando se separaron", y después de eso "nunca" volvieron a convivir.

Horacio Palacio Palacio, quien declaró en el año de 1971, expresa que aunque no sabe la fecha exacta en que se separaron Fabiola y Alfonso, sí "hace más de veinte años" y no volvió a verlos juntos.

Dionisio Arango Ochoa, declara que debido a la incapacidad de Alfonso para sostener a Fabiola y a los malos tratos que le daba, ésta "tuvo que abandonarlo a los tres meses aproximadamente después del matrimonio", luego de lo cual aquélla dio comienzo a las relaciones sexuales con Hernán Arango.

Antonio Tamayo Correa, afirma que Alfonso Montoya, "se perdió de aquí de Envigado, no estoy bien si fue a fines del 47 o a principios del 48".

José Miguel Mejía Echeverri, dice que él tenía un almacén contiguo a la casa de Fabiola Montoya, cuando ésta "se casó con ese muchacho Montoya; ellos duraron unos pocos meses, cuatro o cinco; él llegaba era a peliar. El hombre se perdió y no volví a saber nada de él... Ya después entablaron relaciones Hernán Arango y Fabiola".

Bernardo de Jesús Franco Posada, sostiene que "vivieron muy poco tiempo juntos Fabiola y Alfonso. Después de eso ellos no volvieron a vivir juntos". "Sé que Alfonso no volvió a vivir con ella, y que ésta le ha tocado trabajar para sostener esas muchachitas...".

Camila Garcés de Uribe, refiere que Al-

fonso y Fabiola "duraron muy poco tiempo de casados", pues considera "que no vivieron ni el año juntos".

Octavio Mejía Montoya declara que tiene "cuarenta y cinco años y lo que hace que me conozco, yo no le conocí otro hombre diferente a Fabiola que a Hernán Arango, no se si tendrá o no marido".

Eugenio Ochoa, quien rindió declaración en el año de 1971, igualmente afirma que Alfonso no vivió con Fabiola "sino por ahí unos dos o tres meses", y que de todos modos "hace más de veinte años que se separaron y desde ese entonces no volví a ver" al citado Alfonso Montoya.

10. Si la anterior prueba de índole testimonial, examinada de conjunto y con sujeción a las reglas de la sana crítica, evidencia que Alfonso Montoya y Fabiola Montoya, a pocos meses de haber contraído matrimonio, abandonaron definitivamente el hogar conyugal, y a esta misma conclusión llegó el juzgador ad quem, diáfanamente se infiere que no cometió el error de hecho que se le imputa en la estimación de la prueba.

11. Como también sostiene la censura que el sentenciador incurrió en yerro fáctico, por cuanto no vio dos certificaciones expedidas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, alusivas a que Luis Alfonso Montoya Jaramillo figuró como afiliado a esta entidad en distintas épocas y que por razón de ese hecho se le prestó a su cónyuge Fabiola Montoya el servicio de maternidad el 28 de febrero de 1953, o sea, en el parto de su hija Stella, cabe notar que tales documentos si fueron apreciados por el sentenciador, cuando concretamente afirmó en el fallo que "la afiliación al Seguro Social que por la época del parto de Stella tenía Alfonso Montoya, no es prueba contundente en contra del abandono por él realizado".

12. Finalmente, en lo que toca con los interrogatorios de parte rendidos por Alfonso Jaramillo, el uno previo al proceso y el otro en él, respecto de los cuales el recurrente expresa que de ser estimados como prueba el primero se incurriría en error de derecho, al no aparecer suscrita la diligencia por el absolvente, tal yerro desaparece, si acaso no fue una omisión de la copia de las diligencias, ante la presencia de otras pruebas que ponen de manifiesto el abandono definitivo del hogar conyugal ocurrido entre Fabiola y Alfonso, y por demás, si el absolvente en el segundo interrogatorio se refirió al primero, tal afirmación permite claramente inferir que el absolvente aceptó haber rendido el otro interrogatorio.

De suerte que como no aparecen demostrados los yerros que se le achacan al sentenciador, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo es por violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1936, ordinales 4º y 6º de la Ley 75 de 1968, y por falta de aplicación del inciso primero del artículo 3º de la misma Ley 75 de 1968, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

1. Se inicia la acusación con la transcripción de algunos pasos de la sentencia impugnada, para expresar luego que si Stella Montoya nació a las 4 y 25 de la tarde del 28 de febrero de 1953, la concepción de la misma debió producirse en uno de los 120 días corridos entre el 28 de abril y el 28 de agosto de 1952; y que como Luis Alfonso Montoya, en interrogatorio de parte, afirma que durante su matrimonio con Fabiola Montoya vivió con ésta hasta el embarazo de su hija María Stella, la última tiene por padre al referido Luis Alfonso.

2. Abordando el casacionista el yerro fáctico cometido por el sentenciador de segundo grado, lo apoya en las siguientes afirmaciones:

a) Que Alfonso Montoya, en interrogatorio de parte, expresa que durante el matrimonio con Fabiola nacieron dos hijas, y siempre ha considerado a María Stella como su hija legítima; que en el nacimiento de Stella, su madre María Fabiola fue atendida en la Clínica del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales de Medellín, por estar el absolvente afiliado a dicha entidad; que sólo después de la muerte de Hernán Arango vino a oír comentarios de que la citada Stella era hija natural de aquél; que no es cierto que sólo vivió con su esposa Fabiola unos meses, pues permaneció con ella hasta cuando ésta se hallaba embarazada de su hija Stella;

b) Que Fabiola Montoya en interrogatorio de parte, dijo que tuvo relaciones estables y permanentes con Hernán Arango "desde fines de 1952 hasta que murió", o sea, que la citada Montoya vivió con su legítimo marido hasta fines del año antes referido; que luégo si dio comienzo a las relaciones extramatrimoniales con Hernán Arango, y en febrero de 1953 nació la tantas veces citada Stella.

Entonces, agrega el censor, como el juzgador ad quem no tuvo en cuenta las anteriores confesiones de los cónyuges Montoya, incurrió en error manifiesto de hecho;

c) Que con los testimonios de Carlos García, Pedro Pablo Garcés, Horacio Palacio P., Eugenio Ochoa Restrepo, José Fabio Ochoa Pareja, Dionisio Arango Ochoa, Antonio Tamayo Correa, Luis Hernando Jaramillo, Héctor Egidio Uribe, Mariela Viveros de Henao, Ismael de Jesús Taborda, José Miguel Mejía Echeverri, Bernardo de Jesús Franco Posada, Alicia Franco Posada, Camila Garcés Uribe, Amantina Ramírez de Gómez, Manuel José Flórez Uribe, Efraín Antonio Pérez Arredondo, Martha Lina Gil Arroyave, Octavio Mejía Montoya y Alfonso de Jesús Restrepo, no se acreditan las relaciones sexuales entre Hernán Arango y Fabiola Montoya por la época en que según la ley debió ocurrir la concepción, es decir, entre el 28 de abril y el 28 de agosto de 1952, pues algunos declarantes desconocen las relaciones, otros no las ubican en el lapso antes mencionado y otros las refieren por comentarios que hacían algunas personas.

Resumiendo el impugnador sus reparos, afirma que "de los veintitrés testimonios cuyos pasos pertinentes se han extractado, sólo hay seis que hacen referencia a las relaciones sexuales entre Hernán Arango y Fabiola Montoya. Son ellos, Miguel Mejía Echeverri, Margarita Ramírez Zapata, Bernardo de Jesús Franco Posada, Pedro Pablo Garcés, Dionisio Arango Ochoa y Camila Garcés de Uribe".

3. A continuación acomete el censor nuevo examen de los seis testimonios antes referidos, y respecto de Pedro Pablo Garcés dice que éste no sabe cuándo empezaron las relaciones entre Hernán y Fabiola, porque el declarante apenas refiere que ello debió suceder entre 1952 y 1953. Con relación a Dionisio Arango expresa que a pesar de que éste alude a que las relaciones comenzaron un año antes de nacer Stella, desconoce cuándo ocurrió este hecho, lo cual demuestra "vaguedad e imprecisión". En lo que toca con José Miguel Mejía, sostiene que este declarante alude a las relaciones por comentarios, y aunque señala que pudieron ocurrir a principios de 1952, ignora cuándo nació Stella. Refiriéndose al testimonio de Margarita Ramírez, dice que ésta es enemiga de Amalia Arango y es contradictoria porque señala dos fechas de iniciación de las relaciones sexuales ocurridas entre Fabiola y Hernán. En lo que atañe al dicho de Bernardo de Jesús Franco Posada, afirma que si bien el declarante refiere la existencia de una amistad íntima entre Hernán y Fabiola, "no sabe que tuvieron relaciones sexuales, ni tampoco la fecha en que se inició aquella amistad". Finalmente sostiene el censor que la declarante Camila Garcés de Uribe "habla también de las relaciones sexuales entre Hernán y Fabiola" y que "tales relaciones se iniciaron cuando ésta abandonó al marido"; que tuvo conocimiento de estas relaciones porque el propio Hernán se las comunicó y porque Fabiola le dijo que no había tenido relaciones con su marido antes de nacer Stella. Este testimonio —continúa el recurrente— tampoco puede ser admitido como prueba de las relaciones sexuales que pudieron existir entre Hernán y Fabiola por la época en que ocurrió la concepción de Stella Montoya.

4. El casacionista concluye la acusación así:

"Los testimonios que se dejan extractados no comprueban, en particular ni en conjunto, las relaciones sexuales entre Hernán Arango y Fabiola Montoya por la época en que debió producirse la concepción de la demandante Stella Montoya. La sentencia dio por demostradas las relaciones sin prueba que las acredita de manera plena, cometiendo así un ostensible error de hecho. Este yerro condujo a la misma sentencia a quebrantar indirectamente los preceptos sustanciales anotados al declarar que Stella Montoya es hija natural y heredera de Hernán Arango Ramírez. Dicho fallo aplicó indebidamente esas normas sustanciales.

"A lo dicho cabe agregar que la corres-

pondencia traída al proceso tampoco prueba las relaciones dichas, pues en ella no hay una sola palabra o frase que haga alusión a las mismas relaciones ni a la causal de posesión notoria del estado de hija natural. Esas cartas no revelan sino una amistad entre quienes se las cruzaron, pero jamás un vínculo de filiación. Lo propio cabe decir de las fotografías que también se incorporaron en el proceso. No hay razón para pensar que la sentencia fundó en estos documentos la declaración de paternidad natural, porque no los cita; pero si se considera o se concluye que los tuvo en cuenta y los admitió como prueba, fuerza es admitir que, por este aspecto, cometió otro error manifiesto de hecho".

La Corte considera:

1. Atacada por el hijo la presunta legitimidad, no es óbice para que a esta pretensión acumule la de paternidad natural, pues así lo tenía definido la doctrina de la Corte antes de entrar en vigencia la Ley 75, y hoy con ésta menos dificultad se ofrece, porque en el mencionado estatuto se preceptúa que a la reclamación por el hijo contra la legitimidad aparente, éste puede acumular "la de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el Juez Civil competente, por la vía ordinaria" (artículo 3º, aparte final).

2. En el punto de investigación de la paternidad natural, el hijo para definir y demostrar este estado, puede acudir a una de las tantas causales o presunciones de filiación establecidas en la ley, como por ejemplo, las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre realizadas por la época en que según la ley se presume que ocurrió la concepción (Art. 4º, Ley 75 de 1968).

3. De conformidad con la causal antes referida, la Ley 75 apenas exige demostrar, a quien la alega o invoque, que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar su concepción. No se requiere ya, como fuera presupuesto otrora, que las relaciones tengan la calidad de estables y notorias, pues como lo tiene afirmado la doctrina de la Corte, "actualmente, si se demuestra que entre el demandado y la madre existieron relaciones de la estirpe indicada durante la época en que ocurrió la concepción del hijo, ese hecho es base suficiente para inferir y declarar judicialmente, con solo apoyo en él, la paternidad natural respectiva" (Casación Civil, 14 de septiembre de 1972. Tomo CXLIII, página 148).

4. En este orden de ideas, si con los medios de convicción únicamente se deben demostrar las relaciones sexuales y la realización de las mismas por la época en que debió ocurrir la concepción, no es indispensable, como lo tiene dicho la Corte, que se establezca con precisión cuándo comenzaron y terminaron las referidas relaciones. Sólo basta, se repite, acreditar que se verificaron en el lapso de la concepción. Sobre esto ha dicho la corporación que no es necesario "que la demanda y la prueba de las relaciones sexuales precise la fecha en que comenzaron y terminaron éstas. La Corte ha dicho que basta que la época de la concepción esté comprendida dentro del lapso de las relaciones, sin que sea imprescindible determinar fijamente los extremos de aquélla. Así aparece de la casación de 20 de junio de 1950 (LXVII, 2033, 412), y en posteriores sentencias la Corte lo ha repetido". (Casación Civil 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, pág. 172).

5. Haciendo una incursión a los medios de convicción, especialmente de índole testimonial, mediante ellos se pone de presente que entre Fabiola Montoya y Hernán Arango existieron relaciones sexuales al poco tiempo de haber sido abandonada aquélla por su legítimo esposo Alfonso Montoya y que, cuando menos, tales relaciones comenzaron con un año de antelación a la fecha del nacimiento de Stella.

En efecto:

Pedro Pablo Garcés Díaz refiere que como conductor de taxi le correspondió llevar a Fabiola "hace unos veinticinco años" a un sitio que llaman "Nuevo Mundo" a reunirse con Hernán; sobre las relaciones sexuales entre éstos "cree que eso lo sabe el pueblo entero, pues yo creo que uno no se encierra en una casa de citas a hacer cosas buenas. Yo los llevé como desde el año cincuenta y dos", "infinidad de veces", durante cuatro años, hasta que Hernán compró un jeep y no me volvió a ocupar; "en ocasiones los esperaba y en otras ve-

ces volvía por ellos"; allí "muchas veces se quedaban las mañanas enteras o los medios días"; "ellos se encerraban en una pieza"; "creo que de esas relaciones nació esa niña Stella, porque Hernán me lo manifestó muchas veces; pues "a los siete u ocho meses de estar llevando a Hernán y a Fabiola a 'Nuevo Mundo', él me dijo que ella había quedado en embarazo... aquélla ya quedó, ahí me encarté"; después de nacer Stella, Hernán la sacaba en el carro".

Eugenio Ochoa Restrepo, quien rindió testimonio en el año de 1971, expresa que Fabiola Montoya "hace unos veinte años entabló relaciones con Hernán Arango... y después nació la niña Stella, la cual todo el mundo comentaba que era hija de Hernán; desde que empezaron las relaciones "veía a Hernán que iba casi a diario a la casa de Fabiola" y salía permanentemente con ella cuando compró el jeep; que según su criterio "el verdadero padre de esa niña es Hernán Arango, porque ningún hombre no carga ni sale con una criatura con tanto afecto y cariño", como lo hacía el citado Hernán con Stella.

Dionisio Arango afirma que las relaciones sexuales entre Hernán y Fabiola comenzaron "antes de un año del nacimiento de Stella"; que Hernán y Fabiola salían a las carreteras, unas veces solos y otras acompañados; que cuando "Stellita estaba grandecita, salían con ellos"; que "desde antes de nacer Stellita, Hernán le iba llevando la cuenta a Fabiola, y como conmigo tenía confidencias especiales, me decía que estaba esperando un niño, que él tenía la seguridad que era hijo de él. Luego no a mí sólo, sino a muchas personas, nos ofreció su hija".

Mariela Viveros declara que Fabiola se encerraba en un garaje con Hernán, lo cual observaba desde su casa; que en Envigado "se ha tenido a Fabiola como la moza de Hernán"; que las relaciones sexuales ocurrieron "antes del embarazo" de Fabiola; que salían a pasear a la Costa; que aunque no le tocó presenciar directamente las relaciones, ella infiere la realización de las mismas, porque Fabiola le llevaba comida a Hernán a un garaje, y "era hasta descarada, pues se iba con una hija de ella que dejaba esperando ahí en la puerta y ella se encerraba con él".

José Miguel Mejía Echeverri expresa que dos años antes de nacer Stella principiaron las relaciones sexuales entre Hernán y Fabiola, o sea, más o menos "del cincuenta y dos en adelante"; que lo único que sin lugar a dudas afirma "es que ante Dios y ante todos los envigadeños, esa muchachita era hija de Hernán, reconocida por él y por todo el pueblo"; que a pesar de que no presenció directamente las relaciones, por "los comentarios y lo que uno veía, era lo que se dice vulgarmente, un par de tipos que vivían enmozados".

Bernardo Franco Posada refiere que aunque no le consta personalmente la existencia de relaciones sexuales entre Hernán y Fabiola, que "aquí en este pueblo —Envigado— la vox populi ha sido que esa niña es hija de Hernán pero no porque yo lo pueda decir; la verdad es que no le he conocido amistad con nadie más. Fue una amistad con Hernán, permanente hasta el momento de la muerte de él, esa amistad había empezado como unos cuatro años antes del once de marzo de mil novecientos cincuenta y tres: todo el mundo se daba cuenta de eso, ellos salían con mucha frecuencia a pasear, casi cada ocho días, en un carro de propiedad de él, creo que hasta la Costa estuvieron, iban con mucha frecuencia a La Ceja, Rionegro. La verdad es que se querían y se respetaban como si fueran marido y mujer, ella se afanaba bastante por él y él por ella. El trato y el cariño de Hernán para Stella sí era igual al que uno puede tener para con una hija, pero no sé si él se hubiera hecho cargo de la obligación, no sé si haya visto por ella. Era tan especial ese trato y cariño, que Hernán siendo mi amigo era muy mal genio, muy bravo, y cuando llegaba la niña Stella él se calmaba y se dedicaba era a acariciarla y a ajonjoliarla" (sic).

6. Con la prueba antes referida, fuera de que existen en el proceso otros medios de convicción, que cuando menos le servirían de elemento corroborante, con facilidad se concluye que Stella Montoya es hija natural de Hernán Arango y Fabiola Montoya, habida consideración de que entre éstos existieron relaciones sexuales por la época en que según la ley se presume que ocurrió la concepción de aquélla. Y, como a idéntica conclusión llegó el *ad quem* en la apreciación de la prueba antes analizada,

no pudo éste cometer el yerro fáctico que se le endilga.

7. Por último, como también afirma el recurrente que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente al apreciar la prueba de interrogatorio de parte rendido por Fabiola Montoya, por cuanto ésta afirma que sus relaciones sexuales con Hernán Arango comenzaron a fines de mil novecientos cincuenta y dos y el nacimiento de Stella se produjo en febrero de mil novecientos cincuenta y tres, lo cual indica que las aludidas relaciones no se presentaron en el lapso en que pudo ocurrir la concepción, cabe expresar que interpretada la mencionada prueba de conjunto, como debe ser y lo tiene dicho la doctrina de la Corte (Casación Civil 25 de febrero de 1974, aún no publicada), y no cada respuesta o en forma desarticulada, como lo pretende el censor, las aludidas relaciones, según el interrogatorio, comprenden el período de la concepción, y aún un lapso anterior, pues la absolvente afirma en varias respuestas que Hernán y ella se comportaron como marido y mujer "desde mil novecientos cincuenta o mil novecientos cincuenta y uno".

Viene de lo dicho, que no encuentra la Corte los errores de hecho que el recurrente le enrostra al Tribunal en la apreciación que éste hizo de la prueba incorporada al proceso.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 14 de noviembre de 1974, en el proceso ordinario de Stella Montoya contra Luis Alfonso Montoya y Amalia Arango Ramírez.

Costas a cargo de la parte recurrente en casación.

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

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

Angel Antonio Cardozo, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TRANSPORTE

Confesión: su calificación corresponde al juzgador de instancia.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 28 de mayo de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este proceso ordinario instaurado por José Martín Cabarcas Mendoza frente a la empresa "Rápido del Litoral Limitada".

I

El litigio

1. Mediante libelo de 15 de noviembre de 1973, que en repartimiento correspondió al Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, el citado José Martín Cabarcas Mendoza demandó a la sobredicha sociedad "Rápido del Litoral Ltda.", a fin de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la entidad demandada debe pagar al demandante, seis días después de ejecutoriada la sentencia que así lo decida, la suma de cien mil novecientos pesos ($ 100.900.00), valor correspondiente al precio de las mercaderías que éste entregó a aquélla para transportarlas de Barranquilla a Maicao;

b) Que se la condene a pagarle además un 25% de dicha suma, por concepto de lucro cesante causado por la pérdida de las mercancías dichas; y

c) Que igualmente la demandada debe pagar al demandante las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante invocó como causa petendi de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) Que Cabarcas Mendoza, como desde tiempo atrás lo acostumbraba en su actividad comercial, contrató los servicios de la empresa "Rápido del Litoral Ltda.", domiciliada en Barranquilla y representada por su gerente Juan Miguel Griego Ospina, a fin de que le transportara hasta la ciudad de Maicao, en donde debían ser entregados a Argemiro Redondo, 1.440 molinos marca "Corona";

b) Que ajustado el contrato, el demandante entregó al transportador en sus oficinas de Barranquilla la mercancía debidamente "empacada en varias cajas", las que debían salir de allí el 27 de septiembre de 1973 y ser entregadas a su destinatario "a más tardar el 30 del mismo mes";

c) Que como el 10 de octubre siguiente Cabarcas Mendoza recibió comunicación escrita de Argemiro Redondo, en la que le hacía saber que aún no había recibido la mercancía, aquél procedió a requerir al gerente de la compañía transportadora, quien, como explicación del incumplimiento, le expresó entonces "que el chofer del vehículo en el que se remitió la mercancía, se encontraba detenido en Maicao"; y

d) Que las mercaderías objeto del contrato de transporte convenido tenían entonces un valor comercial de $ 100.000.00.

3. En su oportuna contestación a la demanda, la empresa demandada se opuso a las pretensiones de su demandante.

En cuanto a los hechos invocados en ella los reconoció como ciertos, pero agregó, a intento de fundar la oposición, "que el transporte de la mercancía se efectuó en el

camión de placas TP-1846 del cual ni la empresa demandada ni su gerente son propietarios, ni arrendatarios, ni tienen sobre él, a ningún título, un control efectivo". Añadió que este automotor pertenecía a Felicia de Bohórquez, y que estaba afiliado a la empresa "Transportes Andrés Molina Ltda.".

En esa misma oportunidad la demandada denunció el pleito a las dos personas últimamente citadas, pero la denunciación no se admitió por haberse presentado huérfana de pruebas.

4. Surtido que fue el trámite de la primera instancia del proceso, el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 17 de septiembre de 1974, mediante la cual condenó a la entidad demandada a pagar al demandante "los perjuicios causados por el incumplimiento en la ejecución del contrato de transporte", cuyo monto ordenó liquidar en incidente posterior y sobre las bases que allí determinó.

5. Por virtud de apelación interpuesta contra esa providencia por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el que, en fallo de 28 de mayo de 1975, confirmó el apelado e impuso las costas de la instancia a la parte apelante.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y de compendiar el trámite de las instancias del proceso, capítulo en el cual hace énfasis en la posición asumida por la sociedad demandada, el Tribunal de Barranquilla, refiriéndose a las pruebas practicadas y con base en ellas, da por demostrados suficientemente los siguientes hechos:

a) La celebración del contrato de transporte entre las partes para conducir de Barranquilla a Maicao "doscientos cartones de molinos para maíz y cuarenta cartones de molinos para carne"; b) La entrega de la mercancía por el demandante a la demandada, representada por su gerente Juan Miguel Griego Osorio; c) La aceptación de la sociedad transportadora de que ella "encomendó al transporte de esa mercancía al camión de placas TP-1846", muy a pesar de que expresó no tener sobre éste "ningún control efectivo"; y e) Finalmente el incumplimiento de la compañía transportadora, puesto que, dice el ad quem, "está demostrado que la mercancía no se entregó al destinatario de Maicao, lo cual dio origen a la respectiva denuncia penal por el delito contra la propiedad".

2. Amparado en tales hechos, asevera el Tribunal que sí se configura la responsabilidad civil que en la demanda se le imputa a la sociedad demandada, y que, por consiguiente, corresponde sostener la sentencia de primera instancia que así lo reconoce.

Prohijando el juicio del a quo en el punto, dice el Tribunal que "no es el caso de condenar al pago de una suma determinada, por cuanto ésta no aparece demostrada fehacientemente con pruebas suficientes dentro del proceso, y la suma pedida en el libelo de la demanda no fue aceptada por el demandado"; que, por consiguiente, se debe imponer in genere la condenación deprecada.

3. Refiriéndose a las razones que como eximentes de su responsabilidad alegó la demandada, el Tribunal las rechaza, pues dice que conforme al artículo 984 del Código de Comercio el transportador puede encargar a terceros la conducción contratada, "pero bajo su responsabilidad", de la cual sólo se puede exonerar en los casos previstos en la ley.

Y que en el presente caso no hay prueba de hechos que eximan al demandado, "toda vez que no se acreditó la diligencia y cuidado en el escogimiento de la persona a quien encargó la conducción, y contrario a esa prueba, confesó que no tenía ningún control efectivo sobre ella, y por tanto no suministró la prueba de la diligencia y cuidado que debía emplear".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la empresa demandada. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la

recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, que la Corte procede a examinar y despachar en conjunto por venir fundados en razones sustancialmente parecidas.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 981, 982, 984, 1030 y 1031 del Código de Comercio, "a causa de errores de derecho manifiestos en los autos y originados en la errónea o equivocada apreciación de la contestación de la demanda".

El censor denuncia, como violación medio, la de los artículos 198 y 200 del Código de Procedimiento Civil.

2. En desarrollo del cargo el recurrente, luego de transcribir el aparte de la contestación a la demanda en el cual la demandada expresa que sí pactó el contrato de transporte, pero que la conducción de la mercancía la encomendó a un vehículo sobre el cual no tenía control eficaz, asevera que esta confesión indivisible fue tomada como divisible por el Tribunal, y que con apoyo en ella dedujo responsabilidad para la demandada.

Expresa, concretando el yerro que denuncia, que el Tribunal, "al apreciar la confesión del señor apoderado judicial de la parte demandada respecto al hecho de la solicitud de servicio de transporte a la sociedad Rápido del Litoral Ltda., por el actor, no la apreció con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, como es el relativo a que el servicio no fue prestado por la sociedad, ni por su cuenta y responsabilidad a través de un tercero en la utilización del camión de placas TP-1846 'del cual ni la empresa demandada ni su gerente son propietarios, ni arrendatarios, ni tienen sobre él a ningún título un control efectivo'".

Cargo segundo

1. Lo destina el censor a acusar la sentencia como violatoria, también por vía indirecta y por aplicación indebida, de los mismos textos legales que denuncia como quebrantados en el cargo anterior, "a causa de errores de hecho y de derecho manifiestos en los autos, originados en la equivocada apreciación de unas pruebas".

2. En desarrollo del cargo el impugnador, luego de determinar las pruebas que a juicio suyo fueron erróneamente apreciadas por el sentenciador, dice que éste hizo derivar la responsabilidad de la compañía demandada del hecho de que ella, al contestar la demanda, confesó haber ajustado el contrato de transporte para conducir de Barranquilla a Malcao 200 cartones de molinos para maíz y 40 cartones de molinos para carne.

Añade que si bien en dicha contestación está la confesión del contrato referido, "de ella, (confesión) no se deriva la confesión de que el servicio solicitado por Cabarcas se le hubiera prestado por la sociedad Rápido del Litoral Ltda., por sí misma o mediante la utilización de vehículos pertenecientes a terceros"; que en esa contestación, al contrario de lo que el ad quem dedujo, "se negó enfáticamente el hecho de que se le hubiera encomendado bajo su responsabilidad, el transporte de la mercancía referida al conductor del camión de placas TP-1846". Como el Tribunal, agrega la censura, para deducir la responsabilidad de la demandada apreció la confesión de ésta, "pero sin detenerse a considerar o a apreciar las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, tales como los relativos a que el servicio no se prestó por la sociedad, ni por su cuenta y responsabilidad a través de un tercero en la utilización de un camión... resulta equivocada en derecho la apreciación" de la contestación a la demanda.

3. Continuando en el desenvolvimiento del cargo, asevera el censor que también incurrió "en error de derecho" el ad quem al apreciar el testimonio de Fanny Leonor Griego de Ríos, "en cuanto a que con dicha prueba, se pretendió probar el contrato de transporte y las obligaciones del transportador originadas del mismo, sin mediar documento o un principio de prueba por escrito", "con la consiguiente infracción, como violación medio, del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil".

Añade que en su declaración esta testigo, se limitó a afirmar que el 27 de septiembre de 1973 salió para Maicao un camión con 240 cartones de molinos despachados por José Cabarcas; que de este hecho no puede inferirse, sin embargo, la existencia del contrato de transporte entre los sujetos aquí en litigio, pues la declarante "no hace referencia alguna a los elementos estructurales del contrato de transporte, y, además, claramente identificó el camión en que se hizo el transporte, con la expresión del nombre del propietario, sin que hiciera manifestación alguna respecto a que el transporte, en el camión del tercero, se hubiera realizado por cuenta y bajo la responsabilidad de la sociedad demandada".

4. Cree el censor, y así lo afirma, que como en la demanda inicial del proceso, en relación con los documentos visibles a folios 8º, 10 y 11 del cuaderno número 1, "no se afirmó estar suscritos o haber sido manuscritos por la parte a quien se opusieron", no son auténticos y que por tanto el sentenciador incurrió en error de jure al apreciarlos como prueba de la entrega de la mercancía.

5. Finalmente, dice el impugnador que el Tribunal incurrió en yerro de facto al dar por demostrada la inejecución del contrato, la no entrega de la mercancía por el transportador al destinatario, con la carta que éste dirigió al demandante, puesto que, explica, tal misiva "tenía como finalidad poder tener bases para la demanda, y no como la comunicación sincera, la noticia, el aviso de que la mercancía no había llegado al destinatario".

Se considera

1. Al estatuir el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil que la confesión, como medio de prueba, debe ser aceptada por el juez "con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe", sienta como regla general su indivisibilidad; pero al agregar luego esta misma norma que "cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente", consagra, como excepción al principio indicado, la divisibilidad de la confesión.

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

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

Por cuando la ley deja al arbitrio de los jueces el análisis de la confesión para calificarla de indivisa o dividua, según que de su contenido encuentren que el hecho añadido como explicación tenga o no conexión íntima con el confesado; que los dos sean inseparables o separables, el juicio que en el punto se forme el fallador es intocable en casación, a menos de que aparezca ostensiblemente contraevidente con la realidad objetiva que la prueba muestra. Así lo ha dicho insistente y reiteradamente la Corte, como puede verse, entre otras, en las siguientes publicaciones de la Gaceta Judicial: LXXVIII, 368; LXXX, 757; XCIII, 154.

3. De lo dicho se sigue que el cargo primero de la demanda de casación que aquí se estudia, fundado en el "error de derecho" que la censura le endilga al Tribunal al calificar como divisible una confesión

indivisible, no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario; y que ello es razón suficiente para su rechazo. Si el Tribunal de Barranquilla hubiere estimado como divisible la confesión contenida en la contestación a la demanda, siendo indivisible, ese presunto yerro sería de hecho y no de derecho, y así debió plantearlo el recurrente.

Pero es que, según se infiere del contexto de su sentencia, el ad quem, contrariamente a lo que sostiene la censura, estimó la confesión contenida en la contestación a la demanda como indivisible y así la apreció con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones el hecho confesado. Dijo en efecto, apoyándose en tal prueba, que la ejecución del contrato de transporte reconocido por la demandada se había hecho por elección suya en un vehículo que no pertenecía a ésta, ni que estaba afiliado a ella. Y si ciertamente dijo, después de reconocer que había celebrado el contrato, "pero el transporte de la mercancía se efectuó en el camión de placas TP-1846 del cual ni la empresa demandada ni el gerente son propietarios", el juicio del sentenciador no puede calificarse de arbitrario.

Partiendo, pues, de una confesión que tomó como indivisa, y que en rigor jurídico tiene tal carácter, el ad quem estimó aplicable al caso sub judice el artículo 894 del Código de Comercio, puesto que dijo que la entidad "Rápido del Litoral Ltda." había encargado legítimamente a un tercero la conducción de la mercancía; pero que, al desaparecer ésta, no era procedente exonerar de responsabilidad a la demandada porque no demostró que la pérdida se hubiera debido a fuerza mayor, a vicios de la cosa transportada, o a la culpa imputable al remitente o al destinatario. Su conclusión, pues, se ajusta a las situaciones de hecho en que se edifica el litigio y guarda absoluta congruencia con la preceptiva legal pertinente.

4. Si, pues, la estimación que en su fallo hizo el ad quem de la confesión contenida en la contestación a la demanda, ha salido ilesa de los ataques que contra ella formula el recurrente, el yerro de derecho que éste denuncia frente a la apreciación del testimonio de Fanny Leonor Griego, en caso de existir, resultaría claramente intrascendente, puesto que aún prescindiendo de esta prueba la resolución de la sentencia combatida continuaría sólidamente apoyada en la confesión.

Y es que, además, ese presunto yerro de jure no aparece, desde luego que no existiendo legalmente restricción probatoria para demostrar el contrato de transporte de cosas y las obligaciones que de él emanen, su establecimiento puede hacerse aún con la prueba testimonial, tanto más si, como ocurre en el presente caso, la testigo, por razón del cargo que desempeña en la compañía demandada —Secretaria del Jefe de Despachos—, está en la posibilidad de deponer con pleno conocimiento de causa sobre los hechos atinentes a la celebración del contrato de transporte.

5. Las órdenes números 3678, 3679 y 3680 de 26 de septiembre de 1973, que se adjuntaron a la demanda inicial del proceso para justificar la entrega de las mercancías por el remitente a la compañía transportadora, se hallan todas firmadas por un funcionario de ésta. Y como frente a ellas no se formuló tacha de falsedad alguna, deben presumirse auténticas según lo establecido por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, el yerro de derecho que en punto de la apreciación de dichos tres documentos le enrostra la censura al sentenciador resulta infundado.

6. Para deducir la no entrega de la mercancía por el transportador al destinatario, el Tribunal se apoyó, a más de la carta dirigida por Argemiro Redondo a Cabarcas Mendoza, en otros elementos de prueba que la censura no ataca y que por ello, continúan prestándole apoyo suficiente a la resolución de la sentencia en el punto.

Por otra parte, entrañando la no entrega la afirmación de un hecho negativo indefinido, su aseveración por el demandante relevaba a éste de su prueba (Art. 177 C. de P. C.), desplazando la carga de su demostración hacia la demandada quien sí podía probar, y sin embargo no lo hizo, el hecho positivo contrario, es decir, que sí había entregado al destinatario las mercaderías materia del contrato de transporte.

7. Corolario de las precedentes consideraciones es el de que los dos cargos formulados contra la sentencia resultan infundados; y así habrá de declararlo la Corte.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

Angel A. Cardoso, Secretario.

FILIACION NATURAL

Causal 5ª.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de marzo de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario de Luz Edme Londoño de Yunis contra Jaime Londoño Mesa.

Antecedentes

I. Por libelo de 12 de agosto de 1971 solicitó la mencionada demandante que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que Luz Edme Londoño Orrego de Yunis es hija natural de Jaime Londoño Mesa;

b) Que como consecuencia, Londoño Mesa "adquiere para con su hija natural" las obligaciones inherentes a la calidad de padre;

c) Que se condene al demandado al pago de las costas del proceso.

II. La pretensión anterior descansa en los elementos de hecho que a continuación se compendian:

a) Que por el año de 1933 iniciaron relaciones Jaime Londoño Mesa y Aura Orrego Zapata, las cuales en principio tuvieron el carácter de noviazgo y posteriormente se convirtieron en sexuales y, como consecuencia de ello, nació Luz Edme Londoño de Yunis el 22 de diciembre de 1936;

b) Que Londoño Mesa, durante el período del embarazo de Aura, asumió todas las obligaciones que su condición de futuro padre le imponía, pues fue de su cargo el pago del canon de arrendamiento "de la casa, sustento, vestido, atención médica, etc., para con Aura";

c) Que después del nacimiento de Luz Edme, Jaime Londoño ha venido colaborando económicamente con la suma de $ 2.500.00 mensuales, "hasta hace poco";

d) Que el trato que Londoño Mesa le ha dado a Luz Edme, ante amigos y el vecindario, es el de padre a hija y se extiende a un período superior a 34 años;

e) Que Luz Edme Londoño, en documentos como cédula de ciudadanía y pasaporte, figura con el primer apellido de su padre Jaime Londoño Mesa.

III. Enterado el demandado de las pretensiones de la parte actora, consignó su respuesta en escrito de 20 de septiembre de 1971, en el sentido de negar los hechos, de oponerse a las peticiones, para finalizar con la formulación de las excepciones que denominó de "proposición incongruente", "vida disoluta o plurium constupratorum", "ilegitimidad de la demandante" y "la genérica".

IV. Adelantado el proceso, la primera instancia culminó con sentencia de 21 de enero de 1974, la cual resultó ser desfavorable a la actora, pues se rechazó la pretensión de filiación natural. Apelada que fue esta decisión por la demandante, el Tribunal la confirmó con sentencia de 20 de marzo de 1975, contra la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, el que por estar sustanciado procede la Corte a resolverlo.

La sentencia impugnada

Referidos por el Tribunal los antecedentes

tes de la litis y declarado que existen los presupuestos procesales, comienza por sentar algunas reflexiones sobre los alcances de las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968. En esta labor, en síntesis, expresa: a) que la investigación de la paternidad natural no es libre, por cuanto que tiene que circunscribirse a los casos expresamente determinados por el legislador; y, b) que la jurisprudencia y la doctrina han sido severas en la apreciación de las pruebas de la filiación.

A continuación el sentenciador de segundo grado aborda el examen de la causal de paternidad natural por relaciones sexuales y dice que para su demostración se requiere: "a) relaciones sexuales entre los presuntos padres durante la época en que se presume la concepción; b) que fruto de esas relaciones sexuales, lo cual se colige por su intimidad, notoriedad, persistencia haya sido el hijo cuya filiación se investiga; y, c) que éste haya nacido ciento ochenta días contados desde el día en que empezaron o dentro de los trescientos siguientes en que cesaron".

Sentados los anteriores presupuestos, afirma luego que si el 22 de diciembre de 1936 ocurrió el nacimiento de la actora Luz Edme, su concepción debió ocurrir entre el 26 de febrero y el 26 de junio de 1936; que con "los testimonios traídos al expediente para demostrar esta causal, no alcanzan a configurarla en la forma como lo quiere la doctrina, es decir, de una manera clara, precisa y evidente. En primer lugar porque no precisan la época probable en que ocurrieron las relaciones sexuales y por ende se hace imposible dar aplicación al artículo 92 del Código Civil según el cual se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos. Requisitos estos cuya demostración es necesaria para que sea procedente un fallo declarando el estado de filiación natural".

Para respaldar la consideración precedente, el juzgador acude a la prueba testimonial incorporada y dice de la declarante María Albertina Cardona, que si bien es quizás la que puede arrojar más luz, resulta a la postre imprecisa; nada dice "a la época y si hubo relaciones sexuales"; de Elena Celis Atehortúa expresa que es contradictoria con otro declarante y que conoció a Jaime Londoño dos meses antes de nacer Luz Edme; de Bernardo Piedrahíta sostiene que es igualmente contradictorio y lo que refiere le fue transmitido por Aura Orrego.

En seguida el Tribunal acomete el análisis de la declaración de parte rendido por el demandado Londoño Mesa, y de ella dice que "tampoco es posible deducir una confesión como lo alega el señor Apoderado del demandante en el sentido de que don Jaime haya confesado haber accedido carnalmente a doña Aura durante la probable época de la concepción de Luz Edme, porque el demandado simplemente se limita a decir que 'cuando Aura puso su casa propia, acostumbraba ir a visitarla como hacían muchos otros'. En esta misma deposición don Jaime ha negado a porfía que sea el padre natural de Luz Edme y dice: 'A Luz nunca la conocí pequeña ni sabía que existiera. De que Luz existiera no tuve conocimiento durante muchos años y fue apenas ahora últimamente que trataron de involucrarme en el problema'. 'Nunca la he acogido como hija (se refiere a Luz), ni he llegado a creer que pueda serlo' ".

"Acepta que ciertamente ha ayudado económicamente a doña Aura como suele hacerlo con otras personas. Textualmente expresa el señor Londoño: 'Es verdad que yo como queda dicho, le daba un auxilio porque se me había informado que en ello no había inconveniente alguno, y ese auxilio era ocasional. De esos auxilios puede hacer dos o tres años más o menos, agregando que no lo hacía por creerme obligado a ello sino por hacerles una ayuda por el conocimiento que tenía de que estaban en malas condiciones'.

"La cualificación que, de los hechos confesados hace el demandado, es ley del proceso, y por ende la confesión no puede admitirse parcialmente ya que el Código Procesal en el artículo 200 ordena aceptar la confesión con las modificaciones, explicaciones, aclaraciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe".

Continuando con el examen de la prueba, expresa el sentenciador que algunos de los declarantes deponen en el sentido de que el demandado Londoño Mesa era persona caritativa y colaboradora respecto de personas que carecieran de fortuna. "En-

tonces —agrega el fallador—, esos auxilios esporádicos que don Jaime otorgaba a la demandante y a doña Aura no tenían la forma de una confesión implícita del padre que quiere socorrer a la hija, sino que ello envuelve un hecho equívoco que dé lugar a varias interpretaciones, esto es, que provenían del espíritu filantrópico del donante, o de aquella persona que quería acallar escándalos tal vez deshonrosos que en el temperamento nervioso del demandado era la manera de esquivar un conflicto familiar. En consecuencia, de los testimonios analizados no se desprende un haz probatorio convincente que induzca a la declaración de paternidad de don Jaime con respecto a la demandante".

Más adelante sostiene el juzgador que "a fuer de que los indicios que alega la parte demandante han sido provocados por doña Aura o por Luz Edme pero no han tenido el concurso del presunto padre natural. Esos indicios serían los auxilios que don Jaime prodigaba a la parte demandante; las visitas que hacía Luz Edme a don Jaime en el lugar de su trabajo y las subsiguientes entrevistas; el rumor expandido principalmente por doña Aura, diciendo que don Jaime era el padre de Luz Edme; las llamadas telefónicas de doña Aura y Luz Edme a don Jaime pero no de éste a aquéllas, se repite, son indicios prefabricados pero que no conducen a inferir que don Jaime estuviera aceptando la paternidad que se discute en este expediente".

El Tribunal emprende en seguida el análisis de los testimonios de José Dolores Vásquez, Sofía Tobón, Gabriel Escobar Tobón, Leonor de la Espriella y Martha Pancar de Arrubla, para concluir que "de la prueba que se deja examinada, no puede inferirse un haz probatorio vigoroso con fundamento en hechos inequívocos que demuestren las relaciones sexuales entre los presuntos padres durante la probable época de la concepción de la demandante. Son simplemente un conjunto de hechos aislados que no alcanzan a sostener ninguna de las causales de filiación señaladas taxativamente por el legislador".

Ocupándose el sentenciador de la prueba de expertos practicada en la primera instancia, dice que no arroja luz alguna sobre lo que se debate, y al efecto extracta del dictamen lo siguiente: " 'no existe, pues un solo factor o carácter morfológico, cromático, fisiológico, síquico o patológico que sea común" a los cuatro examinados y permita un superficial encadenamiento hereredero genético. Tampoco se dejan inscrustar ellos, morfológica y sicológicamente en la caracterización sistemática de Kretschemer en su maravillosa tipología. Ni los crueles recursos de la patología, en cuanto a enfermedades hereditarias o transmisibles se refiere, nos presenta recurso alguno que nos sirva de asidero; en ninguno de los examinados encontramos enfermedad alguna o tara biológica indicativa de transmisión genética, en la línea deseada. Solamente las deformaciones en los pies que hemos descrito en la señora Aura Orrego Zapata, en su hija Luz y en los hijos de ésta, que son una veta herencia, pero no en la línea que nosotros esperábamos hallar. Lo mismo sucede en la sordera presente en doña Aura y en su hijo Eduardo, muy incipiente' ".

Con relación a la prueba decretada en la segunda sentencia y consistente en un examen hematológico, expresa el Tribunal que al fallecer el demandado Jaime Londoño, "el dictamen se rindió teniendo como base el análisis de laboratorio de sangre existente en el expediente, en cuyo concepto los peritos tampoco llegaron a conclusión ninguna, pues, simplemente afirman que no existen bases científicas ni para afirmar ni para negar la paternidad del demandado Londoño con respecto a la demandante".

Emprende el Tribunal en seguida el examen de la causal de paternidad natural por posesión notoria, y con cita de textos legales, doctrina y jurisprudencia, dice que son condiciones: el tiempo, el espacio donde se suceden, el tratamiento entre padre e hijo, la reputación y fama ante amigos, parientes y vecindario. En el punto dice que: "los hechos que se alegan como constitutivos del estado de posesión notoria no cumplen con las condiciones que se acaban de enumerar. Así, las dádivas que en forma esporádica daba don Jaime a la doña Aura y a Luz, lo hizo en forma intermitente, pero sobre todo no públicamente, sino siempre en secreto, en sobres, y tomando la precaución de que nadie se enterara de estos beneficios. El demandado ha cualificado la intención de estas dádivas manifestando

que lo hizo con un sentimiento caritativo, pero no filial. Las entrevistas que tuvieron don Jaime y Luz Edme no están descritas como las que celebran padres e hijos. Simplemente la demandante se hacía acompañar de alguien cuando se dirigía en busca de ayuda económica a la fábrica donde trabaja don Jaime. No hay ninguna declaración que afirme que don Jaime visitara a doña Aura o a Luz en su casa; no atendió en forma pública a la educación, o manutención o vestuario de Luz Edme.

"Obvio es que al no tener esta conducta la publicidad y continuidad necesaria, no puede existir entre el vecindario y los deudos, el consenso universal de que Luz sea la hija de don Jaime. Solamente afirma Martha Paucar de Arrubla el rumor en el barrio Buenos Aires que Luz Edme era hija de don Jaime. Y a renglón seguido también anota que esta misma manifestación se la hizo Luz. Otros testigos como el doctor Edgar Tobón, Sofía Tobón, Leonor de la Espriella deponen que llegaron a saber que Luz Edme era hija de don Jaime porque ella se los había hecho saber.

"Ya se anotó que José Dolores Vásquez quien fue el encargado por algún tiempo de llevar las dádivas que otorgaba don Jaime a la familia Orrego, dice que no conoció tratos personales del demandado con Aura o con Luz, y que el dinero siempre lo entregó en sobres cerrados. Y Elena Celis Atehortúa, quien parece era trabajadora al servicio de doña Aura, testifica que 'cuando yo iba por la plata, don Jaime no me mencionaba a Aura o a la niña'.

"Tampoco son actos constitutivos que pueden configurar el estado de filiación notoria, las llamadas telefónicas que doña Luz o doña Aura hacían desde Bogotá a don Jaime. Si la posesión notoria de un estado implica una confesión implícita, los actos que la constituyen deben provenir del confesante y no de la parte interesada como ocurre en el caso de autos. Y menos puede aceptarse como prueba del estado de filiación el hecho de que Luz Edme figure en documentos públicos con el apellido Londoño, ya que esta situación ha dependido únicamente de la voluntad de Luz o de doña Aura que en nada implica o cobija al demandado de autos. Don Jaime ha sido ajeno a ello y en forma alguna ni directa ni indirectamente dio su asentimiento a que la actora figurara con su nombre".

A continuación observa el juzgador que el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, si bien se alega en la demanda como causal de paternidad, "no se allegó prueba alguna".

De nuevo dice el Tribunal que "ciertos indicios como las dádivas que en forma ocasional y esporádica daba don Jaime Londoño a la familia Orrego, no constituyen hechos en que se pueda apoyar un estado notorio de filiación, por la forma intermitente, velada y secreta en que don Jaime socorría a los Orrego, lo cual indujo a que los vecinos y deudos en general desconocieran que el demandado trataba a Luz Edme como a su hija. Se añade, que los dos principales soportes de esta causal, como son el que el padre contribuya a la educación y manutención del hijo, como por ejemplo, pagando personalmente la matrícula, la droga, el vestuario o los víveres es una prueba que no aparece en este expediente".

Finalmente expresa el ad quem que a pesar de que en la segunda instancia se decretó de oficio la práctica de la prueba antropométrica que aconseja la Ley 75, ésta se frustró por la no asistencia de uno de los peritos y que ante el hecho de que "este expediente lleva más de un año de haberse abierto a prueba en segunda instancia y siendo una prueba decretada oficiosamente, se consideró innecesario seguir insistiendo en su práctica, pues los elementos de juicio allegados a este proceso son más que suficientes para respaldar la decisión con que se finaliza la segunda instancia".

La impugnación

Tres cargos le formula el recurrente a la sentencia del Tribunal, el primero por la causal quinta y los restantes por la causal primera, los cuales serán despachados en el orden propuesto.

Cargo primero

El recurrente apoya el cargo en las reflexiones siguientes:

a) Que el demandado Jaime Londoño fa-

lleció con antelación al pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia, pues esto se pone de manifiesto con el auto de junio 25 de 1974 y con la diligencia de 14 de marzo de 1975, llevada a cabo en el cementerio "Campos de Paz";

b) Que según los artículos 401 a 404 del Código Civil, 10 de la Ley 75 de 1968 y 7º del Decreto 1260 de 1970, la demanda de paternidad natural puede ser instaurada antes o después de muerto en presunto padre, con diversidad de requisitos y de efectos del fallo. Empero, si se adelanta en vida del supuesto progenitor y éste fallace antes de haberse pronunciado la sentencia definitiva, el artículo 404 del Código Civil dispone que el legítimo contradictor estará representado por sus herederos, lo cual significa "que delante de esa eventualidad es indispensable la notificación de los herederos, pues de lo contrario la sentencia no produce efectos ante nadie";

c) Que "de ahí que de una parte, debiéndose concretar esta eficacia de la sentencia a personas determinadas, quienes deben tener oportunidad de recibir el proceso en curso, se produzca automáticamente la suspensión de éste, por ministerio de la ley, sin necesidad de decreto judicial, y que si se prosigue la actuación antes de la individualización de tales sucesores y de su notificación vinculante, todo lo ejecutado luego de la muerte del legítimo contradictor sea nulo, como lo prescribe el artículo 152, 5º Código de Procedimiento Civil";

d) Que la acción de estado, "con destinatarios ciertos, precisamente determinados en la ley sustancial, y además con sucesores específicamente señalados allí también, de manera que si no se endereza o se continúa con quien tiene la legitimación pasiva, concluye en actuación nula, nulidad consagrada en la misma norma (Arts. 403 y 223 C. C.), está llamada a tener efectos universales o erga omnes (Art. 401), de los que no se escapa sino en cuanto el legítimo contradictor fallezca inter mora litis o haya fallecido para cuando se promueve la demanda (Arts. 404 C. C. y 10 Ley 75 de 1968). Casos en los cuales los efectos de la sentencia están circunscritos, a los herederos citados";

e) Que "todo lo cual quiere decir que no es concebible iniciar o proseguir válidamente un proceso de investigación judicial de la paternidad o de impugnación, en su caso, luego de muerto el legítimo contradictor, sino contra quienes sean sus herederos y con indicación de quienes son y con la notificación consiguiente de ellos. De otra manera se desembocaría en el absurdo de que la sentencia no produciría efecto alguno, toda vez que, como lo estatuye el artículo 404 del Código Civil, el fallo pronunciado sólo roza con los herederos citados; como lo manda el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, la demanda debe dirigirse contra el cónyuge y los herederos del progenitor fallecido; y como lo indica el artículo 7º del Decreto 1260 de 1970, el efecto general provisional está subordinado a una decisión proferida delante de los sucesores legalmente calificados del progenitor premuerto";

f) Que de lo dicho se sigue que, "fallecido el demandado antes de que se hubiera dictado la sentencia correspondiente por el Tribunal, ha debido procederse a notificar o emplazar en legal forma a los sucesores suyos, y que la omisión de tal diligencia significa nulidad de todo lo actuado de la defunción en adelante, como lo ordena el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

En esas condiciones la sentencia debe ser casada, se debe decretar la nulidad de toda la actuación cumplida a partir de la muerte de don Jaime Londoño Mesa y se ha de ordenar el envío del expediente al Tribunal para que proceda a revocarla, previa notificación de los herederos de aquél según las voces del artículo 375, inciso 4º".

Se considera

1. Como vicio que incide en la validez del proceso consagra la ley el adelantar la litis después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o suspensión y antes de que se presente la oportunidad para reanudarla (Art. 152 numeral 5º del C. de P. C.).

2. Según el estatuto procedimental, la interrupción de los procesos se produce ope legis, o sea, por ministerio de la ley y a partir del hecho que la origine, y son causas las siguientes: a) la muerte o enfermedad grave de la parte o de su representante "que carezca de apoderado judicial"; b) la muerte o enfermedad grave del apode-

rado judicial, de alguna de las partes, o por exclusión del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión en él; c) la muerte del deudor, en el caso contemplado en el artículo 1434 del Código Civil (Art. 168 C. de P. C.).

3. En lo que toca con la primera causal de interrupción, que es a la cual se refiere el recurrente, es preciso distinguir si la parte que fallece ha constituido o no apoderado judicial. En el primer evento, esto es, cuando la parte viene actuando mediante mandatario, la muerte de aquélla no da lugar a interrupción, y por ende, el proceso no se paraliza y su impulso no genera vicios con alcance de nulidad. Esto es perfectamente lógico, porque si la muerte de la parte no pone fin al mandato proceso si ya se ha presentado la demanda (Art. 69 del C. de P. C.), no se presenta entonces violación alguna a la garantía constitucional y legal de la defensa de la parte. En el segundo evento, o sea, cuando la parte viene actuando personalmente o no constituyó apoderado, su muerte interrumpe de inmediato el proceso y, por tanto, cualquier actuación posterior, que se realice con omisión del fenómeno interruptivo, queda afectada de nulidad.

4. También se erige como causal de nulidad del proceso, cuando no se ha practicado en legal forma la notificación y el emplazamiento de las personas que deben ser citadas como partes, aunque sean indeterminadas, o de aquéllas que hayan de suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando así lo ordena la ley, o no se cita en debida forma al ministerio público en los casos que se requiere (Art. 152 numeral 9º del C. de P. C.). La razón de ser de esta nulidad igualmente estriba en la garantía constitucional del derecho de defensa.

5. Ahora, en materia de nulidades procesales hay que distinguir, de una parte, la oportunidad para alegarlas y, de otra, a quienes concede la ley esa facultad.

Respecto de la primera hipótesis, las nulidades que se presentan en el trámite de las instancias deben alegarse, como norma general, antes de que se dicte la respectiva sentencia. Con todo, como la nulidad puede ocurrir con posterioridad al fallo, como la que se presenta en la sustanciación de incidentes que se originan con posterioridad, en estos casos también se puede solicitar que se anule lo actuado, cuando el vicio en que se ha incurrido se encuentra consagrado como causal de nulidad en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Mas, no sólo en las instancias del proceso se puede reclamar la nulidad sino que también se faculta a las partes para alegarla en el recurso extraordinario de casación y, concretamente, a través de la causal 5ª, pues al efecto establece el artículo 368 que se puede quebrar la sentencia del Tribunal "por haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiera saneado".

En lo que toca con la segunda hipótesis, esto es, quiénes pueden o no alegar la nulidad, se tiene: a) no pueden alegarla quienes hayan dado lugar al hecho que la origina (Art. 155 inciso 1º C. de P. C.); b) tampoco los que tuvieron oportunidad de proponer como excepciones previas los hechos que luego alegan como nulidad (Art. 108, 152 numeral 2º y 155 inciso 5º del C. de P. C.); c) la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo puede alegarla la parte afectada (Art. 155, inciso 3º, del C. de P. C.); d) finalmente, las nulidades a que se refieran los numerales 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil no pueden invocarlas quienes hayan actuado en el proceso sin alegarlas. Y en el caso del de interrupción del proceso "por enfermedad grave", no podrá alegarse pasados 5 días al en que haya cesado la incapacidad (Art. 155, inciso final C. de P. C.).

6. Como se acaba de notar, si las partes o quien resulta afectado con la nulidad no la alega oportunamente, se produce entonces el saneamiento de la misma, salvo que se trate de una falta de jurisdicción, de trámite inadecuado, de haberse procedido contra providencia ejecutoriada del superior, de preterm'tir una instancia, o de revivir procesos legalmente concluídos, porque en todos estos casos no opera el instituto del saneamiento (Art. 156 del C. de P. C.).

7. Si en el caso que ocupa a la Corte se pone de presente que la parte demandada falleció en la segunda instancia; que dicha parte había constituído apoderado; que

con posterioridad al fallecimiento se continuó con la sustanciación del proceso y las partes no alegaron de inmediato la nulidad por interrupción y por falta de citación o emplazamiento, se tiene, de un lado, que quedó saneada, y de otro, en lo que toca con la causal 5ª de nulidad, que el proceso no se interrumpió porque el demandado fallecido había constituido apoderado y éste continuó actuando en la litis; y en lo que toca con la causal 9ª de nulidad, quien la alega en casación no es la parte indebidamente citada sino la contraparte, a la cual le está vedado el reclamarla, como reiteradamente lo ha dicho la Corte.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

Cargo segundo

Hácese consistir en "error de derecho en la apreciación de las pruebas, motivado, en parte por interpretación errónea del artículo 6º, 4º de la Ley 75 de 1968, y en parte, por infracción de los artículos 175, 177, 187, 194 y 208 del Código de Procedimiento Civil, con la violación consiguiente, por falta de aplicación, de los artículos 1º y 8º de la Ley 45 de 1936 y 6º de la Ley 75 de 1968.

Comienza el casacionista por referir, a título de antecedente, que una acusación semejante a la que precede hizo en el año de 1959, la cual prosperó, según sentencia de 28 de febrero de 1961, cuya doctrina fue reiterada en sentencia de 28 de febrero de 1963.

En seguida dice el censor que la interpretación errónea consistió: "a diferencia del ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, que exigía las relaciones sexuales estables, notorias y oportunas, que la Corte con angostura reprochable y reprochada por ella misma luego, llegó en ocasiones a considerar un concubinato sin comunidad de habitación, y precisamente para clarificar que la estabilidad y la notoriedad son factores aclaratorios y coadyuvantes, mas no requisitos emplcables para negar la definición positiva del estado civil con espíritu formalista, como abiertamente lo proclamara la casación de 1961, la Ley 75 de 1968 señaló como causal o presunción de paternidad natural las relaciones sexuales oportunas, sin calificativo adicional alguno. Y seguidamente, a manera de indicación, orientadora y no excluyente, muestra como tales relaciones podrán ser inferidas del trato personal y social entre la madre cierta y el padre presunto, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

"De manera que, y valga la insistencia, lo que la ley requiere para la definición positiva de la paternidad es la prueba de las relaciones sexuales entre madre y presunto padre a la época en que pudo tener lugar la concepción, prueba que no está restringida a ningún medio específico, y que ha de referirse no a un caso ideal o paradigmático, sino al fenómeno concreto y real, y que las relaciones "surjan de las circunstancias que configuraron la especie particular" (G. J. cit. p. 574), y no de unas establecidas doctrinaria o judicialmente en contrariedad con el imperativo legal, como si el poder normativo propio de la soberanía del Congreso pudiera trasladarse a otras sedes y éstas pudieran recortar a su guisa el texto legal, tan sólo por discrepar de su orientación.

"Sin dificultad ni prevención, quien quiera que lea la sentencia del Tribunal de 20 de marzo de 1975, aquí acusada, ha de concluir que se pronunció sobre la Ley 45 de 1936 y a la luz de la interpretación que le dieron las sentencias de 16 de octubre de 1943 y de 10 de febrero de 1947, y no las de 1961 y 1963, y mucho menos de conformidad con la Ley 75 de 1968. Puede afirmarse que la Ley 75 de 1968 no ha llegado aún al Tribunal de Medellín.

"En cuanto al sentido mismo del precepto en juego (Ord. 4º, Art. 6º), para la precisión de su supuesto de hecho o factum, en cuya demostración radica la carga de la prueba, como lo expresa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal exige que las relaciones tengan una calidad específica adicional a la mera sexualidad y oportunidad: que se collian necesariamente por su intimidad, notoriedad y persistencia (fol. 58 v.), convirtiéndo una indicación, "podrá inferirse de", en mandato restrictivo. Y en cuanto a la prueba de ellas, le hace decir al precepto algo que en parte alguna establece: "Que debe aplicarse con sentido restrictivo" (fol. 57): que los testimonios han de indicar fechas precisas o probables de esas relaciones con

guarismos (fl. 59); que las relaciones no se pueden demostrar por confesión del demandado (fl. 61); que de hechos varios aislados acreditados testimonialmente no puede surgir el conjunto probatorio del comercio carnal (fol. 63 v.); que las relaciones han de demostrarse por percepción directa y personal y no por mera referencia (fol. 59).

"Cada una de esas reflexiones, aditivas del texto legal, además de contener una negación singular de la ley y de la doctrina y la jurisprudencia, pone de manifiesto el yerro hermenéutico motivo de reproche.

"El espíritu restrictivo no es sugerencia ni mucho menos orden de la ley. Salió de una doctrina conservadurista, superada hace mucho tiempo. Ciertamente que la Corte lo predicó otrora, en uso de la Ley 45 de 1936 y con criterio en buena hora recogido por ella misma. El Tribunal perdió de vista en su obsesión, que en el entretanto (de 1958 para acá), no sólo se expidió la Ley 75 de 1968, que amplió las causales y el sentido de las anteriores, sino que también se produjo la reforma del Código de Procedimiento Civil, y que el Decreto 1400 de 1970 acepta universalmente todos los medios probatorios (Art. 175), ordena la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y no admite ninguna sana crítica (Art. 187), y que admite el testimonio y la confesión sin restricciones distintas de la formalidad (ad substantiam actus) (Art. 187, 195 y 232)".

Luego pasa el casacionista a sostener que según la Ley 75 de 1968 y la doctrina de la Corte, para determinar la paternidad natural por relaciones sexuales, no se exige que la prueba precise la época en la cual se realizaron las referidas relaciones.

Más adelante dice que se interpretó "erróneamente el ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 porque se tomó su inciso, de indicativo, en imperativo, y porque se le hizo declarar una restricción probatoria, un rechazo de ciertos medios y una admisión de otros, en forma que riñe con su entendimiento recto". Por consiguiente, de esto se sigue que la sentencia impugnada, "al afirmar que la prueba aducida no demuestra que Londoño y la Orrego tuvieron relaciones sexuales íntimas, notorias y persistentes en la época probable de concepción de la actora, atribuye al citado ordinal la condición de que tales relaciones han de tener calidades distintas de su sexualidad y de que la oportunidad sólo puede inferirse de fechas precisas en boca de los testigos, lo que implica por las razones antes expuestas, una interpretación errónea de dicha disposición legal, suficiente para casarla".

Finalmente, dice el censor que el Tribunal al rechazar una prueba "que en términos de la norma era admisible y suficiente para la demostración de su supuesto de hecho, vulneró los preceptos procedimentales mencionados; le negó el mérito que intrínsecamente tiene y que la ley le otorga, y así en últimas violó los artículos 1º y 8º de la Ley 45 de 1936 y 4º de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación"; que las pruebas desechadas fueron los testimonios de María Albertina Cardona de Upegui, Elena Celis Atehortúa, Bernardo Piedrahita Restrepo, Martha Paucar de Arrubla y la declaración de parte del demandado. Y el yerro fue de derecho, pues sin perderlas de vista, fueron rechazadas".

Se considera

1. Como presunción de paternidad natural consagra la Ley 75 de 1968 la referente a las relaciones sexuales habidas entre la madre y el supuesto padre, pues al efecto preceptúa el numeral 4º del artículo 6º de la citada ley que "se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente... en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción".

2. De conformidad con la causal de paternidad antes referida, quien pretenda definir el status de hijo natural con respaldo en ella, deberá acreditar los siguientes presupuestos: a) que entre el presunto padre y la madre se realizaron relaciones sexuales; y b) que las relaciones se verificaron por la época en que según el artículo 92 del Código Civil se presume que ocurrió la concepción del hijo.

3. En este orden de ideas, no es suficiente, para el buen suceso de la mencionada causal, que el demandante demuestre que entre la madre y el presunto padre

natural ocurrieron relaciones sexuales, sino además, que éstas tuvieron cabal cumplimiento por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción del hijo. Porque si los medios de convicción establecen uno de los requisitos pero no ponen de presente el otro, por ejemplo, cuando los testimonios refieren las relaciones, mas no señalan la época en que se verificaron las mismas, ni de la versión u otras pruebas se puede inferir tal cosa, y por consiguiente se desconoce si tuvieron cumplimiento por el período de la concepción, la causal ha quedado trunca, y el estado civil reclamado no puede quedar definido en esas condiciones.

4. Cuando la Corte ha tenido la oportunidad de abordar el examen de la causal en referencia, si bien ha dicho que el nuevo estatuto de paternidad natural (Ley 75 de 1968) se propuso agilizar y facilitar la investigación de la paternidad, igualmente ha sostenido que los presupuestos que integran la citada causal deben quedar plenamente demostrados en la litis, o sea, el trato sexual entre el presunto padre y la madre y la verificación del mismo por la época en que ocurrió la concepción del hijo (Casación Civ. 14 de septiembre de 1972, Tomo CXLIII, pág. 148). Y a pesar de que no se requiere acreditar con precisión de fechas cuándo comenzaron y culminaron las relaciones sexuales, indispensable sí resulta establecer que se verificaron en el lapso de la concepción (Cas. Civ. 22 de octubre de 1976, aún no publicada).

5. Orientado entonces el legislador sobre la idea de elaborar un estatuto más expedito y eficaz, y atendida la circunstancia de que el común de las relaciones sexuales extramatrimoniales tenían cumplimiento dentro de cierta discreción y sigilo que impedía la demostración directa de las mismas, dispuso que éstas podrán inferirse "del trato personal y social entre la madre y el supuesto padre apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad".

6. Según los antecedentes del inciso 2º del numeral 4º del artículo 6º de la 75, los hechos indicativos y de los cuales pueden deducirse las relaciones sexuales deben estar revestidas de conexidad y reiteración, porque cuando se trata de una conducta ordinaria o común en las relaciones sociales, como la que se ofrece entre amigos o relacionados ocasionales, estas manifestaciones no tienen la fuerza suficiente para poner de manifiesto la existencia de trato sexual y, por ende, sirvan para definir el estado de hijo natural de una persona.

7. De suerte que en lo atinente al establecimiento de la paternidad natural por causa de relaciones sexuales, se dio un importante viraje, ya que la ley concedió a quien alegue esa causal la posibilidad de demostrarla con apoyo en el trato personal y social ocurrido entre la madre y el supuesto padre, teniéndose en cuenta las circunstancias en que tuvo lugar, los antecedentes, su naturaleza, intimidad y continuidad. En efecto, cuando se discutía en el Parlamento la Ley 75, se dijo que como fuera en principio "imposible demostrar la relación sexual y sólo puede inferirse de otros hechos más o menos graves, permanentes, íntimos, conexos, etc., por eso al numeral o inciso primero se le agrega el segundo para expresar que tales relaciones sexuales sólo podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el supuesto padre según las circunstancias en que tengan lugar; naturaleza y antecedentes, intimidad y continuidad, etc., que son hechos perceptibles por los sentidos, es decir, demostrables directa u objetivamente y en forma que no es común entre amigos y relacionados transitorios, por lo cual pueden llevar al juez a la convicción de paternidad". Pero, según la forma como quedó concebida la causal cuarta de paternidad natural, corresponde a quien la invoque acreditar, no sólo el trato sexual entre la madre y el presunto padre, sino además que éste tuvo cumplimiento por la época en que se presume que ocurrió la concepción según la regla del artículo 92 del Código Civil.

8. Descendiendo al caso sub lite, se tiene que si bien algunos apartes del fallo impugnado no constituyen un modelo de claridad, por cuanto para inferir las relaciones sexuales a través del trato personal y social verificado entre la madre y el pre-

sunto padre, aludió a la "notoriedad" de dicho trato, cierto es que en otros pasos de la sentencia se advierte que el sd quem fundó su decisión adversa en que no aparecía acreditado que las relaciones sexuales se cumplieron por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción de la demandante, lo cual sí es un presupuesto ineludible al buen suceso de la investigación de la paternidad natural por la causal a que se refiere el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75. Y si éste fue el presupuesto echado de menos, fácilmente se infiere que no cometió el sentenciador, en definitiva, desacierto en la interpretación del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

9. En cuanto al reparo que se le formula a la sentencia del Tribunal de haber cometido error de derecho en la apreciación de las pruebas, porque el sentenciador, sin perderlas de vista, rechazó los testimonios de María Albertina Cardona, Elena Celis Atehortúa, Bernardo Piedrahita y Martha Paucar de Arrubla y la declaración de parte del demandado, simplemente debe observar que el juzgador, en lo que respecta con los testimonios, al analizarlos, se anticipó a expresar que no conducen a demostrar la causal de paternidad por relaciones sexuales, "porque no precisan la época probable en que ocurrieron", lo cual es un requisito indispensable. Además agregó que tales declarantes no vierten los hechos porque les haya constado personalmente, sino que lo hacen por haberlo oído de la parte actora, de la madre de ésta o de terceras personas, lo que les resta poder de convicción.

De suerte que si el Tribunal rechazó la prueba testimonial por no ser expresiva y convincente en torno a la ocurrencia de relaciones sexuales por la época en que se presume que ocurrió la concepción, no cometió el error de derecho que se le imputa.

En lo que toca con la declaración de parte, el sentenciador la rechazó con respaldo en que era indivisible y, además, en que tampoco es posible deducir de ella que el demandado haya confesado haber tenido relaciones carnales con Aura Orrego por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción de la actora Luz Edme. Esta apreciación obligaba al recurrente a formular el ataque por error de hecho y no de derecho, porque la calificación de divisible o indivisible que el sentenciador le haya dado a tal prueba, como tiene que ver con el contenido de la misma y no con la valoración, la impugnación cae, entonces, dentro de la órbita de acusación por yerro fáctico.

10. Finalmente, observa la Corte que el cargo, tal como viene formulado, no se ajusta en integridad a la preceptiva técnica del recurso de casación, como consecuencia de que el quebranto de la ley sustancial, por interpretación errónea, como obedece a un equivocado entendimiento de la ley y no a desaciertos cometidos en la apreciación de la prueba, tiene su campo reservado en la vía directa.

En efecto, de manera reiterada y uniforme ha sostenido la jurisprudencia que "la interpretación errónea de la ley sustancial no puede presentarse, cuando la vía por la cual se pretende producido dicho tipo de quebranto es la indirecta, es decir, al través de errores de hecho o de derecho en que el sentenciador haya caído al apreciar la prueba. Pues si la errónea interpretación de una norma legal supone de suyo que ella era la adecuada a la situación de hecho juzgada, entonces es porque necesariamente existe conformidad entre el recurrente y el sentenciador respecto de la cuestión de hecho. A lo que el error en la apreciación probatoria conduce, es a la aplicación indebida o a la falta de aplicación". (Casación Civil 28 de enero de 1970, Tomo CXXXIII, Págs. 26 y 27).

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Cargo tercero

Acúsase la sentencia de ver violatoria de "los artículos 1º y 8º de la Ley 45 de 1936 y artículo 6º de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación derivada de error de hecho en la apreciación de la prueba".

Comienza el recurrente por observar que si bien el demandado, al contestar la demanda, negó cualquier contacto con la madre de la actora, en el interrogatorio de parte cambió de actitud, pues aceptó haber tenido trato personal y social con Aura Orrego y aún accesos carnales en la época en que pudo tener lugar la concepción. Y agrega que la confesión no es indivisible en forma absoluta como lo sostuvo el Tri-

bunal, puesto que la misma ley admite excepción a dicho principio.

Luego el casacionista emprende el examen de los testimonios de María Albertina Cardona, Elena Celis de Atehortúa, Bernardo Piedrahíta, José Dolores Vásquez y Martha Paucar de Arrubla. Con relación a la primera declarante dice que el Tribunal le reprocha que no hubiera aclarado si entre Jaime y Aura hubo relaciones sexuales, como también el no haber precisado la época, cuando la citada Cardona para tal efecto se remite al Congreso Eucarístico y a la muerte de Gardel. En lo tocante con la segunda declarante, que el Tribunal sindica de encontrarse en contradicción con la anterior, expresa que no es así, porque se refieren a épocas diferentes. En lo que atañe con el tercero de los testimonios, frente al cual el sentenciador se esmeró en resaltar todo aquello que pudiera ir en desmedro del valor positivo de la declaración, lo cierto es que sí refiere haber visto salir a Jaime de la casa de Aura "en horas propicias a la fornicación". Respecto del cuarto y quinto declarantes dice el acusador que si el Tribunal mencionó esta prueba, incurrió en yerro de hecho al no tener en cuenta los elementos de juicio positivos y fundamentales que de ella se desprenden.

En seguida afirma el recurrente que el demandado eludió en dos oportunidades el encuentro con la actora para interrogatorio de parte, sin razón valedera alguna, indicio que ignoró el sentenciador de segundo grado.

Regresa el recurrente al análisis de la confesión del demandado, y de ella dice que no tiene la calidad de indivisible, porque las modificaciones introducidas se encuentran desvirtuadas por el dicho de los testimonios citados.

Finalmente emprende el casacionista una crítica al fallo del Tribunal y concluye sosteniendo que en la apreciación de las pruebas se incurrió en un error manifiesto de hecho, lo que condujo a la violación de las normas sustanciales, en los términos indicados, lo cual determina la casación del mismo.

Se considera:

1. La confesión es una declaración que proviene de una de las partes de ser cierto un hecho que perjudica a quien la hace, y por mandato del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, "deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que la desvirtúa". Empero, cuando la declaración de parte "comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente".

2. De suerte que, como norma general, la confesión es de carácter indivisible y sólo ante adiciones desconectadas del hecho principal se puede escindir. Porque, según la doctrina moderna y las nuevas orientaciones del régimen probatorio, un factor o distintivo de la confesión, es la modalidad de indivisible, es el de que las modificaciones, aclaraciones y explicaciones dadas por el confesante guarden íntima relación con el hecho confesado o, con otras palabras, exista verdadera conexión jurídica con él, pues en su defecto, vale decir, cuando las modificaciones, aclaraciones o explicaciones aparecen como independientes del hecho principal, la confesión asume entonces la calidad de divisible. Igualmente se ha sostenido que la confesión se torna escindible cuando las modificaciones, aclaraciones o explicaciones concernientes al hecho confesado han sido desvirtuadas con otros elementos de convicción.

3. Es importante determinar si la confesión, tal como fue emitida es indivisible o divisible. Si lo primero, como en el evento de ser calificada, las adiciones o explicaciones hechas por el confesante se deben admitir junto con el hecho principal confesado y, por tanto, quien la invoca debe atenerse por entero a la favorable y desfavorable que ella exterioriza. Si lo segundo, como en el caso de agregar el confesante un hecho nuevo que no tenga íntima relación o conexidad jurídica con el hecho principal, en tal situación la prueba de las adiciones, aclaraciones, modificaciones o explicaciones corresponde al confesante (Casación Civil 12 de diciembre de 1936, Tomo XLV, Pág. 11; 30 de octubre de 1954, Tomo LXXVIII, Pág. 1.004; 26 de abril de 1955, Tomo LXXX, Pág. 56; 28 de julio de 1955, Tomo LXXX, Pág. 756; 31 de agosto de 1960, Tomo XCIII, Pág. 155).

4. Ahora, como lo tiene dicho la juris-

prudencia, el apreciar que una confesión es divisible o indivisible, es una operación encomendada al discrecional juicio del sentenciador de instancia, que no podría serle quebrado en el recurso extraordinario sino a virtud de una acusación por error de hecho en que se le convenciese de contraevidencia en la consideración de tal prueba. "El juicio —dice la Corte— que en el punto se forma el fallador es intocable en casación, a menos de que aparezca ostensiblemente contraevidente con la realidad objetiva que la prueba demuestre" (Casación Civil 10 de noviembre de 1976, aún no publicada). Y en la especie que se contempla no aparece que el juzgador hubiera hecho de la aludida prueba una apreciación contraria a la evidencia, pues mediante ella no se desprende que el demandado Londoño Mesa hubiera admitido tener relaciones sexuales con Aura Orrego por la época en que se presume que ocurrió la concepción de la demandante Londoño de Yunis, pues si acepta haberla visitado cuando "ella puso su casa propia", no aparece con claridad que así mismo hubiera confesado que se llevaron a cabo relaciones sexuales por la época de la concepción de la actora.

5. En el punto de la prueba testimonial e indiciaria, se tiene que ni la una ni la otra, ni apreciadas las dos conjuntamente, se puede deducir que entre Jaime Londoño y Aura Orrego hubo trato sexual por la época en que ocurrió la concepción de Luz Edme Londoño, porque como se dijo en el despacho del cargo anterior, no basta acreditar, para el buen suceso de la pretensión de paternidad natural por relaciones sexuales, que éstas se presentaron, puesto que además se requiere demostrar que el trato sexual fue oportuno en el tiempo, esto es, que se verificó por la época de la concepción del hijo.

6. Como el sentenciador de segundo grado rechazó la prueba incorporada a la litis porque mediante ella no se pudo establecer que las relaciones sexuales de Jaime y Aura se presentaron por la época de la concepción del hijo, se infiere que no cometió el yerro fáctico que se le achaca, máxime que para causas de esta naturaleza, como lo tiene dicho la doctrina, aunque se organice otro análisis de los medios de prueba, más lógico, más profundo o sutil, si la decisión no degenera en arbitrariedad manifiesta, al juicio del juzgador no se puede quebrar en casación.

No prospera, pues, el cargo.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 20 de marzo de 1975, en el proceso ordinario de Luz Edme Londoño de Yunis contra Jaime Londoño Mesa.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín A., Secretario General

FILIACION NATURAL

Caducidad: no admite interrupción.

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

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación interpuesto par la parte demandada contra la sentencia que, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 18 de diciembre de 1975, decidió la segunda instancia del proceso iniciado por Alvaro Naranjo M. frente a Dolores Bueno de Moncaleano, Yolanda Moncaleano Bueno de Ferreyros, Guillermo José Ferreyros Moncaleano, Yolanda del Carmen Ferreyros Moncaleano de Williams, José Carlos, Víctor Manuel y Jaime Ferreyros Moncaleano.

I

El litigio

1. Mediante libelo repartido al Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali el 28 de enero de 1972, el primero demandó a los demás a fin de que, previos los trámites del proceso ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el demandante es hijo natural de Víctor Moncaleano Ospina, cónyuge de Dolores, padre de Yolanda de Ferreyros y abuelo de los restantes demandados, siendo por tanto legitimario de aquél "con derecho a recoger su legítima efectiva, y en tal sentido queda reformado el testamento", otorgado debidamente por él;

b) Que, en consecuencia, los demandados "quedan condenados a restituir al demandante, por la legítima efectiva que le corresponde y una vez ejecutoriada la sentencia, la cuota parte a que tiene derecho en su condición de hijo natural de Víctor Moncaleano Ospina, equivalente a la mitad de la legítima de Yolanda Moncaleano Bueno de Ferreyros", junto con los frutos naturales y civiles de los bienes, "y no sólo los percibidos sino los que dichos bienes han podido producir con mediana inteligencia y actividad, a partir del fallecimiento del causante"; y

c) Que son de cargo de los demandados las costas del proceso.

2. Como hechos que justifican sus pretensiones, cita el demandante los siguientes, que se sintetizan:

a) Margarita Naranjo fue contratada por la familia Moncaleano Ospina para prestarle servicios domésticos; y, en tal virtud, abandonó su departamento de origen, el del Tolima, transladándose a Cali junto con sus hijos Elcira y Narciso al hogar primero de Antonio y luego de Víctor, quien sedujo a Elcira cuando sólo contaba 15 años de edad, manteniendo con ella relaciones sexuales "íntimas, notorias y estables", fruto de las cuales fue el demandante, nacido en Palmira el 4 de junio de 1931;

b) Durante el embarazo y el parto, Víctor prodigó a su amante "finas atenciones", colmándola además de "obsequios personales muy cariñosos que aún recuerdan los testigos", siendo de notar que el concubinario, "no obstante la destacada posición social y las preeminencias de otra índole que inclinaban a mayor recato y cautela en materia de relaciones extraconyugales", no observó ninguna clandestinidad y, antes bien, exhibió ante propios y extraños a Alvaro, "a quien ayudó económicamente para cursar letras primarias y los estudios posteriores de contabilidad...

todo ésto en clara conjunción con demostraciones de paternidad, esa paternidad que hoy —legalmente— se bautiza responsable"; y

c) Víctor falleció el 13 de septiembre de 1970; y "conocido su testamento, han sido reconocidos en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali, donde se adelanta el proceso sucesorio, amén de la cónyuge sobreviviente, señora Dolores Bueno de Moncaleano, los sucesores testamentarios, a saber: señora Yolanda Moncaleano Bueno de Ferreyros, heredera de las tres cuartas partes del acervo, como hija legítima, y Guillermo José Ferreyros Moncaleano, José Carlos Ferreyros Moncaleano, Yolanda del Carmen Ferreyros Moncaleano de Williams, Víctor Manuel y Jaime Ferreyros Moncaleano, éstos dos últimos menores de edad, representados por sus padres legítimos José Carlos Ferreyros Balta y Yolanda Moncaleano Bueno de Ferreyros", como asignatarios de la cuarta de libre disposición.

3. Corregida la demanda como lo indicó el juez a quo, fue admitida y ordenado notificar el auto admisorio, recorriendo este diligenciamiento una tremenda vía crucis. En efecto: como la residencia de los demandados Yolanda de Ferreyros y del representante legal de Víctor Manuel y Jaime era la ciudad de Roma, en donde dicho representante desempeñaba el cargo de embajador del Perú ante el Vaticano; y como la de Yolanda de Williams era la de Tokio, se libraron los correspondientes exhortos a los cónsules colombianos en dichos lugares, habiéndose cumplido, más o menos oportunamente, la notificación de la demandada de Williams; mas, en cuanto a los otros demandados dichos, se tiene lo siguiente:

a) El 22 de mayo de 1972, se notifica en el consulado en Roma José Carlos Ferreyros Balta como padre de su menor hijo Jaime, manifestando que Víctor Manuel, para esa fecha, ya era mayor; sin embargo, como por medio de escrito debidamente presentado en el mismo consulado el 17 de febrero de 1972 por el citado Ferreyros Balta y por su cónyuge Yolanda de Ferreyros, "en nuestro carácter de padres y representantes legales de nuestros menores hijos Víctor Manuel y Jaime..." por medio del cual confirieron poder para representarlos en el proceso que se viene relacionando a un profesional en ejercicio en Cali, se le admitió a éste la contestación de la demanda en nombre de ambos, por estar expresamente facultado, según consta en providencia del 2 de agosto siguiente;

b) La demandada Bueno de Moncaleano, cónyuge sobreviviente, residente en Cali, al tiempo de ser requerida informó un hijo suyo, Vice-Cónsul del Perú en esta ciudad, que desde el 20 de diciembre de 1971 se había marchado para Roma a casa de su hija Yolanda. Librado despacho para esta otra notificación, el consulado en Roma informó de la imposibilidad de llevarla a cabo por cuanto obtuvo noticia de que se hallaba en Colombia "desde hacía varias semanas". También dio cuenta de la imposibilidad de notificar a Yolanda de Ferreyros, debido a que adelantaba un peregrinaje turístico por Europa, ignorándose la fecha de su regreso al hogar en esa capital;

c) A pesar de que el demandado José Carlos Ferreyros Moncaleano, en carta al a quo del 5 de abril de 1972 manifestó que, "en cuanto a mí concierne, estoy listo a satisfacer la citación que se me hace, si no gozo de amparo especial como Vice-Cónsul del Perú en la ciudad de Cali, y compareceré a su despacho con mi abogado en fecha próxima", cuando le fue librada la citación correspondiente se obtuvo esta información del citador, fechada el 15 de junio de 1972: "le informó al señor juez que ha sido imposible localizar al señor José Carlos Ferreyros M.; no se consigue ni en su residencia ni en el consulado del Perú, donde me informaron que allí trabajaba, informándome un empleado del consulado que allí no lo conocen". Sin embargo el 9 de noviembre del año citado, diciéndose domiciliado en Cali, confiere poder al mismo apoderado del representante judicial de los menores arriba mencionados, para que lo represente en el proceso. Otro tanto y en igual fecha hace Dolores Bueno de Moncaleano;

d) En cuanto a los demandados Guillermo José Ferreyros Moncaleano y Yolanda Moncaleano de Ferreyros, sucede lo siguiente: el primero, apodera el mismo abogado mediante escrito presentado en el consulado de Colombia en Lima el 23 de marzo de 1972, el cual sólo fue presenta-

do al juzgado para su reconocimiento el 20 de noviembre siguiente; y la segunda, a pesar del escrito mencionado en la letra a) anterior, por conducto de su apoderado general, faculta también al mismo profesional para que lleve su representación judicial en escrito del 22 del mismo noviembre;

e) En vista del informe del consulado colombiano en Roma, de que se dio cuenta atrás en el ordinal b), y del rendido por el citador en Cali, también conocido ya, el demandante solicitó que se emplazará a los demandados Dolores de Moncaleano, Yolanda de Ferreyros y José Carlos Ferreyros, a lo que accedió el juzgado mediante auto del 25 de julio de 1972; al cual fue recurrido en reposición, con apelación subsidiaria, por el apoderado de Yolanda Ferreyros de Williams y de los menores Víctor Manuel y Jaime Ferreyros Moncaleano, quienes, como se anotó antes, contestaron la demanda oportunamente (17 de junio de 1972). Recursos estos que fueron negados en providencia del 8 de septiembre siguiente, cuya reposición fue solicitada también, y, en subsidio, la expedición de copias para interponer el recurso de queja. Negada aquélla y ordenada la expedición de éstas en auto del 25 del mismo septiembre, el interesado se abstuvo de suministrar lo necesario para el diligenciamiento de lo ordenado, provocando así la providencia del 5 de octubre del año que se viene mencionando en que se declaró "precluido el término para expedir las copias...";

f) Así las cosas, se adelantaron debidamente los trámites del emplazamiento; pero, como el apoderado de todos los demandados, según poderes presentados en noviembre de 1972, contestó la demanda en escrito del 12 de enero de 1973, no se designó curador y se siguió el proceso así trabado. En dicho escrito de contestación, los damendados negaron unos hechos, se opusieron a las pretensiones de la demanda y propusieron las excepciones que denominaron: "falta de legitimación o personería sustantiva de la parte demandante"; "prescripción especial de la acción en materia patrimonial"; "prescripción extraordinaria extintiva de la acción"; "carencia de legitimación en la causa de las partes"; "falta de condiciones de la acción"; "carencia de presupuestos procesales"; "carencia de personería sustantiva de las partes"; "ineptitud sustantiva de la demanda"; "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada"; "ineficacia de la acción"; "petición de modo indebido" y "la innominada".

4. Recibidas las pruebas solicitadas por las partes y presentados los alegatos de conclusión, el sentenciador de primera instancia falló el pleito así:

"Primero. Declárase que el demandante Alvaro Naranjo Moncalcano, de condiciones civiles conocidas en esta causa, tiene la condición de hijo natural del señor Víctor Moncaleano Ospina, fallecido en esta ciudad el día 13 de septiembre de 1970.

"Segundo. Inscríbase lo resuelto en esta sentencia en el registro civil, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 1260 de 1970 y Decreto 2158 del mismo año.

"Tercero. Declárase probadas las excepciones de "prescripción especial de la acción en materia patrimonial" en favor de todos los demandados, excepto Yolanda del Carmen Ferreyros Moncaleano de Williams, y de "indebida representación del demandado" en favor de los menores de edad Víctor Manuel y Jaime Ferreyros Moncaleano.

"Cuarto. Deniégase el resto de las pretensiones incoadas en la demanda.

"Quinto. Condénase en las costas del proceso a la parte demandada.

"Sexto. Cumplido lo anterior, archívese el expediente y cancélese su radicación".

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al desatar el recurso de apelación que contra la sentencia acabada de mencionar interpusieron ambas partes, en la suya del 18 de diciembre de 1975 la modificó en los siguientes términos:

"Primero. Confírmanse las resoluciones primera, segunda, quinta y sexta de la sentencia apelada.

"Segundo. Revócanse las resoluciones tercera y cuarta. En su lugar se dispone reconocer al señor Alvaro Naranjo M. de condiciones civiles conocidas, como legitimario del causante con derecho a recoger la cuota hereditaria que legalmente le corresponde. En consecuencia, la señora Yolanda Moncaleano Bueno de Ferreyros, también de condiciones civiles conocidas, deberá restituir al demandante la cuota

parte a que tiene derecho en la herencia en su condición de hijo natural del señor Víctor Moncaleano, restitución de cuota hereditaria que debe hacerla con los frutos naturales y civiles provenientes de la misma, a partir de la contestación de la demanda".

Contra esta sentencia interpuso la parte demandada el recurso de casación que, tramitado debidamente, resuelve ahora la Corte, advirtiendo que no le fue reconocida personería al censor en cuanto a los demandados Víctor Manuel y Jaime Ferreyros Moncaleano.

II

La sentencia recurrida

5. Luego de historiar el proceso manifiesta el Tribunal que las motivaciones de la sentencia apelada son, en general, acertadas, "pero en ocasiones deriva hacia apreciaciones equivocadas". Acierta —dice— en cuanto califica a los asignatarios de la cuarta de libre disposición (los nietos del testador) como herederos; mas se equivoca al estudiar su "capacidad procesal y adecuada representación", porque "el demandante carece de derecho para reclamar restituciones de la parte de los bienes que el testador dispuso libremente, y las personas instituidas herederos de esa porción no están obligadas a restituir". Situación que es la misma de la cónyuge —continúa— "cuyo interés patrimonial radica en bienes que no pertenecen a la herencia, toda vez que los recibe a título de gananciales".

7. Después de este exordio, se adentra el *ad quem* en el estudio de la pretensión relacionada con la declaración judicial de filiación natural; y luego de analizar y extractar las declaraciones rendidas por Narciso Naranjo, Luis Jesús Holguín Soto, Ernestina López López, Jesús María Vergara, Juan Antonio Aragón, Manuel de Jesús Figueroa e Irene Aragón de Vergara, concluye de esta manera:

"Para la Sala no hay duda sino la plena certeza de que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción. Esas relaciones aparecen en autos a través de las declaraciones contestes y responsivas que se examinaron, inferidas del trato personal y social entre la madre y el presunto padre apreciado dentro de las circunstancias en que tuvieron lugar atendiendo a su naturaleza, intimidad y continuidad. "Igualmente comprueban los testimonios el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto con hechos que por sus características inobjetables indican la paternidad. Unicamente los testigos reafirman cómo el señor Moncaleano sostuvo relaciones con la señora Elcira en las dos casas de habitación que indican; suministrando datos distintos —diversidad acumulativa de testimonios—, comunican una serie de informaciones fidedignas acerca de las causales invocadas. En opinión de la Sala la filiación impetrada se encuentra plenamente establecida, tal como lo reconoció el juez en el fallo de la primera instancia, aunque sólo la fundara en la causal prevista en el numeral 5º del artículo 6º.

"Procede en consecuencia hacer la declaración natural del demandante señor Alvaro Naranjo con respecto al señor Víctor Moncaleano".

8. Pasa enseguida el sentenciador al examen de la excepción que los demandados propusieron y que denominaron de "prescripción especial", que hicieron derivar del precepto 10 de la Ley 75 de 1968, empezando por decir que la Corte no la considera tal sino que la califica de caducidad, en contradicción —afirma— con lo que sobre el particular sostienen "unánimemente o por lo menos en su mayoría" los autores, quienes califican el fenómeno como de prescripción extintiva, tesis esta que adopta el *ad quem* con los siguientes razonamientos:

a) La caducidad es excepcional;

b) Generalmente opera sobre acciones que se ejercitan por procedimientos especiales, dejando ilesos los derechos cuando se hacen valer por vía ordinaria;

c) "El derecho a reclamar la herencia fue invariablemente considerado por la ley sustancial, como un derecho sometido, por su naturaleza, a las consecuencias extintivas de la prescripción, nunca de la caducidad;

d) La caducidad es "una figura jurídica

de rara y difícil configuración por la imprecisión con que hasta ahora ha sido conceptuada...", hasta el punto de que la jurisprudencia de la Corte, "pese a su plausible esfuerzo delimitante, no alcanza a fijar su verdadera naturaleza", no habiéndose podido llegar a precisiones sobre lo que caduca: si las acciones, o los derechos, o las pretensiones, o las relaciones jurídicas, no siendo dable entender que el legislador colombiano, "después de las conquistas sociales logradas en el año de 1936 —Ley 45— someta el derecho del hijo natural de pedir la herencia, al régimen restricto de la caducidad en el que no cabe ni suspensión ni interrupción, pero en el que la existencia del derecho queda reducida al breve plazo de dos años", razón por la cual debe concluirse que la caducidad es contraria al espíritu de justicia social que domina los mandatos de la Ley 75 de 1968, cuyo artículo 10, al disponer que el término bienal se cuenta desde la defunción del pretenso padre natural hasta la notificación de la demanda al cónyuge sobreviviente y a los herederos, zanja la discusión hasta entonces existente acerca de si la prescripción se interrumpía desde la presentación de la demanda, en armonía con el precepto 90 del Código de Procedimiento Civil. Además, debe tenerse en cuenta que "el derecho de acción y el derecho material a través de ella en hipótesis como la que se afronta, se ejercitaron en tiempo, tales derechos no decayeron en virtud de su ejercicio pero la notificación no pudo hacer oportunamente por actos no imputables a la parte actora; rectamente debe deducirse, se reitera, que la ley consagra una prescripción";

e) Finalmente —dice— son tantas las afinidades entre una y otra figura (prescripción y caducidad), que es de equidad, aún aceptando que se tratara de caducidad y no de prescripción, aplicar analógicamente el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, pues así fluye de las razones últimas de la ley sobre filiación natural, que propende tanto al beneficio moral como al material del peticionario".

Relata en seguida el Tribunal el largo proceso seguido para obtener la notificación del auto admisorio de la demanda, para concluir que el demandante llenó las exigencias del precitado artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, por tanto, concluye que "tiene derecho a reclamar y percibir la cuota hereditaria que le corresponde en la sucesión del señor Víctor Moncaleano, en su calidad de hijo natural", lo que "impone la revocación del punto 4º de la parte resolutiva del fallo apelado". Observa, además, "que desde el 17 de febrero de 1972 la señora de Ferreyros había hecho presentación personal ante la señora Cónsul de Colombia en Roma de poder en que facultaba expresamente a su apoderado para "notificarse personalmente de la demanda, recibir el traslado, contestarla...". Este poder debidamente autenticado fue presentado por el apoderado el 2 de agosto de 1972 y en la misma fecha el juzgado le reconoció personería".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

9. Contra la sentencia acabada de sintetizar, formúlanse por el recurrente dos censuras, ambas encuadradas dentro de la causal primera del artículo 359 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte estudia conjuntamente por su gran similitud, a saber:

Primer cargo

a) Se acusa en éste la sentencia de violar con ella, por falta de aplicación, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, y "por aplicación indebida los artículos 18 de la Ley 45 de 1936, 1249, 1275, 1276, 1277, 1321, 1322, 1323 y 2539 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente, que es un precepto sustancial en cuanto regula la interrupción de la prescripción que constituye un derecho de tal índole. Por igual concepto, el 2535 del Código Civil.

Fundamentándolo, dice el censor que, para orientar y sistematizar su trabajo, es procedente sintetizar la sentencia recurrida, lo que hace en los siguientes términos:

"Hasta aquí, puede decirse que el Tribunal estima: a) Que es equivocada la tesis de la Corte en cuanto considera que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 establece una caducidad y no una prescripción extintiva; b) Que dicha prescripción es susceptible

de interrupción con aplicación de las normas del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil; c) Que como la prescripción y la caducidad guardan muchas afinidades, aún aceptando que se tratara de la última, por analogía basada en la equidad sería aplicable también dicha disposición legal; d) Que al enfocar la cuestión por el aspecto de la prescripción se hallan probados hechos determinantes de la interrupción desde la presentación de la demanda.

"Parece, entonces, que debe afrontarse el recurso con base en la aplicación de las normas de la prescripción extintiva; pero suponiendo que se tratara de caducidad, si procedía aplicar el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil por analogía. En otros términos: para efectos del recurso en el presente cargo da igual considerar que se decidió el punto como prescripción extintiva que como caducidad, pues en ambos casos se dio aplicación al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil para condenar a la heredera Yolanda Moncaleano de Ferreyros a restituir la cuota herencial, o sea la legítima efectiva a Alvaro Naranjo, por encontrarse que la demanda se adujo en tiempo y no caducó ni está prescrita".

Pasa luego el casacionista al análisis crítico de la sentencia impugnada, expresando los siguientes conceptos:

(i) La opinión de la Corte sobre la caducidad consagrada en el artículo 10-4 de la Ley 75 de 1968 de la cual se aparta el ad quem, es acertada, por caducidad, en efecto, se entiende jurídicamente "el lapso de tiempo que produce la extinción o la pérdida de un derecho sustancial o procesal: o sea la cesación del derecho a ejercitar una prestación por el transcurso de determinado plazo previsto por la ley", la cual se establece por motivos de orden público y se impone como "una sanción rápida por razones sociales, familiares, estatales, etc...".

(ii) Las figuras jurídicas de caducidad y prescripción extintiva, pese a que ambas "significan el transcurso de un lapso de tiempo", no pueden sin embargo confundirse; y, al efecto, se apoya en las providencias de la Corte sobre el particular, proferidas el 10 de abril de 1972, el 16 de agosto del mismo año y el 5 de diciembre de 1974, cuyas partes pertinentes transcribe. Como conclusión, dice que esta corporación tiene sentado razonadamente ese criterio desde su sentencia del 1º de octubre de 1946 (LXI, 589), del cual ha hecho depender estas consecuencias: que la prescripción no puede declararse oficiosamente por el juzgador y la caducidad sí, concepto este reafirmado, según el impugnador, por el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil que permite al juez rechazar in limine la demanda "cuando existe término legal de caducidad para intentarla, cuando de ella o de sus anexos aparezca que dicho término está vencido;" y que la prescripción es renunciable, sus términos admiten suspensión e interrupción, corre desde que la obligación se hace exigible y "el derecho está paralizado por una excepción en forma que si el demandado no la alega el juez debe reconocer la existencia de aquél", al paso que, por el contrario, la caducidad no admite renuncia, ni suspensión ni interrupción de sus términos, "opera por el transcurso del tiempo sin presuponer una obligación necesariamente", produciendo ipso jure la extinción de la facultad de ejercer un derecho sin que el demandado tenga la carga de alegarla". Por tales consideraciones, estima el censor totalmente errado el criterio del sentenciador sobre analogía, en virtud del cual hace obrar lo dispuesto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, referente a prescripción, al caso del pleito, que es de caducidad.

(iii) Entrando al examen del proceso, dice el casacionista que Víctor Moncaleano murió el 13 de septiembre de 1970 y que el auto admisorio de la demanda quedó notificado el 10 de diciembre de 1972, o sea más de dos años después, sin que puedan tenerse en cuenta las notificaciones que de él se hicieron el 22 y el 31 de marzo de dicho año a Carlos y Víctor Manuel Ferreyros Moncaleano y a Yolanda de Williams, porque "nadie osa discutir que para que se entienda notificada una providencia judicial, la notificación debe haberse practicado a todas las partes". Y refiriéndose al memorial dirigido al juez a quo por Yolanda Moncaleano de Ferreyros, única hija legítima del presunto padre natural, dice:

"Sobra decir, que antes de dicha fecha (18 de diciembre de 1972) no pudo produ-

cirse la notificación de la indicada señora, pues si bien como madre de dos de sus menores hijos ella fue citada y dio poder que se recibió en el proceso en agosto de 1972, fecha en que según los artículos 65 y 84 del Código de Procedimiento Civil, los poderes otorgados fuera de la sede del juez se consideran presentados, su intervención en tal carácter era irrelevante, porque en Colombia a la sazón la patria potestad la ejercía únicamente el padre. Y por otro lado, porque en principio el poder no puede entenderse como notificación implícita, y mucho menos cuando faculta al apoderado para notificarse de dicha providencia Además, aparece que dicho poder se dio por la señora no para representarla a ella como demandada, sino para que representara a sus hijos menores, lo que es diferente. Pero si todo lo expuesto no correspondiera a la realidad jurídica, como sí corresponde, observo que la señora Dolores Bueno de Moncaleano, quien debía demandarse a la luz de la Ley 75 artículo 10, suponiendo en gracia de discusión que el solo poder que confirió implicara conducta concluyente, habría quedado notificada de la admisión de la demanda el 9 de noviembre de 1972, o sea vencidos los dos años del fallecimiento del causante".

Termina la censura manifestando:

"Al infringir las normas hasta ahora enunciadas se conculcaron consecuencialmente las indicadas al comienzo, es decir las inherentes a los derechos herenciales del hijo natural en concurrencia con legítimos en caso de sucesión testada; la referente a preterición que parece que fue la que el Tribunal aplicó desde que no reformó expresamente el testamento del causante, como se solicitó por el actor, y las de petición de herencia, todas por indebida aplicación, ya que no era el caso de hacerlas operar porque estaba caducada la pretensión patrimonial. Es obvio que al prosperar el cargo, como lo espero, y al reconocerse la caducidad, previa reforma de la sentencia de primer grado, deberá absolverse a Yolanda de Moncaleano (sic) de tales pretensiones".

Segundo cargo

Está concebido en los siguientes términos: "Dentro de la causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 90 del Código de Procedimiento Civil, 2535, 2539, 1249, 1275 a 1277 y 1321 a 1323 del Código Civil; 18 de la Ley 45 de 1936 y por falta de aplicación del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, como consecuencia de error manifiesto de hecho por apreciación indebida y falta de apreciación de las pruebas que adelante determino".

Desenvolviéndolo, repasa el censor los pasajes de la sentencia impugnada relacionados con la diligencia desplegada por el actor en orden a obtener la notificación oportuna de los demandados; transcribe el texto del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y dice que, de acuerdo con él, para que la admisión de la demanda tenga la virtud de interrumpir la prescripción, se impone el cumplimiento de los siguientes dos requisitos: "1. Que dentro de los cinco días siguientes a su admisión, la que tuvo lugar el 24 de febrero, se suministrara lo requerido legalmente para que la notificación del demandado se practicara, y 2. Que si la notificación del demandado no se practicaba en los diez días siguientes a aquél en que se proveyó lo necesario para tal fin, el demandante hubiera solicitado el emplazamiento, en este caso del artículo 318, y la notificación se hiciera en los dos meses siguientes a dicha solicitud. Si así no ocurría, la interrupción sólo se producía, según las circunstancias, con la notificación del curador *ad litem* o a los propios demandados efectuada con posterioridad al último plazo expresado, lo que sucedió el 18 de diciembre de 1972, o sea más de dos años después de la muerte del causante esto es el 7 (sic) de septiembre".

Tales requisitos —continúa el censor— no se cumplieron: no el primero, porque el despacho comisorio al consulado colombiano en Roma, tendiente a la notificación de los demandados Víctor Manuel y Jaime Ferrevros Moncaleano y Yolanda Moncaleano de Ferrevros se libró veintiséis (26) días después de aquél en que se dictó el auto admisorio de la demanda: y tampoco el segundo, ya que "ocurre que el despacho comisorio llegó al juzgado el 8 de junio de 1972 sin que la notificación pudiera practicarse porque la señora Yolanda de Ferrevros no estaba en Roma, sino en gira por Europa, ignorándose cuándo regresaría

a tal ciudad, como lo informó el Cónsul, y el apoderado del actor solamente el 12 de julio, vale decir un mes y cuatro días después, pidió el emplazamiento (fol. 47 cuad. 1), término que deduciéndole por presunción 8 inhábiles, ya que no se ha demostrado otra cosa, se reduce a 24 días, lo que origina que no lo hiciera dentro de los diez días siguientes a aquél en que regresó el despacho al juzgado. Pero aún aceptando en gracia de discusión que hasta el 8 de junio el demandante había cumplido su carga, la notificación a la demandada ha debido surtirse a más tardar el 8 de agosto o sea dos meses después de la fecha de llegada del despacho, y se ha visto que élla se practicó al apoderado de la demandada el 18 de diciembre esto es más de dos meses después de dicha llegada".

Se refiere luego el impugnador a la observación del Tribunal respecto al hecho de que Yolanda de Ferreyros otorgó poder para ser representada en el proceso, lo cual, dice, no coincide con la realidad dicho poder no se otorgó para representarla a élla sino a sus dos hijos menores, siendo entonces irrelevante "pues la señora no ejercía ante la ley colombiana la patria potestad ni la presentación (sic) de sus hijos menores, de modo que ninguna incidencia podía dársele para los efectos que el Tribunal le atribuyó".

Nota la censura, por último, que tampoco está demostrada la actividad desplegada por el actor para que los demás demandados fueran notificados oportunamente. Por tanto —concluye— el fallador violó el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y las demás normas citadas al comienzo del cargo, por indebida aplicación; y, por otra parte, también el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, "pues no obstante haber pasado dos años desde la muerte del causante hasta la notificación del auto admisorio de la demanda a la demandada Yolanda de Ferreyros, no se reconoció la llamada prescripción, o la caducidad que realmente constituye dicho lapso".

Se considera

10. Ante todo, debe resaltarse que las censuras no están dirigidas a discutir e impugnar la declaración de paternidad natural efectuada en la sentencia recurrida, sino a determinar si élla comprende los efectos patrimoniales concretados en la petición de herencia, consecuencialmente solicitada por el demandante. Se acepta, pues, la filiación natural reconocida o declarada, al no discutirla en forma alguna. De ahí que sea importante tener en cuenta la vía crucis recorrida para la notificación del auto admisorio de la demanda a los demandados señalados en élla, en la que resaltan estos episodios: a) viajes de Cali a Roma y viceversa de la cónyuge sobreviviente, cuando se la iba a citar directamente en la primera ciudad y en la época en que el consulado colombiano en la segunda llegó al despacho comisorio correspondiente; b) paseo turístico de la heredera Yolanda Moncaleano de Ferreyros, ignorándose en su hogar romano la época de su regreso a él, conocida ya por élla la existencia del proceso en que figuraba como demandada; c) ocultación del poder concedido por el demandado Guillermo José Ferreyros para su representación en el proceso, inclusive con la facultad al apoderado de notificarse del auto admisorio de la demanda incoativa, desde su presentación personal en el consulado colombiano en Lima el 23 de mayo de 1972 hasta su incorporación al expediente el 20 de noviembre siguiente, cuando ya se habían vencido los dos años de que habla el artículo 10-4 de la Ley 75 de 1968; d) desaparición del demandado José Carlos Ferreyros, quien manifestó al juzgado del conocimiento en escrito del 5 de abril de 1972 estar listo a recibir la notificación perseguida, reapareciendo en su domicilio de Cali el 9 de noviembre siguiente para presentar ante el juez competente el memorial-poder para su representación en juicio; y e) ejercicio de un recurso de reposición, no fundamentado, con petición subsidiaria de copias para intentar el de queja, que no se interpuso en definitiva porque para entonces ya el 13 de septiembre de 1972 había pasado.

11. Al pleito son extraños los demandados Víctor Manuel y Jaime Ferreyros, por cuanto las fallas legales anotadas por el juez a quo en su auto del 25 de junio de 1974 no fueron superadas, y así lo dijo esta corporación en su providencia admisoria de la demanda de casación fechada el 1º de julio pasado, en donde expresó al respecto que repetía nuevamente la imposibi-

lidad de reconocer al demandante en el recurso extraordinario la personería que reclama, "puesto que si bien es cierto que al folio 99 C/1 aparece un poder otorgado por José Carlos Ferreyros y Yolanda Moncaleano de Ferreyros en el cual afirman ser los padres de los menores Víctor Manuel y Jaime Ferreyros Moncaleano, cuya presencia en el expediente no ha ignorado la Sala desde la admisión del recurso, también lo es que no aparece en parte alguna la prueba conducente que demuestre tal representación legal".

12. Acompaña toda la razón al casacionista cuando afirma que el artículo 10-4 de la Ley 75 de 1968 configura una caducidad y no una prescripción extintiva; y que aquélla no admite interrupción, como sí la permite ésta. Los argumentos esgrimidos por el ad quem para concluir lo contrario (numeral 8º anterior) son, en efecto, bien flacos:

a) El que la caducidad sea excepcional —que no lo es, por cierto— no determina que la ley, al establecer determinado plazo, consagre preferencialmente una prescripción extintiva;

b) El hecho de que "generalmente" la caducidad opere sobre acciones que se ejercitan por procedimientos especiales, no quiere decir que no se presente en los ordinarios. Si así fuese, el Tribunal también estaría conceptuando que no se presenta este fenómeno jurídico en los procesos de reclamación contra la legitimidad del hijo, concedida al marido por el artículo 217 del Código Civil, ni a los de impugnación de maternidad de que hablan los preceptos 335, 336 y 337 ibídem, sobre lo cual no han dudado nunca ni la doctrina ni la jurisprudencia;

c) Es verdad que el derecho de petición de herencia, generalmente, está regido en su ejercicio por la prescripción de 20 años (Arts. 1323 C. C. y 1º de la Ley 50 de 1936); pero también lo es que, en los casos en que dicha acción se deriva de la declaratoria judicial de paternidad natural, por ser consecuencia patrimonial de ella, se gobierna por el mandato del artículo 10 tantas veces citado, que es especial y de preferente aplicación, consecuencialmente;

d) No es cierto que la caducidad sea una figura jurídica rara y de difícil configuración, por lo que la Corte —según el sentenciador— no ha podido fijar su naturaleza. Que no es rara, quedó dicho atrás; y que no es de difícil configuración se desprende de que la doctrina y la jurisprudencia la han definido en forma muy precisa y clara. En su sentencia del 1º de octubre de 1945 (CXI, 690), la Corte dijo sobre el particular:

"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 —realización de un acto o ejercicio de la acción judicial— para que el interesado no pueda obrar últimamente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él". Y agrega que la prescripción extintiva, salvo disposición especial que establece para determinados casos lo contrario, "no tiene cabida respecto de derechos que no revistan el carácter de obligaciones exigibles judicialmente", lo que indica que para que se presente la prescripción se requiere la existencia de una obligación de tal clase, lo que no sucede siempre en caso de caducidad.

La caducidad, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que, vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea la negligencia real o supues-

ta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad de hecho.

Está pues fijada por la Corte, muy precisamente por cierto, la naturaleza de la caducidad que extraña el ad quem. Si se recurriera a los expositores, llegaríase indudablemente a semejante conclusión;

c) La caducidad establecida por el artículo 10-4 tantas veces citado no es contraria, como lo afirma el sentenciador, al espíritu de justicia social que inspiran las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968. En las distintas personas que forman un conglomerado social se centran diversos intereses legítimos, siendo la labor de la legislación y de la jurisprudencia compaginarlos, sin criterio predeterminado, por lo menos en un estado como el colombiano que no está regido por una sola clase social o económica, por ser democrático y pluralista. Cierto es que la legislación, desde 1936, ha venido orientada por el criterio de la defensa de los derechos del hijo natural, tanto en lo que hace al establecimiento de su estado civil como en lo referente a sus derechos herenciales, que antes se le desconocían; pero eso no quiere decir que deban abandonarse los de los herederos legítimos, testamentarios o no, y los de los demás asignatarios por testamento, cuyos derechos patrimoniales, vinculados a la herencia, no deben quedar expuestos, indefinidamente, a ataques motivados por procesos de filiación natural. La certeza de un derecho —de ahí el principio, entre otros, de la cosa juzgada— es fundamento esencial para un buen y eficiente empleo de los medios de producción, en orden al desarrollo económico-social de la sociedad en general, que aprovecha a todos los asociados, y de ahí que el Estado debe procurarla, como lo hace con la caducidad motivo de este pleito, o con las consagradas para evitar las inseguridades impositiva y prestacional, que podrían configurar intempestivamente pasivos financieros en las empresas, que dieran al traste con éllas. De modo que la justicia social no puede mirarse desde un solo y exclusivo punto de vista, como lo mira el ad quem; para lograrla, deben tenerse en cuenta todos los intereses legítimos de las personas que conviven en el Estado, aunque contrapuestos en ocasiones, para colocarse en el justo medio, con lo cual se logra esa justicia plena y cabalmente;

f) ¿Quiénes son la totalidad o la mayor parte de los autores que califican el plazo del artículo 10-4 de la Ley 75 de 1968 como de prescripción y no de caducidad? El sentenciador se cuida de mencionarlos. Pero, aunque así fuese —que no lo es— no sería argumento para derivar de él la imposibilidad de que la Corte expusiera un criterio contrario, como máxima autoridad para la interpretación de la ley en su aplicación a casos particulares, que le reconoce el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil. Aceptar lo que el Tribunal afirma en el aparte de su sentencia que ahora se comenta, conduciría a concluir que la Corte está obligada, en cuanto a la exégesis jurídica, a seguir mansamente la ruta que "unánimemente o por lo menos en su mayoría" le tracen los autores o doctrinantes, lo que no es, obviamente, de recibo.

De todo lo que se ha expuesto, resulta que la Corte no ha venido errada en la dilucidación del tema en estudio, por lo que considera que no es del caso variar su doctrina. Y si según ella trátase de caducidad en el caso del pleito, no cabe la interrupción del término prefijado por la ley, por ser ésta una de las características que la diferencia de la prescripción extintiva, como la misma sentencia analizada lo pregona, sobre lo cual estima que no es necesario extenderse para no repetir conceptos que vienen expresados en providencias que ya son muchedumbre, por tanto es improcedente acá la aplicación del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, quedando con todo lo dicho anteriormente hecha la rectificación doctrinaria de que habla el artículo 375-5 ibídem.

13. Sin embargo de lo dicho, la Corte no habrá de casar la sentencia recurrida, pues por consideraciones distintas llega a las conclusiones del ad quem. En estos casos, como se tiene dicho, lo pertinente es "consignar la rectificación doctrinaria del caso, con lo cual se llenaría el fin primordial del recurso extraordinario" (CVII, 371). En efecto, en sentencia de esta misma fecha y en caso similar, esta Sala se ha expresado de la siguiente manera, unánimemente:

"Situaciones (como la antes relatada), que se han vuelto frecuentes, obligan a la Corte, con urgencia nacida de la equidad, a precisar su doctrina sobre el plazo de caducidad que establece en su inciso 4º el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, para lo cual toma los siguientes fundamentos:

a) "... habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la práxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no ha menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las qué las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales.

"La ley es una creación del espíritu objetivo, que aun cuando producto de determinado cuerpo político constitucionalmente calificado o ese objeto, se independiza de él desde su expedición, al punto de que el influjo de los propósitos que animaron a sus redactores va decreciendo a medida que la norma se proyecta sobre coyunturas cada vez distintas y más lejanas de las de su origen, y de que el intérprete es llamado a proceder con la mente puesta en el legislador, para imaginar cómo habría éste regulado la situación nueva si le hubiese sido factible entonces tenerla presente. En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa". (Cas. Civil de 17 de mayo de 1968, aún no publicada, ordinario de Zoila Rosa Chacón de García y otra, frente a Mery Chacón de Neira);

"b) Es principio general acogido expresamente por el legislador colombiano, que mientras viven el hijo y el presunto padre, aquél puede, en cualquier tiempo, iniciar el proceso de investigación de su paternidad. En el punto ninguna limitación existe. Y por cuanto esta acción se funda en un derecho de los que están consagrados también universalmente, cual es el de que todo ser humano tiene derecho a saber quiénes son sus padres, muerto el presunto progenitor, el hijo sigue teniendo la misma facultad de iniciar, en cualquier tiempo, el proceso de investigación. Es imprescriptible é incaducable, pues, la acción que tiene el hijo para promover el proceso tendiente a establecer su paternidad o su maternidad. Lo consagra así el artículo 406 del Código Civil al imperar que ni la prescripción ni fallo alguno podrá oponerse a quien se presente como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce.

"Sin embargo, en el segundo caso, es decir, cuando el presunto padre ha muerto, se ha establecido una limitación que mira a los efectos patrimoniales del fallo, pues para que éstos se produzcan en tal evento, es menester que ese derecho se ejercite dentro de los dos años siguientes a la muerte del pretendido progenitor. Ejercitándose fuera de ese preciso lapso, el derecho a investigar la paternidad subsiste, pero caducan todos los efectos económicos que, ordinariamente, se derivan de un fallo favorable de paternidad. La Ley 75 de 1968 en esta materia hizo la siguiente precisión en su artículo 10, aparte 4º:

" 'La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción' ".

Considerando el legislador que no es justo someter a los herederos del difunto y a su cónyuge al deber de afrontar una demanda calculadamente tardía, intencionalmente demorada con el definido propósito de hacer más difícil la defensa de quienes desconocen actos claramente íntimos o reservados de su causante, o en espera de que el tiempo borre huellas que pudieran servir de escudo a los sucesores, determinó que el derecho de investigar la paternidad, en casos de muerte del padre presunto, debe ejercitarse dentro de esos dos años para que el fallo produzca en favor del hijo los

efectos patrimoniales que le son propios.

No obstante, como el interés evidente que el legislador perseguía con tal medida no era sólo el de que el derecho fuera ejercitado dentro de ese preciso término, sino también el de que los sucesores del difunto y su cónyuge conocieran oportunamente la existencia de esas pretensiones y pudieran oponer en tiempo sus defensas, la ley, estatuyó que "la demanda" debería ser notificada dentro del mismo perentorio término bienal;

c) Pero, por ventura, deberá necesariamente declararse caducado el derecho cuando, a pesar de una normal diligencia del demandante, la notificación del auto admisorio de la demanda, por ocultación de los demandados, por otros escollos y obstáculos puestos por los mismos o por negligencia de los funcionarios competentes, no ha podido llevarse a cabo dentro del término prefijado?

Partiendo de que nadie está obligado a lo imposible (ad imposibilia nemo tanetur), la Corte, meditando nuevamente sobre la inteligencia que debe darse al precepto comentado, llega a la conclusión de que, si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de ésta, sin culpa posterior del demandante, se hace vencido el bienio a que la ley se refiere en la norma mencionada, entonces la sola presentación del libelo en tiempo tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Proceder de otro modo sería cohonestar el fraude premiando al demandado que se oculta o que intencionalmente estorba que se la notifique en tiempo el auto admisorio, posturas estas que atentan contra la lealtad procesal, o sería hacer responsable de la negligencia de los funcionarios judiciales al mismo demandante que ha realizado una normal actividad para que la notificación se lleve a cabo en oportunidad.

Como la Ley 75 de 1968 ciertamente buscó mejorar la condición del hijo natural, so pretexto de una exégesis muy ceñida a la ley, cual ha sido la que hasta ahora venía pregonando la Corte, no se podría insistir en una interpretación que daña patentemente a quien fue el objeto de la complacencia del legislador.

La inteligencia, pues, que debe darse al texto legal citado es la de que él se refiere al caso preciso en que los funcionarios respectivos o los demandados de ninguna manera han impedido o dificultado la normal notificación del auto admisorio de la demanda. Pero cuando es palmario que no obstante la diligencia del demandante, y a pesar de haberse presentado en tiempo la demanda, la notificación no pudo realizarse, ya sea porque los demandados se ocultan, se ausenten del lugar donde se adelanta el proceso o porque la eluden o dificultan de alguna manera, entonces la notificación por fuera de tiempo no alcanza a generar la caducidad de los efectos patrimoniales, desde luego que esa tardanza tiene su génesis en actos u omisiones de los demandados o en desidia o morosidad culpable de los funcionarios que deben realizar la notificación". (Sentencia de Casación Civil de fecha 18 de noviembre de 1976, pronunciada en el proceso ordinario adelantado por Adiela Ramírez y otros frente a herederos de Luciano Duque Arcila).

14. Muestra elocuente de que, en este pleito, los demandados eludieron voluntariamente la notificación, pese a la diligencia del demandante al efecto —quien por otra parte presentó la demanda con ocho meses de anticipación al vencimiento de los dos años de que habla el artículo 10-4 de la Ley 75 de 1968— la ponen de presente los hechos narrados en los numerales 3º, letras a) a f) y 10 de esta sentencia que no es necesario repetir. Agravados con el siguiente: la heredera, Yolanda Moncaleano de Ferreyros, contra quien pesan económicamente todas las resultas de la condena, como lo puso de presente el sentenciador, conoció con mucha anticipación la existencia del proceso, su finalidad y la actuación que se venía siguiendo, como se desprende del memorial-poder que, en compañía con su cónyuge, fue llevado al juzgado del conocimiento el 2 de agosto de 1972, pero presentado ante el Cónsul en Roma el 17 de febrero anterior, es decir, con mucha anterioridad a la fecha de acaecimiento de la caducidad ahora alegada por ella y por sus codemandados. Allí dice, en efecto, que confiere poder "a fin de que los represente (a sus hijos menores) en el juicio ordinario de filiación natural, propuesto por el señor Alvaro Naranjo contra

la sucesión del señor Víctor Moncaleano". Si conocía la existencia de la litis; si sabía que la demandada era la "sucesión" de su padre, es decir, que esa parte la componían sus herederos, uno de los cuales era ella, por qué no se hizo presente desde entonces en el proceso en vez de deambular por Europa, sin enviar noticias a su hogar de Roma hasta cuando se venció el término de caducidad?

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada el 18 de diciembre de 1975 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de que se ha venido haciendo mérito.

Sin costas como consecuencia de la rectificación doctrinaria.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.



FILIACION NATURAL

Excepcio plurium consutpratorum. — Caducidad. — Reitera doctrina de que el plazo fijado en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 no es de prescripción. — Notificación de la demanda.

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a desatar el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 29 de abril de 1976, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario que suscitaran Adiela, Hernán, Nidia, Mario y Fredy Ramírez contra los herederos y la cónyuge de Luciano Duque Arcila.

I

El litigio

1. En demanda admitida por auto del Juzgado Civil del Circuito de Salamina, fechado el 1º de febrero de 1974, los Ramírez demandaron a Omar, Alberto, Olga y Myriam Duque Botero, como herederos de Luciano Duque en calidad de hijos legítimos suyos y a Belén Ramírez de Duque, en su condición de segunda cónyuge del mismo, para que, tramitado proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que los primeros son hijos naturales de Luciano y, por tanto, sus legitimarios con derecho a heredarlo en concurrencia con sus hijos legítimos.

2. La causa petendi se fundó en que de 1940 a 1960 Luciano Duque Arcila hizo vida marital con María Judith Ramírez, madre de los demandantes, y en que todos éstos fueron concebidos cuando los amantes ya habían iniciado sus relaciones amatorias. Apoyóse además en que Luciano falleció el 7 de marzo de 1972 y dejó como herederos a Omar Alberto, Olga y Myriam Duque Botero, hijos de su primer matrimonio celebrado con Amalia Boterio, y en que le sobrevive su segunda mujer, Belén Ramírez.

3. No obstante la notoria actividad desplegada por la parte demandante, a los demandados se les hizo personal notificación del auto admisorio de la demanda, así: en Salamina a Myriam Duque Botero el 16 de febrero de 1974 y a Belén Ramírez viuda de Duque el 19 de los mismos, aunque tratando de eludirla, solamente firmó la diligencia el 15 de marzo siguiente; en Bogotá, a Alberto Duque Botero, el 13 de marzo de 1974; y en Medellín a Olga Duque de Giraldo y a Omar Duque Botero, los días 21 y 22 de marzo, respectivamente. Con oposición de todos estos se adelantó la primera instancia que terminó con sentencia en que se acogen todas las súplicas de la demanda y se rechaza la excepción de caducidad, porque el libelo demandador fue presentado antes de vencer los dos años siguientes a la muerte de Luciano Duque. Apelada esta decisión, el Tribunal la confirmó por medio del fallo que es materia de casación.

II

La sentencia impugnada

Expresa el Tribunal en sus consideraciones previas, que los demandantes fundan su demanda de paternidad natural, principalmente, en la presunción nacida de la existencia, en la época de su concepción, de

relaciones sexuales entre su madre y el padre presunto, causal de paternidad erigida como tal en el número 4 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968. Dice que María Judith Ramírez, madre de los demandantes, durante más de 20 años, que se extienden de 1940 hasta después de 1960, convivió bajo un mismo techo con Luciano Duque Arcila, y que en ese lapso ocurrió la concepción de todos los demandantes: Adiela, Hernán, Nidia, Mario y Fredy Ramírez; que de las declaraciones de Rubelia Alzate de López, José Arcila Vélez, Pedro Marulanda, Emilio Bernal Serna, Carmen Emilia Vanegas, Rogelio Aristizábal, Ignacio Duque Llano y Olga Alzate que, en lo pertinente, transcribe, se concluye que por más de 15 años, contados a partir de 1940, Luciano y María Judith hicieron vida marital y, además, que está demostrado, con las correspondientes actas de nacimiento, que todos los demandantes fueron concebidos cuando ya aquéllos cohabitaban. Que esta presunción queda en firme, no obstante que los demandados pretendieron probar la excepción de plurium constupratorum con el dicho de Alicia y Antonio López, Carlos Hernández, Fabio Cardona y María Honoria Valencia. El sentenciador expresa: "De estas declaraciones presentadas por la parte demandada, deduce uno de sus apoderados que María Judith Ramírez tuvo relaciones sexuales con varias personas. Pero la realidad demostrada en el proceso es otra, ya que estos declarantes ni siquiera se refieren a la continuidad en el tiempo una sola vez vieron a María Judith tomando con unos señores en una cantina de San Félix, pero no afirman ningún hecho del cual pueda deducirse fehacientemente que durante la época en que, según la ley, debe presumirse la concepción de los que ahora se pretenden hijos de Luciano Duque, la madre natural de ellos hubiera sostenido relaciones carnales con hombres diferentes.

"En cambio sí está claramente demostrado que la Ramírez inició relaciones con el citado Duque Arcila desde 1940 en una casa de la zona de tolerancia de Salamina o en sus cercanías. Que de dicha casa no salía aquélla y que a toda hora, de día y de noche, entraba allí el presunto padre natural de sus hijos; que éste la tuvo en su finca Monteverde, y que a sus expensas hizo construir la casa de la gallera a donde la llevó a vivir y donde continuó frecuentándola y mandándole allí mismo el sustento.

"Hasta los mismos testigos presentados por la parte demandada, a pesar de que le atribuyen a la Ramírez relaciones sexuales con otros hombres, la señalan siempre como 'la que vivía con Luciano Duque'".

Luego pasa el Tribunal a estudiar lo atinente a la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad, defensa esgrimida por varios demandados alegando que fueron notificados del auto admisorio de la demanda pasados dos años de muerto Luciano. En el punto expresa lo siguiente:

"1º El término del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 es de caducidad como lo comprueban: a) Los antecedentes de la ley; b) Las consecuencias que de él se derivan y la manera cómo se producen; c) La reiterada interpretación jurisprudencial.

"2º No obstante reputarlo como un término de caducidad, el legislador al reglamentar la manera como se hacían cesar sus efectos incurrió en error, por cuanto acogió el principio que otras normas consagraban entonces para la interrupción de la prescripción, como era el de la notificación de la demanda (Art. 2524 del C. C., derogado por el 698 del C. de P. C.).

"3º Ese error, desde luego, es explicable por la tradicional confusión que ha existido, tanto en la ley como en la doctrina y en la jurisprudencia, sobre los rasgos distintivos de la prescripción y de la caducidad. Por ello el artículo 10 de la Ley 75 creó una figura híbrida, como es esa de establecer un término de caducidad que en el aspecto relacionado con la cesación de sus efectos se sometió a la manera usualmente admitida para la interrupción de la prescripción, antes mencionada.

"4º El actual Código de Procedimiento Civil, en su artículo 90, adoptó un sistema diferente en lo relativo a la interrupción de la prescripción, como quiera que según tal disposición y para los efectos dichos, basta ahora, en términos generales, con la mera presentación de la demanda.

"5º El artículo 10 que bajo la vigencia de las normas derogadas armonizaba con éstas, debe, pues, en concepto de la Sala, con-

cordarse con las que actualmente rigen.

"6º Esa armonización es imperiosa porque no se justifica que si varió el principio de la interrupción, a estas alturas se pueda decir que todavía existe un término que, incluso, no es de prescripción sino de caducidad, —lo que hace la situación más aberrante—, que no se interrumpe con la presentación sino con la notificación de la demanda.

"7º Si esa armonización entre la Ley 75 de 1968 y las nuevas normas procesales ha tenido que hacerse en otros aspectos no menos importantes, no se ve cuál pueda ser la razón para no llevarse a cabo en el que se comenta.

"Con base en los argumentos precedentes la Sala sigue pensando que los efectos de la decadencia de la acción de investigación de la paternidad natural o de la de filiación, en cuanto a los derechos patrimoniales de los demandantes, cuando una u otra se han intentado después de la muerte del presunto padre o de fallecido el hijo, se evitan con la sola presentación de la demanda. Por ello cuando ésta se presenta dentro de los dos años siguientes a la muerte del padre o del hijo, la caducidad no puede producirse, aunque no se alcance a notificar el respectivo auto admisorio antes del vencimiento de ese término, porque lo que interesa para que ese fenómeno no se opere es el ejercicio oportuno de la acción, ya que además de ilógico resulta inequitativo restringir las consecuencias patrimoniales de la acción de paternidad o de la de filiación oportunamente ejercidas, haciéndole surtir efecto únicamente contra aquellos demandados que se notificaron oportunamente del auto admisorio de la demanda y dejando por fuera de esos efectos a quienes por una u otra causa lograron demorar esa notificación.

"La tesis según la cual el término de caducidad sigue corriendo después de presentada la demanda correspondiente, no sólo es contraria a la naturaleza misma de la caducidad, sino que propicia en ciertos casos la maniobra habilidosa de los demandados que sepan eludir o retardar la notificación del auto admisorio, para no hacerse parte en el proceso respectivo".

Con tal fundamento y por cuanto la demanda de filiación fue presentada dentro de los dos años siguientes a la muerte de Luciano Duque, el Tribunal concluye que, en este caso, no se ha operado la caducidad en favor de nadie.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia del Tribunal, los demandados enfilan tres ataques, montados todos sobre la causal primera, por infracción de normas de derecho sustancial. Como los dos últimos tienen un fundamento común, serán despachados conjuntamente.

Cargo primero

Denuncia aquí el censor violación indirecta, por falta de aplicación, del inciso tercero del aparte cuarto del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, a consecuencia de la apreciación errónea de la declaración de terceros dada por Antonio y Alicia López, Carlos Hernández, Fabio Cardona y María Honoria Valencia, y falta de apreciación de la de María Judith Ramírez y José Arcila.

Arguye el recurrente que el Tribunal no observó que fue traída al proceso prueba idónea que demuestra plenamente la multiplicidad de relaciones sexuales que, con distintos hombres, tuvo María Judith en la época en que fueron concebidos los demandantes; que por esto dejó de aplicar la norma antes indicada, que manda negar la declaración de filiación si el demandado demuestra que, en la época de la concepción del demandante, la madre de éste tuvo relaciones de la misma índole con otros hombres.

Después de transcribir lo pertinente de lo atestiguado por los declarantes mencionados atrás y luego de criticar la manera como el Tribunal analizó el dicho de algunos de éstos, la censura expresa: "Si estas declaraciones no hubieran sido rechazadas por el Tribunal y otras se hubieran apreciado, tomando todo como un conjunto, como una unidad, habría encontrado el Tribunal en ellas que para la época de la concepción de Adiela y Hernán, demandantes cuyo nacimiento se presenta en los días 12 de marzo de 1942 y 4 de octubre de 1944", María Judith tuvo relaciones sexuales con

varios hombres lo cual resulta de los siguientes eventos: "que estuvo en cantina pública, la de propiedad de la Zarca, en San Félix, allí libó licores; vivió en la zona de tolerancia en Salamina y manejó cantina en este lugar en su misma casa; se vino con el señor Roberto Botero de la finca de Monteverde y fue dejada en sus amoríos por éste, dada su vida pública y después trasegó con Luis Angel López y Carlos Hernández".

Añade la censura que "los testimonios los analizó aisladamente el ad quem, no los ensambló y por no haberlos analizado en conjunto, cual lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, cometió evidente error de hecho.

"En la reconstrucción probatoria del proceso se ha delimitado la época en la cual María Judith vivió en la zona de tolerancia del municipio de Salamina y aquélla que se residenció en el barrio de la Gallera de la misma localidad.

"En la época que María Judith vivió en la Gallera también la prueba apunta a señalarla como mujer con relaciones con pluralidad de hombres. Así se establece con los testimonios de María Honoria Valencia de C. puesto que da claridad sobre una época, pese a que el Tribunal la rechaza por no precisar fechas, y la declaración de Fabio Cardona Murillo, cuyo testimonio desconoce por no haber vivido en el barrio de la Gallera todo el tiempo y alejarse durante términos de seis meses a un año, cuando realmente este testigo siguió viviendo en la misma localidad. Las dos circunstancias anotadas por el Tribunal para los testigos constituyen flagrantes errores de hecho en su apreciación. María Honoria Valencia de C. da cuenta de que tuvo relaciones con un primo, Juan Ramón Londoño, 'porque ese mismo en confianza me lo contó...' personalmente me daba cuenta de las conversaciones que éste sostenía con dicha señora dentro de la misma casa de ella, pero en el portón de entrada. También se dio cuenta de las relaciones con el señor Luciano Duque y de que sostuvo relaciones María Judith con Antonio Tamayo 'porque personalmente yo lo veía entrar a la casa, quiero decir a la casa de habitación de la Ramírez' ... 'El vivía en una finca y venía a donde ella cada ocho días, Fabio Cardona Murillo dice que en razón de su vecindad 'puede afirmar sostuvo relaciones sexuales con una persona y concretamente con Antonio Tamayo, que los ví personalmente... más o menos entre los años de 1941 a 1960...' éste tenía finca por una vereda como de Cuatro Esquinas para allá.

"Que los testigos citados incurren en imprecisión de fechas, lleva al Tribunal a rechazar lo establecido por ellos. Apenas es humano que en período de largo tiempo los testigos tengan lagunas sobre ubicación de épocas. Pero hay un hecho inequívoco que viene a ser que los declarantes conocieron a María Judith viviendo en la casa de la Gallera hasta que éstos se vinieron a vivir a Pácora, en el año de 1950. Si las declaraciones las toma en conjunto el Tribunal no cae en el error de no apreciarlas".

La Corte considera

Conviene advertir, en primer término, que el recurrente no combate la conclusión del Tribunal en cuanto da por sentado que Luciano Duque tuvo relaciones sexuales con María Judith durante las distintas épocas en que los demandantes fueron concebidos. Este hecho pues, fundamento de la presunción de paternidad acogida por el Tribunal, lo comparte el censor. Su inconformidad con el análisis probatorio que hizo el ad quem, no radica en este punto. Toda su contrariedad céntrase en que el fallador de segundo grado no vio que estaba probada la excepción plurium concubratorum, pues se acreditó que María Judith, a más de tener relaciones sexuales con Luciano Duque, coetáneamente las tuvo con otros hombres. La réplica del casacionista está cimentada en que, no obstante haberse demostrado que Duque Arcila sostuvo trato carnal con la madre de los demandantes durante la época de la concepción de cada uno de éstos, la presunción de paternidad natural no podía acogerse a virtud de que durante esas mismas épocas, al menos en relación con Adiela y Hernán (nacidos respectivamente el 12 de marzo de 1942 y el 4 de octubre de 1944), María Judith Ramírez tuvo relaciones sexuales con otros hombres, circunstancias que, por mandato legal, enerva indiscutiblemente el fundamento de la paternidad.

Precisado este punto, menester es afirmar que demostrados por el demandante los supuestos de la presunción de paternidad nacida de la existencia de trato carnal en la época de la concepción (artículo 6º de la Ley 75 de 1968, caso 4º) para que el juez pueda acoger la excepción que, en este punto consagró el legislador de 1968, indispensable se hace que "el demandado demuestre la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción" o que en esta misma época "la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres". Si la defensa se funda, entonces, en la última circunstancia anotada, preciso es que se demuestre plenamente que la unión carnal se realizó en alguno de los días que comprenden la época de la concepción, según la presunción de derecho consagrada en el artículo 92 del Código Civil. No basta, en consecuencia, para el efecto, que los testigos afirmen que la madre tuvo relaciones "más o menos" en tal lapso, o que den fe de ellas porque alguien "les contó" su ocurrencia, o porque las deduzcan del que aquélla haya vivido en zona de tolerancia o atendido personalmente un establecimiento de cantina. Necesítase, para reconocer la mentada excepción, que se demuestren a plenitud los hechos de los cuales el juez pueda llegar lógicamente al convencimiento de que el trato carnal ocurrió precisamente en la época en que la madre concibió y no en tiempo posterior o anterior. Es suficiente la menor duda en el punto, para que no le sea posible al fallador acceder al reconocimiento de la excepción plurium constupratorum. Tal fue lo sucedido en este proceso en que, de una parte, la vaguedad de las afirmaciones y, de otro, la poca credibilidad de los declarantes, impidieron la persuación del fallador.

El cargo, por tanto, se rechaza.

Cargo segundo

Fúndase en "infracción directa del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 por interpretación errónea, y de los artículos 1204 (sic), 1045, 1046 y 1047 del Código Civil, (sustituidos por los artículos 10, 18 y 19 de la Ley 45 de 1936) por aplicación indebida.

El recurrente alega que el Tribunal se equivocó hondamente cuando, no obstante haber apreciado que Luciano Duque falleció el 7 de marzo de 1972 y que todos los demandados, a excepción de Myriam Duque, recibieron notificación del auto admisorio de la demanda de filiación después del 8 de marzo de 1974, concedió efectos patrimoniales absolutos a la sentencia de paternidad, absteniéndose así de hacer la declaración de caducidad que impera el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, con respecto a quienes fueron notificados del auto admisorio de la demanda después de transcurridos dos años desde la muerte de Luciano Duque, a quien los demandantes señalan como padre natural suyo. Al no hacer la declaración de caducidad, el Tribunal —dice el censor— infringió el artículo 10 citado

La médula de la argumentación del recurrente está contenida en los siguientes pasos de su impugnación:

"Lo consagrado en el texto del artículo 10 comentado no es una simple disposición adjetiva, sino una norma de carácter sustancial, pues que mira a la conservación o decadencia de los derechos patrimoniales que se desprenden de la declaración judicial de paternidad natural.

"El sentenciador de segundo grado trata de hacer esfuerzo por entender si en el escrito contestatorio de la demanda en relación a los herederos demandados que se les notificó tardiamente se postuló la defensa de prescripción, de caducidad o de lapso condición, lo cual resulta inane desde el punto de vista procesal, puesto que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil le impone al juez el deber de reconocer oficiosamente los hechos constitutivos de una excepción, con las únicas salvedades de la prescripción, la compensación y la nulidad relativa y el plazo señalado en el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, como caducidad que no requiere que los demandados la aleguen, se trata de una extinción automática de un derecho y de que una vez producido tal decaimiento, el juez no puede reconocer ni tutelar la situación fallida, el derecho ha muerto y su resurrección no es posible.

"En cuanto la argumentación que se ha transcrito del Tribunal en orden a motivar su decisión, implica un desconocimiento de

la doctrina de la Corte, reiterada en múltiples fallos, entre ellos los que cita la misma providencia y reafirmados por el salvamento de voto del honorable Magistrado Evelio Martínez, puesto que desconoce lineamientos que caracterizan el fenómeno jurídico de la caducidad del de la prescripción y los cuales me permití señalar en compendio en el alegato de impugnación de la sentencia del ad quo.

"La prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella; la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez. La prescripción es renunciable expresa o tácitamente; la caducidad no lo puede ser nunca. Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden interrumpirse: en la caducidad no puede hablarse de suspensión y mucho menos de interrupción; la prescripción empieza a correr o a contarse desde que la obligación se hace exigible, la caducidad no lo supone necesariamente. La prescripción es de naturaleza puramente sustantiva; la caducidad es de naturaleza enteramente procesal.

"La interpretación del Tribunal no ve que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil se refiere expresa y exclusivamente a la prescripción, fenómeno diferente de la caducidad. Finalmente en su interpretación errónea donde la ley habla de notificar o de notificaciones, entiende presentación, ignorando en un esfuerzo jurisprudencial lo que todo mundo lee en la norma. El artículo 28 del Código Civil expresa que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras. Por lo tanto donde la ley habla de notificar no puede entenderse presentar, sin desconocer el texto proclamado en ésta, ni su espíritu. A más desconoció el texto del artículo 41 de la Ley 153 de 1887 en su artículo 5º que sienta el principio de la primacía de la disposición especial sobre la general, lo cual concurre en lo normado en el inciso final de la predicha Ley 75, que es una disposición de carácter especial que consagra un término de caducidad que debe entenderse armonizado por el texto del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que hace alusión a la interrupción de toda prescripción y fenómeno diferente como harto se ha dicho al de caducidad".

Cargo tercero

Textualmente está formulado así:

"Violación directa del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en su inciso final por falta de aplicación de este texto y consecuencialmente violación por aplicación indebida de los artículos 1204 (sic), 1045, 1046 y 1047 del Código Civil, sustituido por los artículos 18, 19 y 10 de la Ley 45 de 1936; e indebida aplicación del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, y, consecuencialmente, violación de las mismas normas indicadas anteriormente.

"No se discute en este cargo la situación de facto en cuanto al hecho de que la demanda se presentó cuando aún no habían transcurrido los dos años y se notificó una vez que había pasado la fase del término de caducidad.

"El error del sentenciador consiste en no haberle dado aplicación al inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, que expresa, categóricamente, que sólo la notificación de la demanda fija término a la caducidad de los derechos patrimoniales de los hijos naturales. Si la sentencia hubiese aplicado correctamente esta norma, la conclusión no era otra que declarar ex-oficio la decadencia de los derechos patrimoniales consecuenciales a la paternidad natural. Al contrario, el ad quem aplicó indebidamente el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil que regula situación diferente al caso que plantean los autos, y no discutidos. Al aplicar este artículo concluyó que no había ocurrido la caducidad o la prescripción de los derechos patrimoniales de los hijos naturales, porque la mera presentación de la demanda dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre natural interrumpía el término de la decadencia del derecho".

Consideraciones

1. Siempre, sin ninguna excepción, ha dicho la Corte que el plazo prefijado en la Ley 75 de 1968, artículo 10, es de caducidad y no de prescripción. Tal punto de vista ha sido siempre sostenido, entre otras, en las sentencias de 2 y 16 de agosto de 1972 (G. J. T. CXXXIII, Pág. 84), 5 de abril de 1973, 5 de diciembre de 1974 y 29

de abril, 20 de junio y 4 de julio de 1975.

Y acerca de la naturaleza de la caducidad, llamada también decadencia, plazo prefijado, perentorio o fatal, etc., la doctrina de la jurisprudencia no ha cambiado las ideas expuestas desde su fallo de 1º de octubre de 1946 (G. J. LX, Pág. 589), en el cual expresó:

"...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 esa causa se considera como un fenómeno de prescripción y le son 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 y con mayores o menores reservas por parte de los tribunales de justicia, 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.

"Si la caducidad —según definición de los expertos— es la extinción del derecho o la acción por cualquier causa —como el transcurso del tiempo— muy claro resulta su diferencia substancial con la prescripción extintiva o liberatoria, pues ésta, al menos dentro del lenguaje de nuestro Código Civil, sólo admite, como causa para producirse, cierto lapso de tiempo durante el cual las acciones no hayan sido ejercidas por el interesado (artículo 2535 ib.). La caducidad es toda extinción; en tanto que la prescripción liberatoria únicamente puede sobrevenir por el transcurso del tiempo; de donde se sigue que no es prescripción tampoco la caducidad que se produce por el simple hecho de transcurrir el término preestablecido para el ejercicio de la acción civil, aunque por este aspecto pueda admitirse que tengan caracteres comunes, y que por ende, exista entre ellas cierta analogía.

"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 ejercicio de la acción judicial— para que el interesado no pueda obrar útilmente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él. (N. Coviello, Doctrina General de Derecho Civil, Págs. 520 a 523).

"El mismo autor en la citada obra, a intento de precisar la diferencia material entre las dos instituciones, dice: Es cierto que hay algunos actos que, siendo interruptivos de la prescripción, sirven para impedir la caducidad; pero esto sucede no en fuerza de la extensión analógica de las normas relativas a la prescripción, sino por la índole misma del acto, el cual, al poner en ejercicio el derecho hace imposible la caducidad. Tal es, sin duda, la demanda judicial cuando se trata de acciones cuyo ejercicio se halla sujeto a un término perentorio: es evidente que presentar en estos casos la demanda, no significa interrumpir el término de la caducidad, sino ejercitar el derecho mismo antes del vencimiento del plazo, y por lo mismo hacer imposible la caducidad. Además es natural creer que la demanda judicial, para que pueda constituir el ejercicio efectivo de la acción, no debe ser nula por defecto de forma o por incompetencia del funcionario encargado de hacer la notificación y emplazamiento respectivo, ni debe verificarse la caducidad de la instancia, o ser objeto de renuncia posterior, o desecharse por razones diversas de la incompetencia del juez (artículo 2126): porque teniéndose en tales casos como no hecha, no puede decirse que haya puesto en ejercicio la ac-

ción que debía ejercitarse en el término señalado'.

"Para mejor inteligencia de las tesis formuladas sobre esta materia conviene recoger las líneas generales de diferenciación entre los dos medios de extinguir los derechos y las acciones según la concepción de los técnicos y el desenvolvimiento positivo del Código Civil y de las normas particulares contenidas en otras leyes:

"a) Aunque excepción de naturaleza perentoria, la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible de ser declarada de oficio (artículos 2513 del C. C. y 343 del C. J.). Es, por consiguiente, un medio de defensa al alcance de la parte demandada, lo que quiere decir que no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal, o sea una vez que se promueve la acción y el adversario se propone extinguirla por tal vía. De ahí que la prescripción extintiva no tiene cabida sino ope exceptionis.

"Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo, se oyera al promotor de la una o del otro. Aparecen como ejemplos de estas caducidades los términos señalados en el Código de Procedimiento para el cumplimiento de ciertos actos, la interposición de recursos, etc., los cuales no pueden producir resultado de ningún género si no se cumplen dentro de la oportunidad prevista, pues de otro modo se surte, con respecto a ellos un efecto preclusivo. En este sentido la caducidad opera ipso jure, vale decir que no es necesario instancia de parte para ser reconocida;

"b) La prescripción es renunciable de modo expreso o tácito, en las condiciones previstas en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil. La caducidad no lo es nunca, lo cual se explica con la naturaleza de orden público que en esta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico;

"c) Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos. Es la regla general que domina el fenómeno, si bien es cierto que algunas prescripciones breves —las señaladas en los artículos 2542 y 2543— corren contra toda clase de personas y no son, por tanto, susceptibles de suspensión. Pero tal circunstancia no altera ni disminuye la diferencia apuntada, puesto que los plazos de caducidad no comportan jamás la posibilidad de ser aplicadas por medio de la suspensión y deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable. La interrupción de la prescripción impide que ésta se produzca. En la extintiva o liberatoria la interrupción civil por la notificación judicial de la demanda hace legalmente eficaz el ejercicio del derecho o de la acción.

"Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto —la presentación de la demanda dentro del término preestablecido— es el ejercicio mismo de la acción, el adecuado acomodamiento al precepto que instituye el plazo;

"d) La prescripción ocurre o empieza a contarse desde que 'la obligación se hace exigible', lo que implica siempre la existencia de una obligación que extinguir. (Artículo 2535, inciso 2º).

"La caducidad por el transcurso del tiempo no la supone necesariamente, ya que la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto.

"A propósito de esto último la Corte, en sentencia de 4 de noviembre de 1930 (Gaceta Judicial, Tomo XXXVIII, pág. 424) ha expuesto con la mayor claridad su pensamiento al afirmar que la prescripción extintiva de acciones, salvo disposición especial que establezca para determinados casos lo contrario, no tiene cabida respecto de derechos que no revisten el carácter de obligaciones exigibles judicialmente.

"La exacta coincidencia entre la doctrina de los autores y el régimen del Código Civil Colombiano sería fundamento suficiente para una adecuada decisión del negocio sub lite en lo que concierne al medio

exceptivo propuesto. Pero como no siempre en las leyes particulares que prefijan términos para la realización de actos susceptibles de producir efectos jurídicos aparecen claramente los elementos de diferenciación que distinguen los dos fenómenos, en cada caso se hace necesario examinar la fórmula positiva que trata de aplicarse para determinar con certeza si debe regirse por los principios de la caducidad o por los que estructuran la prescripción extintiva o liberatoria, o si se encuentran reunidos bajo un mismo mandato legal en forma compleja uno y otro instituto".

Y, en sentencia calendada hoy, la Corte ha precisado que "la caducidad en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, además, está ligada a la idea de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que, vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del Juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho debe ser útilmente ejercitado. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular y aún la imposibilidad de hecho.

"Está pues fijada, muy precisamente por la Corte la naturaleza de la caducidad que extraña el ad quem. Si se remitiera a los expositores, llegaríase a semejante conclusión.

"La caducidad establecida por el artículo 10-4 tantas veces citado no es contraria... al espíritu de la justicia social que inspira las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968. En las distintas personas que forman un conglomerado social se centran diversos intereses legítimos, siendo la labor de la legislación y de la jurisprudencia compaginarlos, sin criterio predeterminado, por lo menos en un estado como el colombiano que no está regido por una sola clase social o económica, por ser democrático y pluralista. Cierto es que la legislación, desde 1936, ha venido orientada por el criterio de la defensa de los derechos del hijo natural, tanto en lo que hace al establecimiento de su estado civil como en lo referente a sus derechos herenciales, que antes se le desconocían; pero eso no quiere decir que deban abandonarse los de los herederos testamentarios o no, y los de los demás asignatarios por testamento, cuyos derechos patrimoniales, vinculados a la herencia no deben quedar expuestos, indefinidamente, a ataques motivados por procesos de filiación natural. La certeza de un derecho —de ahí el principio, entre otros, de la cosa juzgada— es fundamento esencial para un buen y eficiente empleo de los medios de producción, en orden al desarrollo económico-social de la comunidad en general, que aproveche a todos los asociados, y de ahí que el Estado debe procurarle, como lo hace con la caducidad motivo de este pleito, o con las consagradas para evitar las inseguridades impositiva y prestacional, que podrían configurar intempestivamente pasivos financieros en las empresas, que dieran al traste con ellas. De modo que la justicia social no puede mirarse desde un solo y exclusivo punto de vista...; para lograrlo, deben tenerse en cuenta todos los intereses legítimos de las personas que conviven en el Estado, aunque contrapuestos en ocasiones, para colocarse en el justo medio, con lo cual se logra esa justicia plena y cabalmente".

2. En el caso sub lite se observa que los demandantes presentaron la demanda el 31 de enero de 1974; que ésta fue admitida por auto de 1º siguiente; que el 16 del mismo mes el apoderado de los demandantes solicitó que se comisionara a los jueces municipales de Montería y Medellín para hacer la notificación del auto admisorio a los herederos Alberto, Olga y Omar Duque Botero; que, al día siguiente, el apoderado de los demandantes retiró los despachos respectivos para los Jueces de Montería y Medellín; que el mismo 16 se hizo la notificación personal a la demandada Myriam Duque de Botero; que el 19 siguiente se extendió el acta de notificación para la demandada Belén Ramírez de Duque, pero según la constancia secretarial del folio 57,

tal diligencia se dejó para el día siguiente, fecha en que la demandada Ramírez se obligó a comparecer al despacho; que la secretaría por intermedio del citador del Juzgado en los días subsiguientes hizo toda gestión posible para lograr esta notificación, sin resultado favorable porque la demandada Ramírez de Duque eludió la citación; que el apoderado de los demandantes el 2 de marzo siguiente solicitó el emplazamiento de la demandada Ramírez, lo cual decretó el Juzgado por auto de 4 de marzo siguiente; que, con las copias respectivas para los traslados, el Juez Primero Civil de Medellín recibió la comisión para notificar la demanda a Omar y Olga Duque Botero, residentes allí y que el dicho Juez, en la fecha indicada, ordenó cumplir la comisión; que, según constancia secretarial de folio 126 vuelto, el notificador del Juzgado por dos ocasiones se trasladó a la dirección en que se dijo residían los demandados Duque Botero, y allí se le informó que Olga se encontraba en Bogotá y que Omar residía en otra dirección.

Se observa, del mismo modo, que llegado el 7 de marzo de 1974, fecha para cuando se cumplía el primer bienio de la muerte de Luciano Duque Arcila, padre y cónyuge, respectivamente, de los demandados, aunque de tal día en adelante no se requirió especial actividad del apoderado de los demandantes, fue fácil hacer la notificación personal del auto admisorio a todos los demandados que aún no habían sido citados, así: a Alberto Duque Botero el 13 de marzo, a Belén Ramírez de Duque el 15, y a Olga y a Omar, el 21 y el 22 siguiente.

De lo anterior emerge con claridad que los demandantes realizaron una actividad, más que normal, para lograr que, dentro de los dos años siguientes a la muerte de Luciano Duque, se lograra notificar a todos los demandados el auto admisorio de la demanda que, desde el 31 de enero anterior, habían presentado. Y se concluye también que si los demandados hubieran residido en el lugar donde se adelantaba el proceso, la apuntada notificación se habría realizado en oportunidad, cual ocurrió con la demandada Myriam Duque.

3. Situaciones como la antes relatada, que se han vuelto frecuentes, obligan a la Corte, con urgencia nacida de la equidad, a precisar su doctrina sobre el plazo de caducidad que establece en su inciso 4º el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, para lo cual toma los siguientes fundamentos:

a) "... habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la práxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no ha menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales.

"La ley es una creación del espíritu objetivo, que aún cuando producto de determinado cuerpo político constitucionalmente calificado a ese objeto, se independiza de él desde su expedición, al punto de que el influjo de los propósitos que animaron a sus redactores va decreciendo a medida que la norma se proyecta sobre coyunturas cada vez distintas y más lejanas de las de su origen, y de que el intérprete es llamado a proceder con la mente puesta en el legislador, para imaginar cómo habría éste regulado la situación nueva si lo hubiese sido factible entonces tenerla presente. En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa". (Cas. Civil de 17 de mayo de 1968, aún no publicada, ordinario de Zoila Rosa Chacón de García y otra, frente a Mery Chacón de Neira);

b) Es principio general acogido expresamente por el legislador colombiano, que mientras vivan el hijo y el presunto padre, aquél puede, en cualquier tiempo, iniciar el proceso de investigación de su paternidad. En el punto ninguna limitación existe. Y por cuanto esta acción se funda en un derecho de los que están consagrados

también universalmente, cual es el de que todo ser humano tiene derecho a saber quiénes son sus padres, muerto el presunto progenitor, el hijo sigue teniendo la misma facultad de iniciar, en cualquier tiempo, el proceso de investigación. Es imprescriptible e incaducable, pues, la acción que tiene el hijo para promover el proceso tendiente a establecer su paternidad o su maternidad. Lo consagra así el artículo 406 del Código Civil al imperar que ni prescripción ni fallo alguno podrá oponerse a quien se presente como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.

Sin embargo, en el segundo caso, es decir, cuando el presunto padre ha muerto, se ha establecido una limitación que mira a los efectos patrimoniales del fallo, pues para que éstos se produzcan en tal evento, es menester que ese derecho se ejercite dentro de los dos años siguientes a la muerte del pretendido progenitor. Ejercitándose fuera de ese preciso lapso, el derecho a investigar la paternidad subsiste, pero caducan todos los efectos económicos que, ordinariamente se derivan de un fallo favorable de paternidad. La Ley 75 de 1968 en esta materia hizo la siguiente precisión en su artículo 10, aparte 4º:

"La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción".

Considerando el legislador que no es justo someter a los herederos del difunto y a su cónyuge al deber de afrontar una demanda calculadamente tardía, intencionalmente demorada con el definido propósito de hacer más difícil la defensa de quienes desconocen actos claramente íntimos o reservados de su causante, o en espera de que el tiempo borre huellas que pudieran servir de escudo a los sucesores, determinó que el derecho de investigar la paternidad, en caso de muerte del padre presunto, debe ejercitarse dentro de esos dos años para que el fallo produzca en favor del hijo los efectos patrimoniales que le son propios.

No obstante, como el interés evidente que el legislador perseguía con tal medida no era sólo el de que el derecho fuera ejercitado dentro de ese preciso término, sino también el de que los sucesores del difunto y su cónyuge conocieran oportunamente la existencia de esa pretensión y pudieran oponer en tiempo sus defensas, la ley, estatuyó que "la demanda" debería ser notificada dentro del mismo perentorio término bienal;

c) Pero, por ventura, deberá necesariamente declararse caducado el derecho cuando, a pesar de una normal diligencia del demandante, la notificación del auto admisorio de la demanda, por ocultación de los demandados, por otros escollos y obstáculos puestos por los mismos o por negligencia de los funcionarios competentes, no ha podido llevarse a cabo dentro del término prefijado?

Partiendo de que nadie está obligado a lo imposible (ad imposibilia nemo tenetur), la Corte, meditando nuevamente sobre la inteligencia que debe darse al precepto comentado, llega a la conclusión de que, si ejercitado oportunamente el derecho de acción con la presentación de la demanda, la notificación del auto admisorio de ésta, sin culpa posterior del demandante, se hace vencido el bienio a que la ley se refiere en la norma mencionada, entonces la sola presentación del libelo en tiempo tendría el efecto de impedir la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad. Proceder de otro modo sería sohonestar el fraude premiando al demandado que se oculta o que intencionalmente estorba que se le notifique en tiempo el auto admisorio, posturas estas que atentan contra la lealtad procesal, o sería hacer responsable de la negligencia de los funcionarios judiciales al mismo demandante que ha realizado una normal actividad para que la notificación se lleve a cabo en oportunidad.

Como la Ley 75 de 1968 ciertamente buscó mejorar la condición del hijo natural, so pretexto de una exégesis muy ceñida a la ley, cual ha sido la que hasta ahora venía pregonando la Corte, no se podría insistir en una interpretación que daña patentemente a quien fue el objeto de la complacencia del legislador.

La inteligencia, pues, que debe darse al texto legal citado es la de que él se refiere al caso preciso en que los funcionarios

respectivos o los demandados de ninguna manera han impedido o dificultado la normal notificación del auto admisorio de la demanda. Pero cuando es palmario que no obstante la diligencia del demandante, y a pesar de haberse presentado en tiempo la demanda, la notificación no pudo realizarse oportunamente, ya sea porque los demandados se ocultan, se ausentan del lugar donde se adelanta el proceso o porque la eluden o dificultan de alguna manera, entonces la notificación por fuera de tiempo no alcanza a generar la caducidad de los efectos patrimoniales, desde luego que esa tardanza tiene su génesis en actos u omisiones de los demandados o en desidia o morosidad culpable de los funcionarios que deben realizar la notificación.

Concluyese de lo dicho antes que el Tribunal de Manizales no infringió la ley al interpretarla como lo hizo, pues el hecho de no haberse notificado la demanda dentro del plazo bienal no se debió a inactividad de los demandantes. Por tanto, los cargos se rechazan.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 29 de abril de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario que suscitaran Adiela, Hernán, Nidia, Mario y Fredy Ramírez contra los herederos y la cónyuge de Luciano Duque Arcila.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.



RESPONSABILIDAD POR PAGO DE CHEQUE FALSO

Contrato de cuenta corriente.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 18 de febrero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por José Antonio Ortega Villamizar frente a la entidad "Bank of América National Trust and Savings Association".

I

El litigio

1. Mediante escrito que en repartimiento del 22 de octubre de 1974 correspondió al Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, el citado José Antonio Ortega Villamizar demandó a la entidad "Bank of América National Trust and Savings Association", establecimiento bancario extranjero debidamente autorizado para efectuar negocios en Colombia, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el banco demandado debe responder al demandante por el pago que aquél hizo del cheque número 301050, girado el 6 de marzo de 1974 por la suma de $ 200.000.00;

b) Que, en consecuencia, se condene al sobredicho establecimiento bancario a pagar al demandante, por razón de perjuicios a éste causados, las siguientes cantidades: 1º $ 200.000.00 valor del referido cheque, o la que en su defecto corresponde, por concepto de daño emergente; y 2º Los intereses de dicha cantidad a la rata comercial, desde el 6 de marzo de 1974 hasta el día en que se haga el pago, por concepto de lucro cesante; y

c) Que se lo condene además al pago de las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante invocó como causa petendi de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) Desde hace más de cinco años José Antonio Ortega Villamizar ajustó con el Bank of América un pacto de depósito en cuenta corriente, contrato que en la numeración interna de dicha institución se distingue con el número 0207;

b) A partir de entonces y hasta ahora el cuentacorrentista ha venido haciendo uso normal y ajustado a derecho del aludido contrato de depósito;

c) El 6 de marzo de 1974 el banco demandado pagó, con cargo a la cuenta corriente de Ortega Villamizar, "el cheque falso distinguido con el número 301050", girado en esa misma fecha por la suma de $ 200.000.00, instrumento que fue pagado "por ventanilla", pese a la elevada cuantía y no obstante estar girado "contra la cuenta de un particular que habitualmente acostumbra extender sus cheques debidamente cruzados, especialmente cuando se trata de cantidades de alguna consideración";

d) "El banco librado —dice el demandante en el hecho 8º de su demanda— no tomó las adecuadas precauciones necesarias que la prudencia aconseja cuando se está

desarrollando una actividad peligrosa como lo es la bancaria, pues según el testimonio rendido por el jefe de cuentas corrientes y por la cajera que hizo el pago, testimonios estos recibidos durante el curso de la inspección judicial practicada el 4 de abril último, únicamente se pidió la identificación del beneficiario y se hizo un cotejo de firma con la registrada, medidas estas que, atendida la cuantía del cheque y la circunstancia de ser cobrado por ventanilla, sólo dan cuenta de haberse incurrido por el banco en una evidente negligencia";

e) En la citada diligencia judicial, practicada como prueba anticipada el 4 de abril de 1974 en las oficinas del establecimiento demandado, el representante legal de éste fue notificado por el demandante "de que el título-valor distinguido con el número 301050 que había sido pagado por el banco contra su ya citada cuenta corriente número 0207, era falso"; y

f) No obstante haber tenido conocimiento de la falsedad del cheque así pagado, el banco librado no ha tomado medida alguna tendiente a proteger los intereses del cuentacorrentista demandante.

3. En su oportuna contestación a la demanda el banco demandado se opuso a las pretensiones de su demandante, después de aceptar como ciertos los hechos atinentes a la apertura de la cuenta corriente número 0207, a su correcto manejo por el cuentacorrentista y al pago del cheque número 301050.

Afirmó, empero, que la falsedad de éste "no está demostrada debidamente"; que el banco, antes de entablarse esta demanda, "no tuvo ninguna comunicación oficial o formal sobre la real o presunta falsedad" del referido instrumento; negó que el demandante habitualmente cruzara los cheques que giraba, "ya que en tal sentido no seguía una norma inflexible"; y finalmente rechazó la negligencia que el demandante le enrostra, puesto que, dijo, "el banco tomó todas las medidas precautelativas del caso, tanto las impuestas para esta clase de operaciones, como las tradicionales, normales y acordadas en el régimen interno del banco".

Y fundándose en estas aseveraciones, en esa misma oportunidad propuso como excepción de mérito la que denominó "inexistencia de la culpa que se le intenta deducir".

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 21 de julio de 1975, mediante la cual acogió todas las súplicas del demandante e impuso al demandado las costas causadas en ese grado de jurisdicción.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra esta providencia por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, mediante su fallo del 16 de febrero del presente año, confirmó el apelado, aclarando que los intereses a que en él se condenó al demandado "corresponden a la tasa bancaria corriente".

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de advertir que, por hallar presentes todos los presupuestos del proceso, es pertinente el pronunciamiento de sentencia de mérito, inicia el Tribunal las motivaciones de su providencia afirmando que como los hechos que generaron el litigio ocurrieron en vigencia del nuevo Código de Comercio, son las regulaciones de este estatuto las aplicables para dirimir el conflicto de intereses.

2. Consecuente con su postulado inicial, el *ad quem* transcribe en su sentencia el texto de los artículos 732, 733 y 1391 de dicha codificación.

Y después de referirse a la culpa como elemento integrante de la responsabilidad civil, concretando sus razonamientos a la actividad bancaria, singularmente al pago de cheques falsos o alterados, asevera que el artículo 1391 del Código de Comercio "parece orientado a precisar que la responsabilidad del banco es prácticamente objetiva y solamente desvirtuable si probare que exclusiva culpa del cuentacorrentista o de los dependientes, factores o representantes de éste, fue la que dio lugar a la falsedad o alteración".

Añade que según esta disposición legal, en concomitencia con lo preceptuado por el artículo 732 ejusdem, la responsabilidad del banco en tal supuesto cesa si el depositante no le notifica oportunamente sobre la falsedad o alteración del cheque.

3. Acomete enseguida el sentenciador el análisis del haz probatorio practicado para deducir, con apoyo en él, que en el caso sub judice están suficientemente demostrados los siguientes hechos:

a) El contrato de cuenta corriente ajustado entre el demandante y el banco demandado, y su correcto manejo por parte de aquél, circunstancias estas que encuentra acreditadas con las afirmaciones contenidas en la demanda, en la contestación a ésta y con la certificación de la Superintendencia Bancaria expedida el 4 de octubre de 1974;

b) El giro del cheque el 6 de marzo de 1974, y su pago "por ventanilla" en esa misma fecha por la cantidad en él indicada, según la confesión hecha por el demandado al contestar la demanda, los originales del mismo título-valor y el extracto del movimiento de la cuenta corriente número 0207;

c) Expresa la sentencia que la falsedad del cheque está evidenciada en el proceso, en primer lugar, con el dictamen concorde y razonado de los peritos grafólogos Valero y Bernal; y en segundo, con el informe expedido por el Laboratorio Criminalístico Central de la Policía Judicial de 14 de junio de 1974; y

d) Finalmente, en punto a la notificación o aviso de falsedad que el demandante dio al demandado, dice el ad quem que para tener por demostrado este hecho "basta confrontar la fecha en que aquél tuvo conocimiento del pago del cheque —8 de marzo de 1974— (ver su declaración y su carta que obran a folios 12 v., 13 y 14 cuaderno 3, y 11 cuaderno 4) con la fecha en la cual se practicó como prueba la inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas del Bank of América en esta ciudad —4 de abril del mismo año—, en la cual tomó parte el representante legal de dicho establecimiento y en cuya presencia mencionó el demandante que el tema de la misma era 'la verificación de los hechos que son o van a ser objeto del proceso' y concretamente la falsedad de la firma que aparece en el cheque número 301050, documento este que se constituyó en el tema central de la referida diligencia".

Al punto añade que la certificación expedida por el Juez Veintinueve Civil Municipal de Bogotá el 10 de marzo de 1976, que fue el funcionario que practicó la inspección referida, "corrobora en forma explícita que en el curso de ella Ortega notificó e hizo saber al representante legal del banco la falsedad del cheque, notificación que de otra parte —agrega— no requiere legalmente solemnidad o formalidad específica alguna y que por tanto puede revestir simple carácter verbal".

4. Sentadas pues por él las anteriores premisas, el Tribunal contrae su atención al estudio de la posición asumida en el proceso por el banco demandado.

Al respecto dice que no obstante que éste alegó no haber existido culpa de su parte en el pago del cheque, "ni intentó demostrar ni produjo prueba alguna en orden a establecer culpabilidad del cuentacorrentista o de sus dependientes, que hubiere dado lugar a la falsedad del cheque tantas veces mencionado".

5. Para rechazar la defensa cardinal del demandado, consistente en que el cuentacorrentista no dio al banco aviso oportuno de la pérdida del formulario 301050, que al ser llenado vino a estructurar el cheque falsificado, el Tribunal esgrime los siguientes argumentos: que con la constancia que aparece al dorso del mismo instrumento falsificado, con el extracto de la cuenta corriente respectiva y con la declaración jurada de la cajera del banco que pagó el cheque, queda evidenciado que la solución se hizo el 6 de marzo de 1974, "aproximadamente a la 1 y ½ de la tarde"; y que con las respuestas dadas por el demandante a las preguntas 6ª y 8ª del pliego del interrogatorio que le sometió el demandado, lo mismo que con la carta de 8 de marzo de 1974, dirigida por aquél a éste, se acredita que "el aviso del extravío del mencionado cheque aparece dado verbalmente, y luego confirmado por escrito, el día 8 de marzo del mismo año, o sea cuando el cheque ya estaba pagado".

Refiriéndose a la fecha en que el demandante advirtió la pérdida del formulario del cheque número 301050, el Tribunal,

después de reiterar que para exonerarse de responsabilidad al banco le correspondía demostrar que el aviso del extravío no se había dado oportunamente, tomando apoyo en la aludida carta y en las contestaciones al interrogatorio referido, deduce que "el demandante advirtió el extravío del cheque el 8 de marzo de 1974, o sea ya cuando éste había sido cobrado desde el día 6 anterior".

6. Conclusión de su estudio probatorio en el punto es, para el ad quem, la de que en las circunstancias indicadas "y en atención a que sobre el banco demandado pesa sin contemplaciones la carga de la prueba del hecho eximente de su responsabilidad, no puede concluirse con certeza que Ortega hubiera advertido la falta del cheque 301050 antes de la fecha y hora en que éste fue cobrado, o sea antes del medio día del 6 de marzo de 1974 y con margen suficiente para que el inmediato y oportuno aviso del banco hubiera frustrado el pago de dicho instrumento".

Para reforzar la conclusión a que en el punto llega, agrega el sentenciador que en el proceso "no hay prueba alguna, que desde luego corre a cargo del banco", que acredite que Ortega advirtió el extravío del cheque antes de que éste hubiera sido cobrado, o sea con anterioridad al 6 de marzo de 1974.

III

El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva, y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente le formula un solo cargo al fallo de segundo grado.

Mediante él lo acusa de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 733 y 1391 del Código de Comercio, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas demostrativas del "momento en que el demandante tuvo conocimiento del extravío del cheque que fue objeto de la falsedad y la ocurrencia de su culpabilidad al no dar aviso oportuno al Bank of América de aquel extravío".

2. Iniciando el desarrollo de la censura, el impugnador transcribe la respuesta dada por el demandante a la pregunta 7ª del interrogatorio por él absuelto el 18 de febrero de 1975, mediante la cual expresó: "Yo advertí la no existencia del cheque número 301050, cuando faltaban por ser girados aproximadamente cuatro cheques, y al revisar la chequera encontré que no existía el último cheque de la misma", afirmación esta que es, dice el censor, la que debe tomarse como punto de partida para determinar el día en que el cuentacorrentista advirtió la pérdida del cheque.

Al efecto, la censura trae el siguiente razonamiento: "En el expediente consta, con el aporte de los respectivos documentos originales, y tomando apenas como base los cuatro últimos cheques que, teóricamente, estaban sin girar y los tres que se hallaban físicamente en la chequera..., que tales cheques fueron girados así: el 301047 el 5 de marzo de 1974 (fol. 64, cuaderno 1º); el 301048, el 8 de marzo de 1974 (fol. 65, cuaderno 1º); el 301049 —precisamente el inmediatamente anterior al cheque extraviado y falsificado— el 6 de marzo de 1974 (fol. 66, cuaderno 1º), fecha en que también aparece girado y cobrado aquél que sirvió a la falsificación".

De esta dialéctica el casacionista deduce, como consecuencia "lógica e insoslayable", que el demandante "advirtió la no existencia del cheque número 301050 a más tardar el día 6 de marzo de 1974, fecha en que gira uno de los cheques que le faltaban por girar (el 301049, exactamente el último que se mantenía en la chequera) y antes de lo cual se dio cuenta de la inexistencia indicada". Y añade que "es de este modo, entre el 5 y 6 de marzo de 1974, fechas en que aparecen girados los cuatro cheques que 'aproximadamente' faltaban por girar —y con sujeción al calendario— cuando el demandante señor José Antonio Ortega Villamizar, en franca armonía con su declaración, tiene conocimiento de la pérdida del cheque 301050".

Concretando el primer yerro de facto que le enrostra al sentenciador, asevera el recurrente que aquél desestimó esa manifestación del demandante y que, como consecuencia, dejó de advertir la verdadera

oportunidad en que el cuentacorrentista "estaba en la obligación de dar aviso de la pérdida del cheque 301050 al Bank of América...".

3. Avanzando en el desenvolvimiento del cargo, dice el impugnante que también incurrió en error de hecho el Tribunal al atribuir "al oficio mandado por el demandante al Bank of América el 8 de marzo de 1974,... una fuerza probatoria de que carece, ya que aquél resulta inepto para exculpar al demandante con relación a la falta de aviso oportuno que en estos casos exigen las disposiciones legales citadas anteriormente, dada su extemporaneidad y habida cuenta de que el aviso, para que fuera oportuno, ha debido formularlo entre los días 5 y 6 de marzo de 1974".

4. Cree el impugnante, y así lo asevera en su demanda, que los por él apuntados errores de hecho condujeron al sentenciador ad quem a aplicar indebidamente los textos legales sustanciales cuya violación acusa, porque, dice, "la responsabilidad objetiva, sin culpa, del banco, en circunstancias como ésta, desaparece ante la culpa probada del cuentacorrentista en no dar aviso oportuno de la pérdida mientras la falsedad no sea notoria".

Y añade, por último, que los oficios dirigidos por la Superintendencia Bancaria al juez que tramitó en primera instancia este proceso, los que la censura dice que fueron pretermitidos de toda consideración por el ad quem en su sentencia, establecen "que los bancos no están obligados legalmente ni por instrucciones de esa Superintendencia a consultar cheques cuando sean cobrados por ventanilla, cualquiera que sea su valor".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª El cheque bancario, cuya principal función radica en servir como documento de pago y por ello es en esencia un subrogado de la moneda, encuentra su origen en la cuenta corriente, la cual surgió como contrato desde el mismo momento en que los instrumentos de crédito fueron una necesidad del auge económico de la sociedad.

Por virtud del contrato de cuenta corriente, que presupone que entre un cliente y un banco median continuadas relaciones de crédito, éste se convierte entonces en una especie de delegado de aquél en los muchos encargos que le confía. Característica peculiar de este pacto ha sido siempre la de que las consignaciones que efectúe el titular de la cuenta u otra persona a su nombre, son acreditadas por el banco, al cual se transfieren en propiedad; de ahí que los establecimientos bancarios dispongan del valor de los saldos en cuentas corrientes como dineros propios en todas sus operaciones.

2ª A términos del inciso 1º del artículo 1382 del Código de Comercio Colombiano, "por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco".

De conformidad con la norma transcrita, y según también las demás disposiciones que en la legislación positiva en Colombia son las regulativas de este contrato, la cuenta corriente tiene, entre sus características, las de ser consensual y bilateral. Lo primero, porque para su perfeccionamiento sólo requiere el consentimiento de las partes: el recibo de depósito expedido por el banco constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente, a términos del artículo 1388 ejusdem; y lo segundo, porque una vez ajustado el pacto se producen para los contratantes una serie de derechos y de obligaciones, que básicamente son los previstos por los artículos 720, 1382, 1385, 1388 y 1391 de la obra citada.

3º La principal obligación que como efecto del contrato de cuenta corriente asume el banco es la de pagar, en principio hasta el importe del saldo disponible del librador, los cheques que éste gira contra su cuenta.

A fin de que el banco pueda cumplir cabalmente esta obligación y el cuentacorrentista ejercer el derecho correlativo, en la práctica aquél comienza por entregar a éste, reunidos en un talonario, un número plural de formularios o esqueletos que contienen impresas todas las indicaciones y los requisitos del cheque, dispuestos por el

banco con observancia de las exigencias legales pertinentes, naturalmente con espacios en blanco, en relación al lugar y a la fecha de emisión, a la suma, al nombre del beneficiario y a la firma del librador.

Si bien empleando la diligencia y cuidado debidos en su vigilancia mientras ellos estén en su poder, de tales modelos el cuentacorrentista puede servirse libremente; pero, y según lo manda el artículo 1389 ibídem, una vez extinguida la cuenta corriente debe "devolver al banco los formularios de cheques no utilizados".

Como es obvio, el mecanismo indicado como primera ejecución en el contrato de cuenta corriente no pone a salvo la posibilidad, de frecuente ocurrencia en los tiempos modernos, de que el cheque sea emitido por persona diversa del cliente del banco, y que, careciendo de poder para hacerlo, emplee formularios entregados por el girado al cuentacorrentista, de los cuales esa persona se apropia, a consecuencia de pérdida o sustracción de ellos, y en los cuales falsifique la firma del librador para cobrar sumas que el banco tiene a disposición de éste. De ahí nace el problema de saber a quién corresponde jurídicamente soportar las consecuencias del cobro indebido.

4ª La responsabilidad civil originada del pago de un cheque falso es cuestión que ha ocupado la atención de la doctrina universal del derecho, y sobre el tema se han expuesto diversas teorías.

Apoyados en la presunción legal de autenticidad que ampara las firmas puestas en los títulos-valores, autores ha habido que sostienen que ante la necesidad de proteger a los beneficiarios de un cheque, la responsabilidad cuestionada debe recaer sobre el librador. Otros, en cambio, fundados en que las consignaciones que efectúa el titular de la cuenta se transfieren en propiedad al banco, partiendo del principio romano res perit domino predican la responsabilidad del girado para con el prometario legítimo, en caso de pago de un cheque que ha sido poseído fraudulentamente.

Orientada la doctrina por el criterio de la culpa civil, bien pronto esbozó algunas atenuaciones para estas teorías extremistas. Dijose, en efecto, que las consecuencias perjudiciales de la falsificación de un cheque sólo podían recaer sobre el librador en los eventos de que la falsificación de la firma, no obstante la diligencia del banco girado, resultara irreconocible por éste; o si concurría la circunstancia de que el cliente hubiera sido incurioso o negligente en la custodia de los formularios en blanco entregados a él; o de que hubiera omitido adoptar las medidas de cautela a su alcance para impedir la falsificación. Y en congruencia con ello se pregonó la necesidad, que tuvo eco en algunas legislaciones positivas, de que el librador debe dar aviso al banco, en caso de pérdida de determinado formulario, o del talonario contentivo de éstos.

5ª En la legislación positiva colombiana el tema cuestionado no ha sido regulado en forma única. Inicialmente consagró la responsabilidad del banco girado por el pago de un cheque falso, exonerándolo de tal responsabilidad únicamente en el supuesto de que el librador omitiere notificarle, o no lo hiciera oportunamente, que el cheque pagado era falso.

Decía el artículo 191 de la Ley 45 de 1923, en efecto, que "Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado".

A la luz de la regulación contenida en la norma transcrita, mediante la cual se consagraba en el punto la teoría del riesgo creado, al banco correspondía soportar las consecuencias derivadas del pago de un cheque falsificado o cuya cantidad se hubiera aumentado, responsabilidad de la cual no se exoneraba ni aún con la prueba de que la falsedad o la adulteración habían encontrado su causa determinante en la conducta negligente del cuentacorrentista, en la guarda del instrumento. Los perjuicios de dicho cobro indebido eran, pues, de cuenta del banco girado, siempre que el cliente le hiciera saber oportunamente el hecho fraudulento.

6ª Por cuanto el principio consagrado en el sobredicho artículo 191 descartaba, para los efectos de deducir la responsabilidad por el pago de cheques falsos, todo género de culpa en el titular de la cuenta

corriente, bien pronto la doctrina y la jurisprudencia, y con ellas el legislador posteriormente, hubieron de atemperar su rigor, en el sentido de eximir de tal responsabilidad al banco, en razón de la relación de causalidad que existiera entre la culpa del librador y la falsificación del instrumento.

Fue pues así como el legislador colombiano de 1971, mediante el artículo 1391 del actual Código de Comercio, en congruencia con lo que ya había expresado en normas anteriores, preceptuó que "todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes". Y agregó que dicha responsabilidad "cesará si el cuentacorrentista no le hubiera notificado (al banco) sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago".

Lo cual significa, tal cual lo ha dicho la Corte, que "como la medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las prestaciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre" (G. J., Nº 1943, Pág. 73).

Y según lo establece esa misma norma legal en su segundo inciso, el derecho del cuentacorrentista a repetir del banco el valor pagado por el cheque falso, caduca o "cesará" si aquél no lo hubiere notificado a éste "sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago".

7ª En el caso de este proceso estimó el Tribunal ad quem, y es esta la razón cardinal en que estriba el rechazo de la defensa del banco demandado, que José Antonio Ortega Villamizar sólo tuvo conocimiento de la pérdida o extravío del esqueleto del cheque número 301050, llenados sus blancos el 8 de marzo de 1974 y pagado en la misma fecha, el 8 de ese mes; y que inmediatamente procedió a comunicar tal pérdida al banco, primero verbalmente y luego por escrito, pero que para entonces el instrumento ya había sido descargado por el girado.

Para arribar a esta conclusión el sentenciador se apoyó, a más de la carta que en las horas de la tarde de ese 8 de marzo Ortega Villamizar entregó personalmente al Bank of América y que éste recibió ese mismo día, en las respuestas que aquél dio a las preguntas 6ª y 8ª del interrogatorio de parte que absolvió el 18 de febrero de 1975, mediante las cuales expresó: "...advertí la no existencia del cheque número 301050 en la chequera que recibí del Bank of América, el día 8 de marzo de 1974, a las doce y media del día aproximadamente, inmediatamente salí de mi oficina hacia el banco, con el objeto de dar orden de no pago para el cheque número 301050. Pregunté al jefe de cuentas corrientes señor Lahidalga por mi extracto y con gran sorpresa observé que aparecía un cargo a mi cuenta por la suma de $ 200.000.00 y en extracto aparecía anotado el número del cheque 301050"; y "...el mismo día, viernes 8 de marzo de 1974, cuando advertí la no existencia del cheque número 301050, en la chequera que tenía en mi poder, fui al banco y presenté en las horas de la tarde una carta dirigida al gerente del mismo en la que expongo los hechos ocurridos con relación al mentado cheque".

Cree el recurrente, y en ello hace consistir principalmente el yerro de hecho que le endilga al Tribunal, que como el demandante, al absolver la séptima pregunta del interrogatorio, afirmó que había advertido "la no existencia del cheque número 301050, cuando faltaban por ser girados aproximadamente cuatro cheques, y al revisar la chequera encontró que no existía el último cheque de la misma", el conocimiento del extravío lo debió tener entre el 5 y el 6 de marzo, fechas en que giró los cheques que aún le quedaban en su talonario; y que como antes del 8 siguiente nada hizo por impedir el pago del instrumento falsificado, incurrió en culpa y por ende debe correr con las consecuencias de su conducta descuidada o negligente.

8ª La Corte, después de analizar el contenido de todas las manifestaciones hechas por el demandante en la diligencia de interrogatorio de parte, y de parangonarlo con las deducciones que en el punto sacó

el ad quem, no encuentra que éstas contrarían ostensiblemente la fidelidad objetiva de aquéllas; y, por ende, tiene que decir que el error fáctico manifiesto denunciado como punto de partida de la acusación no existe.

Es evidente, en efecto, que bien mirado el contenido de la respuesta 7ª del interrogatorio absuelto por Ortega Villamizar el 16 de febrero de 1975, no contiene ella confesión de éste de que hubiera tenido conocimiento de la pérdida del cheque antes de que dicho documento hubiera sido pagado, máxime si se considera, como lo consideró el Tribunal, que al absolver las preguntas 6ª y 8ª del mismo interrogatorio expresa y categóricamente manifestó que sólo había tenido conocimiento de ese hecho fraudulento el 8 siguiente, hacia el medio día, y que inmediatamente procedió a notificar al banco de su ocurrencia. Las manifestaciones del demandante contenidas en las respuestas 6ª, 7ª y 8ª del interrogatorio, forman un todo indivisible que, por lo mismo, hay que tomarlas en su integridad y no fragmentariamente, como lo pretende el censor.

Cabe observar, de otra parte, que el demandado no aportó al proceso prueba alguna para acreditar, ni las objetadas por el recurso tienen esa virtud, el hecho de que el demandante haya tenido conocimiento de la sustracción del cheque con anterioridad al momento del pago de éste, en condiciones que le hubieran permitido dando el correspondiente aviso al banco, frustrar el pago.

Si, pues, el banco no acreditó en el proceso que hubiese existido culpa del cuentacorrentista en la falsificación del cheque, la responsabilidad por el pago de dicho instrumento corresponde al librado; y como según la carta de 8 de marzo el girador hizo en esa fecha la notificación a él exigida legalmente, la que resulta por tanto oportuna, dicha responsabilidad no se ha extinguido.

9ª Síguese de todo lo expuesto que si de las pruebas en que toma pie el cargo, no surge la demostración positiva de que el aviso de pérdida del cheque se hubiera dado inoportunamente por el librador, o sea después de vencidos los seis meses siguientes a la fecha en que se enteró del pago del instrumento falso, en rigor jurídico no puede hablarse de que el Tribunal ad quem hubiera incurrido en falencia de hecho al no considerar probada mediante ellas esa circunstancia.

Por lo dicho, el cargo resulta infundado.

V

Decisión

Habida cuenta de las precedentes 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 diez y seis (16) de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

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

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

VENTA DEL BIEN EMBARGADO

Es nula por objeto ilícito.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Daniel Hernández Olarte contra Luis Alberto, Gilberto, Juvenal, Anastasio, Elicio y Evaristo Cifuentes Peñalosa y los menores María del Carmen, Teresa de Jesús, Susana, Miguel Antonio y Jorge Cifuentes Peñalosa, representados éstos por su madre legítima Natividad Peñalosa Vda. de Cifuentes.

I

Antecedentes

1. El libelo que dio origen al proceso contiene las siguientes pretensiones:

Primera. Que se declare absolutamente nulo, "o en su defecto totalmente inexistente", el contrato de transacción contenido en la Escritura número 821, otorgada en la Notaría de La Vega el 29 de septiembre de 1964.

Segunda. Que como consecuencia de la declaración de nulidad o inexistencia anteriormente suplicada, se condene a los demandados a restituir al actor la suma de $ 30.000.00, con sus intereses corrientes computados desde el mismo 29 de septiembre de 1964 hasta la fecha del pago.

Tercera. Que se declare absolutamente nulo, "por ausencia de causa, por falsa causa u objeto ilícito", el contrato de arrendamiento de que da razón el documento privado suscrito también el 29 de septiembre de 1964 en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula séptima del de transacción.

Cuarta. Que como secuela de esta segunda declaración de nulidad, se declare que las partes contratantes deben ser restituídas al estado en que se hallaban antes de celebrar el arrendamiento.

Quinta. Que se declare "sin eficacia jurídica de ninguna naturaleza" la confesión presunta del demandante, declarada judicialmente por no haber él concurrido a absolver las posiciones que se le pidieron, según consta en actuación que en copia se llevó al proceso ejecutivo instaurado contra él en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, hoy Promiscuo de ese Circuito.

Sexta. Que se condene a los demandados a pagar al actor el monto de los perjuicios sufridos por éste a causa del secuestro preventivo de mejoras que le pertenecen, decretado en el proceso ejecutivo antes mencionado; y

Séptima. Que se impongan a los demandados las costas del proceso ordinario.

2. Apoya el demandante estas súplicas en hechos que se resumen así:

a) Mediante demanda presentada el 2 de septiembre de 1964 en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, Natividad Peñalosa Vda. de Cifuentes y su hijo Juvenal Cifuentes Peñalosa, obrando como sucesores del causante Juvenal Cifuentes Chaves, pidieron que por los trámites del proceso ejecutivo se librara mandamiento de pago contra Daniel Hernández Olarte, y a favor de la sucesión ilíquida de dicho causante, por la suma de $ 120.000.00;

b) En el libelo se impetraron medidas

cautelares, y como título ejecutivo se adujo copia de la providencia por la cual se declaró confeso a Hernández Olarte respecto de todos los hechos contenidos en el pliego de posiciones formulado por la misma parte ejecutante en actuación previa;

c) Con apoyo en ese título, el juez decretó el embargo y secuestro preventivos de todas las mejoras existentes en la extensa finca rural denominada Altamira, ubicada en el municipio de Nocaima, privando así a Hernández Olarte de la tenencia material de esas mejoras y procediendo contra expreso mandato del artículo 274 del antiguo Código Judicial;

d) A consecuencia de la situación en que esta medida lo colocó, Hernández Olarte se vio obligado a celebrar el contrato de transacción de que da fe la Escritura número 821 del 29 de septiembre de 1964, contrato por el cual Anastasio, Juvenal, Elicio y Evaristo Cifuentes Peñalosa, obrando en sus propios nombres, y Natividad Peñalosa Vda. de Cifuentes, en el suyo y en el de sus menores hijos Luis Alberto, Gilberto, María del Carmen, Teresa de Jesús, Susana, Miguel Antonio y Jorge, vendieron a Hernández Olarte todas las mejoras plantadas en las parcelas denominadas Santa Isabel, Las Lagunas y Las Colonias, que forman parte de la finca Altamira y cuyas ubicaciones y linderos aparecen allí indicados; mejoras consistentes en casas de habitación, enramadas, plantaciones de caña de azúcar, árboles frutales, etc., que fueron recibidas por Ezequiel Hernández, y luego por Daniel Hernández Olarte, en virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el secuestre, quien obró en nombre de la sucesión ilíquida de Luis Bohórquez Ortiz;

e) Como precio de las mejoras se fijó la cantidad de $ 70.000.00, de los cuales fueron pagados de contado $ 30.000.00, pactándose que los $ 40.000.00 restantes se solucionarían al vencimiento del término de seis meses contados a partir del 29 de septiembre de 1964, con garantía de prenda constituida sobre las mejoras vendidas;

f) En la misma escritura de compraventa se hicieron otras declaraciones tendientes a completar la transacción que celebraban las partes para poner fin a las diferencias surgidas con motivo del secuestro y la ejecución;

g) Como quiera que estaba en curso un proceso de venta de bienes hipotecados, promovido en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá por Aurelio Calderón contra los sucesores de Luis Bohórquez no pudo efectuarse el registro de la Escritura número 821, ya que en aquél se decretó el embargo de los terrenos en que están plantadas las mejoras vendidas, embargo que fue registrado el 31 de julio de 1941 en la correspondiente Oficina de Registro;

h) El mismo día del otorgamiento de la Escritura número 821, se celebró entre Natividad Peñalosa Vda. de Cifuentes y Juvenal Cifuentes Peñalosa, por una parte, y Daniel Hernández Olarte, por la otra, un contrato de arrendamiento del terreno en que están plantadas las mejoras compradas por este último;

i) Los demandados se atribuyen el dominio de ese terreno invocando la cesión de derechos hereditarios en la sucesión de Luis Bohórquez, que Mercedes Castañeda de Méndez hizo a favor de Juvenal Cifuentes Chaves, según consta en la Escritura número 1181 del 12 de agosto de 1958, de la Notaría Novena de Bogotá;

j) El contrato que contiene la Escritura número 821, varias veces citada, es absolutamente nulo, o inexistente, y el de arrendamiento celebrado en la misma fecha en desarrollo del primero es también nulo, por falta de causa, falsa causa u objeto ilícito.

3. Ninguno de los demandados contestó la demanda.

4. El juez del conocimiento negó todas las súplicas de la parte actora, mediante sentencia que fue recurrida en apelación por el demandante y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

II

Motivación del fallo impugnado

1. Después de hacer recuento de los antecedentes, hechos e incidencias del proceso, advierte el Tribunal que se ha pedido en primer lugar la declaración de ser nulo el contrato contenido en la Escritura número 821, invocándose como causales el haber vendido bienes que estaban embar-

gados en el momento de su celebración, hecho que dio lugar a la imposibilidad de efectuar el registro, y el haber vendido en nombre de menores sin el previo cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 303 del Código Civil y 1º de la Ley 67 de 1930.

Alude luego el sentenciador a las disposiciones de los artículos 1740 y 1741 del citado código, así como el 2º de la Ley 50 de 1936, para expresar que las nulidades deben ser clasificadas en relativas y absolutas, y éstas, en confirmables e inconfirmables, según se trate de incapacidad absoluta o falta de solemnidades atinentes al acto mismo, o de objeto ilícito o causa ilícita, respectivamente.

2. Admite que en el caso debatido está probado que las mejoras vendidas por los demandados al demandante estaban embargadas en el proceso de venta de cosa hipotecada promovido por Aurelio Chaves representado por su cónyuge y sus hijos, embargo que impidió el registro de la venta de "derechos herenciales". Pero sostiene que esta circunstancia no genera nulidad de ninguna clase, dado el verdadero sentido del artículo 1521 del Código Civil, que regula la ilicitud del objeto en las enajenaciones. El momento de la celebración del contrato, agrega, no siempre coincide con el de su ejecución. El acuerdo de voluntades puede ser enteramente válido sin perjuicio de que la parte obligada a efectuar la enajenación se vea en la imposibilidad de realizarla, caso en el cual el acreedor tiene derecho a que la prestación debida se ejecute en equivalente.

Trasladando estas ideas al caso del proceso, expresa el juzgador de segundo grado que si los vendedores de las mejoras no pudieron transferirlas al comprador, el contrato los obliga a pagar indemnización de perjuicios, lo cual demuestra que éste no es nulo, sino plenamente válido y eficaz. Y después de citar en su apoyo jurisprudencia de la Corte concluye afirmando que no hay, por éste primer aspecto, causa de nulidad del contrato contenido en la Escritura número 821. A lo cual agrega que tampoco es éste inexistente, puesto que en los autos no aparece demostrada la falta de ninguno de sus elementos esenciales, cuales son la capacidad, el consentimiento carente de vicios, el objeto lícito y la causa lícita.

3. Por cuanto atañe a la segunda causal de nulidad invocada, sostiene que la falta de licencia judicial y pública subasta no tocan con la naturaleza misma del contrato, sino con el estado o la calidad de las personas que lo celebran, y que la omisión de tales formalidades genera apenas nulidad relativa, con arreglo al artículo 1741 del Código Civil, la que sólo puede alegarse por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos, no por otras personas. Y a guisa de argumento complementario, dice que el contrato celebrado por la viuda de Cifuentes puede mirarse como venta de cosa ajena, en lo tocante con los derechos proindiviso de los menores que dijo representar, o sea como contrato válido, atendida la disposición del artículo 1871 del Código Civil.

4. Respecto de la nulidad del contrato de arrendamiento, estima el Tribunal que tampoco se configura, habida consideración de que en él se reúnen las condiciones legales de capacidad, consentimiento no viciado, objeto y causa lícitos, agregando que precisamente por haberse celebrado ese contrato y el de transacción contenido en la Escritura número 821, los demandados en este proceso, o sean los sucesores de Juvenal Cifuentes Chaves, desistieron del ejecutivo promovido contra Hernández Olarte.

5. En cuanto a la invalidez de las providencias judiciales por las cuales se declaró confeso al demandante, dice que ésta es cuestión que "sólo se puede impugnar dentro del proceso ejecutivo proponiendo excepciones, o se puede por medio de la revisión, por la vía ordinaria, de la sentencia de excepciones o de la de pregón y remate, según lo preceptuado por el artículo 1031 del Código Judicial, durante cuya vigencia fue tramitado el presente proceso ordinario. Por consiguiente, no es procedente la declaración de nulidad referente a las decisiones judiciales mencionadas".

6. Por último, aludiendo a la condenación por perjuicios sufridos por el demandante con motivo del proceso ejecutivo promovido por los sucesores de Juvenal Cifuentes Chaves, dentro del cual se tomaron las medidas de embargo y secuestro preventivos de las mejoras, observa el senten-

ciador que mientras no se haga la declaración de ser inválidas las providencias constitutivas del título ejecutivo, no puede hablarse de daños causados por el ejercicio normal de un derecho legítimamente adquirido.

III

La demanda de casación

Cuatro cargos propone a parte recurrente, todos ellos por la primera causal.

La Sala se limitará a estudiar y decidir el primero, que encuentra demostrado.

Primer cargo

Está planteado así: violación directa de los artículos 6º, 303, 1502, 1504, 1517, 1518, 1521, 1523, 1740 y 1741 del Código Civil y 1º de la Ley 57 de 1930, por falta de aplicación, y 1871 del citado código, por aplicación indebida.

En desarrollo de su impugnación, el recurrente razona con argumentos que conviene transcribir textualmente:

"El artículo 1521 del Código Civil considera que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial —artículos 39 y 43 de la Ley 57 de 1887—. Y el citado texto legal se encuentra incorporado dentro del título segundo del libro cuarto del Código Civil, que trata de los actos y declaraciones de voluntad. De ello se infiere que es necesario interpretarlo y aplicarlo en función sistemática, y concluir que si habla de objeto ilícito en la enajenación, se está refiriendo a los actos o declaraciones de voluntad que tengan virtualidad para producir o generar la enajenación de un derecho, de un bien, toda vez que este derecho o bien viene a constituir el objeto específico de la obligación que nace de la relación contractual. Es claro que se refiere a los títulos traslaticios del dominio..., a los actos jurídicos que en el momento de celebrarse conllevan un objeto ilícito, y no a la tradición, porque ésta no es el objeto de la enajenación, sino un modo de adquirir el dominio de las cosas, un hecho jurídico (sic) que en el caso específico de la compraventa es generador de una obligación, según se colige del artículo 1880 del Código Civil en concordancia con el 756 ibídem —artículos 745, 746, 747, 749, 752 y 765 del Código Civil.

"Si una cosa se halla embargada y ella es materia de una declaración de voluntad, entraña un objeto ilícito, porque el artículo 1502 hace referencia al objeto que es materia de la declaración de voluntad. El artículo 1517 precisa que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se deben de dar, hacer o no hacer. El 1518, al precisar los requisitos del objeto, de las cosas que son materia de la declaración de voluntad, indica que éstas deben ser comerciales. Luego el objeto ilícito está constituido por aquello que es materia de la declaración de voluntad como elemento estructural del contrato. La ilicitud por consiguiente existe en el momento de la celebración del acto jurídico, y no a posteriori.

"Por eso es necesario entender el artículo 1521 en concordancia con los textos legales antes mencionados, y concluir que el objeto ilícito de que habla tiene que existir en el momento en que se suscribe el contrato que genera la obligación de enajenar, de transmitir un derecho de dominio, por cualquiera de los modos idóneos para ello que tengan su fuente en un título —artículo 765—. Las cosas embargadas se encuentran fuera del comercio. Y los textos legales que se vienen examinando, no tratan de invalidez de la tradición, sino de los requisitos para la validez de los actos y declaraciones de voluntad y cuándo hay objeto ilícito en ellos. Los artículos 742 y ss. dan las reglas para la validez de la tradición".

Consideraciones de la Corte

En varias sentencias, señaladamente en las de fechas 13 de mayo de 1968, 7 de mayo de 1969 y 7 de noviembre de 1975 (la primera y la última aún no publicadas, la segunda inserta en la G. J. números 2310, 2311 y 2312, Págs. 91 y ss.), esta Sala había venido sosteniendo la doctrina de que cuando se contrae obligación de enajenar bien inmueble que esté embargado, la tradición de éste es acto nulo, mas no el contrato que a ella obliga, puesto que por el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil se establece apenas la nulidad de la

enajenación del bien trabado, no la del contrato por el cual alguna de las partes se obligó a enajenarlo.

Luego de nuevo estudio detenido y cuidadoso del asunto, la Sala se considera en el deber de rectificar esa doctrina, a lo cual procede con apoyo en las razones que pasa a exponer.

La enajenación de bien embargado

1. Adviértase que la tesis que venía sosteniendo la Sala hace caso omiso de la relación esencial, estrecha e indestructible existente entre el contrato, como título, y la tradición, como modo, desquiciando el régimen contractual concebido por el señor Bello en punto de obligaciones de dar, notablemente distinto del que consagra el sistema francés.

En efecto: con arreglo al Código Civil colombiano, para que una persona se obligue a otra por acto o contrato, se requiere que éste, a más de reunir otros requisitos, recaiga sobre objeto lícito (ordinal 3º del artículo 1502). Si el objeto es ilícito, el CONTRATO generador de la obligación es absolutamente nulo, como con toda claridad lo pregonan los artículos 1740 y 1741.

La obligación de dar tiene por objeto hacer tradición de un derecho real, esto es, ENAJENAR. Tal objeto es ilícito si consiste en enajenar cosa que a la sazón esté embargada por decreto judicial, salvo que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (ordinal 3º del artículo 1521). Luego es ABSOLUTAMENTE NULO el contrato creador de obligación cuyo objeto sea hacer tradición de cosa sujeta a embargo, excepto en los dos casos anteriormente citados.

2. Se ha sostenido, y este argumento forma parte de los esgrimidos en la sentencia impugnada, que lo tocante a estar embargada la cosa a cuya tradición obliga el contrato es asunto que afecta meramente el cumplimiento de la obligación de darla, mas no el contrato mismo, puesto que el no poder hacerse la tradición apenas determina que el contratante acreedor tenga derecho de exigir el pago en equivalente, esto es, en forma de indemnización de perjuicios por la inejecución absoluta en que en tal evento incurre el contratante obligado.

Pero véase a dónde lleva este planteamiento. Conforme al artículo 1521, hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio; de los derechos o privilegios que no pueden transferirse; de las cosas embargadas, a no ser en determinados casos específicos, y de aquéllas sobre cuya propiedad se litiga, excepto en una sola hipótesis. Si fuera nula la enajenación de las cosas embargadas y de las litigiosas, pero no el contrato que obliga a hacerla, con idéntica razón sería válido el que genere obligación de enajenar cosa que por su naturaleza o su destino está fuera del comercio, o derecho o privilegio intransferible. Así, la venta de bienes de uso público sería contrato válido, susceptible de ser cumplido en equivalente; e igualmente lo sería la de derechos de uso o habitación, o la de percibir alimentos a que tiene derecho el vendedor. Conclusiones todas éstas que, como fácilmente se advierte, no resisten el menor análisis.

Y no se diga que los dos primeros casos del artículo 1521 se refieren a nulidad absoluta, en tanto que los dos últimos sólo atañen al interés del demandante en el proceso en que se ha decretado el embargo o se ha registrado la demanda; porque todos cuatro, sin excluir ni uno solo, configuran objeto ilícito, o sea que conciernen al interés público y generan por igual nulidad de aquella especie, no apenas relativa.

Por el derrotero que traza la doctrina que se rectifica, se llega a conclusiones aún más graves. El contrato celebrado directamente por un incapaz sería válido, con tal que al momento del pago de su obligación, ya fuera capaz: y la causa ilícita no generaría nulidad absoluta de la convención, la cual serviría de válido título a la tradición que un contratante debiera hacer a favor del otro si para entonces la ilicitud del motivo determinante hubiera desaparecido. Et sic de ceteris.

Valga a este propósito un último ejemplo: quien dona o vende el derecho de suceder a una persona viva, no celebra contrato válido productor de obligación que tendrá que cumplirse en equivalente. Este derecho, conforme al artículo 1520, no puede ser "objeto de una donación o contrato", lo que vale tanto como decir que es la donación o contrato, y no solamente la

enajenación, lo que es absolutamente nulo por objeto ilícito.

3. Por lo que atañe a la compraventa, que es cabalmente el contrato cuya nulidad se pide en primer lugar en la demanda con que se inició este proceso, el punto que se examina no ofrece el menor asomo de duda, en vista del texto del artículo 1866 del código, que reza así: "Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley" (subraya la Sala). De consiguiente, habiendo prohibición legal de enajenar "las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello" (ordinal 3º del artículo 1521), NO PUEDEN VENDERSE tales cosas, lo que a la luz de lo dispuesto por el artículo 1523, conforme al cual "hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes", permite sentar firmemente la conclusión de que la venta de cosa embargada por decreto judicial tiene objeto ilícito y es absolutamente nula, a más de serlo el pago de la obligación del vendedor.

4. Atendida la estructura que titulo y modo tienen en nuestro régimen civil, o bien tanto el contrato como la tradición son nulos cuando se trata de bien embargado, o bien el uno y la otra son válidos. No hay más alternativa. Si los contratantes estipulan como pura la obligación de enajenarlo, esto es, si no la sujetan a plazo ni condición, contrato y tradición son actos nulos, comoquiera que aquél prevé el pago inmediato de la obligación de dar, esto es, mientras el embargo subsiste: mas si pactan que el pago, o sea la tradición o enajenación, se haga cuando la cosa haya sido desembargada (obligación a plazo indeterminado), o en el evento de que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (obligación condicional), tanto el contrato como la enajenación constitutiva del pago son actos válidos y eficaces.

5. Se ha argüido también que la prohibición de enajenar cosa embargada fue establecida por el legislador en el solo interés del acreedor en cuyo beneficio se decretó esa medida, a quien en nada perjudica el contrato, sino únicamente la tradición o enajenación del bien trabado. Al sentar esta premisa se olvida, no sobra recordarlo, que la nulidad absoluta es de orden público. Puede ser declarada, no sólo a instancia del acreedor burlado, sino también de toda otra persona que tenga interés en ello. Si la prohibición del ordinal 3º del artículo 1521 mirara apenas al interés particular del acreedor a quien el embargo aprovecha, éste podría renunciar el derecho de pedir la declaración de nulidad cuando el mismo no consintió la enajenación ni la autorizó el juez (artículo 15 del código), lo que estaría en abierta pugna con la prohibición contenida en los artículos 2º de la Ley 50 de 1936 y 1526 del código.

Además, aunque desde un punto de vista teleológico fuera suficiente anular la tradición y no el contrato generador de la obligación de hacerla, no se justificaría en manera alguna sacrificar el principio de que la validez del contrato, en lo atinente al elemento objeto, se aprecia en función de la licitud del que tengan la obligación u obligaciones que de él nacen. Con tanto mayor razón si se parte de la base de que quien enajena cosa embargada por haberse obligado contractualmente a daría en este estado, efectúa pago nulo proveniente de contrato nulo. No se puede, por lo tanto, aislar o desarticular estos dos fenómenos so pretexto de que al acreedor ejecutante no le interesa la invalidez del contrato, sino sólo la del pago de la obligación que éste produce.

6. No sobra agregar que, como con razón lo advierte el recurrente, el artículo 1521 no forma parte del título VII del libro segundo del código, relativo a la tradición como modo de enajenar y adquirir derechos, sino del título II del libro cuarto, que trata de la formación de los contratos y de la manera como generan obligaciones. El objeto es el principal elemento de la obligación, y sus condiciones —entre ellas la de que la cosa sea comercial— afectan el contrato. Por lo tanto, cuando por el artículo 1521 se expresa que hay objeto ilícito en la enajenación de los bienes embargados, se está haciendo referencia al objeto de la obligación de enajenarlas y, a través de ésta, al contrato que la crea. La tradición no es acto jurídico productor de obligaciones de dar: es el pago de una preexistente de esta clase, y su validez se rige por normas especiales que en su correspondiente lugar el código contiene, una de

las cuales atañe a la validez del título (artículo 745).

7. Finalmente, el argumento relativo a que los certificados que expide el Registrador sólo dan cuenta de los gravámenes, limitaciones y prohibiciones vigentes, mas no de los que habiendo existido en otro tiempo ya fueron cancelados, es inexacto e inconsistente. En los libros de registro de instrumentos públicos figuran no solamente los embargos, con sus correspondientes fechas de iniciación y levantamiento, sino también los diversos contratos celebrados en relación con la propiedad raíz, en forma que permite a quien los consulte confrontar los unos con los otros y concluir si, en razón de los primeros, los últimos son válidos o por el contrario están afectados de nulidad, como ocurrió precisamente en el caso de este proceso.

De todo lo hasta aquí expuesto concluyese que el Tribunal, en la sentencia acusada, incurrió en quebranto directo, por falta de aplicación, no sólo del artículo 1521 del Código Civil, que tenía que aplicar al caso del proceso, sino además en infracción por la vía directa, por igual concepto, de los artículos 6º, 1502, 1518, 1523, 1740 y 1741 de la misma obra, invocados todos por la censura.

El cargo, en consecuencia, prospera.

IV.

La sentencia de la instancia

1. Sea lo primero determinar la naturaleza y el contenido del contrato que las partes consignaron en la Escritura número 821 (visible a folios 98 a 102 del cuaderno número 2), así como la clase de prueba judicial con que la ley permite establecerlo en proceso.

Por él entendieron las partes celebrar una transacción que habría de poner fin extrajudicialmente al proceso ejecutivo seguido por los representantes de la sucesión ilíquida de Juvenal Cifuentes Chaves contra Daniel Hernández (artículo 2469 del código). Como fundamento de sus estipulaciones, expusieron los siguientes hechos: que aquéllos son propietarios en común y proindiviso de la finca Altamira, en cuyo perímetro están comprendidas las parcelas denominadas Santa Isabel, Las Lagunas y Las Colonias; que por contrato celebrado en 1955 con el secuestre nombrado en el proceso de sucesión de Luis Bohórquez Ortiz, Ezequiel Hernández tomó en arrendamiento las mencionadas parcelas, en donde hay plantadas mejoras que allí fueron puestas desde antes de la celebración de tal contrato; que esas mejoras habían sido vendidas en 1951 por Ezequiel Hernández a Daniel Hernández, y que el contrato de arrendamiento antes mencionado fue cedido a este último; y que como Daniel Hernández estaba debiendo a la parte arrendadora varios cánones del arrendamiento, más el monto de los perjuicios causados por la destrucción de algunas de las mejoras, se le promovió proceso ejecutivo, en el cual se le embargaron éstas, invocándose como título la confesión presunta del ejecutado declarada en actuación judicial previa.

Atendidos estos hechos, los contratantes manifestaron su voluntad de arreglar de común acuerdo las diferencias surgidas entre ellos con motivo del proceso ejecutivo y la confesión presunta, así como su propósito de poner en orden lo relativo al contrato de arrendamiento. Para ello estipularon: 1º Que los representantes de la sucesión ilíquida de Juvenal Cifuentes Chaves transferían a Daniel Hernández, a título de venta, el dominio de las mejoras plantadas en las referidas tres parcelas, mejoras consistentes en "casas de habitación actuales, plantaciones de caña de azúcar, árboles frutales, enramadas y cuanto se encontrase dentro de las parcelas". 2º Que "por el valor de las mejoras y de los arrendamientos causados y no pagados", fijaban la cantidad de $ 70.000.00, pagaderos así: "treinta mil pesos moneda corriente a la firma de esta escritura, y los cuarenta mil pesos restantes, con plazo de seis meses contados a partir de la fecha de esta escritura", constituyendo el deudor prenda sobre las mejoras vendidas, en garantía del pago del saldo pendiente. 3º Que Daniel Hernández quedaba obligado a celebrar con la otra parte nuevo contrato de arrendamiento del terreno ocupado con las mejoras, lo que en efecto hizo el mismo día del otorgamiento de la Escritura número 821. 4º Que los representantes de la sucesión de Juvenal se obligaban, por su parte, "a desistir en la fecha incondicionalmente, sin costas para el ejecutado, del juicio ejecutivo y de

las medidas preventivas"; y 5º Que "los comparecientes declaran sin valor legal alguno, desde ahora y para el futuro, las posiciones no absueltas por Daniel Hernández, base de las medidas preventivas, igual que las presuntas obligaciones que de dichas posiciones pudieran surgir, por manera que en el futuro no podrá ejercitarse acción alguna, con base en dichas posiciones".

2. De las estipulaciones anteriormente resumidas se desprenden las siguientes consecuencias jurídicas, tocantes con las dos primeras súplicas de la demanda:

a) Como la Escritura pública número 821 no fue inscrita en el registro, sólo produce efectos probatorios entre los otorgantes y sus causa-habientes (artículo 256 del Código de Procedimiento Civil). De consiguiente, la compraventa de las mejoras es contrato existente y está debidamente probado, puesto que el demandante y los demandados fueron partes en ella;

b) Sin embargo, cuando el contrato se celebró estaba inscrito en los libros de registro un embargo de los terrenos en que están plantadas las mejoras vendidas, y en este proceso ordinario no se probó que el juez que conocía del de venta de bienes hipotecados, dentro del cual fue declarada la medida cautelar, hubiera dado permiso para efectuar la venta de tales mejoras, ni que el acreedor demandante hubiera consentido en ello. Y como en la Escritura número 821 no se pactó plazo ni condición para el pago de la obligación de dar las mejoras, contraída por la parte vendedora, sino se estipuló que éstas serían entregadas "inmediatamente" por el secuestre al comprador (parte final de la cláusula séptima), todo el contrato de que tal escritura da fe es **absolutamente nulo**, por objeto ilícito (ordinal 3º del artículo 1521 del código);

c) Por lo tanto, la primera petición de la demanda habrá de prosperar, como también la segunda, o sea la concerniente a la restitución de los $ 30.000.00 pagados de contado en razón del contrato que se anula, pues no se probó en el proceso que Daniel Hernández hubiera entregado dicha suma de dinero a sabiendas de que las mejoras que compraba estaban por fuera del comercio (artículos 1525 y 1746 del código). También se decretará a favor de éste el pago de intereses legales, en calidad de frutos civiles de la suma pagada (artículos 717 y 718 ibidem).

3. Por lo que concierne al resto de las súplicas de la demanda se observa:

a) El contrato de arrendamiento celebrado entre las partes el 29 de septiembre de 1964 no tiene vicio alguno de nulidad. Primeramente no se trata, como el demandante lo imagina, del arriendo de cosa perteneciente al arrendatario, pues el objeto del contrato no fueron las mejoras, sino los terrenos en que se hallan plantadas. Por lo cual no resulta conducente el argumento de que el arrendamiento carece de causa, o sea de motivo que lo justifique.

En consecuencia, no pueden prosperar ni la pretensión de que se declare nulo el arriendo, ni la de que se restituyan las cosas al estado que tenían antes de celebrarse ese contrato;

b) Por último, como acertadamente lo advierte el Tribunal en la sentencia acusada al examinar las dos últimas súplicas de la demanda, ninguna de ellas es procedente, por las siguientes razones que conviene transcribir:

1ª "En cuanto a la declaración de nulidad o invalidez de las providencias judiciales por medio de las cuales se declaró confeso al señor Daniel Hernández Olarte, decisiones que fueron empleadas como recaudo ejecutivo, conviene observar que la validez de éste sólo se puede impugnar dentro del proceso ejecutivo proponiendo excepciones: o se puede por medio de la revisión, por la vía ordinaria, de la sentencia de excepciones o de la de pregón y remate, según lo preceptuado por el artículo 1030 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), durante cuya vigencia fue tramitado el presente proceso ordinario. Por consiguiente, no es procedente la declaratoria de nulidad referente a las decisiones judiciales mencionadas".

2ª "En cuanto a la condenación de los perjuicios sufridos por el demandante Hernández Olarte con motivo del proceso ejecutivo instaurado por los herederos del causante Juvenal Cifuentes Chaves, proceso dentro del cual se tomaron las medidas de secuestro y embargo preventivos de las mejoras, se observa que mientras no se haga la declaración judicial de invalidez de

las providencias constitutivas del título ejecutivo no puede hablarse de perjuicios causados por el ejercicio normal de un derecho legítimamente adquirido".

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar, procediendo como juzgador de instancia, REVOCA la de primer grado,

Resolviendo

Primero. Declárase absolutamente nulo, por objeto ilícito, el contrato contenido en la Escritura número 821, otorgada en la Notaría de La Vega el 29 de septiembre de 1964. Comuníquese esta decisión al Notario, para que haga las anotaciones a su cargo.

Segundo. Condénase a los demandados a restituir al demandante la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) M/cte., más los intereses legales de ésta computados a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (artículos 964 y 1746 del Código Civil).

Tercero. Niéganse todas las demás súplicas de la demanda.

Cuarto. El 50% de las costas de ambas instancias es de cargo de la parte demandada.

Quinto. Sin costas en el recurso extraordinario (ordinal 1º ibidem).

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

Aurelio Camacho Rueda. José María Esguerra Samper, salvó voto; *Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén*, salvó voto; *Alberto Ospina Botero*, salvó voto; *Ricardo Uribe Holguín. Ernesto Cediel Angel*, Conjuez.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SALVAMENTO DE VOTO

Deploramos separarnos del criterio de la mayoría de la Sala por las razones que exponemos a continuación:

Se trata, desde luego, de un delicado punto jurídico sobre el cual la doctrina de la Corte no ha sido constante, como se expuso en sentencia de esta Sala de fecha 7 de noviembre de 1975, aún no publicada (proceso de Alicia Cadena de Vargas vs. Rosa Inés Parra de Trujillo), de la cual transcribimos lo siguiente:

"El contrato de compraventa de un bien raíz es solemne, por disponerlo así el artículo 1857-2 del Código Civil. La solemnidad consiste en que se haga constar por escritura pública, cuyo mero otorgamiento con las formalidades legales, lo perfecciona, es decir, lo hace nacer a la vida jurídica. Y si los contratos están destinados a producir obligaciones, es obvio que las que son propias de la compraventa, como la tradición o entrega de la cosa, el saneamiento (Art. 1880) y el pago de precio (Art. 1928) se generan cuando el respectivo contrato se ha perfeccionado.

"Al perfeccionarse la venta surge para el vendedor una obligación de dar, que está integrada así: 1) Por la de transferir al comprador el dominio de la cosa vendida (entrega jurídica) y 2) Por la de ponerla materialmente a su disposición (entrega material). Esa transferencia, tratándose de bienes raíces, sólo puede surtirse con el competente registro de la escritura mediante la cual se celebró el contrato (Art. 756), y su cumplimiento es el que comporta el fenómeno jurídico de la enajenación. El comprador adquiere, pues, la propiedad del objeto materia del contrato, cuando concurren el título (escritura de compraventa) y el modo (registro de la misma): el solo otorgamiento de dicha escritura, en derecho colombiano, no confiere dominio al comprador, apenas lo hace acreedor de la correspondiente obligación; si ésta no se cumple, no ha habido enajenación del bien, apenas ha surgido el deber legal de hacerla.

"Y esa enajenación es la que está legalmente prohibida, cuando el bien sobre el cual debe recaer está embargado judicialmente, a menos que el acreedor que solicitó y obtuvo el embargo o el juez que lo decretó la autoricen (Art. 1521 del C. C.).

"Es muy copiosa la jurisprudencia de la Corte sobre el alcance y los efectos que tienen esas normas legales que sancionan con nulidad la enajenación de bienes embargados, la cual, sin embargo, justo es reconocerlo, no ha sido siempre uniforme. Vale la pena resumir las tesis que al respecto se han expuesto:

"a) La nulidad en cuestión no se produce cuando la enajenación se ha verificado con permiso del juez que decretó el embargo (abril 20 de 1949, LXV, Pág. 70); cuando ha mediado el consentimiento expreso del acreedor que pidió y obtuvo que se ordenara aquél (diciembre 12 de 1944, LVIII, Pág. 181; noviembre 21 de 1967 no publicada aún); y cuando se ha verificado por remate judicial o es consecuencia del fallo que decide una acción constitutiva, es decir, sin la intervención voluntaria del dueño (noviembre 28 de 1893, IX, Pág. 114; agosto 23 de 1946, LXII, Pág. 62 y septiembre 22 de 1966, CXVII, Pág. 320);

"b) Cualquier persona distinta del acreedor que solicitó el embargo judicial y en cuyo favor este fue decretado carece, en principio, de legitimación para pedir que se declare la nulidad de la enajenación del bien sujeto a la traba (junio 30 de 1894, VIII, Pág. 340; julio 4 de 1932, XL, Pág. 179; diciembre 12 de 1944, LVIII, Pág. 179);

"c) El embargo se levanta y cesa en sus efectos con la ejecutoria de la decisión judicial que lo decreta, así no haya sido re-

gistrada (agosto 25 de 1914, XXIV, Pág. 194 y mayo 26 de 1964, XVII, Págs. 220-230);

"d) Según lo disponen los artículos 6º, 1502, 1521 numeral 3º, 1740 y 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, la nulidad proveniente de una enajenación de bienes embargados es declarable de oficio, como todas las nulidades absolutas (junio 26 de 1899, III, Pág. 316);

"e) La nulidad absoluta que se comenta, tratándose de bienes raíces, abarca tanto el registro del título como la escritura mediante la cual se celebró el contrato que constituye dicho título (diciembre 13 de 1941, LII, Pág. 23; agosto 23 de 1946, LXIII, Pág. 62; mayo 3 de 1952, LXXII, Págs. 11 a 14; y junio 15 de 1959, XC, Pág. 642).

"Todas estas doctrinas y algunas otras que se omiten para que esta providencia no resulte innecesariamente extensa, fueron reseñadas, transcritas y analizadas en la sentencia del 13 de mayo de 1968 (aún no publicada), en la que se hace exhaustivo análisis acerca de la enajenación de cosas judicialmente embargadas y a la cual pertenecen los siguientes párrafos:

'"Y como se desprende de las transcripciones jurisprudenciales que in extenso se hicieron, en lo que toca con la enajenación al señalamiento del sentido preciso en que haya de entenderse la voz 'enajenación' para estos efectos, continúa con el tratamiento de las salvedades legales, y llega a la máxima dificultad cuando ha de resolverse lo atinente a la titularidad de la acción impugnativa.

'"...Nuestra jurisprudencia, mirando a la función que cumple la medida judicial de cercenamiento transitorio del poder dispositivo del titular deudor o demandado, y el hecho de que sólo su cumplimiento comporta la atribución patrimonial (C. C. 740 y ss. 1633), y con apoyo en el requerimiento para la venta (1868) y la hipoteca (2439) de versar sobre bienes cuya enajenación no está vedada por la ley, ha entendido por enajenación prohibida respecto de bienes embargados o en litigio, no solamente la tradición, acto final y definitivo de un proceso que se inicia en el título translaticio, sino también el contrato mismo cuyo desarrollo ha de producir el traslado del derecho o que potencialmente lleva a él, como acontece con la hipoteca.

'"Ciertamente el artículo 1521 del Código Civil al referirse a los bienes embargados o en litigio consagra una prohibición; o, mejor quizá, una restricción, que se dirige exclusivamente al dueño de las cosas sometidas a la traba judicial (Ley 95 de 1890, Art. 42), y que no se funda en una prescripción general, como ocurre respecto de ciertos actos (v. gr. C. C. 1023, 1262, 1522, 1867, 1942), o en la irrelevancia de los objetos para el tráfico, como en materia de bienes de uso común, o en su arraigo absoluto a su titular, como en los derechos personalísimos (C. C. 1521, 1º y 2º, 1856), o en que se proyecten sobre cosas cuyo comercio sea contrario a la salud, la moral o la seguridad pública (1518 in fine). Por lo cual se ha llegado a sostener, por algunos doctrinantes, que allí media una mera prohibición relativa, pensando más que todo en que se puede sortear con la licencia del juez que ordenó el embargo, el secuestro o la inscripción de la demanda, o con autorización del acreedor a los acreedores a cuya seguridad tiene la medida".

"Más adelante expone la Corte las razones que la llevan a ratificar las doctrinas señaladas con las letras a) y b), y a rectificar la señalada con la letra d) en el sentido de que, por tratarse de la violación de una prohibición relativa, "la ineficacia de enajenación de bienes embargados no deriva del negocio en sí considerado, como tampoco de una eventual orientación fraudulenta, sino de virtualidad nociva al acreedor...". Y agrega más adelante: 'Así que la enajenación de bienes embargados vincula a quienes participan en ella, que no pueden fundarse en la traba como pretensión contra su valor, y es impugnable en principio, sólo por el acreedor para cuya seguridad se proveyó el embargo, siempre que la enajenación no haya sido aprobada por el mismo o autorizada por el juez y que al acto le sea lesivo y esa lesión subsista... esa tutela no puede rebasar el ámbito de su justificación, ni beneficiar a quienes no son sujetos del amparo". En estos términos se ratifica también la doctrina que figura bajo la letra c).

En lo que se refiere a la tesis jurisprudencial marcada con la letra e), y a la manera de remate de todos los razonamien-

tos jurídicos allí expuestos, se lee: 'En conclusión: para la Corte la enajenación no se consume por el simple otorgamiento del título traslaticio, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. En consecuencia, el dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto de embargo judicial, en nada afecta la situación creada por éste. Por el contrario, la tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraría al mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados con él. Tal ilicitud es, desde luego, contingente, en cuanto puede ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla. Lo cual no quita la naturaleza de absoluta que tiene la nulidad consiguiente, dentro de las limitaciones impuestas por la función concreta que está llamada a desempeñar en esta coyuntura, ni obsta a que las condiciones de prescripción sean las propias de la invalidez de esta especie'.

"Posteriormente en sentencia del 7 de mayo de 1969 (CXXX, Págs. 91 y 92) reiteró la doctrina anterior, al expresar que 'el artículo 1521 en su inciso 3º, sólo habla de haber objeto ilícito 'en la enajenación' de las cosas embargadas por decreto judicial. Mas, la enajenación de las cosas por acto entre vivos, es decir su traslado de un patrimonio a otro, no se produce sino por el modo de la tradición; y, tratándose de inmuebles, ésta no se consuma sino mediante la inscripción del título correspondiente en el registro de instrumentos públicos (artículos 756, 759 y 2637 inciso 1º del C. C.) Así que, en definitiva, lo que realiza la enajenación de un inmueble por acto inter vivos es el registro del instrumento que la estipula. Entonces, en el caso concreto de la venta de un inmueble embargado, mientras no se verifique la inscripción del título— lo que no podría hacerse sino cuando el embargo se haya cancelado o el acreedor consienta en ello—, por el solo otorgamiento de la escritura de venta, el bien no habrá cambiado de dueño, permaneciendo en cabeza del ejecutado, sin detrimento de ninguno de los derechos del acreedor embargante. Vale decir que hasta ese momento no habrá ocurrido 'enajenación' alguna que caiga bajo la prohibición literal del precepto que se contempla'.

"'... Y es en este pensamiento en el que se inspiran las sentencias de la Corte, en su Sala de Casación Civil, de fechas 12 de mayo de 1938 (XLVI, Págs. 434 y 435), 24 de marzo de 1943 (LV, Pág. 245) y 13 de mayo de 1968, esta última dictada en el juicio de José Vicente Fajardo contra Policarpo Ulloa Caicedo, aún no publicada en la Gaceta Judicial.

"'También el calificado tratadista chileno señor Claro Solar, refiriéndose a la venta de bienes embargados, sostiene la tesis en exposición que concluye así: 'Por consiguiente, la prohibición de enajenar no importa prohibición de vender, porque quien vende no enajena, sino que se obliga a enajenar. Tendríamos así que el contrato de compraventa de cosas embargadas por decreto judicial podría celebrarse; pero la tradición de las cosas embargadas no podría realizarse válidamente por el objeto ilícito que existe en su enajenación'. (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo XI, de las obligaciones II, Pág. 272).

"Por último, la Corte reiteró, como lo hace ahora nuevamente, la doctrina sostenida en las dos sentencias últimamente mencionadas, en cuanto a que el mero otorgamiento de la escritura de compraventa de un bien raíz no comporta la enajenación del mismo y que por tanto no está afectado de la nulidad que establece el numeral 3º del artículo 1521 del Código Civil, en fallos del 27 de junio de 1970 (CXXXIX, Págs. 229 a 231) y 22 de enero de 1971 (CXXXVIII, Págs. 49 y 50)".

La importante argumentación que contiene la sentencia objeto de esta discrepancia no ha logrado, sin embargo, modificar nuestro criterio ni desvirtuar las razones expuestas en los párrafos de la sentencia atrás transcrita. Por tanto nos vemos en el caso de salvar nuestro voto.

SALA DE CASACION LABORAL

REAJUSTE PENSIONAL

La Sala en varias sentencias ha sentado el principio de que cuando la ley no emplea el calificativo de "legal" de las pensiones por reajustar, sino que en general se refiere a las "pensiones de jubilación" el reajuste comprende todas las causadas o reconocidas en el momento de entrar a regir la disposición correspondiente. El Decreto 435 de 1971 no hace ninguna distinción entre pensiones de jubilación legales o extralegales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., enero veintiuno de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Ref.: Radicación Nº 4884. Acta Nº 1.

Luis Jesús Mantilla García, mayor y vecino de Bogotá, cedulado bajo el número 13.299 de la misma ciudad, demandó por medio de apoderado al Banco Central Hipotecario representado por Jorge Cortés Boshell, para que por los trámites propios de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía fuera condenado a pagarle desde el 24 de octubre de 1968: a) Una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente a las dos terceras partes del sueldo devengado durante el último año de servicio, y en cuantía de $ 3.828.33, con fundamento en el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo que rige en la citada entidad bancaria, con el consiguiente reajuste ordenado por el Decreto 435 de 1971; b) La diferencia entre el 4% y el 13% mensual correspondiente a intereses que ha cobrado y recibido el Banco Central Hipotecario, desde el 25 de octubre de 1968, con quebranto de la ley; c) La indemnización por mora equivalente a una suma igual al último salario diario desde el 25 de octubre de 1968 y hasta cuando le solucionen o consignen el valor de sus mesadas pensionales; d) Las costas en caso de oposición.

Pidió también que se declare que está obligado solamente "a pagar al Banco Central Hipotecario el interés del 4% mensual, por concepto de préstamo de vivienda pactado en la Escritura pública número 4.486 de fecha 30 de septiembre de 1966, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá.

El apoderado del demandante afirmó como hechos:

"1. Luis Jesús Mantilla García laboró al servicio del Banco Central Hipotecario desde el 18 de junio de 1947 al 23 de octubre de 1968, o sea, durante 21 años, 4 meses y 5 días".

"2. Los servicios prestados por Luis Jesús Mantilla García estuvieron regidos por un contrato escrito de trabajo".

"3. La vinculación contractual estuvo gobernada por el Reglamento Interno de Trabajo del Banco Central Hipotecario".

"4. Mantilla García desempeñó, sin solución de continuidad, diversos cargos en el Banco Central Hipotecario, Oficina Principal, con "eficiencia" capacidad y observó buena conducta".

"5. Luis Mantilla García devengó un sueldo-promedio de cinco mil setecientos cuarenta y dos pesos con cincuenta centa-

vos ($ 5.742.50) M/cte., durante el último año de servicio".

"6. El Banco Central Hipotecario despidió de manera unilateral e injusta a Luis Mantilla García por medio del oficio número 43049 de fecha 23 de octubre de 1968".

"7. La justicia laboral en virtud de la sentencia de fecha 28 de julio de 1970 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, condenó al Banco Central Hipotecario a la indemnización por "despido ilegal e injusto".

"8. En el artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco Central Hipotecario se consagra una pensión especial, sin consideración a la edad, a favor de los trabajadores del mismo establecimiento y en cuantía equivalente a las "dos terceras partes del promedio del sueldo mensual devengado durante el último año de servicio".

"9. La referida prestación social se hizo exigible desde el 24 de octubre de 1968".

"10. Durante la ejecución del contrato de trabajo que vinculó a las partes, el Banco Central Hipotecario le hizo un préstamo para "vivienda" a Luis Jesús Mantilla García a un interés del 4% mensual".

"11. Producido el despido ilegal e injusto, el Banco Central Hipotecario mediante un acto unilateral aumentó el interés pactado al 13% a partir del 24 de octubre de 1968, con violación del laudo arbitral de fecha 5 de diciembre de 1967".

"12. El mencionado laudo dispuso: "Así mismo se decidió que los tipos de interés y el plazo del préstamo no serán modificados por el banco respecto de trabajadores deudores que sean despedidos sin justa causa".

"13. El negocio jurídico del préstamo para vivienda fue consignado en la Escritura número 4486 de fecha 30 de septiembre de 1965 otorgada ante la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá".

"14. El Banco Central Hipotecario le aplicó a Luis Jesús Mantilla García las convenciones colectivas y laudos arbitrales que rigen las relaciones existentes entre el establecimiento bancario y su sindicato".

"15. El reglamento interno de trabajo hace parte del contrato individual y como tal, es fuente de derechos y obligaciones laborales".

Como fundamento jurídico invocó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el 94 del Reglamento Interno de Trabajo, que aportó como prueba, el Laudo Arbitral de 5 de diciembre de 1967 y el Decreto-ley 2351 de 1965.

El banco se opuso a las pretensiones de la demanda y así lo dijo en su contestación, negando la causa de la acción y los fundamentos de derecho que se invocaron en su apoyo y pidió la condena en costos del actor por su temeridad.

Respecto a los hechos dijo ser ciertos el "1 y el 2"; negó "el 4, el 6, el 9 y el 11"; dijo que el "3 y el 15" son consideraciones jurídicas que compartía en abstracto, pero no hechos imputados a su mandante y que, en cuanto "al 5, el 7, el 8, el 10, el 12, el 13 y el 14" se atenía a los términos de los respectivos documentos y liquidaciones.

Manifiesto que "el fundamento principal de la defensa consistirá en la prueba de que el actor no observó buena conducta, ni la causa de su retiro fue independiente de su voluntad, pues voluntariamente incurrió en graves faltas que motivaron tal retiro".

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que conoció del juicio le puso fin a la primera instancia en sentencia de 22 de junio de 1973, en la cual dispuso:

"1º CONDENAR al Banco Central Hipotecario, representado legalmente por el doctor Jorge Cortés Boshell, a pagar a Luis Jesús Mantilla García una pensión vitalicia de jubilación de tres mil ochocientos treinta y un pesos con sesenta y ocho centavos ($ 3.831.68) M/cte., a partir del 24 de octubre de 1968".

"2º DECRETAR el reajuste de la anterior pensión vitalicia de jubilación a favor de Luis Jesús Mantilla García en cuantía de cuatro mil trescientos noventa y un pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 4.391.48) M/cte., a partir del 1º de abril de 1971 con fundamento en el artículo 1º del Decreto 435 de 1971".

"3º CONDENAR al Banco Central Hipotecario a reintegrar a Luis Jesús Mantilla García el mayor valor de los intereses pactados en un cuatro por ciento (4%) mensual y aumentado por el mismo banco al

13% mensual, diferencia que viene percibiendo desde el 30 de octubre de 1968, de conformidad con la parte motiva de este fallo".

"4º DECLARAR así mismo, que el señor Luis Jesús Mantilla García, de acuerdo con el Laudo Arbitral del 5 de diciembre de 1967, solamente está obligado a pagar al Banco Central Hipotecario, el interés del 4% mensual, por concepto de préstamo de vivienda pactado en Escritura pública número 4.486 del 30 de septiembre de 1965 protocolizada en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, visible a folios 63 a 68".

"5º ABSOLVER al Banco Central Hipotecario de la indemnización moratoria solicitada por el demandante".

"6º CONDENAR al Banco Central Hipotecario a las costas de esta instancia en un 70%".

Del fallo anterior apeló el apoderado del Banco Central Hipotecario y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral resolvió la alzada en fallo de 20 de agosto de 1974, por medio del cual confirmó en todas sus partes el fallo del juzgado (numeral primero) y condenó en costas al apelante (numeral segundo).

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del banco, que le fue concedido por aquella corporación y está admitido por la Corte.

El recurso

Con él aspira el apoderado del Banco Central Hipotecario a que la sentencia de segunda instancia sea casada, en cuanto al confirmar en todas sus partes el fallo del a quo, prohijó las condenas que éste hizo, para que, en función de instancia, la Corte reforme el dicho fallo, revocando sus ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 6º y en su lugar absuelva al banco de esos gravámenes; confirma el ordinal 5º absolutorio, y condene en costas al actor.

Con esta finalidad el recurrente formuló un cargo con el carácter de principal y otro subsidiario que se estudiarán junto con la réplica del opositor.

Primer Cargo

Lo enuncia así el recurrente:

"Violación, por vía indirecta, de los artículos 16, 21, 104, 107, 116, 122 (como quedó sustituido por el 6º del Decreto 617 de 1954), 121, 467, 470, 471 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 23, 55, 56, 58 y 60 del mismo código; a 7º del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968; a 5º del Decreto 435 de 1971 y 61 del Código de Procedimiento Laboral, por aplicación indebida. A esas infracciones inducido el sentenciador por equivocada apreciación de la nota de despido del folio 37 y el folleto de reglamento de folio 70, así como el folleto del laudo de 1967 (fl. 28), y por falta de apreciación del informe de los investigadores (fls. 93 y 93 bis), las declaraciones o ratificaciones juradas de éstos, señores Carlos H. García (fls. 95-97) y Jaime Avila Castro (fl. 147) y las respuestas del actor al interrogatorio de parte, a folio 23 a 27, el acta de inspección judicial de folios 91 y 92 y los cuadros fotocopiados de folios 81 a 90. Por lo cual incurrió en estos evidentes errores de hecho":

"1º No dar por demostrado, estándolo, que para Mantilla no cupo ninguna duda de cuales eran los actos inmorales que el banco le imputaba en la nota de despido, por habérsele descubierto por los investigadores la víspera de esa misma nota".

"2º No dar por demostrado, estándolo, que Mantilla violó gravemente sus deberes de lealtad y fidelidad, con perjuicio económico para su patrono, por vender por medio de un agente a comisión las cédulas que se le solicitaban directamente al banco en ventanillas de sus oficinas".

"3º Dar por demostrado, sin estarlo, que el reglamento del banco fue publicado conforme a la ley".

En la sustentación del ataque dice el recurrente que para no entrar siquiera "al estudio o análisis de la prueba de los hechos", como lo dice el sentenciador a folio 165 invoca una jurisprudencia suya respecto de las notas de despido en las que solamente se citan preceptos legales como violados por el trabajador, y no hechos concretos. Tal doctrina es razonable y en muchos casos se justifica su aplicación. Pero cuando el acto a que la disposición legal se refiera acaba de acaecer, de modo que no quepa duda al trabajador sobre la naturaleza de la imputación, cambia radicalmente la situación, pues el parágrafo del

artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, como entes el código, no exige ninguna solemnidad, ni siquiera la escritura para el despido eficaz, sino la manifestación del motivo de la ruptura en el momento en que ella se produzca. Agrega después de dar algunos ejemplos, que lo que quiere la norma "es que el despedido sepa por qué lo despidieron para que pueda defenderse de la acusación".

En otra parte de la demanda manifiesta el casacionista que el sentenciador no apreció la fecha de la nota de folio 37: 23 de octubre. "El informe de los investigadores es del 22 de octubre (fls. 93 y 194). La venta de las cédulas por el 'auditor" Mantilla a los supuestos compradores directos en las ventanillas del banco, por cuenta de Guillermo Andrade Quintero, o sea el descubrimiento del "chanchullo", el 21 de octubre. Al mencionarle el banco a Mantilla, el 23, que lo despedía por actos inmorales o delictuosos y las violaciones contractuales a que aluden los ordinales 5º y 6º del artículo 7º del Decreto 2351, le quedaría al auditor la menor duda de a cuáles hechos suyos se refería al banco, distintos a los descubiertos la víspera por los investigadores de la Asociación Bancaria?".

Manifiesta el recurrente que este primer error de hecho llevó al sentenciador a dejar de apreciar, como lo confiesa, la prueba de la gravísima falta cometida por Mantilla. Con solo que hubiera estimado el informe de los investigadores, ratificado bajo juramento y la confesión judicial de Mantilla (fls. 23 a 27) o su conducta procesal bajo juramento al negar hechos tan protuberantes para un "auditor' como los dos sistemas, el de venta directa por el banco, sin pagar comisión a sus empleados, y el de venta por los comisionistas para una clientela obviamente distinta de la que buscaba directamente, sin intermediarios, al banco, habría tenido que admitir la mala conducta del empleado y la justificación de su despido fulminante".

A causa de dichos errores, continúa, el sentenciador colegiado admitió la injusticia del despido de Mantilla aplicando indebidamente el artículo 7º del Decreto 2351, de 1965 que define las justas causas, en relación con el 6º ibídem, sobre terminación del contrato y con los que imponen obligaciones de lealtad al trabajador, le prohiben causarle perjuicios y erigen como principal rector del contrato de trabajo, la buena fe. Pero hay algo más, agrega: al no admitir como justo el despido de Mantilla, acudió a una prestación concedida por el banco en su reglamento de trabajo. Le correspondía al actor demostrar que ese reglamento estaba vigente y lo único que adujo fue el folleto del folio 70, cuando el artículo 121 del código condiciona la vigencia del reglamento a su publicación "en la forma prescrita en el artículo anterior", o sea mediante la fijación de carteles en sitios distintos (Decreto 616 de 1958, artículo 6º). Y ese requisito, justificado o no, pero explícito, del legislador, sólo puede ser suplido del modo previsto en el inciso 2º del artículo 122: "el recibo firmado por el trabajador y del cual aparezca habérsele entragado una copia impresa del reglamento" y no por cualquier folleto, así esté autenticado oficialmente. Al dar por probada la vigencia del reglamento, quedaron infringidos, por aplicación indebida, los preceptos indicados.

Para finalizar el cargo el recurrente manifiesta que el Tribunal, al aplicar el reglamento, como fundamento de la pensión voluntaria a un trabajador con más de veinte años de servicio, pero nacido en 1923 (fl. 36), o sea con 45 años de edad en 1968, cuando el código exige 55, se basó indudablemente en el artículo 16, que ordena aplicar la norma más favorable al trabajador; pero que lo aplicó indebidamente por no relacionarla con el 21 que restringe su alcance al sentar el principio de la "inescindibilidad", ya que la prestación de reglamento de autos está limitada, en todo caso, a los dos tercios del último sueldo, o sean $ 3.832.07 sobre las bases numéricas que la sentencia acepta; y que al aplicar el reajuste ordenado por el artículo 5º del Decreto 435 de 1971, el sentenciador olvida el límite puesto por el reglamento a la pensión a cualquier edad, y mira sólo que no sobrepase el límite de los 22 veces al más elevado de los salarios mínimos fijado por el mismo decreto para llegar en su condena a $ 4.391.48 mensuales, a partir del 1º de abril de 1971. De lo anterior concluye que existe una clara aplicación indebida del artículo 5º del Decreto 435 citado.

El opositor en el escrito de réplica, ma-

nifestó que rechazaba, por ser contrarios a la realidad procesal, los hechos en litigio que en forma acomodaticia presentó el recurrente. Dijo que las pretensiones a que condenó el Tribunal, al confirmar la sentencia de primer grado, se fundaron con toda certeza en la decisión, que constituye cosa juzgada, proferida en el juicio anterior en el que Mantilla pidió indemnización por despido injusto, que el Tribunal así calificó, y respecto al cargo en sí manifestó que la acusación era infundada por cuanto no se había cometido el error de hecho "de modo ostensible y evidente, requisito que ha exigido reiteradamente la jurisprudencia".

Negó que el recurrente hubiera destruido el soporte de la sentencia enjuiciado sobre el modo como el banco finalizó el contrato que lo ataba con Mantilla García, "con violación del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, precepto que sustituyó el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, norma reguladora del principio de la buena fe".

Expuso que en el caso que se examina, no se ha sostenido que se configure el fenómeno de la cosa juzgada en relación con la pensión de jubilación voluntaria, su consiguiente reajuste y la devolución de intereses, sino respecto a la terminación ilegal e injusta del contrato de trabajo por parte del Banco Central Hipotecario, acto generador de las acciones reclamadas y que bastan las transcripciones hechas en el escrito de réplica y la lectura de las sentencias que registra el plenario, para concluir que no puede reabrirse el debate "sobre un hecho ya definido por la jurisdicción".

Respecto a las observaciones hechas por el recurrente sobre la falta de demostración de la vigencia del Reglamento Interno de Trabajo, del banco, replica el opositor manifestando que carecen de validez porque "es el mismo Banco Central Hipotecario quien edita con sus propios medios el mencionado instrumento y lo distribuye entre sus empleados". (Fl. 70).

Sobre el reajuste de la pensión, de que tratan, según el opositor, los artículos 1º y 5º del Decreto 435 de 1971, manifiesta que basta tener el 31 de diciembre de 1970 el "Status de pensionado" y no como se afirma en la demanda de casación que quedaron excluidas las pensiones de origen reglamentario.

Se considera:

Asegura el impugnador que a la aplicación indebida de los preceptos que cita, llegó el Tribunal por la comisión de los tres errores de hecho anotados en la demostración del cargo, los cuales tuvieron su origen en la equivocada apreciación de la nota de despido y el folleto de reglamento llevado a los autos y por la falta de apreciación del informe de los investigadores, de las declaraciones o ratificaciones juradas de éstos, de las respuestas del actor al interrogatorio de parte, del acta de inspección judicial y de los cuadros fotocopiados que aparecen de folios 81 a 90 del cuaderno principal.

En relación con estas pruebas el Tribunal se expresó así:

"Considera la Sala que se ha dado cumplimiento al requisito de la publicación del reglamento de trabajo, como lo establece el numeral 2º del artículo 122 del Código Sustantivo del Trabajo, mediante la presentación del respectivo ejemplar impreso del mismo hecha por el apoderado del demandante"... "Al folio 37 aparece incorporada la nota número 43049 de 23 de octubre de 1968, suscrita por el Jefe de Personal del banco demandado, dirigida al demandante señor Luis Jesús Mantilla García, en la cual le comunica a éste que "por haber incurrido usted en las causales contempladas en los numerales 5º y 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el banco ha resuelto prescindir de sus servicios con efecto a partir del día de mañana 24 de los corrientes", y agrega el ad quem.

"Hay que observar que mediante la nota anterior no se dio cumplimiento a lo previsto en el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, por cuanto la simple invocación de las disposiciones legales no es suficiente para cumplir con el requisito que exige la citada norma al establecer que hay que manifestar en el momento de la extinción del contrato la causal o motivo de esa terminación. Se requiere concretar en forma singularizada la causa por la cual se termina el contrato, como lo ha sostenido la honorable Corte Suprema de Justicia, tesis que ha sido acogida por este Tribunal en el sentido de "que en la justificación del despido no es suficiente al patrono invocar normas para

sustentar la decisión unilateral de poner término al contrato de trabajo, pues se requiere como claramente lo ordena la ley, que se expresen las circunstancias y hechos pertinentes. En efecto: cuando el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 dispone que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra la causal o motivo de terminación", no está refiriéndose evidentemente a las normas jurídicas, sino a los hechos concretos que dicha parte considera justificativos de su decisión, y que el trabajador tiene derecho a conocer".

"Ahora bien: las normas invocadas por la demandada, en su orden estatuyen: Artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, numeral 5º: "Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, o en el desempeño de sus labores", numeral 6º: "Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en actos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".

"En concepto de la Sala, que comparte el criterio jurisprudencial antes citado, el banco al dar por terminado el contrato de trabajo, no se refirió a hechos concretos que consideraba justificativos de su decisión sino a circunstancias fácticas señaladas en abstracto en las disposiciones legales, lo cual equivale a apoyarla en los preceptos y no en los hechos. En tales condiciones el despido deviene en injusto, sin que haya necesidad de entrar al estudio o análisis de la prueba de los hechos, por no haber sido estos específicamente indicados en la carta de despido. En consecuencia, se procederá al estudio de las condenas fulminadas por el a quo, atinentes al pago de la pensión de jubilación establecida en el reglamento interno de trabajo, al reajuste de la misma en los términos del Decreto 435 de 1971, y a la devolución de sumas cobradas por concepto de intereses, en relación con la obligación hipotecaria contenida en la Escritura pública número 4.486".

El fallo acusado contiene pues la interpretación del parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y de su exégesis concluyó el ad quem que como no se habían expresado a Mantilla García los hechos concretos que consideraba justificativos de su decisión, sino a circunstancias fácticas señaladas en abstracto en las disposiciones legales, lo cual equivale a apoyarlo en los preceptos y no en los hechos y el despido así fundamentado había sido injusto sin que hubiera necesidad de "entrar al estudio o análisis de la prueba de los hechos, por no haber sido éstos específicamente indicados en la carta de despido" (subraya la Sala).

En estas circunstancias no pueden alegarse errores de hecho a causa de apreciación indebida de unas pruebas o falta de apreciación de otras para quebrar la sentencia, pues el soporte de la misma fue la interpretación del parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Además, en el orden de las apreciaciones fácticas el sentenciador solamente se apoyó, como ya se dijo, en que la carta de despido no expresa los hechos que debían dar fundamento a la determinación del banco, y el recurrente no sostiene lo contrario sino que el trabajador debía conocer esos hechos, evento no contemplado por la norma.

Debe agregarse que el Tribunal, dio validez al Reglamento Interno de Trabajo presentado por el actor en el plenario, pues los requisitos de publicación a que alude el recurrente, se exigen para que el trabajador lo conozca y lo cumpla, pero si aquél lo presenta, para hacerlo valer a su favor está demostrando con ello que lo conoce. No es pues equivocado el análisis que sobre esta pieza hizo el Tribunal.

Y en cuanto a las argumentaciones que se refieren a la demostración de los hechos que hubieran podido dar base a la terminación del contrato, basta observar que si los hechos no fueron expresados en la carta de despido, su alegación y prueba en juicio no tienen efecto según el mismo precepto 7º del Decreto 2351 de 1965.

Por todo lo anterior, el cargo no prospera.

Segundo cargo
(Subsidiario del anterior)

Lo enuncia así el impugnador:

"Violación, por vía directa, y por aplica-

ción indebida, del artículo 5º del Decreto 435 de 1971, en relación con el 21 del Código Laboral y el 94 del Reglamento de Trabajo, en relación con los artículos 104, 107, 116, 121 y 122 del mismo, y 6º del Decreto 617 de 1954".

"El sentenciador apreció debidamente —supongamos para este cargo subsidiario— el reglamento de folio 70. Y transcribe con fidelidad su artículo 94, que limita la pensión reglamentaria, a cualquier edad, a "las dos terceras partes del promedio del sueldo mensual devengado durante el último año de servicio". Luego también lo entendió, y no incurrió en error de hecho".

"Entonces, al violar con el reajuste ordenado por el Decreto 435 de 1971 el límite máximo señalado por el reglamento para las pensiones a cualquier edad, aplicó indebidamente ese decreto, en relación con el artículo 21 del código, que prohibe tomar de la ley una parte (el límite de 22 veces el salario mínimo) y del reglamento otra (la prescindencia de la edad de 55 años requerida por el código)".

El opositor replica diciendo que "en cuanto al reajuste pensional ordenado por los artículos 1º y 5º del Decreto 435 de 1971, basta tener el 31 de diciembre de 1970 el "status de pensionado" y no como se afirma en el libelo por el casacionista que quedaron excluidas las pensiones de origen reglamentario. Donde el legislador no distingue, le está prohibido al intérprete, es una regla de hermenéutica jurídica".

"Y el derecho a la pensión se causó el 24 de octubre de 1968, o sea, el día siguiente de haber terminado el contrato de trabajo que lo ligaba con Mantilla García, con fundamento en la norma reglamentaria del artículo 94, tal como lo pregona el artículo 1º del Decreto 2213 de 1966".

Arrega en otra parte, que "el Tribunal no parceló normas en la aplicación del reajuste pensional, ni violó el principio de la inescindibilidad, sino aceptó la tesis de que él disfrute de la pensión reglamentaria fue modificado por el Decreto 435 de 1971. En el texto de este estatuto no quedaron excluidas las pensiones de origen extralegal".

Se considera

La Sala en varias sentencias ha sentado el principio de que cuando la ley no emplea el calificativo de "legal" de las pensiones por reajustar, sino que en general se refiere a las "pensiones de jubilación" el reajuste comprende todas las causadas o reconocidas en el momento de entrar a regir la disposición correspondiente.

El Decreto 435 de 1971 no hace ninguna distinción entre pensiones de jubilación legales o extralegales y por consiguiente, como lo manifiesta el opositor, el Tribunal "no parceló normas en la aplicación del reajuste pensional, ni violó el principio de la inescindibilidad".

El ad quem al aplicar como lo hizo el decreto antes citado no incurrió en indebida aplicación de las disposiciones señaladas en el cargo, el cual 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 20 de agosto de 1974, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Luis Jesús Mantilla García contra el Banco Central Hipotecario.

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.

PERSONERIA SUSTANTIVA

Una cosa es la personería sustantiva de la parte demandada cuando se refiere a la existencia misma de la persona, caso en el cual la discusión debe plantearse como presupuesto procesal, ya que si no hay persona no pueden declararse obligaciones a cargo suyo ni absolver de lo pedido; y otra cosa es que se encuentre la existencia de la persona demandada pero se establezca que dicha persona no es la obligada, bien porque lo sea otra no demandada o porque la perseguida no responde de las obligaciones reclamadas, pues entonces no es cuestión de presupuesto procesal sino del fondo mismo del negocio, ya que el fallador no puede acceder a lo pedido por el demandante si encuentra que la persona de quien se reclama no está obligada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., enero veintitrés de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Radicación Nº 5224. Acta Nº 2

Carlos Ernesto Barragán, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 2'362.405 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado a Ericsson de Colombia S. A. para que fuera condenada a reintegrarlo en las mismas condiciones de trabajo y remuneración que gozaba el 30 de abril de 1969, y a pagarle los salarios desde dicha fecha hasta la del reintegro, y en subsidio, a pagarle $ 23.004.45 como indemnización por despido, pensión especial de jubilación cuando cumpla la edad requerida, $ 68.67 diarios desde el 30 de abril de 1969 hasta que se le practique el examen médico de retiro, y las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de la demanda se presentaron los siguientes:

"1º El señor Carlos Ernesto Barragán ingresó a trabajar al servicio de la sociedad Compañía Ericsson Limitada el primero (1º) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958).

"2º La Compañía Ericsson Limitada cambió recientemente su razón social y gira ahora bajo la de Ericsson de Colombia S. A.

"3º La Sociedad Ericsson de Colombia S. A., antes Compañía Ericsson Limitada, unilateralmente dio por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba con el señor Carlos Ernesto Barragán el día treinta (30) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

"4º El señor Carlos Ernesto Barragán trabajó en forma continua y permanente al servicio de la Sociedad Ericsson de Colombia S. A., antes Compañía Ericsson Limitada, entre el primero (1º) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y el treinta (30) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

"5º Al momento de ingreso como trabajador al servicio de la Compañía Ericsson Limitada, el señor Carlos Ernesto Barragán fue sometido al examen médico correspondiente.

"6º La terminación del contrato de trabajo que vinculó a la Sociedad Ericsson de Colombia S. A., antes Compañía Ericsson Limitada, con el señor Carlos Ernesto Ba-

rragán se produjo por despido ilegal y sin justa causa.

"7º En la sociedad demandada existe un sindicato de primer grado y de base denominado "Sindicato de Trabajadores de la Compañía Ericsson Limitada".

"8º Al momento de producirse el despido del señor Carlos Ernesto Barragán estaba afiliado al sindicato de trabajadores existente en la sociedad demandada.

"9º Para efectos de despedir al señor Carlos Ernesto Barragán la sociedad violó los trámites convencionales y reglamentarios vigentes.

"10º El último cargo desempeñado por el señor Carlos Ernesto Barragán al servicio de la sociedad demandada fue el de "Técnico de Mantenimiento".

"11º El salario devengado por el señor Carlos Ernesto Barragán al servicio de la sociedad demandada en el momento de producirse el despido era la cantidad mensual de dos mil sesenta pesos ($ 2.060.00) mone corriente y legal colombiana.

"12º La sociedad Ericsson de Colombia S. A., antes Compañía Ericsson Limitada, se ha negado a reintegrar al señor Carlos Ernesto Barragán al cargo y con la remuneración que tenía el treinta (30) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

"13º El señor Carlos Ernesto Barragán solicitó de la sociedad demandada la práctica del examen médico de retiro.

"14º La sociedad Ericsson de Colombia S. A., antes Compañía Ericsson Limitada, se ha negado ilegalmente a practicar el examen médico correspondiente al señor Carlos Ernesto Barragán.

"15º La sociedad Ericsson de Colombia S. A., antes Compañía Ericsson Limitada, se ha negado a reconocer y pagar en subsidio del reintegro, a favor del señor Carlos Ernesto Barragán, las cantidades de que trata esta demanda.

"16º Durante todo el tiempo en que el señor Carlos Ernesto Barragán prestó sus servicios personales como trabajador de la sociedad demandada, observó siempre una conducta ejemplar y fue fiel cumplidor de sus obligaciones de empleado".

El apoderado de la sociedad contestó la demanda así:

"A los hechos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto: son ciertos:

"Al hecho sexto: No es cierto y explico: La terminación del contrato de trabajo por justa causa, "en aplicación del artículo 7º, numeral 6º del Decreto 2351 de 1965, que se refiere a los artículos 56 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, y concretamente en uso del numeral 1º del artículo 56 y del numeral 4º del artículo 60 del código citado", según se expresó en la carta de fecha 29 de abril de 1969, recibida por el demandante y a la cual hace referencia en la demanda, en su aparte de pruebas, D) Documentos, número 1. En ningún caso el retiro fue ilegal y sin justa causa, porque previamente y en repetidas ocasiones se le había dado cumplimiento al artículo 10 del Decreto 2351 de 1965 para que diera explicaciones sobre sus repetidas faltas, especialmente, por no acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartieron el patrono y sus representantes, según el orden jerárquico establecido, y por faltar al trabajo en muchos casos sin justa causa de impedimento y sin permiso de la empresa.

"Al hecho séptimo: Es cierto.

"Al hecho octavo: Me atengo a lo que resulte probado.

"Al hecho noveno: No es cierto. La empresa en toda actuación dio cumplimiento tanto a las normas del reglamento de trabajo, como a los trámites convencionales.

"Al hecho décimo: Es cierto.

"Al hecho undécimo: Es cierto.

"Al hecho duodécimo: La empresa no puede reintegrar al señor Barragán, por cuanto su retiro se produjo por justa causa, como quedó consignado en la explicación del hecho sexto de esta contestación y por consiguiente no está obligada.

"A los hechos décimo-tercero y décimo-cuarto: No es cierto y explico: El demandante señor Barragán solamente solicitó que se le practicara el examen médico, mediante carta de fecha 30 de junio de 1969, esto es, dos meses exactamente cumplidos después de su retiro. La carta en mención, también se relaciona en las pruebas de la demanda. D) Documentos, número 2. En atención a la solicitud la compañía tuvo y tiene lista la órden para que el señor Barragán se presentara a donde el médico oportunamente: pero el señor Barragán no volvió a las oficinas de la empresa para recibirla ni expresó a dónde debía de en-

viársele. La órden estuvo lista desde el 4 de julio pasado y la adjunto a la presente contestación, al mismo tiempo que le solicitó al señor juez, que le sea entregada directamente al interesado o a su apoderado. Por consiguiente, no es cierto, que la compañía se haya negado ilegalmente a practicar el examen médico. Al contrario, al no volver el señor Barragán o reclamar la órden, está eludiendo, dificultando o dilatando la práctica del examen médico.

"Al hecho decimoquinto: La compañía, como se ha dejado expresado no está obligada a pagar al señor Barragán ninguna cantidad de dinero.

"Al hecho decimosexto: Los motivos legales para su retiro por justa causa, expresados en el hecho sexto de esta contestación, indican lo contrario, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones. Y en cuanto a otros aspectos existen una acta suscrita por el señor Barragán, con fecha 16 de febrero de 1961, que me permitiré agregar a esta contestación.

Derecho y peticiones

"Niego los fundamentos de derecho y me opongo a todas las pretensiones de la demanda que contesto. Excepciono inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo verdaderamente causado y las demás que resulten probadas en el proceso".

El Juez Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de 28 de febrero de 1974, condenó a la demandada al reintegro solicitado, al pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta el reintegro, y a las costas de la instancia, declaró que para efecto de las prestaciones sociales, no había habido solución de continuidad entre la fecha del despido y la del reintegro, y absolvió de las peticiones subsidiarias. El apoderado de la demandada apeló de la providencia del a quo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 15 de mayo de 1975, revocó la providencia apelada, absolvió a Ericsson de Colombia S. A. de todas las peticiones contenidas en la demanda, condenó a la parte actora en las costas de primera instancia y no hizo condenación por las de segunda. El apoderado del trabajador interpuso contra dicha sentencia, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Con apoyo en la primera causal de casación laboral se formulan dos cargos que se estudiarán junto con el escrito del opositor.

Alcance de la impugnación

Fue expresado de la siguiente manera:

"Con la presente demanda de Casación me propongo obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Laboral—, CASE TOTALMENTE la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, —Sala Laboral—, de fecha 15 de mayo de 1975 en cuanto por ella revocó en todas sus partes la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 28 de febrero de 1975, absolvió a la sociedad demandada de todas las peticiones de la demanda y condenó en costas de la primera instancia a la parte actora, y que, procediendo como Tribunal de instancia CONFIRME la ya citada sentencia de primera instancia en cuanto por sus ordinales 1º, 2º, 3º y 4º se condena a la sociedad Ericsson de Colombia S. A. a reintegrar a Carlos Ernesto Barragán al cargo de técnico de mantenimiento de conmutadores telefónicos de la misma empresa en las mismas condiciones de trabajo y remuneración que el cargo hubiere tenido o llegare a tener al momento del reintegro, se condena a pagarle al demandante el valor de los salarios dejados de percibir desde el 1º de mayo de 1969 inclusive y hasta cuando se produzca el reintegro, se declara que para todos los efectos de prestaciones sociales no ha habido solución de continuidad entre la fecha del despido y la del reintegro del señor Carlos Ernesto Barragán y se condena en costas a la parte demandada. En caso de que se estimare desaconsejable el reintegro en razón de las incompatibilidades creadas con el despido, que, también en sede de instancia y previa la casación del fallo impugnado, se condene subsidiariamente a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de

$ 23.004.45 por concepto de indemnización por despido injusto y una pensión especial vitalicia de jubilación en la cuantía que corresponda, derecho que se hará exigible cuando el demandante cumpla la edad requerida por la ley (60 años), resolviendo sobre costas del juicio lo que es de rigor".

Primer cargo

Está presentado así:

"La sentencia acusada viola indirectamente los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968, 8º de la Ley 171 de 1961 al dejar de aplicarlos siendo el caso de hacerlo y por la no aplicación de los artículos 7º del Decreto 2351 de 1965 (3º de la Ley 48 de 1968) y 36 del Código Procesal del Trabajo y la aplicación indebida de los artículos 448, 605 y 607 del anterior Código Judicial, 465 y 466 del anterior Código de Comercio, 40 de la Ley 28 de 1931, 61 del Código de Procedimiento Laboral, en relación con los artículos 40 de la Ley 153 de 1887, 1228 del anterior Código Judicial, 699 del Código de Procedimiento Civil, 10 de la Ley 124 de 1937, 484 del anterior Código de Comercio, 217, 218, 219 del Decreto 2521 de 1950, 1º de la Ley 141 de 1961, 2079 del Código Civil, 98, 110, 111, 117, 118, 120, 158, 160, 162, 166, 167, 169, 170, 172, 178, 189, 218, 219, 222, 249, 250, 251 del actual Código de Comercio, 22, 23, 65, 58, 60, 260, 67, 68, 69 del Código Sustantivo del Trabajo y 15 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968, artículo 3º), como consecuencia de los siguientes errores de hecho de manifiesto en los autos:

"1. No dar por demostrado, estando probado en los autos, que la Compañía Ericsson Limitada se transformó en anónima con la razón social de Ericsson de Colombia S. A.

"2. No dar por demostrado, estándolo, que la Compañía Ericsson de Colombia S. A. demandada en el juicio, es la misma empresa antes denominada Compañía Ericsson Limitada.

"3. No dar por demostrado, estándolo, que Carlos Ernesto Barragán trabajó al servicio de la Empresa Ericsson de Colombia S. A., antes Compañía Ericsson Ltda., desde el 1º de agosto de 1958 hasta el 30 de abril de 1969, trabajando últimamente como técnico de mantenimiento con un sueldo de $ 2.060.00 mensuales.

"4. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la Compañía Ericsson Limitada y la Compañía Ericsson de Colombia S. A. son personas jurídicas autónomas e independientes la una de la otra.

"5. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la sociedad Compañía Ericsson Limitada continuó funcionando y subsistiendo independientemente después de la constitución de la sociedad Ericsson de Colombia S. A.

Como pruebas mal apreciadas señala el recurrente el certificado de la Cámara de Comercio, de 6 de agosto de 1970, que aparece a folios 122 a 136, y el documento auténtico de 4 de julio de 1960, emanado de la empresa, que aparece a folio 40; y como pruebas dejadas de apreciar indica el impugnador, la confesión del representante legal de la sociedad demandada al contestar la primera pregunta del interrogatorio, y la diligencia de inspección ocular que aparece de folios 159 a 162. Respecto al certificado de la Cámara de Comercio de folios 117 a 121 y a la contestación de la demanda, manifiesta el recurrente que fueron pruebas bien apreciadas, pero que de ellas no se desprende la conclusión a que llegó el sentenciador.

El impugnador considera que se violó en forma flagrante el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo, porque la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva de la demandada sólo puede plantearse como cuestión principal, o sea al iniciarse el juicio, y en el presente caso, la demandada al contestar la demanda aceptó como ciertos los hechos relativos a la transformación de la sociedad y a la mutación de la razón social.

Afirma el acusador que el certificado de la Cámara de Comercio de folios 135 a 136 demuestra que la sociedad Ericsson Limitada fue transformada en Ericsson de Colombia S. A., por lo cual el Tribunal se equivocó claramente al estimar que la demanda fue dirigida contra persona distinta a la obligada a responder por los derechos reclamados.

El acusador insinúa que la falta de cancelación del registro de la sociedad limitada en la Cámara de Comercio, constitu-

ye delito según la norma que califica así el uso de la razón social después de disuelta la sociedad, y comenta que las normas de los Códigos Judiciales y de Comercio, anteriores, no son aplicables al caso.

Finalmente el recurrente dando por demostrado los errores de hecho propuestos, señala la incidencia de ellos en el fallo acusado, y considera que si no se hubiera incurrido en las violaciones anotadas, se habría accedido a lo pedido en el libelo inicial.

El opositor anota que no se indicó en el recurso en qué consistió precisamente la violación, ni la razón o manera en que fueron violados los textos legales citados, advierte que los errores de hecho no sólo no fueron evidentes, sino que no ocurrieron, recuerda que cuando una prueba puede apreciarse de distintas maneras, la apreciación del juzgador no resulta indebida porque no coincida con la del recurrente, considera que la impugnación no ha debido alegar errores de hecho sino de derecho, y destaca la aceptación del recurrente sobre el 1º de julio de 1969 como fecha de constitución de la sociedad Ericsson de Colombia, S. A.

El opositor al referirse al primer cargo, puntualiza los hechos de acuerdo con las fechas en que ocurrieron, para deducir que en el momento de la demanda existía la Compañía Ericsson Limitada, por lo cual podía demandársele, que el demandante nunca trabajó para Ericsson de Colombia S. A., ni pudo hacerlo porque tal sociedad nació después de que Barragán dejó de ser trabajador de Compañía Ericsson Limitada, y que no hubo transformación sino que ambas sociedades coexistieron; analiza cada una de las acusaciones para concluir que ellas no tienen fundamento en el estudio de los certificados de la Cámara de Comercio, y dedica especial capítulo a la ilegitimidad de la personería sustantiva, para advertir que no se trata de la discusión sobre existencia y personería de la demandada, sino sobre la existencia de obligaciones laborales a cargo de ella.

Se considera

Los tres conceptos de la violación de la ley según el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, son infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. La violación indirecta no es un concepto de la violación, sino una modalidad de la aplicación indebida, que puede ser directa o indirecta. La falta de aplicación de la ley no es por sí misma un concepto de violación en materia de casación laboral, porque esa falta puede ocurrir por infracción directa, ya que el juzgador por ignorar la norma o por rebelarse contra ella deja de aplicarla, o bien puede consistir en una aplicación indebida de la ley cuando por errores en la apreciación fáctica se aplican normas que corresponden a situación distinta a la real y se dejan de aplicar las que corresponden a la verdadera situación de hecho.

El recurrente dice que fueron violados indirectamente por falta de aplicación los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968, 8º de la Ley 171 de 1961, 7º del Decreto 2351 de 1965 y 36 del Código de Procedimiento del Trabajo, pues de los restantes afirma aplicación indebida. Aunque respecto a los artículos citados no se indicó el concepto de la violación, no puede ser otro que el de aplicación indebida, pues todo el ataque se hace a través de errores de hecho, que no caben en conceptos distintos de la aplicación indebida. Es verdad como lo anota el opositor que el planteamiento de la acusación es deficiente, pero ello impide que se considere el cargo, porque hay bases para deducir el concepto de la violación.

El sentenciador se expresó así:

"En el caso sub judice, se halla demostrado que en la época en que se terminó el contrato de trabajo con el demandante, existía la sociedad denominada "Compañía Ericsson Limitada", y fue precisamente el gerente de esta sociedad quien dio por terminado el contrato de trabajo, según consta en la carta dirigida al actor de fecha 29 de abril de 1969 (fl. 9). En el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá de fecha 6 de agosto de 1970 (fls. 122 a 136), no consta que esta sociedad se hubiera transformado en anónima, como se afirma en el libelo de demanda, y antes por el contrario, con él se demuestra que aún

después de haber transcurrido más de un (1) año de haberse terminado el contrato de trabajo con el demandante, aún subsistía tal sociedad. Pero además, con el certificado de la Cámara de Comercio que obra a los folios 117 a 121 de los autos, se demuestra que la sociedad demandada, o sea, "Ericsson de Colombia S. A.", sólo fue fundada el primero de julio de 1969, es decir, dos meses después de haberse terminado el contrato de trabajo con el demandante, y aún más, sólo se le concedió permiso definitivo de funcionamiento mediante Resolución número 03808 de fecha 11 de agosto de 1969 emanada de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, según consta en el mismo certificado. Ahora bien, como ambos certificados fueron expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá con fecha 6 de agosto de 1970, ello demuestra que aún después de más de un año de haberse terminado el contrato de trabajo, las dos sociedades funcionaban independientemente, la una de la otra".

De lo anterior concluyó el ad quem que la demanda fue instaurada en contra de una sociedad distinta de la llamada a responder, por lo cual debía absolverse a la entidad demandada.

El recurrente sostiene que el certificado de la Cámara de Comercio de folios 122 a 136 fue mal apreciado en cuanto de él no se dedujo la transformación de la sociedad limitada en anónima, pues en tal certificado se dice que los socios de la limitada fueron autorizados para ceder su interés social a la sociedad anónima que se forme, y porque esos dos socios cedieron ese interés social a la anónima.

El certificado que se dice mal apreciado da cuenta de que por Escritura número 3.598 de 27 de junio de 1969 se elevó a escritura pública el Acta número 26 de la Junta General de Socios de la Compañía Ericsson Limitada, de fecha 23 de junio de 1969, según la cual se aprobó el acuerdo en que se autorizó a ambos socios para ceder el interés social a una nueva sociedad que se constituya como anónima y que adopte en la denominación la expresión Ericsson, se declaró disuelta la Compañía Ericsson Limitada a partir del 30 de junio de 1969 y se hicieron responsables los dos únicos socios solidaria e ilimitadamente de todas las operaciones realizadas por la sociedad desde el 9 de septiembre de 1958 hasta la liquidación total, y se declaró que la liquidación se haría por los socios o por quien adquiriera todas las cuotas del interés social. En el mismo certificado se da cuenta de que por Escritura número 4.800 de 28 de agosto de 1969 se declaró el aporte del interés de las dos socias de la limitada a la anónima y asumió ésta la liquidación de la primera.

De lo anotado se desprende que el 23 de junio de 1969 se celebró el Acuerdo número 1 de que da cuenta el Acta número 26 protocolizada el 28 de junio de 1969. De tal manera que en esas fechas se autorizó a los socios de la limitada para ceder el interés social, se disolvió la compañía, se declaró la responsabilidad de los socios y se dijo que la liquidación la harían los socios o la persona que adquiriera todas las cuotas del interés social. Por otra parte, el 28 de agosto de 1969 se declara que los socios de la limitada ceden su interés social a la anónima y ésta se constituye en liquidadora de la anterior.

No resulta como lo pretende el recurrente que haya ocurrido una transformación de sociedad limitada en sociedad anónima, porque ésta se fundó el 1º de julio de 1969, como lo dice el sentenciador y lo admite el recurrente, sino que el aporte del interés de los socios en la limitada se hizo el 29 de agosto del mismo año. Por ello no es equivocado como lo entendió el ad quem, que hasta el 29 de agosto de 1969 la limitada en liquidación estaba representada por los dos socios que respondían de todas las operaciones de aquélla, y que solamente desde esa fecha la anónima adquirió los intereses en la limitada.

No aparece evidentemente errónea la apreciación del certificado de la Cámara de Comercio que obra de folios 122 a 136.

El recurrente afirma que el documento del folio 40 fue mal apreciado porque de él no se dedujo la transformación de la sociedad limitada en anónima. Pero es claro que el rótulo de la correspondencia, así implicara una confesión, no serviría para demostrar que la Compañía Ericsson Limitada se convirtió en Ericsson de Colombia S. A., porque para la época de la presentación de la prueba estaban vigentes los artículos 465 y 468 del antiguo Código de Comercio, que exigían para toda reforma de

la sociedad escritura pública y no permitían prueba distinta a la que de ella emanara. Luego no fue mal apreciado el documento del folio 48.

El acusador presenta como prueba dejada de apreciar la respuesta a la primera de las preguntas del interrogatorio formulado al representante de la demandada, cuando admite como cierto el que la Compañía Ericsson Limitada cambió su razón social por la de Ericsson de Colombia S. A. Sobre este punto es necesario advertir que la confesión no sirve de prueba según las normas citadas, para demostrar la modificación de la sociedad, por lo cual aunque la prueba hubiera sido apreciada, no se habría podido llegar a la conclusión que presenta el atacante.

Dice el recurrente que la prueba de inspección ocular que aparece de folios 159 a 162 no fue apreciada. En dicha inspección se encontraron documentos por los cuales se establecen los hechos relativos al ingreso al trabajo, tiempo servido, terminación del contrato, cargo desempeñado, salario devengado, examen médico de ingreso, solicitud sobre examen de retiro, cotizaciones al Sindicato de la Empresa Ericsson Limitada, procedimiento para terminación y faltas cometidas. Pero los hechos de que se encontró constancia en la inspección son todos anteriores al 1º de julio de 1969, día en que se fundó la sociedad demandada, por lo cual no se pueden referir a la transformación alegada en el cargo, fuera de que la prueba de esa modificación social es solemne y no cabe la de inspección.

Además, el sentenciador consideró que en el momento de la demanda la sociedad Ericsson de Colombia S. A. no era la obligada, sin que pueda deducirse de las pruebas señaladas por el recurrente, que esa apreciación sea equivocada, ya que se demostró el servicio a la Compañía Ericsson Limitada, se probó que el trabajador fue despedido el 29 de abril de 1969, antes de que existiera la demandada que se creó el 1º de julio del mismo año, y la demanda presentada el 23 de julio de 1969, admitida el 29 de julio, notificada el 31 de julio y contestada el 8 de agosto de 1969, fue dirigida contra persona que en esa época no había adquirido el interés social de los dos socios de la limitada, quienes eran los responsables de las operaciones de ésta. Por lo tanto no se cometieron los errores de hecho señalados en el cargo.

Por lo que hace a la violación del artículo 36 del Código de Procedimiento del Trabajo, en que tanto insiste el impugnador, es conveniente advertir que en el presente caso no se ha discutido ni la existencia ni la representación de la sociedad demandada, sino que se ha encontrado que ella no era en el momento de la demanda la persona obligada a responder por los derechos reclamados en el juicio. La existencia y representación de Ericsson de Colombia S. A. no se han discutido y la propia sentencia las reconoce cuando absuelve a esa entidad.

La existencia simultánea de las dos entidades se muestra con claridad, según el argumento del opositor, cuando con posterioridad a la demanda, la anónima adquiere las cuotas de interés social y por ello se hace liquidadora de la limitada, que si desde antes hubiera sido la misma, no se habría podido convertir en liquidadora de sí misma.

Por lo anotado, no prospera el primer ataque.

Segundo cargo

Está presentado así:

"La sentencia acusada viola indirectamente los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968 y 8º de la Ley 171 de 1961 al dejar de aplicarlos siendo del caso hacerlo y por la no aplicación del artículo 36 del Código Procesal del Trabajo en relación con los artículos 22, 23, 55, 58, 60, 67, 68, 69 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 7º y 15 del Decreto 2351 de 1965, como consecuencia de los siguientes errores de hecho de manifiesto en los autos:

"1. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la sociedad Compañía Ericsson Limitada y la sociedad Ericsson de Colombia S. A., son personas jurídicas independientes la una de la otra.

"2. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la Compañía Ericsson Limitada continúa funcionando y subsistiendo independiente después de la constitución de la sociedad Ericsson de Colombia S. A.

"3. No dar por demostrado, estándolo,

que Carlos Ernesto Barragán trabajó al servicio de la empresa Ericsson de Colombia S. A. antes Compañía Ericsson Limitada, desde el 1º de agosto de 1958 hasta el 30 de abril de 1969, trabajando últimamente como técnico de mantenimiento de conmutadores con un sueldo de $ 2.060.00 mensuales.

"4. No dar por demostrado, estándolo, que la Compañía Ericsson Limitada se transformó en anónima con la razón social de Ericsson de Colombia S. A.".

El recurrente hace derivar los errores de hecho de la apreciación indebida o equivocada de los documentos de folios 117 a 136 y de la confesión contenida en la contestación de la demanda. El impugnador transcribe algunos párrafos de la sentencia acusada, alega que ni en la contestación de la demanda ni en la primera audiencia de trámite se planteó como cuestión principal la cuestión de la existencia y personería sustantiva de la demanda, por lo cual es violatorio del artículo 36 del Código de Procedimiento del Trabajo, estimar esa cuestión planteada en la cuarta audiencia como una nulidad, reproduce algunas jurisprudencias sobre la personería sustantiva, explica la incidencia de la violación en las peticiones de la demanda y termina con la solicitud de que se proceda como indica en el alcance de la impugnación.

El opositor manifiesta que el sentenciador no se ocupó sino de la personería sustantiva de la parte demandada, pero que si hubiera existido la transformación alegada por el recurrente, también se habría impuesto la absolución de la entidad demandada, porque el despido fue plenamente justificado como pasa a demostrarlo a través del estudio de cada una de las pruebas aportadas sobre la materia.

Se considera

Este segundo cargo es una repetición del primero, pues los errores de hecho que plantea en esta acusación son exactamente los mismos que señaló en el primer ataque, así: el 1º de éste es el 3º de aquél, el 2º de éste es el 4º de aquél, el 3º de éste es el 3º de aquél y el 4º de éste es el 1º de aquél. Los fundamentos de la acusación ya fueron aducidos en el primer cargo, pues se reducen a que hubo transformación de la sociedad y a que se decidió una cuestión de personería sustantiva que no fue planteada como cuestión principal.

Ya se vio cómo los certificados de la Cámara de Comercio no muestran la transformación que alega el recurrente, por lo cual no puede haber error de hecho sobre esta materia, pues él no se configuraría sino cuando del documento resulta evidente, de bulto, absolutamente clara la cuestión fáctica que alega el recurrente, y en el presente caso no aparece la transformación invocada en la manera que exige la ley.

Por otra parte, una cosa es la personería sustantiva de la parte demandada cuando se refiere a la existencia misma de la persona, caso en el cual la discusión debe plantearse como presupuesto procesal, ya que si no hay persona no pueden declararse obligaciones a cargo suyo ni absolver de lo pedido; y otra cosa es que se encuentre la existencia de la persona demandada pero se establezca que dicha persona no es la obligada, bien porque lo sea otra no demandada o porque la perseguida no responde de las obligaciones reclamadas, pues entonces no es cuestión de presupuesto procesal sino del fondo mismo del negocio, ya que el fallador no puede acceder a lo pedido por el demandante si encuentra que la persona de quien se reclama no está obligada. Por ello las jurisprudencias que cita el recurrente, en este cargo, se refiere a la personería sustantiva cuando se plantea como presupuesto procesal, para decir que debe discutirse previamente y que constituye nulidad.

El fenómeno que encontró el Tribunal no fue el de la nulidad que se alegó en la cuarta audiencia, sino simplemente el de que la sociedad demandada no era en el momento de trabarse la litis, desde la presentación de la demanda hasta la contestación, la persona obligada a responder por los derechos reclamados en el proceso, lo cual hacía que debiera absolvérsele.

Por lo anterior, tampoco 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 quince de mayo

de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Carlos E. Barragán contra Ericsson de Colombia S. A.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavidez Patrón, José Gregorio Díaz-Granados, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

Según el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 se agota la vía gubernativa cuando la providencia no es susceptible de recurso o éste ya ha sido resuelto, o cuando por el silencio administrativo se entiende agotada la vía gubernativa al no decidirse la solicitud o recurso dentro del término de un mes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., enero veintiséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Radicación Nº 5236. Acta Nº 1.

Romilio Sinisterra, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 2'608.183 expedida en Palmira, demandó por medio de apoderado, a la Empresa Puertos de Colombia para que se declarase que entre el actor y la demandada existió un contrato de trabajo desde el 20 de junio de 1958, que fue terminado en forma unilateral e ilegal por la empresa el 17 de octubre de 1964, que es nula dicha ruptura, por lo cual la demandada debe pagar el valor de todos los salarios a partir de los 90 días de la terminación y hasta que se haga el pago de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones adeudados: y en subsidio, para que se condene a dicha entidad a pagar al demandante cesantía, pensión de invalidez, subsidio familiar correspondiente a dos hijos, salarios por el tiempo de la incapacidad hasta 180 días, indemnización por despido injustificado, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Los hechos presentados en apoyo de la demanda fueron:

"1º El señor Romilio Sinisterra prestó sus servicios a "Puertos de Colombia", mediante contrato de trabajo, que se inició el 20 de junio de 1958 y que fue terminado por la empresa demandada el 17 de octubre de 1964.

"2º El trabajador sufrió un accidente de trabajo el día 23 de abril de 1964, cuando viajaba en un vehículo de la empresa.

"3º El trabajador fue despedido en forma injusta e ilegal el día 17 de abril de 1964, cuando aún se encontraba en incapacidad por el accidente de trabajo sufrido.

"4º A la terminación del contrato la empresa demandada no pagó al trabajador la cesantía por el tiempo en que había prestado sus servicios, no reconoció indemnización por el accidente, ni invalidez.

"5º La Empresa Puertos de Colombia entró a reconocer una pensión de invalidez a partir de noviembre de 1967, pero no pagó al trabajador la cesantía, que era compatible en ese momento. La indemnización fue reconocida y pagada con un porcentaje, inferior al legal.

"6º Al no haber pagado los salarios y prestaciones, ni indemnizaciones al trabajador, dentro de los 90 días siguientes a la terminación del contrato, de conformidad con el artículo 40 de las Convenciones Colectivas pactadas entre el Sindicato y la Empresa, el contrato de trabajo recobraba su plena vigencia en los términos de la ley, teniendo el trabajador derecho al reintegro, o al menos al pago de los salarios dejados de percibir.

"7º La Convención Colectiva, también aumentó la pensión de jubilación en el 75% al 80%.

"8º Al trabajador no se le pagó el subsidio familiar de dos hijos, durante el tiempo en que estuvo incapacitado por el accidente.

"9º Al trabajador no se le pagó la totalidad de los 180 días a que tenía derecho por la incapacidad debido al accidente de trabajo.

"10. El trabajador al haber sido despedido en forma injusta e ilegal, tiene derecho a que se le indemnice el lucro cesante y el daño emergente fijado en la ley o la Convención Colectiva.

"11. El trabajador tenía un salario mayor de $ 2.000.00, y en abril de 1971 el 75% del salario correspondía al trabajador era de $ 1.895.45, con el cual se le está pagando la pensión.

"12. El trabajador presentó oportunamente las reclamaciones, y la "Empresa Puertos de Colombia se la negó con fecha 5 de octubre de 1971, manifestando que en esta forma quedaba agotada la vía gubernativa".

La parte demandada se opuso a todas las peticiones del libelo, propuso excepciones de prescripción, pago, compensación e inexistencia de la obligación y contestó los hechos así:

"Al 1º Es cierto que el señor Romilio Sinisterra prestó sus servicios a "Puertos de Colombia", en el Terminal Marítimo de Buenaventura, mediante contrato de trabajo. En cuanto hace relación a la fecha de ingreso a la Empresa, señalada en este hecho no me consta, me atengo a la prueba. Es cierto que "Puertos de Colombia", dio por terminado el contrato de trabajo del señor Romilio Sinisterra, a partir del 17 de octubre de 1964, mediante Resolución número 2435 de octubre 21 de 1964, por haber completado ciento ochenta días de incapacidad, que lo imposibilitaba para continuar laborando.

"Al 2º El señor Romilio Sinisterra sufrió un accidente consistente en un enfrentamiento con agente del Resguardo Nacional de Aduanas, que en principio no fue calificado como de trabajo. En abril 27 de 1966 el Ministerio de Trabajo en concepto número 004731 estimó al examinar el caso que se trataba de un accidente de trabajo dada las especiales características presentadas por ocupar el trabajador un bus de la empresa, cuando se presentó el incidente con los Agentes del Resguardo Nacional de Aduanas, concepto que suscribe la doctora Julieta Mora Amaya de Salcedo, Jefe de la División de Asuntos Individuales, en esa época. Por arreglo verbal con el Sindicato, Puertos de Colombia aceptó este concepto únicamente para efectos de indemnización, por la pérdida de capacidad laboral que resultare, pero no para efectos del retiro.

"Al 3º No es cierto.

"Al 4º No es cierto, y aclaro:

"A. En lo que hace relación a la indemnización por pérdida de incapacidad laboral, que como quedó explicado en el hecho 2º se consideró como accidente de trabajo para estos efectos por arreglo verbal con el Sindicato y en base al concepto del Ministerio de Trabajo, Puertos de Colombia en base al dictamen médico suscrito por el doctor Gonzalo Vidal, Médico Laboral de la Oficina Regional del Trabajo, en la ciudad de Cali, que calificó la pérdida de capacidad laboral por haberlo acordado las partes en Acta de Conciliación suscrita ante la Inspección Nacional de Trabajo y Seguridad Social en un 65%, dictó la Resolución número 6090 de fecha octubre 28 de 1966, en la cual, se reconoció en favor del demandante Romillo Sinisterra, la suma de $ 18.450.32 equivalente a catorce meses de salario y al tenor de lo señalado en el artículo 209 del Código Sustantivo del Trabajo. La anterior Resolución, fue confirmada, por las Oficinas Principales de Bogotá, en Resolución número 4619 de fecha noviembre 7 de 1966, emanada de la División de Relaciones Industriales. Este valor fue recibido por el ex-trabajador demandante.

"B. En lo que corresponde a la petición de cesantía, prestación que está a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, por ser el ex-trabajador afiliado forzoso a esa Entidad, no la reconoció por cuanto esa Entidad le otorgó una pensión mensual de invalidez por valor de $ 1.421.59 según Resolución número 7332-67, prestación que no era compatible para ese entonces con el auxilio de cesantía.

Las afirmaciones contenidas en este hecho, carecen de fundamento.

"Al 5º Contiene dos afirmaciones que respondo así:

"A. Como quedó explicado, la Caja Nacional de Previsión Social negó el auxilio de cesantía, por haber reconocido una pensión de invalidez, siendo incompatible para la fecha de retiro la pensión de invali-

dez con el auxilio de cesantía. No me consta si el demandante al momento de serle notificada la decisión a que llegó la Caja Nacional de Previsión, en la Resolución número 6332-67 interpuso algún recurso por no estar conforme con ella.

"B. La indemnización por pérdida de capacidad laboral como también quedó explicado, fue pagada en base al porcentaje fijado por el Médico Laboral de la Oficina Regional del Trabajo en la ciudad de Cali, de acuerdo con el Acta de Conciliación firmada ante la Inspección Nacional del Trabajo de Buenaventura, por las partes, dictamen que fue notificado en debida forma por esa oficina y que por no haberse interpuesto ningún recurso contra él, quedó ejecutoriado y por consiguiente de obligatorio cumplimiento que además hace tránsito a cosa juzgada.

"Al 6º No es propiamente un hecho, sino un pedimento de derecho que además carece de fundamento por las razones ya expuestas.

"Al 7º Este hecho está redactado en forma defectuosa, pues no explica a qué Convención Colectiva de Trabajo se refiere. En el Terminal Marítimo de Buenaventura, se han firmado varias Convenciones Colectivas de Trabajo, y el monto de la jubilación en un 60% del promedio del salario devengado por el beneficiario, fue establecido en el año de 1967, que no cobija al demandante por cuanto para esa fecha no era trabajador de la empresa, ni tampoco sujeto de derechos.

"Al 8º No es cierto y aclaro: Puertos de Colombia pagó al demandante, todos los salarios, prestaciones y obligaciones en general y en la actualidad no adeuda suma alguna de dinero por estos conceptos.

"Al 9º No es cierto. Que se pruebe.

"Al 10. Tampoco es un hecho, sino un pedimento de derecho que debe estar relacionado en otro capítulo. Además, carece de fundamento.

"Al 11. No me consta, me atengo a la prueba.

"Al 12. No es cierto y aclaro: Una vez expedida la Resolución número 2436 de octubre 21 de 1964, el trabajador demandante Romilio Sinisterra, reclamó ante la Gerencia del Terminal Marítimo de Buenaventura, siete días del período de los ciento ochenta días de incapacidad que según él no le fueron pagados. Posteriormente el sindicato en Oficio número 134-2785 de noviembre 27 de 1964, reclamó sobre la resolución que daba por terminado el contrato. Comunicación que fue respondida por Oficio número 16324 de fecha diciembre 14 de 1964, por el Jefe de Relaciones Laborales. Con fecha noviembre 4 de 1964, el sindicato reiteró su reclamo ante el Director de Relaciones Industriales. En escrito presentado en marzo 15 de 1967 el señor Romilio Sinisterra, presentó reclamación directamente ante el Gerente del Terminal Marítimo de Buenaventura, por los mismos conceptos a que hace relación la demanda. En abril 20 de 1968, Romilio Sinisterra, presentó nueva reclamación, la que reiteró en escrito presentado en octubre 18 de 1968.

"Con fecha noviembre 4 de 1968, en Oficio número 81452 de la Jefatura de Personal, del Terminal Marítimo de Buenaventura, se le volvió a responder al reclamante que la empresa resolvía negativamente sus peticiones. Por último, el día 10 de junio de 1969, el demandante presentó nuevo escrito repitiendo la misma petición.

"Como se puede observar entonces, la vía gubernativa quedó agotada desde el año de 1964, con la nota de respuesta del señor Reinaldo Duque, Jefe de Relaciones Laborales del Terminal Marítimo de Buenaventura al sindicato de trabajadores, o podría pensarse, en gracia de discusión que pudo haber quedado agotada la vía gubernativa un mes después del escrito presentado en marzo 15 de 1967 por el señor Romilio Sinisterra, sobre la tesis del silencio administrativo".

El Juez Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de 25 de noviembre de 1974, condenó a la Empresa Puertos de Colombia a pagar a Romilio Sinisterra $ 11.968.12 por cesantía, $ 6.877.76 como salarios por incapacidad, $ 3.664.54 como indemnización por despido, $ 63.18 diarios desde el 5 de febrero de 1965 hasta cuando se verifique el pago de las obligaciones impuestas en la sentencia, como indemnización por mora, y el 70% de las costas de la instancia; declaró no probada la excepción propuesta y absolvió de las demás súplicas de la demanda. El apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo del a quo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 27 de mayo de 1975, revocó el fallo apelado, absolvió a la Empresa Puertos de Colombia de las peticiones sobre pensión de invalidez y su reajuste, declaró probada la excepción de prescripción respecto a las demás peticiones de la demanda, e impuso al demandante las costas de ambas instancias. El apoderado del trabajador interpuso contra la providencia del ad quem, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Con invocación de la primera causal de casación laboral, se formula un cargo que se estudiará junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el recurrente:

"Al aceptarse el ataque hecho en este cargo contra la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, esa Honorable Corte Suprema debe infirmar la sentencia acusada de fecha 27 de mayo de 1975 que revocó la de primera instancia y ya como Tribunal de Conocimiento confirmar en todas sus partes el fallo proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá de 25 de noviembre de 1974, y condenar en costas de segunda instancia a la empresa demandada".

El cargo

Fue enunciado así:

"La sentencia impugnada viola directamente el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 y el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral por interpretación errónea, en concordancia con los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 102 y 103 del Decreto 1848 de 1969; violando también consecuencialmente los artículos 1º, 8º, 11 y 17 de la Ley 6ª de 1945, los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 16, 20, 43, 47, 48, 49, 50 y 51 del Decreto 2127 de 1945, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, y los artículos 40, 216 y 220 literal a) de la Convención Colectiva vigente a la terminación del contrato".

El recurrente transcribe algunos párrafos de la sentencia acusada, afirma que la interpretación errónea se produjo porque el sentenciador consideró que en forma indiscutible y matemática debe contarse el agotamiento de la vía gubernativa un mes después de la presentación de la reclamación; advierte que el artículo 103 del Decreto 1848 de 1969 prohibe el ejercicio de las acciones judiciales sin que se haya agotado el procedimiento administrativo general que señalan las leyes vigentes; deduce que no puede entrar a operar la prescripción sino cuando se haya agotado la vía gubernativa y se pueda iniciar la acción judicial; estima que el silencio administrativo se creó en beneficio de los ciudadanos que invocan el derecho de petición y no en contra de ellos; manifiesta que el ciudadano puede escoger entre dar por agotada la vía gubernativa cuando transcurre el mes después de la petición, o esperar que la administración se pronuncie sobre el particular; deduce que en el primer caso el agotamiento se produce al transcurrir el mes y en el segundo solamente cuando se dicta la providencia correspondiente y no existen recursos contra ella; reproduce apartes de una sentencia del Consejo de Estado; distingue de nuevo el caso del ciudadano que después de un mes acude a la vía jurisdiccional del que espera la decisión administrativa; explica la violación de las otras normas citadas en el cargo como consagratorias de los derechos desconocidos por la declaración de prescripción; y resume el ataque en el sentido de "que por haberse interpretado erróneamente el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral en concordancia con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 102 y 103 del Decreto 1848 de 1969, se declaró una prescripción que no había operado y en consecuencia extinguido los derechos que reclamaba el trabajador por cesantía, salarios insolutos por incapacidad, indemnización por el despido (lucro cesante), y consecuencialmente no se aplicó la indemnización moratoria por el no pago de esas acreencias laborales".

El opositor observa que se agrupan dos conceptos incompatibles entre sí como son

la infracción directa y la interpretación errónea, que se acusan normas del Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones aplicables únicamente a empleados públicos y trabajadores oficiales como son los de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año.

El opositor rechaza la tesis del impugnador y transcribe reciente sentencia del Consejo de Estado en sentido contrario al expuesto por el recurrente.

Se considera

El atacante no acusa por infracción directa y por interpretación errónea, sino que considera éste como violación directa, en lo cual tiene razón, porque el concepto de infracción directa es distinto al de interpretación errónea, pero en ambos casos la violación es por la vía directa.

Las normas del Código Sustantivo del Trabajo citadas por el impugnador no hacen parte del derecho individual, que es el no aplicable a los trabajadores oficiales, sino de las disposiciones finales que sí les son aplicables como también las de las leyes especiales.

Los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 y 103 del Decreto 1848 de 1969 determinan la prescripción laboral en tres años contados a partir del momento en que el derecho se haya hecho exigible, y señalan que el simple reclamo escrito recibido por el patrono o la entidad, interrumpe la prescripción por una sola vez.

El artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral no permite iniciar las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma o una entidad de derecho social, sino cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente.

Según el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 se agota la vía gubernativa cuando la providencia no es susceptible de recurso o éste ya ha sido resuelto, o cuando por el silencio administrativo se entiende agotada la vía gubernativa al no decidirse la solicitud o recurso dentro del término de un mes.

En que no se puedan ejercitar judicialmente las acciones laborales cuando no se haya agotado la vía gubernativa, ha hecho concluir que mientras no se puedan ejercitar esas acciones no puede correr la prescripción, lo cual solamente puede entenderse de la que se cuenta después del simple reclamo, o sea, que nacido el derecho la prescripción corre hasta por tres años y es interrumpida por el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono o por la entidad correspondiente, pero después de tal interrupción solamente puede empezarse a contar de nuevo la prescripción por otro lapso de tres años, si no es el caso de agotar la vía gubernativa, como ocurre con los particulares, o cuando tal vía haya sido agotada.

Pero se dice que el silencio administrativo no hace que la prescripción se cuente de nuevo porque es una figura consagrada en favor del ciudadano y no en su contra.

El silencio administrativo permite por hacer entender agotada la vía gubernativa, que se pueda acudir a la rama jurisdiccional para la efectividad de los derechos reclamados administrativamente y no resueltos oportunamente. Luego el silencio administrativo al hacer viable el ejercicio de las acciones judiciales, implica que desde que se cumpla el plazo de tal silencio que hace entender agotada la vía gubernativa, se pueda seguir contando la prescripción extintiva de las acciones, pues estando en capacidad de ejercitarse ellas y no haciéndolo el trabajador, sus derechos se extinguirán por el transcurso del tiempo.

La interpretación del recurrente en el sentido de que solamente se cuenta la prescripción si además del silencio administrativo el reclamante hace uso del derecho de demandar judicialmente sin esperar la decisión administrativa, es completamente errónea, pues no solamente es contraria al texto legal que dice entenderse agotada la vía gubernativa cuando transcurre el mes sin que se resuelva la petición o el recurso, sino que el mismo sentido de que el silencio administrativo permite ejercitar las acciones judiciales, hace que no sea necesario ese ejercicio sino la posibilidad de hacerlo. Además, la tesis del recurrente es contradictoria, porque no permite contar la prescripción sino desde el momento en que por el ejercicio de la acción judicial se ha interrumpido.

La correcta interpretación del artículo

18 del Decreto 2733 de 1959 en relación con las normas sobre prescripción y sobre agotamiento de la vía gubernativa, es la de que interrumpida la prescripción por la reclamación administrativa, vuelve a contarse nuevamente la prescripción, cuando por el silencio administrativo se entiende agotada la vía gubernativa, o sea, cuando transcurren un mes sin que se resuelva la solicitud presentada o el recurso interpuesto.

Como el sentenciador entendió las normas señaladas en el cargo en la forma indicada, que es la correcta, no se incurrió en la interpretación errónea de que trata la acusación.

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Romilio Sinisterra contra la Empresa Puertos de Colombia.

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.



BUENA FE PATRONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., enero veintiocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Acta Nº 2.

Miguel Echeverri, mediante apoderado, instauró demanda ordinaria laboral contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA—, con el fin de que fuese condenada a cubrirle: "Auxilio de cesantía, vacaciones del último año de servicios, prima de servicios del 2º semestre de 1971, sueldos de la última semana de trabajo (1º al 8 de diciembre de 1971), salarios caídos por retención indebida del saldo de las prestaciones y salarios, costas y los demás derechos que resulten demostrados en el juicio".

Fundó esta pretensión en los siguientes hechos:

"1º Mi mandante prestó sus servicios a la empresa AVIANCA en la ciudad de Barranquilla, desde el 29 de agosto de 1960 hasta el 9 de diciembre de 1971, fecha en la que terminó el contrato laboral por renuncia que le fue aceptada al actor cuando devengaba un sueldo mensual de $ 4.200.00 básico y un promedio total por mes de $ 5.536.41.

"2º Mi mandante prestó servicios hasta el 8 de diciembre de 1971, pero hasta la fecha no se le han pagado los salarios de la última semana (1º a 9 de diciembre) ni las vacaciones del último año de trabajo, ni la prima del 2º semestre de 1971, ni el auxilio de cesantía, ni recibió orden para examen médico de retiro.

"3º Tampoco procedió la empresa a pagar, con las prestaciones y salarios de mi mandante, las deudas que éste tenía pendiente con la Cooperativa de Trabajadores de Avianca Ltda. y con la Caja de Crédito y Procuraduría del Sindicato de Trabajadores de Avianca, Seccional Barranquilla, con lo que ha ocasionado perjuicios al señor Echeverri y a sus fiadores en esas entidades, a quienes se les está descontando esas deudas de sus sueldos como empleados de Avianca (Orlando A. Mendoza y otros).

"4º En vista de lo anterior mi mandante solicitó en varias ocasiones el envío de su liquidación final, recibiendo tan sólo una fotocopia de la liquidación practicada por AVIANCA (Sección de Contaduría y sueldos, Bogotá), fechada el 14 de junio de 1973, documento que acompaño. Sin embargo, hasta la fecha mi representado no ha recibido el saldo a favor, descontadas las deudas que presuntamente existan y que la empresa en todo caso debe comprobar, ni se le ha entregado la orden para examen médico de retiro.

"5º Toda esta actuación morosa de la empresa y los perjuicios sufridos por mi mandante justifican como en ningún otro caso la sanción de salarios caídos instaurada por la ley".

La empresa, por su procurador judicial, se opuso a las condenas solicitadas y en cuanto a los hechos, manifestó:

"1º El demandante ingresó al servicio de mi representada desde el 29 de agosto de 1960 y el contrato de trabajo terminó por renuncia que le fue aceptada a partir del 9 de diciembre de 1971. El último salario promedio mensual fue de $ 5.200.00 moneda corriente.

"2º Me atengo a lo que logre probarse en el proceso respecto de lo afirmado en este hecho.

"3º No es cierto.

"4º No me consta.

"5º No es un hecho, sino un concepto del apoderado del actor, que no comparto,

y una aspiración suya a la cual me opongo".

Tramitado legalmente el proceso, le puso fin el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, con sentencia de 4 de abril de 1975, según la cual halló que debía la empresa al actor la suma de $ 2.442.40 razón por la cual condenó al pago de dicha suma e impuso, además, el de indemnización moratoria, a razón de $ 173.00 diarios, "hasta que el pago total de sus prestaciones se realice".

Apelada esta sentencia por la demandada, subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, el que desató el recurso en la suya de 5 de junio de 1975, mediante la cual reformó la del a quo, reduciendo la condena principal a la suma de $ 258.48, y confirmó la de salarios moratorios "a partir del 10 de diciembre de 1971... hasta que el pago total de las prestaciones se realice".

Recurrió en casación la empresa y por su apoderado planteó la respectiva demanda, oportunamente replicada por la parte actora, documentos sobre los cuales se procede a decidir el recurso.

Plantea la demanda tres cargos, que se estudiarán en el orden de su presentación, junto con la réplica del opositor.

La finalidad del primero la fija así:

"Si la honorable Corte encuentra demostrada la violación alegada en este cargo, por parte del Tribunal, como confío haberlo acreditado, deberá casar parcialmente el fallo y como juez de segunda instancia revocar el del inferior para declarar probado el pago de todos los salarios y prestaciones causados, la existencia de la buena fe y, consecuencialmente, absolver a mi representada por la sanción moratoria".

La violación legal la señala "por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículo 22, 23, 59, 149, 150, 186, 189, 249, 253 y 306 ibídem, a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos, a los cuales llegó el sentenciador por falta de apreciación y apreciación errónea de los documentos auténticos que habrán de indicarse".

Tales documentos los singulariza y analiza de esta manera:

"1. Apreció erróneamente el documento que contiene la declaración de fecha 30 de diciembre de 1971, efectuada en Barranquilla y debidamente firmada por el demandante acerca de que la empresa demandada se encontraba enteramente a paz y salvo con él por concepto de salarios, horas extras, horas nocturnas, dominicales, festivos, vacaciones, indemnizaciones y demás prestaciones sociales a que tenía derecho y por tanto no tenía reclamación alguna pendiente por formular.

"Sobre el particular es del caso anotar que el ad quem expresó en el fallo recurrido que el documento que obra al folio 43 de expediente, 'conforma un recibo de las prestaciones sociales debidas, de los sueldos pendientes, de las primas de servicios y de las vacaciones compensadas', pero dijo acto seguido que en el documento mencionado no hay constancia, ni sello alguno de que hubiera sido cancelado el valor estimado en el mismo documento, como sí aparece en otros documentos que obran del folio 39 a 42, de donde coligió la Sala que había una anomalía o deficiencia probatoria que debía despacharse en favor del demandante en virtud de la permisividad de la ley sustancial.

"No tuvo en cuenta el Tribunal al apreciar de este modo erróneo la prueba en cuestión, que no podía existir constancia de pago o cancelación de las prestaciones citadas, similar a la que aparecía en las pruebas de folios 39 a 42, dado que su valor debía ser íntegramente aplicado a cancelar los préstamos y descuentos que por diversos conceptos tenía pendiente el demandante y que aparecen claramente especificados en el documento que obra al folio 47 del expediente, a que habré de referirme como prueba documental auténtica dejada de apreciar.

"En este documento el demandante declara a la sociedad patronal, 20 días después de terminado su contrato de trabajo, a paz y salvo por todo concepto. Pero no menos importante es su expreso reconocimiento y aceptación de las deudas a su cargo y en favor del patrono y de terceros. El valor que reconoce tener recibido

es la cantidad de $ 12.398.34 y el valor que reconoce estar debiendo es el mismo, por lo que no hay saldo alguno a su favor.

"La liquidación de cesantía definitiva que incluye el pago de nueve días de sueldo, la prima de servicios y un período de vacaciones, da un valor total a favor del trabajador Echeverri, a la terminación del contrato de trabajo, de $ 12.398.34. Coincide al respecto este documento auténtico de folios 3 y 4 con el erróneamente apreciado del folio 43.

"Idéntico en su contenido al documental de folios 3 y 4 es el de folios 45 y 46 que también deduce a favor del trabajador Miguel Angel Echeverri, por concepto de cesantía, 9 días de sueldo, primas de servicios y un turno de vacaciones la suma de $ 12.398.34.

"Cabe anotar que los períodos para congelación de la cesantía y los guarismos y operaciones aritméticas parciales coinciden con absoluta exactitud en los documentos de folios 3, 4, 45 y 46.

"2. Dejó de apreciar el documento auténtico del folio 47:

"Es preciso destacar por otra parte que el Tribunal de Barranquilla no apreció el documento auténtico que obra al folio 47 del expediente y que constituye una copia al carbón, debidamente suscrita por el funcionario correspondiente de la empresa, de lo que en el régimen interno de ésta se denomina 'Paz y Salvo de Cesantía', el cual contiene la relación exacta y pormenorizada de los descuentos que deben y pueden efectuarse de las prestaciones sociales del trabajador.

"En efecto, consta en el del folio 47, que al demandante debían serle deducidas de sus prestaciones sociales, por concepto de obligaciones contraídas con la compañía o con terceros las siguientes cantidades, por los siguientes conceptos:

"a) Por préstamo ordinario a noviembre 30 de 1971	$ 8.600.00
"b) Por anticipos sin legalizar (documentos que obran a folios 37, 40, 41 y 42 del expediente)	1.267.50
"c) Por concepto de obligaciones contraídas con la Caja de Sintrava (según certificación que obra a folio 26 del expediente)	630.00
"d) Por concepto de obligaciones contraídas con la Cooperativa de Trabajadores de Avianca (según certicación que obra a folio 25 del expediente)	1.792.40
"e) Por aportes al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (enfermedad no profesional, descuento ordenado por la ley)	33.44
"f) Por aportes al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (invalidez, vejez y muerte) (descuentos ordenados por la ley)	55.00
"Total sumas a descontar	$ 12.398.34
"Valor prestaciones sociales según liquidación que obra a folios 45 y 46 del expediente	$ 12.398.34
"Saldo que debería ser entregado al trabajador	—0—

"Queda faltando en esta liquidación de obligaciones a cargo del actor la suma de $ 29.96 originada en su sobregiro en nómina de noviembre 30 de 1971, de que dan cuenta irrefutable el documento auténtico del folio 5 (presentado por el actor) y el del folio 37, que no pudo deducirse ni compensarse.

"Vale la pena mencionar en relación con el saldo del préstamo ordinario concedido por la demanda al trabajador, como consta en los folios 38 y 39 del expediente, que el saldo anotado en la comentada liquidación de prestaciones ($ 8.600.00) que fue tomado como dice la misma liquidación a noviembre 30 de 1971, difiere el certificado de la misma empresa, en documento que obra al folio 37 del expediente, por cuanto ya ese saldo se tomó, no a fecha noviembre 30 de 1971, sino a fecha diciembre 9 de 1971, cuando se había aplicado al préstamo la cuota de $ 200.00 que de conformidad con lo convenido entre el trabajador y la empresa debía serle descontada a aquél en la quincena correspondiente al 30 de noviembre".

Los errores que atribuye el fallo sub judice son los siguientes:

"Varios errores pueden endilgarse al Tribunal. Contraria a toda realidad es pretender que la demandada hubiera solicitado

'el reconocimiento del banco o donde se ordenó su pago, el número del cheque, o cualquier otra prueba que indicara con certeza no sólo el reconocimiento sino el pago efectivo de lo debido'. Está acreditado en autos y lo admite el ad quem que el pago no fue en cheque, ni en efectivo, sino por compensación y retención autorizadas por la ley unas y por el actor las restantes. El propio sentenciador en la siguiente página admite: 'Las sumas establecidas por préstamos ordinarios y por sobregiros de nómina están debidamente demostrados en la documentación acompañada... No pasa lo mismo con otras deudas del actor para con la empresa, que están respaldadas con documentos y debidamente legalizadas cuyo total asciende a la suma ya dicha de $ 12.139.86".

"Qué lógica puede haber en exigir o sugerir un pago en cheque o efectivo, de dineros que no se deben, pues fue autorizada su retención y compensación.

"Otro error: No dar por demostrado estándolo, que el valor de los descuentos por deudas a cargo del actor, en favor de la empresa y de terceros rebazó la suma a que tenía derecho en la liquidación final de prestaciones sociales. Las partidas discriminadas en el documento del folio 47, no apreciado, suman $ 12.398.34 más $ 29.96 de que dan cuenta por igual los documentos de folios 5 y 37, superan cuantitativamente el valor de la liquidación de prestaciones.

"No menos grave que los dos anteriores, la errónea apreciación del contenido de la documental del folio 43. En ésta el actor señor Miguel Echeverri, cuando tenía más necesidad de recibir sus acreencias laborales, cuando lo honesto, elemental y lógico era reclamar a su patrono por lo que pudiera deberle, lejos de pedir algo le suscribe un documento de paz y salvo por todo concepto laboral. Y reconoce que las prestaciones son exactas en su cuantía y que sus deudas también lo eran. El silencio del trabajador por cerca de dos años refrenda la afirmación anterior".

El opositor arguye: "en primer término, que la proposición jurídica es incompleta, pues se omitió citar la norma del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, que en cuanto al derecho prestacional de cesantía es la disposición sustantiva vigente. También se dejó de señalar el artículo 85 del Decreto 1538 de 1963, que era pertinente mencionar en lo que se relaciona con las deudas a favor de las cooperativas".

"De otra parte, sostiene, resulta que las pruebas impugnadas como mal apreciadas o dejadas de apreciar, o sea, las de los folios 38 a 48 del informativo, fueron aportadas al expediente fuera de audiencia pública, sin siquiera estar acompañadas de memorial remisorio, y lo que es más grave, sin que hubieran sido decretadas como tales, lo cual hace inestimable el cargo fundado en ellas". Y trae a cuento reciente jurisprudencia de esta Sala sobre el particular en procesos contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión de Salinas—

No obstante lo anterior y por si la Corte no halla justificado el anterior reparo efectúa un análisis de los documentos referidos con el fin de sostener que la demandada procedió de mala fe "al pretender justificar una compensación, mediante un hábil juego de documentos preparados de manera ostensible para 'cuadrar' una liquidación de prestaciones sociales, con unas pretendidas cuentas a cargo del actor...".

Para resolver la Sala considera

Lo primero que debe ponerse en claro es que la sentencia recurrida tuvo como válida la liquidación de prestaciones sociales del actor y los descuentos efectuados en ella, diciendo:

"Las sumas establecidas por préstamos ordinarios y por sobregiros de nómina están debidamente demostradas en la documentación acompañada, por lo que no se entiende por qué en el documento del folio 43 se agrega un guarismo equivalente a la suma de $ 2.442.40, que no se sabe a qué corresponde y con qué documento está respaldado. No pasa lo mismo con las otras deudas del actor para con la empresa, que están respaldadas con documentos y debidamente legalizadas, cuyo total asciende a la suma ya dicha de $ 12.139.86".

De esta manera, no aparece incompleta la proposición jurídica por no haber citado el recurrente los artículos 17 del Decreto 2351 de 1965 y 85 del 1598 de 1963, puesto que no están en juego ni el salario base para la liquidación del auxilio de cesantía a que aquél se refiere, ni la validez del des-

cuento a la Cooperativa de Avianca, a que dice relación el segundo.

Y por lo que hace a la forma irregular como el actor considera que fueron aportados al proceso los documentos de folios 38 a 48, consta lo siguiente:

La sentencia de primera instancia trae un capítulo llamado: "PRUEBAS" y en él se enumeran por su denominación y folio las que constan en el expediente y entre ellas, las de los folios 38 y a 48. Al cabo de lo cual el juez afirma: "En la primera audiencia de trámite se decretaron y ordenaron la práctica de las pruebas pedidas en la demanda, contestación de la misma y en esa audiencia y se tuvo como tales los documentos aportados al juicio y en las siguientes se practicaron dichas pruebas" (subraya la Sala), y el propio juez examinó, para fundar su sentencia, varias de esas probanzas, especialmente las de los folios 37, 43 y 45. Y el apoderado del demandante en su alegación ante el Tribunal, cuyo resumen suscrito por él mismo aparece a folios 65 y 66, no sólo no desconoció esos documentos por haber sido irregularmente aportados, sino que cita, sin objetarlos, los de folios 37 y 43. Y el ad quem igualmente se refirió, entre otros, a tales instrumentos.

De esta manera, la objeción ahora presentada constituye medio nuevo no admisible en casación.

Precisado lo anterior, se procede a estudiar la censura.

El documento de folios 3 a 5, que contiene la liquidación de prestaciones sociales del actor, arroja, como puede verse al folio 4, una suma total por pagar de $ 12.398.34. Y el del folio 43 que constituye el recibo de las mismas prestaciones, aparece suscrito por igual cantidad: $ 12.398.34. Comparados estos dos documentos no resulta en favor del demandante saldo alguno. Y así lo reconoce el ad quem diciendo:

"Además, según los documentos que en fotocopia figuran a folios 3 a 5 y que fueron debidamente convalidados en la diligencia de inspección ocular, se deduce que el valor total por pagar por concepto de cesantía definitiva, sueldos, primas y vacaciones pendientes, equivale a un guarismo de $ 12.398.34, en un todo igual al documento de folio 43, ya comentado". (Subraya la Sala).

La base sobre la cual llevó a cabo la empresa la citada liquidación de lo debido al actor aparece explicado en el documento de folios 45 y 46, que suma la cantidad de $ 12.398.34 y la de los descuentos en el del folio 47, que asciende a la misma cantidad.

Hasta aquí no resulta el saldo a deber al demandante. De dónde surgió entonces? De lo siguiente:

La liquidación últimamente citada y la hoja de descuentos llevan fecha 10 de diciembre de 1971 y el finiquito suscrito por el ex-trabajador está fechado el 30 de diciembre del mismo año. Esos documentos se originaron en la renuncia que aquél presentó de su cargo y que le fue aceptada a partir del 9 de diciembre del dicho año, según aparece de la carta del folio 2 del primer cuaderno. Pero posteriormente el actor, según afirma en el hecho 4º de la demanda, "solicitó en varias ocasiones el envío de su liquidación final, recibiendo tan sólo una fotocopia de la liquidación practicada por Avianca (Sección de Contaduría y sueldos, Bogotá), fechada el 14 de junio de 1973, documento que acompaño" y que es la que figura a folios 3 a 5 del cuaderno principal.

La liquidación que aparece en tal fotocopia trae la misma suma a deber tantas veces indicada de $ 12.398.34, igual a la que resulta de la liquidación de folios 45 y 46. No así la hoja de descuentos, no totalizada por la empresa; pero que sumada, arroja la cantidad de $ 12.139.86, o sea, inferior en $ 258.48 con relación a la primera. Por eso el sentenciador expresó:

"Además, según los documentos que en fotocopia figuran a los folios 3 a 5 y que fueron debidamente convalidos en la diligencia de inspección ocular se deduce que el valor total por pagar por concepto de cesantía definitiva, sueldos, primas y vacaciones pendientes, equivale a un guarismo de $ 12.398.34, en un todo igual al documento del folio 43 ya comentado. La dificultad estriba en que según el recibo de paz y salvo de cesantía que obra al folio 5, las deudas por cobrar ascienden a la suma de $ 12.139.86 y que, de acuerdo, con este documento, quedaría un saldo insoluto de $ 258.48.

"....

"De acuerdo con lo anterior no hay duda alguna que aparece un saldo a favor del demandante de $ 258.48, que necesariamente debe ser cancelado y que acarrea para la empresa demandada, ante su negativa a depositarlo, la sanción moratoria que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y que fue solicitada su aplicación en la demanda de que se trata".

De lo relatado resulta, esto:

La empresa aceptó la renuncia de su cargo presentada por el actor a partir del 9 de diciembre de 1971 y con fecha 10 de diciembre le liquidó sus prestaciones sociales, cuyo monto le compensó con deudas a cargo del mismo, quien el 30 de dicho mes suscribió el recibo o finiquito de folio 43, en cuya virtud la suma total de éste es idéntica a la de aquella liquidación. Dos años después, y con base en documentos de la propia demandada, si bien es igual el valor de la liquidación de prestaciones sociales, no lo es el de los descuentos, inferiores en $ 258.48.

Es evidente, por lo tanto, que existe una situación dudosa sobre el citado saldo a deber y que el ad quem, restándole valor probatorio al finiquito de 30 de diciembre de 1971, lo consideró vigente e impuso condenación a cubrirlo. El impugnante considera que al proceder así incurrió aquél en manifiesto error de hecho; pero existiendo como existe una duda al respecto, originada en documentos de la misma demandada, no es admisible yerro con carácter de manifiesto u ostensible, pues es sabido que la duda lo excluye.

La realidad procesal es la de que al folio 47 aparece un documento fechado el 10 de diciembre de 1971, llamada: "PAZ Y SALVO DE CESANTIA Nº 1376" por $ 12.398.34 y que al folio 5 consta la fotocopia de un instrumento fechado el 14 de junio de 1973, denominado igualmente "PAZ Y SALVO DE CESANTIA Nº 1376", que sólo arroja la cantidad total de $ 12.139.86, o sea, que difiere del anterior en $ 258.48. Y ambos documentos se hallan suscritos por Carlos A. Acosta C., Jefe Sección Prestaciones Sociales de Avianca. Cuál de los dos es el equivocado? Es cierto que fue con relación al primero como el actor suscribió el finiquito de folio 43, diciendo haber recibido la suma en él indicada; pero también lo es que con apoyo en el segundo inició el presente proceso para recabar el pago dicho saldo insoluto, según lo asienta en el hecho 4º de la demanda. Dada esta realidad, no cabe error manifiesto u ostensible del sentenciador cuando ordenó cubrir tal suma.

Por este concepto no prospera, pues, el cargo.

Lo que corresponde examinar ahora es lo relacionado con los salarios moratorios, respecto de los cuales al censor expresa que "constituye error ver el Tribunal mala fe patronal (cuando es más bien del actor) para una discutible deuda, que no es clara, que no fue reclamada, que se dijo en un paz y salvo que no existió, de $ 258.48, castigada con salarios por mora de más de $ 250.000.00.

"Aparece claro, agrega, que la entidad demandada no estaba debiendo salarios ni prestaciones a la terminación del contrato. Por el contrario, había pensado y retenido el valor de la liquidación final ceñida a la ley y tenía para salvaguardar su seguridad laboral y su buena fe creencia, un paz y salvo sin reserva de parte de su ex-trabajador".

Observa la Sala que del análisis de la verdad procesal efectuada antes, no prosperó el error de hecho relativo a la condena para satisfacer el saldo de $ 258.48, debido a que la situación sobre el punto es dudosa y que así bien pudo el Tribunal, frente a pruebas contradictorias, tomarlo como insoluto.

Pero esa misma situación de duda no permite deducir que la empresa procedió de mala fe, pues lo evidente es que a la terminación del contrato en diciembre de 1971 liquidó lo que creía deber al actor y éste le suscribió un finiquito, sin observación alguna. Dos años después surge la duda sobre si en verdad canceló la totalidad de lo debido o si restó por cubrirle los $ 258.48, duda que proviene de documentos emanados de ella misma y que llevan a concluir que uno de ellos es equivocado; pero sin que resulte ostensible en cuál de ellos se cometió la equivocación.

Por otra parte, la razón expuesta por el fallador para imponer la ameritada pena es la de que el saldo insoluto tantas veces nombrado "acarrea para la empresa demandada, ante su negativa a depositarlo, la

sanción moratoria"; pero no consta que ésta se hubiese "negado" a depositar dicho saldo. Cuestión distinta es que se hubiese abstenido de hacerlo por considerar que no lo debía con base en la liquidación inicial de prestaciones sociales y el paz y salvo otorgado por el demandante, sin reserva, ni discrepancia alguna.

El patrono está obligado a consignar "lo que cree deber" y si deja de hacerlo, no mediando razones justificativas o, al menos, lógicas y respetables de esa omisión, se hace acreedor a la pena por mora. Pero las pruebas examinadas por la Sala en lo que antecede producen convicción racional de que existe una situación dudosa con relación al saldo a deber de $ 258.48 y que bien podía la empresa de buena fe considerar que el finiquito que le otorgó el actor dos años antes de iniciado este proceso, lo exoneraban de cubrir el citado saldo. Resalta así, error manifiesto del sentenciador al imponer la condena por indemnización moratoria, sin tener en cuenta que las probanzas de que se ha hecho mérito muestran un yerro de cómputo respecto de aquel saldo; pero no que se haya originado en mala fe de la empresa.

En consecuencia, casará la Sala el fallo impugnado en lo referente a la citada condena; como Tribunal de instancia revocará el literal b) del punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado y absolverá a la demandada del pago de indemnización moratoria. Para este efecto, son suficientes las consideraciones procedentes.

Advierte la Sala, para terminar, que prescinde del estudio de los otros dos cargos, porque ambos buscan el mismo fin que con el que acaba de considerarse ha tenido éxito.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia acusada en el numeral 2º de su parte resolutiva y, en sede de instancia, REVOCA el literal b) del punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla y, en su lugar, ABSUELVE a Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA— del pago de indemnización moratoria.

Sin costas en las instancias y en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvanse los autos.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

AGENTES COLOCADORES DE POLIZAS DE SEGUROS

La Ley 65 de 1966, dice: "Se entiende por Agente Colocador de Seguros la persona natural que se dedica de manera habitual y permanente al negocio de ofrecer seguros, promover la celebración de contratos y obtener la renovación de los mismos en representación y para beneficio de una o varias Compañías de Seguros, con las cuales tiene una relación contractual laboral".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., enero veintinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta número 2.

Jaime Rodríguez Forero, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la **Compañía de Seguros del Pacífico S. A. y a sus filiales de Vida y Capitalización**, para que previa la declaración de que entre Jaime Rodríguez Forero y las sociedades demandadas existió un contrato de trabajo verbal e indefinido, a partir de 28 de mayo de 1967, protocolizado por escrito firmado entre las partes el 24 de mayo de 1968 y terminado el 20 de mayo de 1972, o en su defecto que tal contrato de trabajo existió hasta el día en que el demandante prestó sus servicios a las demandadas como persona natural, y la de que las compañías demandadas no cumplieron con todas sus obligaciones contractuales y legales, se las condene a pagar lo siguiente: el valor correspondiente al cinco por ciento (5%) de sobre-comisión ofrecido al trabajador según carta suscrita por las sociedades demandadas en mayo 29 de 1967 y que no le fue pagado durante la ejecución del contrato de trabajo; el valor de las comisiones ya causadas por haberse celebrado los correspondientes negocios con la Agencia de Jaime Rodríguez Forero; el valor del reajuste de comisiones que le fueron canceladas al demandante con desmejoramiento de la tarifa originariamente pactada; los dominicales y festivos causados y no pagados, desde la fecha de ingreso hasta su retiro; el auxilio de cesantía; las primas de servicios, legales y extralegales; vacaciones por el tiempo que prestó sus servicios; las indemnizaciones legales por el incumplimiento del contrato por parte de las demandadas; la indemnización moratoria y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda relatan en síntesis lo siguiente: Jaime Rodríguez Forero comenzó a prestar sus servicios el 28 de mayo de 1967 a las compañías demandadas, la que en carta de mayo 29 del mismo año le ofrecieron pagarle un 5% más sobre la tabla de comisiones ordinarias existentes a la fecha de iniciación del contrato, ofrecimiento que se le hizo para nivelar las tarifas con otras compañías a las cuales había prestado sus servicios, sobrecomisión que intempestivamente suspendieron en julio de 1967; el 24 de mayo se firmó un contrato de trabajo entre la Compañía de Seguros del Pacífico y sus filiales de Vida y Capitalización por una parte y Jaime Rodríguez Forero por la otra para legalizar la relación laboral existente desde el 28 de mayo de 1967; el 20 de febrero de 1970 las demandadas obligaron a Rodríguez Forero a constituirse en sociedad de responsabilidad limitada para continuar prestando sus servicios a través de la apariencia de una persona jurídica y evadir así la obligación de pagar las prestaciones sociales y extralegales, habiendo organizado el demandante la Sociedad

Brintec Limitada que fue explotada por aquel personal y exclusivamente trabajando en la misma forma como lo venía haciendo anteriormente y utilizando la anterior clave para el reconocimiento de las comisiones. La Compañía de Seguros del Pacífico debe a Rodríguez Forero comisiones por varios negocios en cuantía de $ 304.845, y más $ 74.213.19 por el 5% de sobre-comisión, que no ha pagado pretextando no haber recaudado las primas correspondientes; tampoco le pagó las comisiones de un negocio celebrado con su intervención entre Seguros del Pacífico y Cooperativa Nacional de Choferes 'Copenal', cuyo valor asciende aproximadamente a $ 250.000.00 incluido el 5% de sobre-comisión. Como consecuencia de operaciones comerciales en las cuales intervino Rodríguez Forero como agente, las demandadas le adeudan $ 200.215.20 según cuenta general consolidada desde el 30 de diciembre de 1970. En vista del incumplimiento de los contratos, el demandante dio por terminada con justa causa la relación contractual desde el 2 de mayo de 1972.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de la Compañía de Seguros del Pacífico S. A. negó unos hechos y dijo no constarle otros. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones a cargo de la sociedad demandada; prescripción e incompetencia o falta de jurisdicción para decidir sobre las pretensiones surgidas del contrato celebrado con la sociedad Agencia Investigo-Técnica de Seguros Ltda. Brintec Ltda. contenido en documento de 20 de febrero de 1970.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juzgado del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, desató la litis en sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos setenta y tres, en cuya parte absolutiva dispuso: "Primero. Declárase que entre el señor Jaime Rodríguez Forero y la Compañía de Seguros del Pacífico S. A. y sus filiales de Vida y Capitalización, existió un contrato de trabajo que tuvo su vigencia a partir del día 28 de mayo de 1967 al 20 de febrero de 1970. Segundo. CONDÉNASE a la Compañía de Seguros del Pacífico S. A. y sus filiales de Vida y Capitalización, representada legalmente por su gerente doctor Roberto Valdés o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Jaime Rodríguez Forero, de condiciones legales conocidas de autos, las siguientes sumas de dinero: a) La cantidad de setecientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y siete pesos con 27/100 ($ 747.757.27) moneda corriente, por concepto de comisiones insolutas, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia; b) La suma de ciento veintidós mil setecientos cuarenta y seis pesos con 62/100 ($ 122.746.62) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia; c) La cantidad de cuarenta y cuatro mil ciento setenta y dos pesos con 23/100 ($ 44.172.23) moneda corriente, por concepto de vacaciones, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este fallo; d) La suma de cuarenta y cuatro mil ciento setenta y dos pesos con 23/100 ($ 44.172.23) moneda corriente, por concepto de primas de servicios, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia; y e) La cantidad de ciento cuarenta y nueve mil ochocientos ochenta y cinco pesos ($ 149.885.00) moneda corriente, por concepto de indemnización por incumplimiento del contrato de trabajo, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia. Tercero. ABSUÉLVESE a la Compañía de Seguros del Pacífico S. A. y sus filiales de Vida y Capitalización de las demás súplicas de la demanda. Cuarto. DECLÁRASE probado parcialmente la excepción de prescripción en cuanto a las primas de servicios de 1967 y 1968 y las vacaciones correspondientes al año de 1967, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia. Quinto. DECLÁRANSE no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada al dar contestación a la demanda. Sexto. COSTAS a cargo de la parte demandada en un 80%. Tásense".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió la alzada en sentencia de treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y cuatro que resolvió: "Primero. CONFÍRMANSE los numerales primero, tercero, quinto y sexto de la sentencia apelada. Segundo. MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia apelada, y en su lugar se dispone: CONDÉNAR a la Com-

pañía de Seguros del Pacífico S. A. y a sus filiales de Vida y Capitalización, representadas por el doctor Roberto Valdés, o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Jaime Rodríguez Forero, las siguientes cantidades: a) La suma de diecisiete mil noventa y siete pesos con cincuenta y dos centavos ($ 17.097.52) M/cte., por concepto del complemento del cinco por ciento (5%) sobre comisiones; b) La suma de cuatrocientos un mil trescientos sesenta y ocho pesos con setenta y cuatro centavos ($ 401.368.74) M/cte., por concepto de comisiones insolutas, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia; c) La suma de doscientos cincuenta y dos pesos con ochenta y cinco centavos ($ 252.85) M/cte., por concepto de rebaja en la tarifa de las comisiones, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia; d) La suma de sesenta y ocho mil ochocientos trece pesos con ocho centavos ($ 68.813.08) M/cte., por concepto de auxilio de cesantía; e) La suma de doce mil seiscientos cincuenta y dos pesos con ocho centavos ($ 12.652.08) M/cte. por concepto de prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1969; f) La suma de veinticinco mil trescientos cuatro pesos con dieciseis centavos ($ 25.304.16) M/cte. por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; g) La suma de cincuenta y cinco mil cuatrocientos noventa y tres pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 55.493.44) M/cte., por concepto de indemnización por incumplimiento del contrato; h) La suma de ochocientos cuarenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 843.33) M/cte., diarios, a partir del veinte de febrero de mil novecientos setenta (1970) en adelante y hasta la fecha en que se verifique el pago de los salarios y prestaciones debidos. Tercero. DECLARASE probada parcialmente la excepción de prescripción en lo que hace referencia a las primas de servicio correspondientes a los años de mil novecientos sesenta y siete (1967), mil novecientos sesenta y ocho (1968) y la del primer semestre de mil novecientos sesenta y nueve (1969). Igualmente se DECLARA probada parcialmente la excepción de prescripción en lo que se refiere a las vacaciones correspondientes al año de mil novecientos sesenta y siete (1967). Cuarto. CONDENASE a la parte demandada a las costas de esta instancia en cuantía del setenta por ciento (70%). Tásense".

El apoderado del demandante pidió aclaración y subsidiariamente corrección de la sentencia, las que fueron denegadas por el Tribunal en providencia de septiembre diez y ocho del mismo año.

Los apoderados de las partes recurrieron en casación. Concedido el doble recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá a continuación previo estudio de las demandas extraordinarias y de los respectivos escritos de oposición. Por razones de método se estudiará en primer término el de la parte demandada, en el juicio, pues persigue que en sede de instancia se la absuelva de todos los cargos de la demanda.

Recurso del patrono demandado

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente a que la sentencia acusada "sea casada parcialmente, en cuanto por su ordinal primero confirmó el 1º, el 5º y el 6º del fallo de primer grado en lo desfavorable a mis mandantes; por el segundo modificó el 2º del citado fallo, agravando en su conjunto las condenas fulminadas al introducir la sanción moratoria, y por el cuarto condenó en costas de la alzada, para que, en su lugar revoque las aludidas condenas impuestas por el a quo y absuelva a mis mandantes de todo gravamen, condenando al actor en las costas de la litis".

Con fundamento en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Violación, por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, de los artículos 94 del Código Sustantivo del Trabajo, tal como fue modificado por el 1º del Decreto legislativo 3129 de 1956, 95 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el 2º del Decreto legislativo 3129 citado; 1º, 4º, 8º, 9º, 10, 11 y 12 de la Ley 65 de 1966, reglamentados por los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 9º del Decreto 837 de 1967, todos ellos en relación con los artícu-

los 22, 23, 24 y 25 del Código Sustantivo del Trabajo. Consecuencialmente, violación —por aplicación indebida— de los artículos 27, 57-4, 128, 132, 186, 189, 192, 249, 253, 306 y 65 del mismo Código Laboral; 6º, 7º, 8º, 14 y 17, del Decreto legislativo 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968. Independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador colegiado —como antes el unipersonal de primer grado— no entendió la diferencia sustancial instituida por la ley entre 'agente colocador de pólizas de seguro' y la 'agencia' general o local, a que se refiere el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, o entre el 'agente colocador de seguros' y la 'agencia de seguros' de que hablan la Ley 65 de 1966 y su decreto reglamentario. Ya en la Ley 6ª de 1945 (artículo 72), conforme al Decreto reglamentario 1787 de 1946, se esbozó esa diferencia entre el profesional de la colocación de pólizas y la actividad, más genérica, de administrar el negocio de seguros, añadiendo a la simple colocación de pólizas el recaudo de las primas, la atención a los asegurados, los salvamentos, etc. El código de 1950 avanzó en la comentada distinción al redactar el artículo 94 original, llamando 'agentes colocadores de pólizas de seguros' en su primer inciso, a personas distintas de los 'gentes generales o locales' del inciso segundo, para atribuir a los primeros la calidad de empleados cuando se dedicaran 'personal y exclusivamente A ESA LABOR' (la de colocar pólizas, con 'EXCLUSION' de cualquiera otra vinculada o no al negocio de los seguros, como lo definió acertadamente esa honorable Corte en casación de 26 de junio de 1959, entre otras) y, además, no constituyeran por sí mismos una empresa comercial; y, en cambio, negar a los segundos aquella calidad de empleados, cuando tuvieran 'libertad para dedicarse a otra u otras ACTIVIDADES (distintas, se repite, de la de colocar las pólizas, aun dentro del ramo de seguros) y negocios'. La Ley 65 de 1966 y su reglamento completaron esa tarea discriminadora, no sin que antes el Decreto legislativo 3129 de 1956 contemplara expresamente a los agentes 'colocadores' de títulos de ahorro o capitalización, en las mismas condiciones de los 'colocadores' de seguros. Conforme a la ley de 1966 y el Decreto reglamentario 837 de 1967, el 'agente colocador' se tiene que dedicar 'de manera habitual y permanente al negocio de OFRECER SEGUROS' y promover su contratación o renovación, EXCLUSIVAMENTE. Por eso le basta inscribirse en un registro de la Superintendencia Bancaria; la 'agencia', por el contrario, ya sea dirigida por una persona natural o por una sociedad, requiere Resolución de la Superintendencia, un 'certificado público' y extensión de actividades, en el ramo de seguros, a los recaudos, inspección de riesgos, salvamentos, promociones, etc. Dentro de esta nueva delimitación, el 'agente colocador' profesional y permanente es un empleado; en cambio, la 'agencia', así la dirija una persona natural, jamás se reputa ligada por contrato de trabajo. El equivocado entendimiento de las normas referidas, indujo al sentenciador a tener como regido por un contrato de trabajo el servicio prestado por el señor Rodríguez bajo las estipulaciones escritas del contrato como 'agencia local', con las facultades exigidas por el artículo 12 de la Ley 65 y, desde luego, entre ellas, la de tener sus propios empleados y subgerentes y las de recaudar primas, inspeccionar riesgos, etc., aunque en la práctica no llegara a ejercer algunas de éstas. Como consecuencia de esa errónea interpretación de las normas invocadas en el cargo, por ese aspecto, y tomando a Rodríguez como empleado de mis mandantes a pesar del contrato de agencia local celebrado en su propio nombre, el sentenciador le aplicó a su gestión, no siendo pertinentes, los preceptos de carácter laboral que regulan el contrato de trabajo (22, 23, 24 y 25 del C. S. del T.), el salario y su pago (artículo 57-4), las vacaciones, la prima de servicios, la cesantía, la indemnización por despido (Decreto legislativo 2351 de 1965, artículos 6º, 7º y 8º) y la sanción moratoria (artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo)".

El opositor transcribe apartes del fallo recurrido y dice que el concepto que tiene el juzgador sobre el contenido de la norma es completamente claro e inequívoco. Agrega que determinar si el demandante se dedicó personalmente a la colocación de seguros, si esa dedicación fue exclusiva, si lo fue bajo la continuada dependencia de una o varias compañías de seguros y no constituir por sí mismo empresa comer-

cial, son cuestiones de hecho que rechazan la interpretación como forma de violación de la ley sustancial. Además el recurrente se refiere a la apreciación de algunas pruebas, que sólo puede generar quebrantamiento indirecto de la ley por aplicación indebida.

Se considera

Observa la Sala que el casacionista no expresa claramente en qué consistió la errónea interpretación de las normas, pues se limita a decir que el sentenciador de segunda instancia no entendió la diferencia sustancial entre "agente colocador de pólizas de seguros" y la "agencia", general, o local.

Al referirse el artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, dijo el Tribunal Superior:

"De los términos de la norma transcrita, se deduce que para que haya contrato de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguros, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos, a saber: a) Que el trabajador se dedique personalmente a la colocación de seguros; b) Que esa dedicación sea exclusiva; c) Que esté bajo la continuada dependencia de una o varias compañías de seguros; d) Que exista una remuneración; e) Que no constituya por sí mismo una empresa comercial. Como puede observarse, a esta clase de trabajador no sólo se les exige los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para que se les considere vinculados por una relación contractual laboral, sino que además, es necesario la existencia de dos requisitos adicionales, o sea, que deben dedicarse únicamente a la colocación de pólizas de seguros, o sea la exclusividad, y que no constituyan una empresa comercial, es decir, que no pueden tener negocios distintos de los seguros. Ya desde la vigencia de la Ley 6ª de 1945 se estableció la exclusividad, y el Decreto 1787 de 1946 que reglamentó el artículo antes mencionado, entendió como tal, la prestación personal del servicio por el agente, mediante una remuneración, bajo la continuada dependencia de una o más compañías de seguros, en forma que embargue normalmente la mayor parte de la jornada ordinaria de trabajo. Al expedirse el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 94 se exigió otro requisito, o sea, el de que el agente no constituya una empresa comercial, principio este que posteriormente fue transcrito en el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, que vino a modificar el artículo anterior".

Encuentra la Sala que la interpretación que hace el fallador de segunda instancia del artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo es correcta, pues al desentrañar el contenido de la norma enumera los requisitos que ésta exige para que haya contrato de trabajo, comparándolos con los del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que también interpreta correctamente y relaciona ambas con las disposiciones que le sirvieron de antecedente.

Examina algunas pruebas el Tribunal y llega a la conclusión de que entre las partes existió un contrato de trabajo, por haberse demostrado los requisitos exigidos por el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956. Luego hace esta otra motivación:

"Sin embargo, se pretende desvirtuar la existencia del contrato de trabajo, con el contrato de agencia celebrado entre el actor y las demandadas (fls. 32 a 35 y 82 a 83 bis), el cual ciertamente se trató de asimilarlo a una agencia comercial, y prueba de ello, es que en la cláusula undécima de dicho contrato se hizo constar que las partes declaran expresamente que "no existe entre el agente y la compañía contrato de trabajo o vínculo de continuada dependencia entre el agente y la compañía, de modo que ésta no está obligada a reconocer y pagar al agente prestaciones sociales de ninguna naturaleza de conformidad con lo estipulado en el inciso 2º del artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo". A pesar de la cláusula anteriormente transcrita, es necesario tener de presente que el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 3129 de 1956 a que se hace referencia, precisamente establece que no hay contrato de trabajo cuando los agentes gozan de libertad para dedicarse a otra u otras actividades o negocios (se subraya). A contrario sensu, si existen los requisitos estipulados en el numeral 1º del artículo antes mencionado, siempre se estará en presencia de un contrato de trabajo, y no deja de serlo por razón del nombre que se le

dé, ni de las condiciones o modalidades que se le agreguen. Pero además, existe una norma común a todo contrato de trabajo cual es la consagrada en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual, en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto. La circunstancia de que el actor hubiera trabajado como agente Colocador de Seguros para otras compañías, según consta en los documentos de los folios 114 y 115 de los autos, no desvirtúa el contrato de trabajo ya que la misma norma legal lo permite. En este orden de ideas hay que concluir que las cláusulas del presunto contrato de agencia, a que se ha hecho referencia, no tienen ninguna validez, en cuanto que con ellas se pretende desvirtuar la existencia de la relación contractual laboral. A lo anterior, hay que agregar que el actor también se halla amparado por la presunción contemplada en el artículo 2º del Decreto 3129 de 1956..." que transcribe, y agrega: "En el caso sub judice, el actor no sólo produjo la suma a que hace referencia la norma anteriormente mencionada, sino que la excedió en demasía según consta en el dictamen pericial y en los anexos del mismo dictamen. De todo lo expuesto se concluye que las normas legales atrás mencionadas, son las que deben tenerse en cuenta para determinar la existencia de la relación contractual laboral, y no las de la Ley 65 de 1966 y su Decreto reglamentario 837 de 1967, que sólo reglamentan la profesión de Agente Colocador de Seguros. En otros términos, la inscripción en el Registro de la Superintendencia Bancaria y la expedición del certificado, son requisitos para poder ejercer la profesión de Agente Colocador de Seguros, pero condicionado a que exista una relación contractual laboral, según el entendimiento del artículo primero de la ley antes mencionada. Habiéndose demostrado los extremos de la relación contractual laboral, se procede a estudiar las súplicas contenidas en el libelo de demanda".

Interpretó correctamente el ad quem el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 3128 de 1956, que modificó el 84 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando dice que según esa norma no hay contrato de trabajo y a contrario sensu sí lo hay cuando se reúnen los requisitos del numeral 1º del mismo artículo. En relación con el artículo 2º del Decreto 3126 de 1956, que modificó el 95 del Código Sustantivo del Trabajo, el fallador se limitó a transcribirlo, sin desentrañar su contenido, subsumiendo en la norma los hechos que encontró demostrados.

Cuanto a la interpretación de los artículos 1º a 8º de la Ley 65 de 1966 y su Decreto reglamentario 837 de 1967, el Tribunal se limitó a decir que esos estatutos reglamentan la profesión de Agente Colocador de Seguros, lo cual es evidente, porque el epígrafe de la primera dice: "Por la cual se reglamenta la profesión de Agente Colocador de Seguros"; y que la inscripción en el Registro de la Superintendencia Bancaria y la expedición del certificado son requisitos para ejercer la respectiva profesión, pero condicionado a que exista una relación laboral, según el entendimiento del artículo primero de la Ley 65 de 1966, interpretación que es correcta, pues esta disposición dice: "Se entiende por Agente Colocador de Seguros la persona natural que se dedica de manera habitual y permanente al negocio de ofrecer seguros, promover la celebración de contratos y obtener la renovación de los mismos en representación y para beneficio de una o varias compañías de seguros, con las cuales tiene una relación contractual laboral". Y el 2º de la citada ley dispone: "Podrá ejercer la profesión de Agente Colocador de Seguros todo ciudadano colombiano o extranjero residente en el país por más de un año, que sea mayor de edad, que esté inscrito en el registro de la Superintendencia Bancaria y que posea el certificado expedido por ésta, el que constituye el título que acredita la personería del agente".

Respecto a las otras normas enunciadas en el cargo, ninguna alusión hizo de ellas el sentenciador de segundo grado para determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por lo cual no pudo interpretarlas erróneamente.

Por los motivos expuestos el cargo no prospera.

Segundo cargo

(Subsidiario del anterior)

"Violación indirecta de los artículos 57-4, 128, 132, 186, 189, 192, 249, 253, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo; 6º, 7º, 8º, 14 y 17 del Decreto legislativo 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968), a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la carta de 29 de marzo de 1967 (fl. 28), los contratos de agencia local del 24 de mayo de 1968, con el señor Rodríguez (fls. 32 a 34) y del 20 de febrero de 1970, con BRINTEC (fls. 43 a 46); la carta del 20 de marzo de 1970; la escritura de constitución de BRINTEC; los certificados de la Superintendencia Bancaria (fl. 106); las comunicaciones de folios 66, 67 y 68 sobre el negocio de COPENAL; las certificaciones de La Libertad y La Nacional (fls. 114 y 115); los reclamos de Rodríguez a folios 89 a 91, para que se cancelara su inscripción personal como colocador, dada la nueva posición de BRINTEC, desde junio y septiembre de 1959, y la nota de folio 167, remisoria del certificado público. Los errores consecuenciales fueron: Tener por demostrado, contra la evidencia, que las comisiones devengadas durante 1969 no fueron las certificadas por mis mandantes a folios 40 a 42, sino las que dijo haber verificado el señor perito. Tener por probado, contra la evidencia, que el contrato de agencia local, a nombre de BRINTEC, fue forzado por mis mandantes, y aún la constitución de la sociedad BRINTEC obligada por éstos, cuando aparece probado que la constitución de la sociedad fue muy anterior al contrato con SEGUROS PACIFICO, y que Rodríguez se mostró satisfecho con el contrato sustitutivo del que había firmado anteriormente en su nombre personal. Tener por probado, contra la evidencia, que al discutir el carácter laboral de sus relaciones con Rodríguez Forero y negarse a reconocerle vacaciones, cesantía, indemnización por despido, etc., mis mandantes han obrado de mala fe o, al menos, sin razonables motivos de duda, en la contestación de la demanda (fl. 94), el interrogatorio de folios 125 a 129 y los alegatos de ambas instancias. Si, contra todas mis esperanzas, la honorable Sala de la Suprema Corte estimara que la relación de Rodríguez con Seguros Pacífico y sus filiales tuvo carácter laboral, bastaría repasar los documentos mencionados en el cargo para que salte a la vista que la constitución de BRINTEC fue anterior al contrato de 'agencia' con mis mandantes y posterior a la vinculación como 'agencia' pedida por y para otra compañía, 'La Libertad'; que durante más de dos años Rodríguez se manifestó conforme con el nuevo contrato de agencia para Seguros Pacífico, y aun reclamó desde 1959 que esta compañía facilitara la cancelación de la inscripción personal como Agente Colocador de Seguros. Resulta así imposible considerar que la terminación del supuesto contrato de trabajo el 20 de febrero de 1970, al firmarse el contrato con BRINTEC, fue un acto ajeno a su libre voluntad y sin su consentimiento varias veces reiterado posteriormente, hasta su nota de ruptura, el 2 de mayo de 1972. Por lo mismo, al tomar como 'despido', o ruptura unilateral del supuesto contrato de trabajo, la firma del contrato de 'agencia' con BRINTEC, y no, en el mismo supuesto, sin terminación por mutuo acuerdo, aplicó indebidamente el sentenciador las normas sobre terminación legal de los contratos de trabajo (Decreto 2351 de 1965, artículo 6º) y al condenar a indemnización por despido injusto en un caso de terminación por mutuo acuerdo, en el hipotético 'contrato de trabajo', aplicó, sin ser pertinente, el artículo 8º del dicho Decreto legislativo 2351 de 1965. Las condenas por vacaciones, prima de servicios y cesantía, con base en un promedio de comisiones no probado en autos, viola los preceptos que regulan esos sendos 'derechos' laborales con base en el último promedio demostrado. Pero, especialmente, la aplicación de la indemnización moratoria (artículo 65 del C. S. del T.) a un caso en que se discutió, con razones plausibles, la calificación laboral o mercantil de una 'agencia local' de seguros (o sea uno de los más arduos problemas de nuestro derecho positivo, de los más controvertidos y aún no clarificados de manera rotunda por la jurisprudencia de la honorable Corte y de

los Tribunales del Trabajo) sería el colmo de la aberración".

Para el opositor el recurrente no se refiere a todos los soportes probatorios del fallo en cuanto a la conclusión sobre la existencia del contrato de trabajo, misión que a su juicio hace incompleta la acusación. Considera que no se ciñe a la realidad de los autos la alegación de que el juzgador hubiese concluido que las sociedades demandadas forzaron al actor a la constitución de la Compañía Brintec y a partir de la firma de un contrato comercial de agencia local cuando precisamente el juzgador limita la vigencia del contrato de trabajo al día anterior a dicha firma. Termina así su oposición.

"5ª En cuanto al tiempo que dedujo el Tribunal estuvo vigente el contrato de trabajo, no existen razones valederas que abonen la buena fe de las demandadas como para excusarlas del pago de la indemnización moratoria impuesto en la sentencia de segunda instancia. Se demostró cada uno de los elementos que configuran el contrato de trabajo con el demandante como agente colocador de pólizas de seguros, y así lo hallaron establecidos tanto el a quo como el ad quem, sin necesidad de mayor esfuerzo en la apreciación probatoria. Y también comprobado está que la demandada, a la terminación de ese contrato y aún ahora insiste en su conducta renuente al pago de salarios y prestaciones. Por tanto, es apenas justa la condena a la sanción por mora. 6ª Finalmente, el segundo cargo peca por el defecto de técnica de no contener en forma completa la proposición jurídica de derecho sustancial. En efecto, siendo que se pretende discutir que el demandante no estuvo vinculado hasta antes de la firma del contrato con Brintec, como un trabajador dependiente como agente colocador de pólizas de seguro, han debido señalarse como violadas las normas que definen el contrato de trabajo, y especialmente los artículos 94 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1º del Decreto 3129 de 1956 que definen el contrato laboral con esa clase de trabajadores. La omisión es insubsanable y debe llevar a la desestimación de la censura".

Se considera

Como este cargo no persigue que se declare la inexistencia del contrato de trabajo entre las partes, no estaba obligado el recurrente a señalar como violadas las normas que lo definen, ni a censurar la apreciación de todas las pruebas sobre las cuales basó el sentenciador la demostración de esa existencia. Quedan así resueltas las obligaciones que sobre el particular hace el opositor.

Cuanto al primer error de hecho el recurrente se limita a afirmar que el Tribunal Superior dio por demostrado, contra la evidencia, que las comisiones devengadas durante 1969 no fueron las certificadas por los demandantes sino las que verificó el perito, contraponiendo en forma escueta su criterio con el del fallador y sin que demuestre la errónea apreciación de la prueba documental, única forma de poder analizar la prueba pericial según la jurisprudencia, pues su errónea apreciación no da origen, automáticamente, al error de hecho en casación laboral (Ley 16 de 1969, artículo 7º).

En relación con el segundo error de hecho, o sea haber dado por demostrado que la celebración del contrato de agencia local a nombre de la sociedad Brintec Ltda. fue forzado por las sociedades demandantes, encuentra la Sala que para esta decisión el fallador de segunda instancia tuvo en cuenta la carta de 20 de marzo de 1970 dirigida por el demandante a la Compañía de Seguros del Pacífico S. A., y algunos testimonios, como claramente puede verse del pasaje que se transcribirá a continuación: "En el caso sub judice, se halla demostrado que con fecha 20 de febrero de 1970, se firmó un contrato de agencia local entre la compañía demandada y Brintec Ltda., según consta en el contrato que obra a folios 86 y 87 de los autos, lo cual significa que se sustituyó el contrato de trabajo celebrado con el actor, por otro celebrado con una persona jurídica. Del texto de la carta dirigida al gerente de la entidad demandada por el actor, de fecha 20 de marzo de 1970 (fls. 47 y 48), a simple vista, parece que la sustitución del contrato se hizo por mutuo consentimiento de las partes contratantes. En efecto, en la carta mencionada se

dice lo siguiente: 'Por medio de la presente tengo el honor de acusar recibo del texto de nuestro nuevo contrato de agencia que sustituye a la persona natural Jaime Rodríguez Forero con clave número 12.167, por la persona jurídica Agencia Investigo-Técnica en Seguros Ltda. 'BRINTEC LTDA.' de la cual soy socio y gerente, que seguirá operando para ustedes bajo la misma clave". Sin embargo, del texto de las declaraciones de los señores Rafael Olier Castilla (fls. 137 a 140) y Luis Alberto Cely Eslava (fls. 142 a 147), se deduce que la compañía demandada presionó al actor para que formara una sociedad de responsabilidad limitada, sustituyéndose de esta manera el contrato de trabajo por un contrato de agencia local. En otros términos, la compañía demandada se valió de un medio indirecto para terminar unilateralmente la relación contractual laboral. En tal virtud, el actor tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a la cantidad de $ 55.493.42, de acuerdo con lo preceptuado por el literal b) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

Si el Tribunal se apoyó en un conjunto de pruebas para llegar a su conclusión fáctica, procedía, para el buen éxito del cargo, que se censurara la apreciación de todas ellas, y mediando la prueba testimonial, que demostrara la apreciación errónea de la documental. No refiriéndose el acusador a la errónea apreciación de los testimonios de Rafael Olier Castilla y Luis Alberto Cely Eslava y no surgiendo claramente que la prueba documental no fue apreciada correctamente, no se ha demostrado que sobre el punto estudiado existió notorio error de hecho.

En la contestación de la demanda, en los alegatos y a lo largo del proceso, las sociedades demandadas han sostenido con razones atendibles, que el vínculo que los unió con Jaime Rodríguez Forero no fue de carácter contractual laboral, razones que tienen apoyo en las pruebas aportadas al juicio. Si entre distintos medios probatorios los falladores de instancia estimaron que prestaban mayor credibilidad aquéllos que demostraban la existencia del contrato de trabajo, no por ello puede hablarse de mala fe de las sociedades demandadas al negar su existencia y consecuencialmente abstenerse de pagar las prestaciones y salarios que se dedujeron en los fallos de primera y segunda instancia. De manera que incurrió en evidente error de hecho el Tribunal Superior al afirmar que la existencia del contrato de trabajo era ostensible y "y que salta de bulto", para concluir en la mala fe de las demandadas.

Prosperando la acusación en este aspecto, se casará la sentencia en lo pertinente y en la decisión de instancia se confirmará la absolución del a quo a las demandadas de la indemnización por mora, cuya motivación contenida en el pasaje del fallo de primer grado que se transcribirá, comparte esta Sala de la Corte por estar de acuerdo con su jurisprudencia. Dijo así el a quo: "En el presente proceso, desde la contestación de la demanda se ha alegado por parte de la demandada, con razones que el juzgado estima valederas, que no estuvo vinculada al demandante mediante una relación laboral, ya que, como se dejó sentado anteriormente el juzgado después de analizar detenidamente las pruebas aportadas por ambas partes, llegó a la conclusión de que sí existió dicha relación laboral, pero este convencimiento del juzgado se hizo después de un estudio exhaustivo de las alegaciones que a través del proceso hicieron las partes, que en lo que respecta a las demandadas fueron serias razonadas y más que todo que aportó pruebas para demostrar que obró de buena fe".

Recurso del trabajador demandante

Alcance de la impugnación

Lo formula el recurrente así: "Se concreta a obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case parcialmente el fallo acusado en cuanto se limitó a liquidar las condenas a cargo de las demandadas por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por incumplimiento de contrato e indemnización moratoria teniendo en cuenta como salario únicamente las comisiones recibidas o pagadas en el último año de servicios, sin incluir también como salario las comisiones insolutas o causadas y no pagadas; y, que, constituida en Tribunal de instancia, infirme parcialmente el fallo y en su lugar liquide o concrete aquellas con-

denas con base en el salario realmente devengado o sea tomando en cuenta tanto las comisiones recibidas como las insolutas que dedujo el fallador de segundo grado o que se encuentran demostradas en el juicio y que constituyen elementos integrantes del salario".

Con fundamento en la causal primera de casación laboral presenta dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acuso la sentencia de ser violatoria por infracción directa de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del mismo estatuto y con los artículos 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965 convertidos en normas permanentes por virtud del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que se aplicaron indebidamente al no hacerles producir cabalmente sus efectos".

Dice el casacionista que se encuentra debidamente establecido en el proceso que el demandante se le pagó durante el último año de vigencia de su contrato de trabajo por concepto de comisiones la cantidad de $ 303.650.30; que por comisiones causadas y no pagadas se le adeuda $ 401.368.71, más $ 9.275.00 por sobre-comisión del 5%, lo que arroja un total de $ 714.294.51 de comisiones devengadas, o sea un promedio mensual de $ 59.525.54; que sin embargo de lo anterior el Tribunal desconoce a las comisiones insolutas y complementos de comisión también insolutas el carácter de salario al no tenerlas en cuenta y haber liquidado las prestaciones e indemnización a que condena con base en un salario de $ 25.304.16, resultante de dividir por 12 las comisiones recibidas por valor de $ 303.650 con tres centavos, por lo cual infringió directamente el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo al desconocer a las comisiones devengadas el carácter de salario que le es propio como retributivas que fueron de servicios y no tener como tal sino las comisiones recibidas o pagadas; considera igualmente que infringió el artículo 128 del mismo código, por no ser las comisiones y sobre-comisiones insolutas producto de la mera liberalidad patronal.

Para el recurrente la violación de las anteriores normas es directa, "como quiera que al margen de toda cuestión fáctica, no se puede desconocer sino contra lege que solamente las comisiones recibidas constituyen salario y no tienen este carácter las comisiones insolutas o causadas y no pagadas. No se trata de la errónea apreciación o falta de apreciación de ninguna prueba, ni del alcance o recto entendimiento de esas normas, sino de su desconocimiento directo al negarles a las comisiones insolutas su carácter de salario, no teniéndolas en cuenta al liquidar las condenas anteriormente mencionadas".

Se refiere luego el casacionista a la violación por aplicación indebida de los artículos 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y de los artículos 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, al no hacerles producir cabalmente sus efectos como consecuencia de la infracción directa de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Termina la acusación así: "En resumen, el salario que se debe tener en cuenta para liquidar dichas condenas, no debe ser simplemente el de $ 25.304.16 mensuales, que acogió el Tribunal, sino el promedio mensual de $ 59.524.54 que resulta de incluir también como salario las comisiones causadas y no pagadas. Con todo, si la Sala en su recto y sabio criterio considera que debe ser inferior, desde ahora respetuosamente solicito que luego de declarar justificada la causal de casación invocada e infirmar el fallo, en sede de instancia tenga en cuenta el salario realmente devengado que demuestran los autos o dicte providencia para mejor proveer, como lo contempla el artículo 61 del Decreto 528 de 1964".

Para el opositor la vía directa escogida por el trabajador recurrente no es la apropiada, pues frente a su aspiración de que se modifiquen las condenas con base en un salario diferente habría que recurrir al expediente y examinar el acervo probatorio. Refiriéndose concretamente al primer cargo dice:

"El solo hecho de que el sentenciador deduzca el promedio de los supuestos 'salarios' del último año dividiendo por 12 el total de comisiones recibidas por el señor Rodríguez Forero, y con esa base calcula las supuestas 'deudas' de mi mandante por primas, vacaciones, cesantía e indemniza-

ciones, está pregonando que no desconoce los textos de los artículos 127 y 128 del Código Laboral ni se rebela contra ellos. Si no toma en cuenta las comisiones que se dice 'devengadas' y no pagadas al actor es porque, en realidad, el texto de esos preceptos habla de 'todo lo que RECIBE el trabajador'... 'Las sumas que... RECIBE el trabajador', y no de las que se le adeudan. Precisamente para cobijar con claridad las deudas de carácter salarial, excluidas gramaticalmente por los artículos 127 y 128 del código, como factores de salario, el proyecto de reforma auspiciado por el Gobierno en 1961 y 1962 (era entonces Ministro del Trabajo uno de los actuales miembros de esa honorable Sala de la Corte Suprema) quiso cambiar las locuciones referentes a lo recibido por las referentes a todo lo que se debiera pagar al trabajador como retribución de sus servicios. El proyecto pasó en el Senado, pero todavía duerme en la Cámara de Representantes o, mejor dicho, en los archivos del Congreso. De ser cierta la primera acusación del doctor Pabón Lasso, no se trataría entonces de un 'desconocimiento' de las disposiciones citadas, sino de su interpretación literal. Y si la jurisprudencia y la doctrina atribuyen el carácter de salario no sólo a las remuneraciones recibidas por el trabajador sino también a las devengadas por éste, el cargo sería por interpretación errónea de la norma y no por infracción directa".

Se considera

El Tribunal Superior no desconoció el carácter de salario a las comisiones causadas y no pagadas; pues la circunstancia de que las considerara como comisiones causadas en el contrato de trabajo que encontró demostrado, indica que implícitamente les reconoció el carácter de salario por encontrarse dentro de los ejemplos que trae el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Si no tuvo en cuenta las sumas correspondientes a esas comisiones y sobre-comisiones causadas y no pagadas para liquidar las indemnizaciones y prestaciones a que condenó, se debió a que al liquidar cada una de ellas, encontró que el salario devengado en el último año fue de $ 25.304.16. Si éste no era el salario con que debían liquidarse, la acusación ha debido formularse por una vía distinta a la escogida por el trabajador recurrente.

No habiéndose producido la infracción directa de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no desconoció el fallo recurrido el carácter de salario a las comisiones y sobre-comisiones, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia acusada viola directamente los artículos 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965 por aplicación indebida, al no hacerles producir los efectos que estas normas contemplan y en relación con los artículos 127 y 128 del código citado, que también se infringieron directamente y que señalan qué elementos integran el salario y qué pagos no lo constituyen".

Transcribe el casacionista jurisprudencia de la Corte sobre la aplicación indebida de la ley y dice que las disposiciones que reputa como aplicadas indebidamente y que crean y regulan los derechos a la cesantía, primas de servicios, vacaciones, indemnización por incumplimiento del contrato e indemnización moratoria, disponen claramente que tales derechos se deben liquidar teniendo en cuenta el salario, sin reducirlo exclusivamente al recibido por el trabajador o pagado por el patrono, sino a todo lo que integra el salario conforme a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que transcribe. Luego argumenta así:

"El Tribunal infringió estas disposiciones al desconocer que las comisiones y sobre-comisiones insolutas que deduce en su fallo tengan el carácter de salario, al no tenerlas en cuenta para liquidar las condenas por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por incumplimiento de contrato e indemnización moratoria a cuyo pago condena a las demandadas. Sólo tuvo en cuenta el salario recibido, pero no el causado y no pagado. Y como consecuencia de tal transgresión de la ley, incurrió en aplicación indebida de las normas que tales derechos consagran y regulan, pues siendo ellas claras cuando disponen que aquéllos se liquiden

con base en el salario, no se las hace producir sus efectos al efectuar la liquidación tomando sólo una parte de él y no todos los elementos que lo constituyen. Debe, pues, declararse fundado el cargo y restablecerse el derecho infirmando parcialmente el fallo acusado y liquidando las condenas mencionadas teniendo en cuenta no solamente las comisiones recibidas durante el último año de vigencia del contrato sino también, las comisiones insolutas o causadas y no pagadas. El salario que deberá tomarse para estos efectos, no será, entonces, únicamente el de $ 25.304.16 mensuales, que corresponde al promedio de las comisiones recibidas en el último año de servicios, sino el promedio mensual de $ 39.524.54 que arroja el total de las comisiones devengadas en el mismo término, sin que valga para desvirtuarlo la alegación de que debe ser un promedio menor, como que éste es un hecho exceptivo que han debido demostrar las demandadas. Con todo, repito, como lo hice en el cargo anterior, si la Sala en su recto criterio considera que debe ser inferior, respetuosamente solicito que declarada la eficacia de la causal de casación invocada e infirmado el fallo, en sede de instancia tenga en cuenta el salario realmente devengado que se estableció en el proceso, especialmente con la aplicación del dictamen pericial y sus anexos o se dicte auto para mejor proveer, como lo contempla el artículo 61 del Decreto 528 de 1964".

El opositor argumenta:

"El segundo cargo se formula por aplicación indebida de los preceptos sobre prima, vacaciones, cesantía e indemnizaciones laborales 'en relación con los artículos 127 y 128 del código citado, que también (sic) se infringieron directamente'. O sea, una simple transposición del primero, con el mismo defecto radical; y quizás una falla adicional: acusar simultáneamente por infracción directa y por aplicación indebida de los artículos 127 y 128 del código, lo que es inadmisible. Debo agregar que el sentenciador no da por probado que la llamada 'sobre-comisión del 5%', haya sido incondicional, permanente y retributiva (para ser tenida como factor de salario) y no condicional, temporal y de pura liberalidad. Por el contrario, arguye el folio 267: 'Para resolver esta petición (la referente a la sobre-comisión) ES NECESARIO ESTUDIAR EL TEXTO DE LA CARTA a que se hace referencia', o sea la que debe contener las respectivas condiciones que habrían de tipificar la tal 'sobre-comisión' y definir su naturaleza. Y no puede la honorable Corte examinar esa carta, pues los ataques por vía directa no permiten acudir al expediente sino confrontar la acusación del impugnante con la sentencia acusada. Y en cuanto a la supuesta 'deuda' de comisiones, obsérvese que el sentenciador no dice en qué años se causaron, ni las atribuye al último año de 'servicios' (precisamente porque, la inspección judicial y el dictamen pericial o sus anexos, la tal 'deuda' corresponde a todos los años servidos) lo cual sería indispensable para que su promedio se encontrara dividendo simplemente por 12".

Se considera

Al estudiar el derecho del demandante al auxilio de cesantía dijo el fallador de segunda instancia que "se demostró que el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios fue la cantidad de $ 25.304.16. En tal virtud, dando aplicación a lo preceptuado por el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, tiene derecho a recibir la cantidad de $ 68.813.08 por este concepto".

Cuando se escoge la acusación por vía directa es necesario que haya acuerdo entre impugnador y sentenciador sobre las cuestiones de hecho. Si el Tribunal encontró que el salario devengado en el último año fue de $ 25.304.16 y no se demuestra a través de errores en la apreciación o falta de apreciación de pruebas que era otro el salario, aplicó debidamente el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 17 del Decreto 2351 de 1965, que establece que el auxilio de cesantía se liquida por regla general con salario mensual promedio del último año de servicios, que fue el que encontró demostrado el Tribunal, aun cuando comprendiera, según las operaciones que realizó, al promedio de lo devengado en el año calendario de 1969, y no en el último de servicios que terminó el 20 de febrero de 1970,

aspecto sobre el cual nada dice el casacionista.

El mismo salario tomó en cuenta el Tribunal para liquidar la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1969; si ese no era el salario promedio devengado en el respectivo semestre, la cuestión es de hecho y no jurídica.

Las mismas observaciones caben respecto al salario tomado por el fallador de segunda instancia para liquidar la compensación de vacaciones y la indemnización por incumplimiento del contrato.

No habiéndose demostrado que el Tribunal Superior violó directamente por aplicación indebida las normas sustanciales indicadas en la formulación del cargo, este 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada el treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en cuanto en el aparte h) del ordinal segundo de la parte resolutiva condena a la Compañía de Seguros del Pacífico S. A. y a sus filiales de Vida y Capitalización, a pagar a Jaime Rodríguez Forero la suma de ochocientos cuarenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 843.33) diarios a partir del veinte de febrero de mil novecientos setenta y hasta la fecha en que se verifique el pago de los salarios y prestaciones debidos, y en sede de instancia confirma el ordinal tercero del fallo de primer grado en cuanto Absuelve a las sociedades demandadas de la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Costas del recurso de casación a cargo del trabajador recurrente.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PERDIDA DEL DERECHO AL AUXILIO DE CESANTIA

El artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo estatuye que el trabajador pierde el derecho a recibir cesantía cuando el contrato de trabajo termina por cualquiera de las tres causas que la disposición señala y autoriza también al patrono para que en tales hipótesis retenga el valor de la prestación hasta que la justicia decida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., enero veintinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5243. Acta Nº 2.

La señora Alicia Elsa Sanguinetti de Zorrilla, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad María Eugenia, Ana María y Luis Alejandro Zorrilla Sanguinetti, demandó a "Promociones de Crédito o Inversiones S. A. Proinsa" para exigirle el pago de cesantía, compensación monetaria de vacaciones, seguro de vida y demás "derechos, beneficios, indemnizaciones y prestaciones sociales" correspondientes al señor Luis Eduardo Zorrilla Bonilla, fallecido al servicio de Proinsa, y también indemnización moratoria derivada de la falta de pago de las demás cantidades reclamadas.

Afirmó que el señor Zorrilla fue empleado de Proinsa desde el 6 de abril de 1965 hasta el 8 de febrero de 1972, cuando falleció. Que su salario fue de $ 5.633.35 mensuales. Que la empresa no ha pagado a los herederos de Zorrilla las prestaciones que les adeuda con el pretexto de que éste cometió un delito "que nunca se probó" pues la justicia penal declaró extinguida la acción por muerte del sindicado, luego de que la empresa, después de muerto Zorrilla, presentó la denuncia contra él. Que el seguro de vida les fue pagado de manera incompleta por la compañía que, de consiguiente, les adeuda el saldo.

Proinsa, por su parte, aceptó el tiempo de servicios de Zorilla, discriminó sus distintos salarios y dijo que el último era de $ 5.200.00 mensuales más una prima voluntaria que en el momento de la terminación del contrato de trabajo era de $ 433.33 al mes. Añadió que, en ejercicio del derecho consagrado por el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, retuvo un remanente de las prestaciones de Zorrilla por un monto de $ 13.759.00 descompuesto así: $ 12.545.70 como saldo de cesantía y $ 1.212.30 como compensación monetaria de vacaciones del lapso comprendido entre el 7 de abril de 1971 y el 8 de febrero de 1972, por cuanto dicho empleado realizó hechos lesivos de los intereses patrimoniales de la empresa y de los cuales ésta apenas tuvo conocimiento después de morir Zorrilla, por lo cual sólo pudo denunciarlos a la autoridad penal en esa oportunidad, con la consecuencia de que la justicia declaró extinguida la acción por el fallecimiento del sindicado circunstancia que, en su sentir, no significa inexistencia del delito sino imposibilidad de perseguirlo y de sancionarlo. Aseveró, finalmente, haberle pagado a la señora Sanguinetti de Zorrilla $ 66.269.00 por concepto del seguro de vida contratado por Proinsa con la Compañía de Seguros del Pacífico S. A., es decir, su valor de $ 70.000.00 menos los impuestos retenidos por el asegurador con destino al fisco que, de todos modos excede el máximo valor de dicha prestación que establece la ley.

Del proceso conoció el Juez 1º Laboral de Cali que, en fallo del 13 de noviembre

de 1974, condenó a Proinsa a pagarles a los demandantes $ 12.545.70 por cesantía; $ 2.165.00 por compensación monetaria de vacaciones; $ 27.269.00 por concepto de saldo del seguro de vida; indemnización moratoria de $ 187.77 diarios desde el 6 de octubre de 1972 y hasta la cancelación de las demás condenas hechas; y además las costas de la instancia.

Interpuso apelación la compañía y el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, en sentencia del 14 de mayo de 1975, confirmó íntegralmente la del juez y condenó en costas a la recurrente.

Con el propósito de que se infirme dicha providencia en lo tocante a la confirmación de las condenas al pago de reajuste del seguro de vida y de indemnización moratoria y la ulterior revocatoria de las mismas, la empresa recurrió en casación. Para ello formula en su demanda (fls. 11 a 28 de este cuaderno) un solo cargo que no fue replicado por la parte actora.

El cargo se presenta así: "Acuso la sentencia del Tribunal de violar directamente, por aplicación indebida, los artículos 65, 250, 249 y 289 del Código Sustantivo del Trabajo, y por haber dejado de aplicar, siendo aplicable al caso controvertido, lo dispuesto en el artículo 22 inciso 1º y literal a) del Decreto 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968".

En el desarrollo de su impugnación dice el recurrente que el Tribunal y el juez a quo encontraron establecidos varios hechos sobre los cuales no discrepan las partes, a saber: 1º Existencia de contrato de trabajo entre Zorrilla y Proinsa que duró desde el 7 de abril de 1965 y el 3 de febrero de 1972, cuando terminó por muerte del empleado, cuyo último salario fue de $ 5.683 con treinta y cinco centavos. 2º Reconocimiento del derecho de los demandantes a recibir la cesantía de Zorrilla, cuya retención alegó en su favor la empresa conforme al artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, que también denunció penalmente hechos delictuosos cometidos contra ella para que se investigara la responsabilidad que en ellos tuviera su ex-trabajador Zorrilla Bonilla. 3º Reconocimiento de que la empresa está obligada al pago de seguro por muerte de sus trabajadores.

De allí deduce el recurrente que al tener derecho la empresa a retener la cesantía de Zorrilla, se configura en su favor una de las circunstancias exonerativas del pago de indemnización moratoria previstas por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que sólo requiere acreditar que existe investigación penal contra el trabajador para que opere el derecho de retención mientras la justicia decide, pues lo que exige sentencia condenatoria contra el acusado es la pérdida del derecho a la cesantía, que es fenómeno distinto.

Agrega que el hecho de que la justicia penal hubiera ordenado la cesación de todo procedimiento contra Zorrilla por haber muerto no implica decisión de mérito sobre su responsabilidad o inocencia respecto de los ilícitos denunciados y, por ende, el derecho de retención de la cesantía alegado por Proinsa perdura hasta que la justicia laboral decida sobre los derechos reclamados en el juicio, entre los cuales está el pago de aquella prestación. Pero que si se estima que la decisión penal es la definitiva, su consecuencia es hacer cesar desde su ejecutoria el aludido derecho de retención.

Cree así que tal derecho subsiste hasta la decisión definitiva del litigio laboral o, cuando menos, duró hasta la ejecutoria del proveído que declaró extinguida la acción penal. O sea que, a pesar de que el Tribunal entendió bien el alcance del artículo 250 del código cuando dijo que como no se demostró el ilícito imputado a Zorrilla sus herederos no perdieron el derecho a percibir la cesantía, le hizo producir a ese precepto efectos distintos de los que indica su contenido normativo, pues desconoció el derecho de retención que le confiere al patrono porque cuando aplicó contra Proinsa la sanción establecida por el artículo 65 del mismo código, no lo hizo a partir del fallo que decida definitivamente este proceso laboral o, al menos, desde el día en que quedó en firme la providencia que declaró extinguida la acción penal sino desde época distinta.

Además argumenta que la circunstancia de que el Tribunal hubiese encontrado legítimo que la empresa debiera pagarles a los demandados $ 27.269.00 como reajuste del seguro de vida de Zorrilla no podía ser base para condenarla a pagar también salarios caídos, puesto que el artículo 65

del código regula la consecuencia del no pago de salarios o de prestaciones sociales pero no el de indemnizaciones, como lo es el mencionado seguro. O sea que, en su sentir, se violó directamente el artículo 65, al aplicarlo indebidamente el fallador a un hecho que estimó probado, el no pago de la totalidad del seguro, pero que no está regulado por dicha norma.

Y remata este aspecto de la impugnación con el aserto de que como Proinsa jamás ha negado el derecho a la cesantía reclamada ni ha hablado de pérdida de tal prestación sino que se ha limitado a ejercer el derecho de retención que le concede el artículo 250 del Código Sustantivo, absteniéndose de pagarla mientras la justicia decide si Zorrilla perdió o no el derecho a percibirla por razón de los motivos invocados en la denuncia criminal, no puede calificarse su conducta como de mala fe para aplicarle la sanción moratoria establecida por el artículo 65 y, menos aún, si se observa que pagó con exceso el seguro de vida, cuyo máximo legal es de $ 30.000.00 y, sin embargo, fue cubierto a sus beneficiarios en cuantía de $ 39.000.00 y se recuerda que, conforme a la jurisprudencia, no todo fallo condenatorio origina que se aplique la expresada sanción sino que es además indispensable para ello que la falta de pago carezca de justificación, "por ser el elemento buena fe el soporte sustancial de la institución comentada", según frase textual de la demanda.

Sostiene, por otra parte, el recurrente que la sentencia acusada dejó de aplicar siendo aplicable al caso, lo dispuesto en el artículo 22, ordinal a), del Decreto 2351 de 1965, que fija un límite de $ 30.000.00 al valor del seguro de vida colectivo, y quebrantó así directamente este precepto al condenar a la empresa al pago de un saldo de $ 27.269.00 por concepto de seguro de vida, cuando ya había cancelado de antemano a los beneficiarios de la prestación un monto de $ 39.000.00, que ya excedía al máximo legal.

De su parte, el Tribunal discurrió así sobre los puntos controvertidos:

"Con la acción instaurada pretende la parte demandante el reconocimiento, liquidación y pago de sumas de dinero por concepto de cesantía, vacaciones, saldo del seguro de vida, indemnización por falta de pago y cualesquiera otros derechos, beneficios, prestaciones sociales e indemnizaciones que resulten probados en las secuelas del juicio.

"A estos efectos alega la libelista que la empresa carece de razón para negar el pago de lo que en derecho corresponde a la cónyuge supérstite y a sus hijos menores, pretextando para ello un ilícito que el señor Zorrilla nunca cometió; afirma que el seguro de vida sólo fue pagado parcialmente y que, por lo tanto, se impone la cancelación del saldo a deber por este concepto.

"Aun cuando la parte demandada aceptó el tiempo de servicios, formuló observaciones en cuanto al salario indicado en el libelo de demanda y consideró legal la retención que hizo de las prestaciones sociales en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, habiendo sostenido la tesis de que la extinción de la acción penal por muerte del sindicado no implica absolución del mismo; en este orden de ideas, asevera como no habiendo pronunciamiento de fondo respecto a los hechos considerados delictivos por la empresa, la decisión prescriptiva emanada de las autoridades penales en este caso, no es la decisión a la que hace referencia el citado artículo.

"Cuestiona igualmente el cargo con respecto al seguro de vida, obligación que considera cancelada por la suma de $ 66.269.00, que la viuda recibió en partida de $ 39.000.00, $ 10.000.00 y $ 17.269.00, previo descuento de la tributación en favor del Estado.

"Por último, afirma el señor apoderado de la compañía que al señor Zorrilla se le hicieron anticipos de cesantía, debidamente autorizados por el Ministerio del Trabajo, por un monto de $ 25.980.00 que las vacaciones le fueron pagadas, parte en dinero con autorización del Ministerio, y parte disfrutadas; y que a la señora viuda de de Zorrilla se le cancelaron los salarios por los últimos 7 días de servicios del causante por valor de $ 1.386.80.

"Quizás el aspecto cardinal del asunto litigioso y del cual se derivan trascendentales consecuencias, radica en la presunta comisión de un delito por parte del trabajador, punible en nuestras leyes penales.

Es este el planteamiento que la empresa

esgrime para justificar la pérdida de las prestaciones sociales de acuerdo con lo previsto en el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, según ella. Pero ocurre que lo susceptibe de retención en estos casos es el auxilio de cesantía específicamente, sin que se extienda esta facultad que la ley laboral le otorga al patrono, a otros derechos emanados de la relación de trabajo; muy claramente lo dice el artículo en cuestión:

"El trabajador perderá el derecho al auxilio de cesantía...". Y la doctrina de la Corte:

"...el patrono, para poder ejercer el derecho de retención del auxilio de cesantía, debe presentar la correspondiente denuncia penal..." (Casación de diciembre 15 de 1970 subraya la Sala).

"No está por demás observar que en lo anterior se contemplan dos situaciones, porque la retención de la cesantía es diferente a su pérdida. Para retenerla, al patrono le basta acreditar la investigación penal que se adelanta contra el trabajador; y para la pérdida se requiere el fallo penal que lo declare responsable del ilícito.

"De manera que si por este aspecto falló la actitud de la empresa, también incurrió en irregularidad frente a la manera como concluyó el diligenciamiento penal con respecto al causante.

"En efecto, a folios 11 y 12 obran copias de las providencias proferidas por el Juzgado Cuarto Superior del Distrito y por el honorable Tribunal Superior, mediante las cuales se declaró extinguida la acción penal en que se viera involucrado el señor Luis E. Zorrilla B., por causa de su fallecimiento.

"Disquisiciones que se han hecho sólo con el ánimo de superabundar en lo que respecta a la indebida retención, puesto que el contrato de trabajo legalmente terminó con la muerte del trabajador (literal d) artículo 61 ibídem); y no por un ilícito que vino a denunciarse con posterioridad a su fallecimiento.

"De otro lado, es confusa la actuación de 'Proinsa' en lo referente a la cancelación del seguro de vida. Todo indica que en cierto modo se cumplieron, respecto de dos partidas que se dicen canceladas, los movimientos contables de giro de los cheques, producción de órdenes de pago, endoso de los mismos por la señora de Zorrilla; pero no la efectivización de los valores respectivos a su favor. Así se desprende, por ejemplo, del sello que se observa en el anverso del cheque de folios 95 (PARA CONSIGNAR UNICAMENTE EN LA CUENTA CORRIENTE DE "PROINSA"), y que concuerda con las aseveraciones de la viuda al contestar el interrogatorio de parte de folios 109 vto.

"El a quo ha analizado muy bien el asunto en los siguientes términos:

"A este respecto, obra en los autos el comprobante de pago de folio 14 en el que se liquida la cantidad de $ 49.000.00 de la cual se deducen $ 10.000.00, que se dice fueron entregados con cheque número 44204 de octubre 6 de 1972.

"En el dictamen pericial, a folio 78, se discriminan los tres pagos a que se refiere la empresa, haciendo mención a la existencia del recibo de pago correspondiente a los $ 39.000.00 que dice la actora haber recibido, y en cuanto al resto sólo se consigna "comprobante de cheque número 444204 (sic) de octubre 6/72 Banco de Caldas... $ 10.000.00" y "Cheque número 09141 a cargo del Banco de Occidente de fecha 14 de noviembre de 1972, girado a favor de la señora Alicia de Zorrilla por la suma de ... $ 17.269.00...".

"Ante las posiciones asumidas por las partes, y en orden a llegar a un completo esclarecimiento de los hechos, el juzgado ordenó oficiosamente solicitar informe a los bancos girados con los siguientes resultados:

"El Banco de Caldas (folio 94) informa que el primer cheque cuya fotocopia remite, fue pagado en canje al Banco del Estado y el Banco de Occidente, (fl. 94), manifiesta que el segundo instrumento "no aparece cobrado en el curso de los meses transcurridos desde su fecha de expedición hasta la presente.

"Llamada, a interrogatorio a instancia del juzgado la señorita (sic) SANGUINETTI DE ZORRILLA, si bien reconoce la firma del documento de folio 14, es enfática en manifestar que sólo recibió la suma primeramente anotada y que la firma que aparece en el anverso de la fotocopia del cheque que corre a folio 95 no es la suya

ya que en ningún momento recibió el original del mismo.

"Se pregunta el despacho. Si en la misma fecha en que se hizo entrega de las tantas veces citada primera cantidad de dinero como anticipo de seguro de vida, se hizo también entrega de este cheque, cuál la razón para que no lo hubiera recibido como ocurrió con el primero sino que la beneficiaria aparezca endosándolo, si se ha de tener en cuenta la presunción de autenticidad de su firma en este instrumento, a favor de la giradora? Realmente lo único que puede deducirse es que ésta no recibió el cheque pues no pudo haberlo consignado ella en su cuenta corriente o de ahorro en el Banco del Estado, desde luego que aparece con un cruce que le impedía hacerlo ya que él indica que sólo podía consignarse en la cuenta corriente de PROINSA.

"Es verdad que ya la jurisprudencia en forma reiterada ha dicho que los finiquitos o recibos de paz y salvo prueban suficientemente el cumplimiento por parte del patrono de las obligaciones discriminadas en el mismo; pero también ha expresado que para que ellos tengan plena validez, no deben ser el fruto del dolo, la coacción o del engaño, y que allí donde surja la posibilidad de la ocurrencia de cualesquiera de estas circunstancias, el patrono debe demostrar con los comprobantes o testigos que hayan presenciado el pago de las prestaciones allí anotadas (Casación de diciembre 9/55).

"Prueba de que en realidad la señora SANGUINETTI DE ZORRILLA, no recibió ni éste ni el último cheque es el hecho de que no hay comprobantes o recibos de pago sino que se relacionan los cheques que como se ha visto no fueron cobrados por ella. Ante este hecho, no puede alegarse o darse por demostrado el pago con el reconocimiento de la firma del ya también varias veces memorado documento de folio 14, porque como lo ha dicho también la Corte, "habiéndose demostrado, según lo admitió el Tribunal, tras de un cuidadoso análisis del material probatorio que el pago a que se refiere el recibo dejó de efectuarse, no bastaba el reconocimiento de la firma para aceptar su contenido como verdadero" (Casación de julio 16/59).

"Del mismo modo que la Sala acoge los anteriores considerandos de la providencia revisada, extiende esta disposición a las liquidaciones por concepto del auxilio de cesantía, de las vacaciones, y los motivos que indujeron al juzgado del conocimiento a despachar favorablemente el cargo por indemnización moratoria, no siendo posible modificar ya su decisión sobre la fecha en que se hace virtual este derecho, a pesar de las muy razonables observaciones del apoderado de la actora fundadas en los artículos 65 y 294 de Código Sustantivo del Trabajo, debido a la sola apelación interpuesta por la parte demandada, cuya situación no puede hacerse más gravosa en esta instancia".

La Sala considera

El artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo estatuye que el trabajador pierde el derecho a recibir cesantía cuando el contrato de trabajo termina por cualquiera de las tres causas que la disposición señala y autoriza también al patrono para que en tales hipótesis retenga el valor de la prestación hasta que la justicia decida.

Naturalmente, cuando el hecho imputado al trabajador es delictuoso, su calificación como tal y la determinación de la responsabilidad que a aquél le quepa en su ocurrencia son temas que incumbe de manera privativa resolver a la justicia penal, una vez lleguen a su conocimiento el hecho y los nombres de los presuntos autores, o al menos lo primero, a través de una denuncia criminal formulada conforme a la ley.

Mientras tal responsabilidad se define de manera cabal, el empleador puede abstenerse legítimamente de pagar la cesantía del sindicado. Pero si se le declara inocente, esa medida provisoria debe cesar y ha de satisfacerse de inmediato la prestación, así como también si el juez penal condena al trabajador, desaparece definitivamente para éste el derecho a percibir la cesantía.

Esto acontece, como es claro, cuando no se ha extinguido la acción penal por alguno de los eventos que para ello establece la ley, como la muerte del sindicado por ejemplo, porque si ocurre así, desaparece definitivamente la posibilidad jurídica de que el juez, a quien le incumbiría pronunciarse sobre la naturaleza ilícita del hecho

denunciado y sobre la responsabilidad en su comisión, pueda llegar a aquella decisión de fondo; y, por ende, en el campo laboral cesa para el patrono el derecho a retener la cesantía del presunto responsable.

Si por motivo de la extinción de la acción criminal, la justicia competente queda en imposibilidad rotunda para decidir en el fondo, mal podría continuar el patrono absteniéndose lícitamente de pagar una cesantía cuya pérdida estaba condicionada a providencia condenatoria contra el trabajador incriminado, que ya jamás puede llegar a proferirse. De pensarse lo contrario, quedaría perpetuado para el empleador el derecho a retener una cesantía en espera estéril de una decisión judicial imposible. Es decir, el trabajador perdería su prestación a pesar de que no hubo ni podrá haber nunca el pronunciamiento definitivo de la justicia que el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo exige para que así ocurra y que, en hipótesis como la examinada, incumbe de manera inexorablemente privativa a la jurisdicción penal, por tratarse de delitos, sin que al juez del trabajo le sea lícito inmiscuirse en esos temas.

Pero si el contrato termina por causa distinta de las que prevé el artículo 250, como la muerte del trabajador, vr. gr., es indudable que el derecho patronal de retener la cesantía no existe, aún en el evento de que el delito atribuido al empleado se descubra después de su deceso, ya que dicho precepto es de excepción y no susceptible, por tanto, de aplicación analógica.

De otra parte, los herederos del presunto delincuente en ningún caso deberían responder por el ilícito, dada la individualidad del delito y de su pena que no los hacen transmisibles a persona distinta del propio incriminado, conforme a principios universales del derecho penal.

Al aplicar estas reflexiones en el caso sub judice, donde el contrato terminó por la muerte del empleado Zorrilla, según lo admiten ambos litigantes, y, sin embargo, la empresa retuvo la cesantía y la compensación monetaria de vacaciones del fallecido bajo el aserto de haber hallado después de muerto Zorrilla que éste había delinquido contra sus intereses, resulta sencillo encontrar que Proinsa no tenía derecho a hacer tal retención que, de consiguiente, fue ilegítima. Estas reflexiones muestran que no es cierto que el sentenciador ad quem hubiese violado los preceptos que se invocan en la primera fase de la acusación, y que se complementan para hacer operante la indemnización moratoria, que el recurrente impugna, con la calificación como de mala fe que a la conducta de Proinsa le da por las maquinaciones relativas a aparentar un pago de $ 27.269.00 por seguro de vida a los demandantes, a que alude el fallador prohijando conceptos del juez a quo (fls. 8 ss. C. 2º).

Todo ello a pesar de que al recurrente le asiste la razón en cuanto a que la falta de pago del seguro de vida no da base para aplicar la sanción establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo porque se trata de una indemnización que se causa por la muerte del trabajador y que obviamente no pudo formar parte de su patrimonio y no de salario o de prestaciones sociales debidos a éste y cuya no cancelación oportuna es la fuente exorosa de dicha sanción, conforme al precepto aludido, cuyos alcances no pueden extenderse a hipótesis distintas de la señalada en el texto legal por la misma naturaleza jurídica de éste.

La procedencia, en efecto, de este matiz de la acusación no basta para infirmar el criterio del Tribunal sobre la viabilidad de la indemnización moratoria reclamada en el juicio, desde luego que, conforme acaba de estudiarse, ese criterio tiene varios soportes más, que, según quedó visto, no resultan desvirtuados por el recurrente.

En cuanto al segundo aspecto del cargo, es decir el relativo a la ilegalidad de la condena contra Proinsa al pago de un reajuste del seguro de vida en cuantía de $ 27.269.00, basta leer el artículo 22 del Decreto legislativo 2351 de 1965 para convencerse de que el recurrente tiene la razón en cuanto a él, puesto que si esa norma limita la cuantía del seguro de vida para casos como el presente a $ 30.000.00, el hecho reconocido por el sentenciador ad quem, acogiendo el criterio del juez, de que la

compañía ya les pagó a los beneficiarios por este concepto la suma de $ 39.000.00, deja en evidencia que ya está satisfecha con creces tal prestación y, por ende, no había lugar a que se condenara a cancelar un reajuste en su cuantía.

Al prosperar, en consecuencia, esta fase de la impugnación, debe casarse el fallo recurrido en cuanto a ella atañe, y, ulteriormente, en sede de instancia y con fundamento en lo que acaba de expresarse al respecto, revocar la Sala el ordinal c), numeral 1º, de la sentencia del juez a quo y, en su reemplazo, absolver a la empresa demandada de la súplica sobre pago de seguro de vida hecha en el libelo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido en cuanto confirmó la condena hecha por el del primer grado contra la empresa demandada al pago de $ 27.269.00 por concepto de reajuste del seguro de vida que reclaman los demandantes y, en sede de instancia, revoca el ordinal c), numeral 1º de la sentencia que profirió el Juez 1º Laboral de Cali en este proceso y, en su lugar, absuelve a "Promociones de Crédito e Inversiones S. A., Proinsa" del pago de seguro de vida que en el libelo se le reclama.

No casa en lo demás el fallo recurrido.

Sin costas en casación.

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

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PENSIONES ESPECIALES DE JUBILACION DESPUES DE 15 AÑOS DE SERVICIOS

La continuidad en el servicio durante quince años para merecer pensión de jubilación a los cincuenta de edad que el artículo 271 del Código Sustantivo del Trabajo exige en ciertas hipótesis, como la de las labores realizadas a temperaturas anormales, no implica, ni razonablemente podría implicar, que el trabajador rinda la totalidad de su jornada sometido a aquellas temperaturas porque entonces bastaría la más breve y accidental interrupción para que no llegara a cumplirse el requisito de la continuidad y se perdiera el derecho a la pensión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., enero treinta de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5244. Acta Nº 2.

Cristalería Peldar S. A. fue demandada por Gonzalo Mejía Guerrero para reclamarle el pago de pensión de jubilación derivada de haberle servido a la empresa durante más de quince años en labores que se realizan a temperaturas anormales. Dijo que ingresó a la compañía el 1º de septiembre de 1956 como operador de máquinas en formación, cuyas tareas fundamentales consisten en sacar la producción y lubricar las maquinarias y deben ejecutarse a una temperatura mayor de cincuenta grados centígrados, que califica de anormal. Añade que continúa al servicio de Peldar, que su salario es de $ 78.45 al día, más el recargo por trabajo nocturno cuando le corresponde trabajar en esa jornada y que supera los 50 años de edad.

La empresa aceptó la fecha de ingreso de Mejía Guerrero y el monto de su salario básico así como la naturaleza de las tareas que le corresponde cumplir a un operador de máquinas en formación, pero sin admitir que debe cumplirlas de manera permanente durante su jornada de trabajo ni tampoco sujeto a temperaturas anormales, circunstancia de la cual exigió que fuera probada.

El Juez Laboral de Envigado conoció del litigio y en su fallo del 14 de agosto de 1974 condenó a Peldar a satisfacer la pensión reclamada. Apeló ésta y el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 28 de abril de 1975, confirmó la del juez.

Para impetrar que se deje sin efecto tal decisión, se revoque la del juzgado y se la absuelva luego, Peldar recurrió en casación. Formula dos cargos en su demanda (fls. 9º a 13 de este cuaderno) que fueron replicados por el actor Mejía Guerrero (fls. 18 a 27 ibídem).

Conviene analizar ahora el mérito de la impugnación:

Primer cargo

Dice así: "Violación, por vía directa e interpretación errónea, del artículo 271 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 260, 269, 270 y 273 ibídem, y 10 del Decreto 617 de 1954.

"Independientemente de las cuestiones de hecho, pues el sentenciador admite que la actividad del señor Gonzalo Mejía Guerrero no se desarrolló de manera CONTINUA a temperaturas anormales, sino de manera intermitente o durante 'la mayor parte del tiempo' en esas condiciones, entiende

el precepto excepcional contenido en el artículo 271 del Código del Trabajo como si no exigiera aquélla 'continuidad' durante no menos de quince años, sino apenas en la mayor parte de esos quince años. Y no es así.

"El artículo 260 del código, que establece la pensión plena de jubilación, habla de veinte años de servicios 'continuos o discontinuos' con edad de 55 años; el artículo 269 del mismo estatuto, tal como fue modificado por el Decreto 617 de 1954, elimina la consideración de la edad para los operadores de radio, cable y similares, pero mantiene la condición de los veinte años 'continuos o discontinuos de trabajo', el artículo 270 hace aplicable esta última disposición a los aviadores, a los mineros de socavón y a las 'labores que se realicen a temperaturas anormales', con lo cual les extendió a éstos el requisito de veinte años 'continuos o discontinuos' en labores a temperaturas anormales, a cualquier edad. Pero el artículo 271 del código, al rebajar de veinte a quince años el requisito de los servicios a temperaturas anormales, y rebajar la edad de cincuenta y cinco años a cincuenta, ya no habló de servicios continuos o discontinuos sino, enfáticamente, de servicios 'continuos'. Y más aún: El artículo 273 del estatuto aclaró: 'la continuidad o discontinuidad a que aluden los artículos 269, 270, 271 y 272 no se refiere al contrato de trabajo sino A LA ACTIVIDAD o profesión de que se trate'.

"Entender, entonces, que donde el legislador exige quince años CONTINUOS en una actividad que se desarrolle a temperaturas anormales, ha querido exigir apenas LA MAYOR PARTE DEL TIEMPO de esos quince años, es un evidente error.

"De no haber incurrido en tal error de entendimiento el sentenciador de Medellín, no se habría conformado con que Mejía Guerrero hubiera trabajado 'a temperaturas anormales' la mayor parte de los quince años requeridos por la norma sustancial, y habría revocado el fallo del Juzgado Laboral de Envigado que condenó a mi mandante a pagar la pensión excepcional impetrada".

Se considera

La continuidad en el servicio durante quince años para merecer pensión de jubilación a los cincuenta de edad que el artículo 271 del Código Sustantivo del Trabajo exige en ciertas hipótesis, como la de las labores realizadas a temperaturas anormales, no implica, ni razonablemente podría implicar, que el trabajador rinda la totalidad de su jornada sometido a aquellas temperaturas porque entonces bastaría la más breve y accidental interrupción para que no llegara a cumplirse el requisito de la continuidad y se perdiera el derecho a la pensión.

Esa continuidad significa realmente que el candidato a la pensión haya desarrollado su labor profesional de manera permanente, es decir sin variaciones, durante los quince años y sometido a temperaturas distintas a la del medio ambiente del lugar, que le causen un agotamiento acelerado de su resistencia biológica y su capacidad laboral, aunque no todo el tiempo de su jornada cotidiana deba actuar bajo el influjo directo de aquel ambiente artificial, considerablemente más caliente o más frío que el clima geográfico del sitio de trabajo y creado por las condiciones mismas en que éste de modo necesario haya de ejecutarse o por la índole intrínseca del servicio que el trabajador se obligó a prestar.

No es posible concluir entonces que el sentenciador ad quem hubiera errado en la interpretación del aludido artículo 271 cuando consideró suficiente que el señor Mejía hubiese cumplido la mayor parte de su jornada sujeta a temperaturas anormales para que tuviera derecho a la pensión que reclama. Y, en estas circunstancias, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Está planteado así: "Violación, por vía indirecta y por aplicación indebida, del artículo 271 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 260, 269, 270 y 278 ibídem, y 10 del Decreto 617 de 1954, a consecuencia de evidente error de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda y su contestación, del acta de inspección judicial (fl. 19 vto.), de los datos pedidos por el perito (fls. 26 y 29) y suministrados por la empresa (fls. 36 a 39) y del dictamen pericial y sus cuadros anexos. Los errores consecuenciales fueron dar

por demostrados, sin estarlo, que el señor Gonzalo Mejía Guerrero desarrolló actividades a temperaturas anormales durante no menos de quince años continuos, o sea durante la jornada ordinaria completa en esos quince años, inclusive durante los ocho primeros años en que estuvo de ayudante y no de operario de la sección máquinas en formación; y no dar por demostrado, estándolo, que su sometimiento a temperaturas anormales era intermitente y que durante una cuarta parte del ciclo de actividades como operario estaba cerca del ventilador y no a temperaturas anormales.

"En la demanda, el actor afirma que el cargo desempeñado desde su ingreso fue el de operador de máquinas en formación; la empresa lo niega en su contestación, y en la inspección judicial aparece evidenciado que estuvo los primeros ocho años como 'ayudante' y no como operario de la sección. Por parte alguna del expediente aparece siquiera una afirmación relacionada con la actividad de los ayudantes, salvo en la pericia cuando se dice que el ayudante reemplaza al operario junto a las máquinas cuando se ausenta a almorzar. La afirmación del sentenciador respecto de que el ayudante está sometido a las mismas condiciones de temperatura anormal, y DURANTE EL MISMO TIEMPO, que el operario, es totalmente gratuita y desde luego errónea.

"En los anexos al dictamen pericial, se indican las temperaturas de las cuatro zonas; la descripción que el propio perito se ve forzado a hacer de la función del operario en la 'fase 4' (ver fl. 33) es esta: 'Pararse al frente o al lado del ventilador para beneficiarse del aire fresco'. Y cuánto dura esa 'fase 4', correspondiente a la zona 'C'? De cada ciclo de cuatro minutos, el 33,5%, con una temperatura mínima de 25 y máxima de 41 grados centígrados. Podrá reputarse 'anormal'?

"Si se quitan los ocho años de ayudante, cuyas funciones no aparecen probadas, y de los nueve restantes se quita el 33.5% de la 'fase 4' bajo el ventilador, saltará a la vista el error de dar por probados quince años CONTINUOS de actividad a temperaturas anormales del señor Mejía Guerrero.

"Esos errores de hecho indujeron al sentenciador a aplicar, el artículo 271, que permite jubilar a los 50 años de edad pero después de quince años de servicio CONTINUOS a temperaturas anormales, a un caso en que no es pertinente".

Se observa:

En cuanto atañe al primer aspecto del cargo, donde se dice que el Tribunal erró cuando halló comprobado sin estarlo que Mejía Guerrero cumplió la totalidad de su jornada sujeto a temperaturas anormales, basta recordar que, conforme quedó esclarecido en el estudio del cargo anterior, este requisito no lo exige la ley como presupuesto de la pensión consagrada en el artículo 271 del código, para que se disipe la fuerza de la impugnación.

Y en cuanto se refiere al segundo argumento, que consiste en que Mejía durante sus primeros ocho años de labores fue ayudante y no operador de máquinas en formación y, por ello, carece de derecho a la pensión por cuanto las funciones del ayudante no se establecieron ni quedó en claro que estuviera sujeto a las mismas condiciones de temperatura anormal del operador, son suficientes para desvanecer el ataque las reflexiones que a este respecto trae el fallo impugnado y que dicen así:

"Y para concluir valga la siguiente observación sobre la glosa del personero judicial de la demandada, en el sentido de que el actor estuvo varios años como ayudante del operador de máquinas de formación y que aquí no se hizo el estudio respectivo de ese oficio sino el del titular. Para la Sala resulta de notoria evidencia, por lógica, la afirmación de que el auxiliar o ayudante de un operador de este tipo de máquinas está igualmente expuesto a temperaturas anormales durante la misma porción en promedio de la jornada diaria. Se ayuda o auxilia a quien tiene la responsabilidad de la operación, pero en las mismas actividades que le son propias. No existe razón para pensar que tal colaboración pueda sustraer de las condiciones ambientales del operador, a su ayudante o auxiliar, a quien está llamado precisamente a aportar su esfuerzo físico en complemento de aquél y a prepararse bajo su vigilancia, orientación y dirección para sustituirlo en virtud del sistema de ascensos existentes en las empresas y palpable en la demanda-

da de conformidad con los oficios que desempeñó el señor Mejía Guerrero.

No prospera el cargo, de consiguiente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXAMEN MEDICO DE RETIRO

Observa la Sala que en el fondo el fallador de segunda instancia hace una interpretación de la cláusula 11 de la Convención Colectiva de junio 24 de 1965, relacionándola con los artículos 57-7 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Mas como estimó que el demandante solicitaba la indemnización por mora contemplada en el segundo de tales artículos se estudiará la acusación que se hace por vía directa y no a través de errores de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero once de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta número 4.

Raúl Edmundo Obando Hernández demandó por medio de apoderado judicial a la Empresa Puertos de Colombia, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se la condene a pagarle lo siguiente: Doscientos veintiún pesos con sesenta y cinco centavos ($ 221.65) diarios desde el 27 de noviembre de 1969 hasta la fecha en que se le entregue el certificado en que conste la práctica del examen médico al que debió sometérsele en el momento de su retiro, con resultados satisfactorios, auxilio de cesantía, primas semestrales, subsidio de alimentación y subsidio educacional, correspondiente al período comprendido entre la fecha de iniciación de servicios y aquélla en que se efectúe la entrega del certificado médico.

Los hechos en que fundamenta la demanda los relata así su apoderado judicial: "PRIMERO: El señor Raúl Edmundo Obando Hernández, mi poderdante, fue contratado para prestar sus servicios a la empresa Puertos de Colombia a partir del día primero (1º) de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964). SEGUNDO: El señor Obando prestó sus servicios a la empresa demandada, en forma continua, desde la fecha indicada hasta el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), inclusive. TERCERO: A petición de la empresa, se convino entre las partes dar por terminado el contrato de trabajo que vinculaba al señor Obando con Puertos de Colombia, a partir del día veintisiete (27) de noviembre de 1969. CUARTO: A la terminación del contrato, la Empresa no entregó a mi mandante, como era su obligación no solamente legal sino convencional, la orden para que le fuera practicado el examen médico detallado y completo correspondiente. QUINTO: La Convención suscrita entre la Empresa demandada y el Sindicato de sus Trabajadores, establece la obligación de aquélla de ordenar la práctica de un examen médico detallado y completo a todos los trabajadores de la Empresa en Bogotá, en el momento de su retiro, cualquiera que sea la causa, y determina que no habrá lugar a la liquidación del auxilio de cesantía sino después de la presentación del certificado médico en el cual conste la práctica de este examen con resultados satisfactorios. SEXTO: De acuerdo también a lo ordenado en la Convención Colectiva de Trabajo, mi representado tenía derecho a recibir, y efectivamente recibió hasta la fecha de su retiro, una prima semestral equivalente a un mes de salario que se pagaba proporcionalmente si el tiempo era menor de seis meses y la última liquidación y pago de

esta prima se le hizo con base en un promedio salarial de $ 7.309.02. SEPTIMO: Así mismo y por disposición de la convención colectiva, el señor Obando recibía un subsidio educacional de trescientos sesenta pesos ($ 360.00) mensuales y un subsidio de alimentación de catorce pesos ($ 14.00) diarios. OCTAVO: La última reclamación formulada para que se diera cumplimiento a la obligación de entregar al señor Obando la orden para que le fuera practicado el examen médico de que se ha hablado y para que se le pagaran las sumas que ahora se demandan, fue presentada por el suscrito, a nombre del señor Obando, en escrito presentado en las oficinas de Puertos de Colombia en esta ciudad, el día seis (6) de junio del año en curso. Esta petición no ha recibido respuesta de ninguna naturaleza, a pesar de mi personal insistencia. NOVENO: De acuerdo con lo anterior, se halla vencido el término establecido para considerar agotado el procedimiento gubernativo de esta reclamación. DECIMO: El último salario promedio devengado por mi mandante fue la suma de siete mil trescientos nueve pesos con dos centavos ($ 7.309.02) moneda corriente".

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Puertos de Colombia aceptó los hechos primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo, con aclaraciones, y negó o dijo no constarle los demás. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones: "Con el carácter de previa: a) La de cosa juzgada. Que presentó como previa de conformidad con el artículo 97 del Código Judicial y que está sustentada con el acta de conciliación de fecha septiembre 30 de 1969, suscrita entre el trabajador Obando Hernández, el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, en Bogotá, y Colpuertos de común acuerdo; b) La de prescripción: Por haber transcurrido más de 3 años de haberse hecho exigible la obligación; c) La de falta de competencia e inepta demanda por no agotamiento de la vía gubernativa, pues, como lo dijimos anteriormente el apoderado del actor presentó una solicitud extemporánea que no agotó legalmente la vía gubernativa. Subsidiariamente propongo esas mismas excepciones como perentorias. Con el carácter de perentorias: a) Las de pago e inexistencia de la obligación".

En la primera audiencia de trámite el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de cosa juzgada, de prescripción, inepta demanda e incompetencia de jurisdicción. Cumplido el trámite de rigor dictó sentencia el veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, por medio de la cual condenó a Puertos de Colombia a pagar a Raúl E. Obando Hernández la cantidad de doscientos treinta y nueve pesos con 40/100 ($ 239.40) diarios, a partir del 27 de noviembre de 1969 y hasta el día en que se entregue al demandante el certificado médico de retiro; absolvió a la demandada de las demás peticiones que le fueron formuladas y declaró no probadas las excepciones perentorias de pago e inexistencia de la obligación; condenó en costas a Puertos de Colombia en un 30%.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral decidió el doble recurso en sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco, que revocó la condena de $ 239.40 diarios a partir del 27 de noviembre y hasta cuando se le entregara el certificado médico de retiro, y en su lugar absolvió a Puertos de Colombia de esa petición; confirmó las otras decisiones del a quo y en cuanto a costas, las hizo de cargo del demandante en ambas instancias.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de Obando Hernández, que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la respectiva demanda extraordinaria. No se presentó escrito de oposición por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Aspira la impugnación a que la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, case la providencia recurrida en cuanto, en el punto primero de su parte resolutiva, revocó el punto primero de la sentencia de primera instancia; en el punto segundo confirmó el punto segundo de la misma

sentencia; en el punto tercero revocó el punto cuarto de la mencionada sentencia y en el punto cuarto condenó en costas a mi representado, en ambas instancias, para que en su lugar y como Tribunal de Instancia, confirme la condena proferida en el punto primero de la sentencia de primera instancia y, además, condene a la empresa demandada al pago del auxilio de cesantía, y al pago de las primas semestrales y del subsidio educacional que fueron negados en las sentencias de primera y de segunda instancia, en la forma solicitada en la demanda, así como al pago de las costas de todo el proceso".

Presenta el recurrente tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden:

Cargo primero

"Violación por aplicación indebida, de los artículos 65 y 57, numeral 7º, del Código Sustantivo del Trabajo y, como consecuencia de ella, violación directa por no aplicación, de los artículos 4º y 492 del mismo Código citado. En el contrato de trabajo presentado como prueba por la parte actora, consta que la empresa demandada es 'una entidad autónoma con personería jurídica propia, creada por la Ley 154 de 1959' (fl. 5); en la demanda se afirma, acompañando la prueba correspondiente (y en la sentencia de primera instancia se declara comprobado), que se agotó la vía gubernativa antes de iniciar la demanda; en la contestación de la demanda se afirma que no se agotó la vía gubernativa y se impetra este hecho como excepción previa (fl. 56); por último, en la copia de la Resolución 10441, por medio de la cual se reconoce y ordena pagar al señor Obando el valor de algunas prestaciones sociales, documento este presentado como prueba por la demandada, (fl. 59) aparece claramente visible un sello de revisión y aprobación de la Contraloría General de la República. Para mayor abundancia acompaño a la presente demanda, fotocopia autenticada de la parte pertinente del Diario Oficial número 33.334, de junio 9 de 1971, en donde aparece el Decreto 730 de 1971, por medio del cual se aprueban los Estatutos de la empresa Puertos de Colombia, y en cuyo artículo 2º se dice que ella es 'un establecimiento público'. De todas estas circunstancias se infiere en forma clara e inobjetable, que a los trabajadores de la empresa demandada no les son aplicables las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a las relaciones individuales de trabajo se refiere, según clara y expresa disposición del artículo 4º de dicho Código, en concordancia con el artículo 492 de la misma obra. De manera que al afirmar el ad quem, que el artículo 11 de la Convención Colectiva, en el que se fundamenta la acción, 'no puede interpretarse en forma aislada, sino siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia y de las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo', mencionando luego lo establecido por los artículos 57, numeral 7º, y 65 de dicho Código, para con base en ese razonamiento negar la primera petición de la demanda, revocando el punto primero de la sentencia de primera instancia, aplicó en forma indebida las disposiciones citadas, que están incorporadas en la Primera Parte, Derecho Individual del Trabajo, del Código tantas veces mencionado y por lo tanto no eran pertinentes al caso, a la vez que, como consecuencia de esta aplicación indebida, violaba en forma directa, por no aplicación, el artículo 4º y el artículo 492 de la misma obra, ya que el primero de ellos dispone que las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de empresas del Estado no se rigen por ese Código, y el segundo precisa el concepto al disponer que continúan vigentes las normas que regulan el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales. Siendo la única norma aplicable, adicionalmente por reglamentar exhaustivamente el tema, el artículo 11 de la convención colectiva, presentada como prueba en forma oportuna y adecuada en el proceso, que establece, 1º: que se someterá a los trabajadores a un examen médico detallado y completo, en el momento de su retiro; 2º: que no habrá lugar a la liquidación del auxilio de cesantía mientras no se haya entregado al trabajador el resultado del examen; 3º: que el trabajador continuará devengando el salario completo por todo el tiempo hasta cuando reciba el resultado del examen, y 4º: que la empresa no se halla en mora en el cumplimiento de esta obligación, si habiendo en-

tregado al empleado la orden para que se someta al examen, éste no se presenta ante el médico designado para su práctica, es preciso concluir, con el fallador de primera instancia, que no habiendo demostrado la empresa que hubiera expedido la orden correspondiente, el señor Raúl Edmundo Obando tiene derecho a seguir devengando su salario completo hasta cuando la empresa cumpla con esa obligación".

Se considera

Sobre la primera petición del libelo inicial dijo el Tribunal Superior:

"Al estudiar la petición el a quo aplicó el artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y su Sindicato de Trabajadores, con fecha 24 de junio de 1965, cuya vigencia se PRORROGO HASTA EL 31 de diciembre de 1970, de conformidad con los documentos que obran a folios 145 a 158 del expediente, manifestando que las partes acordaron en el citado artículo 11, lo siguiente: 'Artículo 11. Exámenes Médicos de Retiro. Todos los trabajadores de la empresa en Bogotá serán sometidos en el momento del retiro, cualquiera que sea la causa, a un examen médico detallado y completo y no habrá lugar a la liquidación del auxilio de cesantía sino después de la presentación del certificado médico en el cual conste la práctica de este examen con resultados satisfactorios. Es entendido que el trabajador continuará devengando salario completo por todo el tiempo hasta el día que reciba el certificado en mención. PARAGRAFO. Se entenderá que la empresa no se halla en mora si habiendo entregado al empleado la orden para que le sea practicado dicho examen, éste no se presenta al médico designado, cesando toda obligación y responsabilidad de la Empresa (5) días hábiles después de entregada la orden, salvo que existan motivos justificados a juicio de la Empresa'. Del examen de la cláusula convencional que se acaba de transcribir, concluye el a quo que la empresa asumió directamente la obligación de practicar examen médico de retiro a sus trabajadores al ocurrir éste, cualquiera fuere la causa del mismo. Agrega luego, que si la demandada desea exonerarse de la sanción establecida en el artículo 11 atrás citado, debe demostrar que entregó al trabajador la orden para que se le practicara el respectivo examen y que como no obra en el expediente prueba alguna mediante la cual se acredite que la demandada cumplió dicha obligación, no hubo negligencia por parte del actor, sino incumplimiento de la Empresa, por lo cual condenó a ésta a pagarle al actor la suma de $ 239.40 diarios desde el 27 de noviembre de 1968, fecha de terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento (fls. 58 y 59) y hasta el día en que se entregue al trabajador el certificado médico de retiro. La cláusula de la Convención no puede interpretarse en forma aislada, sino siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia y de las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. En lo atinente a la práctica del examen médico previsto en dicha cláusula ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente: 'Al demandante corresponde acreditar plenamente que solicitó el examen médico de retiro, pues la obligación patronal de hacer practicar al trabajador el examen sanitario, y expedirle el correspondiente certificado a la expiración del contrato, está condicionada al hecho que éste 'lo solicite' (Sentencia 28 de febrero de 1959, G. J., XC, 268). (Subraya la Sala). Si bien es cierto que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en su inciso 3º, establece una sanción para el patrono, consistente en una indemnización igual al último salario diario por cada día de retardo, en caso de que aquél no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud, no es menos evidente que dicha sanción está condicionada o subordinada a que el trabajador solicite la expedición de dicho certificado, como lo dispone el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su parte pertinente, dice: 'Obligaciones especiales del patrono. 7º Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación en que conste el tiempo de servicios, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su

culpa elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente'. (Subraya la Sala). No aparece en el expediente constancia alguna de que el demandante hubiera solicitado de la Empresa se le expidiera el certificado médico respectivo, razón por la cual debe revocarse lo resuelto por el a quo, que condenó a la Empresa al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Observa la Sala que en el fondo el fallador de segunda instancia hace una interpretación de la cláusula 11 de la Convención Colectiva de junio 24 de 1965, relacionándola con los artículos 57-7 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Mas como estimó que el demandante solicitaba la indemnización por mora contemplada en el segundo de tales artículos se estudiará la acusación que se hace por la vía directa y no a través de errores de hecho.

Estando considerada la Empresa Puertos de Colombia como un establecimiento público, por regla general, salvo disposición especial o en algunos casos convencional, las normas aplicables para los trabajadores vinculados con contratos de trabajo son las anteriores al Código Sustantivo del Trabajo, como se desprende de los artículos 4º y 492 de dicho Estatuto. La anterior conclusión llevaría a la prosperidad del cargo a casar la sentencia recurrida por haberse aplicado indebidamente los artículos 57-7 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, en la decisión de instancia encontraría la Sala disposiciones de la legislación anterior similar a esos artículos que respaldarían la argumentación y decisión del Tribunal Superior.

Así el artículo 3º del Decreto 2541 de 1945 dice: "Adiciónase el artículo 26 del Decreto número 2127 de 1945, con el siguiente ordinal, que se considerará incorporado entre los ordinales 10 y 11 del mismo: 'Hacerle practicar examen médico al trabajador que lo solicite a la expiración del contrato y hacerle expedir el correspondiente certificado de salud, siempre que haya sido sometido anteriormente a otro examen como condición para ingresar a la empresa o para permanecer en ella'".

No hay razón alguna para interpretar la cláusula 11 de la Convención Colectiva en el sentido de que eliminó el requisito establecido en el artículo 3º del Decreto 2541 de 1945, pues tratándose de un examen médico que debe hacerse al trabajador, es lógico que sea éste quien lo solicite como un derecho, petición que debe hacer dentro de un término prudencial. Hecha la solicitud correspondiente opera la cláusula 11 de la Convención Colectiva, que extendió el derecho a todos los trabajadores, aun cuando no se les hubiere practicado el examen médico al ingreso o durante la ejecución de la relación laboral, y precizó los derechos de los mismos para el caso de incumplimiento por parte de la Empresa Puertos de Colombia.

El artículo 9º del Decreto 2541 de 1945 dispone: "Adiciónase el artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945, con el siguiente parágrafo: 'Tampoco se considerará terminado el contrato de trabajo mientras no se practique el nuevo examen médico de que trata el ordinal 11 del artículo 26 y no se le dé el correspondiente certificado de salud al trabajador, a menos que éste, por su culpa, eluda, dificulte o dilate dicho examen'".

El artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945, sustituido por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, fue interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que la no terminación del contrato a que se refiere la norma, significaba que el trabajador tenía derecho a una indemnización de un salario diario durante la mora en la satisfacción de las obligaciones del patrono, interpretación que expresamente acogió el legislador en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En resumen: las normas vigentes anteriores al Código Sustantivo del Trabajo son similares a los artículos 57-7 y 65 de esta obra, por lo cual la aplicación de aquéllas no conduciría a soluciones diferentes a las que llegó el sentenciador con la de las del Código, aun cuando hubiese sido indebida. Quedaría en consecuencia incólume la argumentación del fallo recurrido, lo que impide su quebrantamiento.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Segundo cargo

Como consecuencia de error consistente en apreciación equivocada del contenido del artículo 11 de la Convención Colectiva que, como prueba fundamental, se allegó al expediente, el fallo viola los artículos 1º de la Ley 65 de 1946 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo. Cuando la sentencia impugnada niega el auxilio de cesantía solicitado, afirma que tal prestación solamente debe liquidarse teniendo en cuenta el tiempo realmente laborado por el trabajador; por su parte, el fallador de primera instancia, a cuyos argumentos se acoge el Tribunal manifiesta que "En el artículo 11 de la Convención a que tantas veces nos hemos referido, se establece una sanción para la demandada en el caso de que incumpla con la obligación de expedir al trabajador la orden para el examen médico de retiro sin que en dicha norma se haya establecido que en caso de mora de la demandada, el contrato de trabajo recobre su vigencia'. Esta argumentación es un desarrollo más de la tendencia mostrada a considerar aplicables las normas del derecho individual contenidas en el Código Sustantivo a los trabajadores oficiales. Por esa razón, por tratar de establecer la imposible concordancia entre el artículo 65 del Código y el artículo 11 de la Convención, se aprecia equivocadamente su contenido y se afirma que él establece una sanción para el incumplimiento de la empresa. Es lógico que las convenciones colectivas que suscriban los trabajadores, señalen avances en relación con la legislación que les es propia y no con la que a otros atañe; si el contenido del artículo 11 de la Convención, se analiza considerándolo como un avance sobre la legislación de los trabajadores oficiales, aplicable en este caso, se aprecia perfectamente que lo que allí se establece no es una sanción, como lo considera el fallador; lo que este artículo trae es una conquista en relación con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en virtud de la cual el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales recobra su vigencia, si transcurridos noventa días después de terminado, no han sido pagadas al interesado la totalidad de sus prestaciones sociales. Pero el artículo 11 no establece sanción ni revive el contrato; lo que esta norma determina con claridad meridiana, es que la relación laboral no termina sino después de practicado el examen médico con resultados satisfactorios. Basta leer desprevenidamente la norma citada para llegar a esta conclusión; en efecto, en ella se emplean dos expresiones perfectamente claras en este sentido: la primera cuando dice que 'no habrá lugar a la liquidación del auxilio de cesantía sino después de la presentación del certificado médico', es decir, que no cesará la relación laboral sino después de la presentación del certificado, pues es norma imperativa que el auxilio de cesantía no puede liquidarse, salvo excepciones no pertinentes, sino cuando el contrato de trabajo termina, de manera que si no hay lugar a liquidarlo es porque el contrato no ha terminado. La segunda, cuando agrega para hacer mayor claridad: 'Es entendido que el trabajador continuará devengando salario completo por todo el tiempo hasta el día que (sic) reciba el certificado en mención' (el subrayado es mío). La expresión no puede ser más clara: no se establece sanción; es que como el contrato de trabajo continúa vigente, el trabajador continúa devengando su salario completo, y recordemos que devengar significa adquirir derechos a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. Creo en esta forma haber demostrado el error cometido por el fallo impugnado, al apreciar el contenido de la Convención Colectiva, allegada como prueba al proceso, error que lo llevó a considerar que no había lugar a tener en cuenta el tiempo que transcurra hasta cuando el demandante reciba el certificado médico, para liquidar el auxilio de cesantía, violando así el artículo 1º de la Ley 65 de 1946, que regula este derecho para los trabajadores oficiales y es, por tanto, aplicable al demandante, y el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que da poder suficiente a las convenciones colectivas para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia".

Se considera

Al estudiar el cargo anterior se dijo cómo el Tribunal Superior no anduvo equivocado al concluir que la cláusula 11 de la Convención debía entenderse en el sen-

tido de que las obligaciones de Puertos de Colombia allí establecidas surgían una vez que el trabajador solicitara el examen médico y éste no le fuera concedido por el patrono, pues este requisito, establecido por el artículo 3º del Decreto 2541 de 1945, no fue eliminado por la estipulación convencional. Ante esa circunstancia no opera en el caso en estudio la cláusula 11, por cuanto no se acreditó que el demandante hubiese solicitado la práctica del examen médico. Por lo tanto no tendría derecho al auxilio de cesantía por el tiempo transcurrido hasta la fecha en que se le practicara el examen médico, aún en el caso de que la cláusula 11 permita esa solución. El cargo no prospera.

Cargo tercero

Como consecuencia de error, consistente en apreciación equivocada del contenido del artículo 11 de la Convención Colectiva allegada como prueba al expediente, el fallo viola el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo. Si para tener derecho a recibir las primas semestrales y el auxilio educacional, era preciso tener la calidad de trabajador, y si, como se clarificó en el cargo anterior, el contrato de trabajo del señor Obando y Puertos de Colombia continúa vigente, el demandante tiene derecho a recibir las primas y el auxilio solicitados, ya que tiene todavía la calidad de trabajador. Como consecuencia del error de hecho en que se incurre al apreciar la prueba y por ello negar la vigencia del contrato para, como consecuencia, rechazar la petición de pago de las primas semestrales y del auxilio educacional, pactados también en la misma Convención, se violó el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, que faculta a las Convenciones Colectivas para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia".

Se considera

El cargo anterior perseguía el pronunciamiento y pago del auxilio de cesantía por el tiempo transcurrido desde la iniciación de los servicios del demandante hasta la fecha en que se efectúe la entrega del certificado médico de retiro. Este pretende que se paguen las primas semestrales y los subsidios de alimentación y educación por el mismo período.

Mas como en la acusación anterior, aún el supuesto de que la cláusula 11 de la convención colectiva contemplara la continuidad del contrato de trabajo hasta cuando al trabajador se le practique examen médico de retiro y se le entregue el correspondiente certificado, no aparece que el demandante hubiese solicitado dicho examen en los términos del artículo 3º del Decreto 2541 de 1945, por lo cual, como lo estimó el Tribunal Superior, no surgen las obligaciones del patrono ni los derechos del trabajador consagrados en dicha cláusula 11. El cargo, en consecuencia, no prospera.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco 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, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

En efecto, la fuerza mayor o el caso fortuito cuando realmente aparezcan comprobados en el campo laboral hacen cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio y sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello. — Ambas son víctimas de la fuerza mayor: el empresario queda privado de la posibilidad de continuar su negocio y el trabajador de la de prestar el servicio y de recibir así un salario. — Pero ninguno de los dos contratantes es culpable del infortunio de su antigua contraparte ni, por ende, está obligado a indemnizar perjuicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., febrero diez y ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5122. Acta Nº 3.

Con el propósito de obtener la casación parcial en cuanto a la absolución respecto al pago de indemnizaciones por despido injusto y por mora, Blanca Marín Duque recurre contra el fallo dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín el 22 de enero de 1975 en el juicio que ella propuso contra la firma "Procesadora de Leches, Prolecho S. A.".

Para ese fin, propone cuatro cargos en su demanda de casación (fls. 6 a 19 de este cuaderno), a cuya prosperidad se opone Proleche (fls. 23 y 24 ibíd.).

Conviene examinar ahora los planteamientos de la acusación:

Primer cargo

Dice así: "Acuso la citada sentencia de segunda instancia de violar directamente, por aplicación indebida, el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que subroga el artículo 64 del Código Civil, lo que condujo a la aplicación, también indebida, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los artículos 6º y 7º del mismo Decreto y el artículo 3º de la Ley 48 de 1968".

En la demostración del cargo y luego de transcribir un párrafo del fallo acusado, el recurrente dice que en nuestra legislación laboral la fuerza mayor no está consagrada como justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, y aunque reconoce que el artículo 1604 del Código Civil considera a la fuerza mayor como exonerante de responsabilidad, dice que ese principio rige para las obligaciones civiles y no para las laborales.

Añade que la ley del trabajo tiene a la fuerza mayor como evento de suspensión del contrato laboral o como causa para la terminación de él a través del cierre de la empresa. Pero que el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 separa inconfundiblemente los modos de finalizar el contrato: el ordinal e) se refiere a la clausura de la empresa y el h) a la decisión unilateral en las hipótesis previstas por los artículos 7º y 8º del mismo Decreto y el primero de ellos relaciona taxativamente los justos motivos para fenecer el vínculo, entre los cuales no figura la fuerza mayor.

Así cree que el Tribunal aplicó indebidamente los preceptos que cita el cargo, sin lo cual hubiera concluido que el despido de la actora fue injusto, con la condena consiguiente a indemnizarle los perjuicios que sufrió.

El opositor dice sobre este y el cargo siguiente que "Los dos primeros cargos, por vía directa, se fundan en la tesis de que el artículo (sic) 8º del Decreto 2351 de 1965 no incluye entre las causas o eventos legales de terminación del contrato de trabajo la fuerza mayor, ni el artículo (sic) 7º del mismo decreto la incluye entre las justas causas de despido.

Aunque interesante, la tesis es equivocada.

El artículo 8º del citado Decreto, al reproducir la norma civilista universal referente a la condición resolutoria de los contratos sinalagmáticos por incumplimiento de uno de los contratantes, y al imponer al "responsable" de ese incumplimiento la reparación del daño, a título de "indemnización de perjuicios", hace ineludible la aplicación de los preceptos sobre responsabilidad contractual. Y es obvio que la fuerza mayor que impide el cumplimiento del contrato de trabajo por parte del patrono lo exonera de responsabilidad y elimina la causa jurídica de la indemnización".

De su parte, el Tribunal discurrió así sobre el tema que es objeto del cargo:

"El contrato de trabajo terminó por causas ajenas a la empleadora, según refiere el testimoniante (sic) Lorenzo González, por lo cual no puede hacerse condenación en lo que respecta a la indemnización por despido injusto (art. 8º del Decreto 2351 de 1965) que pretende la demandante. La finalización del contrato en referencia tuvo su término debido a fuerza mayor, que exonera de responsabilidad". (Subrayó el Tribunal).

La Sala considera

Dentro del desarrollo normal de la vida jurídica, las obligaciones contraídas por personas capaces, con expresión válida de su consentimiento, exento de vicios como el error, la fuerza o el dolo, deben cumplirse en la forma y términos del respectivo compromiso y, en caso de falla del deudor, hay lugar a que se le indemnicen los perjuicios sufridos a la víctima del incumplimiento.

Pero existen ocasiones en que las fuerzas de la naturaleza o el mandato de autoridad pública hacen imposible que se cumpla lo prometido, pues entonces el querer del deudor, así sea él muy diligente y precavido, resulta superado por factores externos irresistibles y cuya ocurrencia no le era dable prever.

En circunstancias tales sería contrario a la equidad y aun a los dictados de la simple razón natural que se responsabilizara al deudor por el incumplimiento y se le exigiera indemnizar perjuicios derivados de ese hecho, desde luego que el incumplimiento se debió a acontecimientos superiores a la voluntad y a los propósitos del deudor y que, por esta característica vencieron o dominaron la voluntad suya.

La fuerza mayor, constituida por acontecimientos como los aludidos, exonera de responsabilidad al deudor, siempre que no estuviere ya en mora de satisfacer su compromiso cuando ellos sobrevinieron porque, en tal hipótesis, fue el retardo del deudor lo que permitió la operancia de la fuerza mayor en la situación concreta pues, de haber cumplido éste en oportunidad, aquella fuerza no hubiera alcanzado a afectar dicha situación.

Estos principios generales, como es claro, son aplicables a toda especie de obligaciones emanadas de actos jurídicos.

Así pues, cuando la fuerza mayor impide continuar el desarrollo de un contrato de trabajo hasta entonces cumplido cabalmente, no puede calificarse como ilegítima la terminación del vínculo por esa causa o como fruto de una decisión unilateral del patrono que origine indemnizaciones, desde luego que la voluntad de este último quedó superada o vencida por la fuerza mayor, cuya característica esencial es imponerse a los designios humanos. No sobra recordar, de otra parte, que el despido del trabajador es apenas uno de los modos que la ley prevé para que termine el contrato de trabajo y que se distingue de los demás porque es la voluntad unilateral del patrono la que hace cesar el vínculo laboral y, por ello, los móviles concretos de esa determinación deben acomodarse desde un principio a causales prefijadas en la ley para que el despido sea justo pues, de lo contrario, habrá lugar a que se le indemnicen perjuicios al antiguo trabajador, cuya cuantía en lo que atañe al lucro cesante está regulada legalmente.

Pero si el contrato fenece por motivos que predeterminaron las partes, como el vencimiento del plazo pactado a la conclu-

sión de la obra acordada; que convinieron en ese instante, como el consentimiento mutuo para deshacer el vínculo; o por causas fortuitas, como la muerte del trabajador, la destrucción del establecimiento de labores o de la empresa o su cierre definitivo como consecuencia de fenómenos naturales u otros de fuerza mayor que se impongan a la voluntad del patrono y aun a la del propio trabajador, debe descartarse la existencia de una decisión unilateral del empleador, como origen de la desaparición del vínculo jurídico laboral, como fuente de una responsabilidad de su parte por la ruptura del vínculo y como fundamento de una indemnización de perjuicios a cargo suyo y en favor del empleado cesante o de los causahabientes de éste, si fue su fallecimiento lo que hizo cesar la relación de trabajo.

Tanto es así que el artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965, que sustituyó el 64 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que sea la parte responsable del incumplimiento del contrato, es decir la que determinó que se rompiera el vínculo, la que está en el deber de indemnizarle perjuicios a su contraparte. Lo cual implica que cuando el contrato finaliza por motivo distinto de la determinación unilateral e ilegítima del patrono o del trabajador, o sea cuando no existe un responsable, tampoco surge una víctima que haya sufrido daño por causa de aquel fenecimiento del contrato ni, por ende, la necesidad jurídica de resarcirle pecuniariamente dicho menoscabo.

Aún más, en la hipótesis del cierre definitivo o por tiempo mayor de 120 días de una empresa, que obviamente implica una decisión unilateral de clausurar su actividad por parte del patrono, apenas hay lugar al cumplimiento de las formalidades y al pago de indemnizaciones "por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor", o sea cuando el plazo fijo del contrato exceda a la vida de la empresa. Así lo enseña el artículo 466 del Código Sustantivo, que sólo deja a salvo de su régimen la clausura de empresas que sobrevenga por caso fortuito o fuerza mayor, como circunstancias liberatorias o eximentes de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones de toda índole, según quedó visto.

En efecto, la fuerza mayor o el caso fortuito cuando realmente aparezcan comprobados en el campo laboral hacen cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio y sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello. Ambas son víctimas de la fuerza mayor: el empresario queda privado de la posibilidad de continuar su negocio y el trabajador de la de prestar el servicio y de recibir así un salario. Pero ninguno de los dos contratantes es culpable del infortunio de su antigua contraparte ni, por ende, está obligado a indemnizar perjuicios.

Ello indica que como en el caso sub judice el Tribunal encontró que el contrato de trabajo había terminado por fuerza mayor, no puede pretenderse que responsabilizara a Proleche por aquella terminación y la condenara a resarcirle perjuicios a la actora por haber sido despedida ilegalmente, puesto que la fuerza mayor es circunstancia exonerativa de responsabilidad, según quedó visto y el despido no fue la causa de que el vínculo laboral feneciera, según criterio del fallador que fue admitido por el recurrente para efecto de plantear su acusación por la vía directa.

El cargo, en consecuencia, no puede prosperar.

Segundo cargo

Está formulado así: "La sentencia viola directamente, por interpretación errónea los artículos 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, violación que condujo a la aplicación indebida del artículo 8º del mismo estatuto, en concordancia con el 3º de la Ley 48 de 1968".

Según el cargo, la interpretación errónea atribuida al Tribunal consiste en que los artículos 6º y 7º del Decreto legislativo 2351 de 1965 no incluyen la fuerza mayor como causa para la terminación del contrato de trabajo sin responsabilidad para el patrono. O sea, que no lo exonera de satisfacer la indemnización de perjuicios establecida por el artículo 8º del mismo decreto. La fuerza mayor es motivo de suspensión del contrato de trabajo y aun de clausura definitiva de la empresa, pero no justifica el despido de los trabajadores ni libera al patrono de responder por sus consecuencias, en sentir del impugnante.

Y como el sentenciador, en el pasaje de

su fallo que el cargo transcribe, plantea un criterio opuesto al enunciado, cree el recurrente que incurre en los quebrantos de ley anotados al principio.

Se considera

Las argumentaciones contenidas en este cargo son similares a las planteadas en el anterior. Sólo varían una y otra impugnación en la modalidad del quebranto legal que se le atribuye al Tribunal: entonces por aplicación indebida de un precepto civil y de varias normas laborales; ahora por errónea interpretación y ulterior aplicación indebida de los mismos textos.

Valen entonces para este segundo cargo las reflexiones expresadas en el anterior, que desvanecen también la interpretación errónea y la indebida aplicación ahora atribuidas al sentenciador.

Tampoco prospera el segundo cargo, en consecuencia.

Tercer cargo

Expresa: "Entendiendo, como lo entiende el ad quem, que la fuerza mayor está incluida en nuestro Código de Trabajo como eximente del pago de indemnización por terminación del contrato, la sentencia sería violatoria, por aplicación indebida, del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que modifica el artículo 64 del c. c. (sic) en relación con el artículo 1604 de la misma obra, y de los artículos 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el 3º de la Ley 48 de 1968, violaciones por vía directa, a consecuencia de errores manifiestos de hecho, por equivocada apreciación de la declaración de Lorenzo González (fl. 30 y s.s.) y del informe de folio 36, de la Inspección Central Municipal de Bello.

"Los errores de hecho consistieron en:

"1º Considerar que el contrato entre Blanca Marín Duque y Procesadora de Leches S. A. terminó por causas ajenas a la empleadora.

"2º No dar por demostrado, estándolo que el despido fue injusto, pues el patrono no demostró que mi mandante hubiera incidido en alguna de las causas que lo justifican.

"4º Juzgar que el contrato terminó por fuerza mayor liberatoria.

"Como consecuencia de los errores señalados, el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones indicadas en el cargo y confirmó el fallo de primer grado, absolutorio en relación con la solicitud de indemnización por despido. Y de no haber sido por esos errores, originados en la equivocada apreciación de las pruebas citadas, hubiera entendido que la sociedad demandada despidió sin causa justa a la demandante y, en consecuencia, habría revocado en ese aspecto el fallo del a quo y, en su lugar, hubiera condenado al pago de la indemnización demandada".

En la demostración del cargo y luego de copiar del fallo acusado el párrafo pertinente al tema controvertido, transcribe también el casacionista pasajes de la declaración de Lorenzo González, en que aquel fallo se fundamenta, y después de negarle credibilidad por falta de conocimiento claro de los hechos a que alude, añade textualmente,

"Pero este mismo testigo, por referencias de otro empleado de la empresa, atribuye el hecho a una orden del Inspector de Bello, lo cual conduce a admitir que el sentenciador, para su decisión en ese punto, no sólo tuvo en cuenta la declaración de Lorenzo González sino que relacionó ese testimonio con el informe de folio 36 en el que se dice que la Inspección Central Municipal de Bello solicitó a la empresa que suspendiera todos los expendios de leche existentes en esa fecha, proque se había comprobado especulación en el 99% de los casos, con el precio del producto.

"Pero si en verdad se comprobó el hecho de la especulación como antecedente que dio origen a la intervención del Inspector de Policía en la forma que pregonan los autos, no se desprende de la prueba apreciada por el fallador que ese hecho se hubiese presentado con carácter irresistible, en el sentido de que la sociedad demandada se haya visto en la imposibilidad absoluta de evitarlo, con mediana diligencia y cuidado. La especulación no es imprevisible. Se trata de un hecho que la parte demandada estaba obligada a prever y evitar tomando las precauciones necesarias y no aparece la prueba de qué las hubiera tomado y que a pesar de ello le hubiera sido imposible evitar la ocurrencia del acontecimiento. Si hubo especulación con el precio de la leche, no puede predicarse la ausen-

cia de culpa, porque esta circunstancia no se colige de la prueba apreciada por el Tribunal y, por lo mismo, la determinación del Inspector de Policía originada en ese hecho no exonera de responsabilidad al deudor. Luego ha incurrido el fallador en errores manifiestos de hecho que lo han llevado a negar el reconocimiento de indemnización, expresando que el contrato terminó por causas ajenas a la empleadora".

Se considera

Al repasar el párrafo de la decisión del Tribunal controvertido ahora, que fue transcrito por la Sala cuando estudió el primer cargo, resulta en evidencia que el sentenciador dijo de manera expresa, categórica y clara que fundaba su criterio en el dicho del "testimoniante" Lorenzo González.

No puede entenderse entonces, como lo hace el recurrente, que el sentenciador tuvo en cuenta otras pruebas distintas para decidir como lo hizo, ni pretender fundar su ataque en casación en la supuesta mala apreciación de aquellas pruebas no consideradas por el Tribunal ad quem.

Menos aún resulta conducente ese proceder en casos como el actual, donde se busca por este medio habilitar una prueba legalmente calificada que sirva de base para alegar la existencia de error de hecho como fuente de quebrantos legales, por cuanto las evaluadas por el sentenciador y tenidas como base de su decisión no eran hábiles ante la ley como medio para impugnar tal decisión.

En estas circunstancias, el cargo no puede prosperar por carencia de fundamento plausible ante las normas que regulan el recurso de casación.

Cuarto cargo

Se formula así: "La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de errores manifiestos de hecho, por equivocada apreciación de los testimonios de Luis Carlos Soto Montoya (fl. 29), Lorenzo González Luna (fl. 30), Próspero Montoya (fl. 48) y Antonio Muñoz Quiroz, y del memorial de contestación a la demanda (fl. 17).

"Los errores de hecho consistieron en:

"1º) Considerar que la parte demandada, con motivos plausibles, tuvo duda razonable sobre la existencia del contrato de trabajo.

"2º) Entender que la Sociedad demandada, de buena fe, ha retardado el pago de las prestaciones que se demandan.

"3º) No dar por demostrado, estándolo, que la Sociedad demandada ha obrado con morosidad culpable en el pago de las prestaciones reclamadas.

"Incidencia

"Como consecuencia de los errores señalados, el ad quem aplicó indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y confirmó la absolución de primer grado relativa a la indemnización por mora, y de no haber sido por esos errores, originados en la equivocada apreciación de la prueba ya puntualizada, hubiera considerado que la mora en el pago de las prestaciones demandadas es sancionable, revocando, en ese aspecto, la providencia del a quo y condenando, en su lugar, a la indemnización correspondiente".

En la demostración del cargo, el impugnante comienza por transcribir pasajes del fallo acusado, primeramente aquél en que motiva su decisión de absolver a Proleche del pago de indemnización moratoria y después los que lo llevaron a encontrar claramente establecido que entre Blanca Marín Duque y la empresa demandada existió una relación de trabajo regida por un contrato de la misma índole.

Infiere de allí el cargo que si el Tribunal halló nítida la existencia de aquel contrato entre las partes, le resultaba contradictorio sostener luego que Proleche tuvo dudas razonables sobre ese particular y motivos plausibles para oponerse a las peticiones de la señorita Marín y que tales circunstancias le impedían condenar a la empresa a satisfacer indemnización moratoria. Cree entonces que se aplicó indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra esa indemnización.

Se considera

La contestación de la demanda, en lo pertinente a este cargo, dice textualmen-

te (fl. 17, cuaderno 1º):

"A los hechos de la demanda respondo así:

"La poderdante (sic) nunca ha sido trabajadora de la empresa y por lo tanto los hechos de la demanda no son ciertos. De consiguiente me opongo a que se hagan las declaraciones impetradas, desde ahora desconozco la autenticidad de los documentos que se acompañan al juicio y además propongo las excepciones de inexistencia de la obligación, la genérica y la de prescripción y como EXCEPCION PREVIA: LA FALTA de COMPETENCIA DEL JUEZ, la cual fundamentaré en su debida oportunidad". (Las mayúsculas son del texto).

Y el Tribunal dijo sobre el tema planteado en el cargo lo siguiente:

"Se busca con el proceso la condenación referente a indemnización moratoria, establecida en el artículo (sic) 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La sanción en referencia no se aplicará a la persona jurídica llamada al proceso, por cuanto ella, con motivos plausibles, tuvo duda razonable sobre la existencia del contrato de trabajo. Esa duda razonable establece la buena fe, que inhibe para fulminar la sanción que se anhela".

Al comparar las dos transcripciones que acaban de hacerse, no surge de inmediato que el Tribunal se hubiera equivocado al apreciar el sentido y alcances de la respuesta que le dio Proleche a la demanda de Blanca Marín. Y, menos aún, con la evidencia que exige la ley para que el error de hecho sea invocable en el recurso de casación.

Del texto de esa respuesta no surge nada que desvanezca la buena fe patronal de manera manifiesta. Ni tampoco da base para que pueda tenerse como temeraria y con el simple deseo de retardar el pago de las prestaciones de la actora aquella contestación.

No aparecen así configurados a través del examen de esa prueba, que es la única legalmente idónea para fundar un ataque en casación de las que el cargo menciona, los errores de hecho a que alude el recurrente y tampoco, por ende, las violaciones de ley sustancial que de ellos pretende derivar.

Y en lo que atañe a los testimonios, en que también quiere apoyarse el cargo, basta recordar que el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 los excluye como prueba apta para alegar error de hecho dentro de los motivos de casación laboral, para que sin más consideraciones se rechace ahora el examen de ellos.

Solo resta agregar que la circunstancia de que el sentenciador, a través del análisis del acervo probatorio allegado en el juicio, encontrara claramente configurado el contrato de trabajo entre las partes no es óbice para que hallara también que la empresa obró de buena fe cuando dudó de la existencia del dicho vínculo, desde luego que una y otra de estas materias son independientes entre sí, por lo cual exigen evaluación probatoria, motivación y decisión separadas y eventualmente distintas en su alcance y sentido, sin que al proveer así pueda entenderse que hubo contradicción de criterios en el fallador.

Las reflexiones hechas muestran que el cargo no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Los Magistrados,

Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, con salvamento de voto; *Juan Hernández Sáenz*, con salvamento de voto; *José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No compartimos la sentencia que antecede por las siguientes razones:

Es cierto que el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 64 del Código Sustantivo del Trabajo, reproduciendo el primer inciso de éste, determina que "en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente". Y es igualmente cierto que este precepto corresponde "a la norma civilista, universal referente a la condición resolutoria de los contratos sinalagmáticos, por incumplimiento de uno de los contratantes", como lo afirma el opositor, norma expresada en el artículo 1546 del Código Civil Colombiano.

Considerado el tema desde el punto de vista abstracto así planteado, conviene anotar, en primer término, que las dos normas citadas difieren fundamentalmente en que en la civil lo que se prevé es una acción opcional para la parte agraviada que puede, a su arbitrio, pedir o el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización de perjuicios, mientras que en la laboral lo que se consagra es únicamente la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato.

Y esta diferencia surge de la naturaleza de ambos contratos, fundado el primero en la autonomía de la voluntad y regido generalmente por preceptos dispositivos o subsidiarios y regulado el segundo por normas de orden público, que dejan sin efecto lo que desmejore las condiciones del trabajador frente a las respectivas disposiciones legales o a fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas o reglamentos de trabajo.

De otra parte, y ya situándose en el caso concreto del objeto de este recurso, que lo que pretende en los tres primeros cargos de la demanda es la condena al pago de indemnización por despido injusto de la trabajadora, ha de tenerse en cuenta que el despido es forma típica del incumplimiento del contrato laboral, que no se produce en los contratos de naturaleza civil, y que sólo da nacimiento a la acción de resarcimiento de los perjuicios causados al trabajador, si quien lo incumple es el patrono, o a éste, si es aquél el que lo rompe intempestivamente. Y ambos casos están taxativamente previstos en el Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto: cuando es el trabajador quien intempestivamente y sin justa causa comprobada termina el contrato, debe cubrir al patrono una indemnización equivalente a treinta días de salario y, si la ruptura injusta proviene del empleador, está obligado a satisfacer los salarios indemnizatorios determinados en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Y en cuanto a las justas causas de despido es también taxativa la reglamentación legal, según lo establece el artículo 7º del mismo decreto, que subrogó los artículos 62 y 63 del estatuto laboral, de forma que ni el patrono, ni el trabajador pueden invocar válidamente causales distintas de las allí consagradas.

Y en este orden de ideas, la fuerza mayor o caso fortuito está previsto en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, como origen de suspensión del contrato, cuando "temporalmente impida su ejecución", y, como modo de extinguirlo, en los literales e) y f) del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 61 del código, bien "por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento" o ya por "suspensión de actividades por más de ciento veinte días". Pero, tratándose de clausura de labores de empresas

que no son de servicio público, aun por fuerza mayor o caso fortuito, el artículo 466 ibidem manda que sea "sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos concertados por un tiempo mayor".

El tenor de este precepto es el siguiente: "Las empresas que no sean de servicio público no pueden clausurar sus labores sino mediante aviso a los trabajadores con no menos de un (1) mes de antelación, salvo fuerza mayor o caso fortuito...", lo que quiere decir que en esta circunstancia no es obligatorio, obviamente por ser imposible, el aviso anticipado, mas, agrega: "... y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor ...", lo que significa que la clausura de labores, a pesar de mediar fuerza mayor o caso fortuito, no exonera al patrono de satisfacer las indemnizaciones por razón de contratos concertados por un tiempo mayor, que abarca tanto los contratos concertados a término indefinido, como fijo.

Por lo consiguiente, la fuerza mayor o el caso fortuito se encuentran previstos en el estatuto laboral respecto de la terminación de los contratos de trabajo y a esta previsión es preciso atenerse. De aquí que no sea pertinente la invocación del opositor al artículo 1604 del Código Civil, que sólo podrían aplicarse por analogía, esto es, a falta de regulación de los efectos de la fuerza mayor o caso fortuito en el Código del Trabajo.

Del artículo 466 del Código Laboral resulta claro, por otra parte, que no se trata de si la fuerza mayor o caso fortuito es justa causa de fenecimiento del contrato y si implica decisión unilateral del patrono, sino de que dicho precepto, al referirse al modo de extinción del mismo por clausura de labores, no obstante existir aquella circunstancia exonerativa de responsabilidad del deudor, prevé que es "sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos concertados por un tiempo mayor". De donde precisa colegir lógicamente que la fuerza mayor o caso fortuito, aun cuando imponga la clausura de labores de la empresa, no libera al empleador de indemnizar a sus trabajadores por la terminación de sus contratos.

Y tales indemnizaciones no pueden ser otras que las señaladas en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que es el que precisamente las gradúa, teniendo en cuenta su duración fija o indefinida. Y si bien es cierto que esta norma trata de su numeral 2º en adelante de la terminación unilateral del contrato sin justa causa comprobada, también lo es que su numeral inicial, que origina la gradación de las indemnizaciones, es el que establece la regla general en cuya virtud "en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente". Y así, es pertinente aplicarla a las indemnizaciones que está obligado a cubrir el patrono a sus trabajadores, por mandato del varias veces citado artículo 466, cuando se clausuran las labores de la empresa por fuerza mayor o caso fortuito.

En consecuencia, al absolver el Tribunal de indemnización por despido injusto con invocación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, lo aplicó indebidamente, (así como el 6º y 7º, señalados por el censor), puesto que lo refirió a un caso no contemplado en él, cual es la fuerza mayor, como causal justificativa de despido, cuando de lo que se trata, como se mostró arriba, es de la clausura de actividades de la empresa, debida a dicha fuerza mayor, que tiene tratamiento especial en el Código Sustantivo del Trabajo.

Fecha ut supra.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

CONTRATO DE TRABAJO

Indemnización moratoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero diez y nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Ref.: Expediente Nº 5087. Acta Nº 6.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Industria Colombiana de Productos Eléctricos Incope S. A. contra la sentencia que dictó el 21 de enero de 1975 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por Campo Elías Galindo Arévalo contra la sociedad mencionada, litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, recoge el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número de la referencia.

En el juicio el demandante impetró salarios insolutos, cesantía, primas, "salarios caídos", indemnización por despido injusto, diferencia entre salarios pagados y salarios recibidos y demás prestaciones a que tuviese derecho con base en los siguientes hechos:

"Primero: El señor Campo Elías Galindo Arévalo ingresó al servicio del ex-patrono (la entidad demandada), el día 23 de noviembre de 1969, siendo despedido de manera injusta el día 14 de agosto de 1970.

"Segundo: A mi representado durante el lapso de tiempo que laboró al servicio de la entidad demandada, solamente le fue pagado la mitad de su salario, pues la otra mitad se le ha retenido en forma por demás ilegal e injusta.

"Tercero: Desde la fecha de terminación unilateral del contrato por parte del ex-patrono hasta el momento de presentar esta demanda, no le han sido cubiertos al señor Galindo Arévalo los emolumentos por concepto de prestaciones sociales, salarios caídos, salarios insolutos y primas, como tampoco el pago de las vacaciones proporcionales a que tenía derecho.

"Cuarto: Para burlar el pago de las cantidades a que me referiré en forma específica la entidad demandada hacía figurar como intermediaria a la entidad "Manpower de Bogotá Limitada", entidad esta que a la luz del derecho no es otra cosa que una oficina o bolsa de empleos, cuya función es la de suministrar personal a las entidades que se lo soliciten. Cualesquier razón o motivo que alegue la demandada en contrario, desde ahora sostengo que es ilegal y que viola las disposiciones del estatuto laboral que rige las relaciones de trabajo entre patronos y trabajadores.

"Quinto: El cargo desempeñado por mi mandante fue el de obrero técnico, cuyo sueldo promedio mensual es el de dos mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos ($ 2.484.00).

"Sexto: La diferencia entre el salario que le figura al ex-trabajador, como pagado por la entidad o la empresa Incope S. A. y el salario físico recibido, se explica, por la intermediación de Manpower, entidad esta que solamente pagó la mitad de la asignación convenida.

"Séptimo: La jornada de trabajo en 'Industria Colombiana de Productos Eléctricos (Incope S. A.)', es de cinco días, esto es de lunes a viernes de cada semana. Mi mandante laboraba esta jornada, pero en manera alguna se le remuneró y se le pagó los jornales correspondientes al día sá-

bado y domingo como tampoco los días festivos".

La demandada se opuso a las pretensiones del actor manifestando no ser ciertos los hechos en que se fundamentan, y explicó que entre ellos no existió contrato de trabajo, ni verbal ni escrito, y que si en sus predios Galindo ejecutó alguna labor no fue como trabajador suyo sino en función específica contratada entre él y la firma Manpower, entidad esta que proporciona oportunidad de ejecutar trabajos u obras determinadas a personas desempleadas, pero sin que exista dependencia ni subordinación alguna, esto es, sin contrato de trabajo.

Tramitada la controversia el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en fallo de 6 de noviembre de 1974 absolvió á la sociedad demandada de todos los cargos del libelo inicial, con imposición de costas al demandante, decisiones que fueron revocadas por el Tribunal mencionado de Bogotá, en sentencia de la fecha igualmente expresada por cuya parte resolutiva dispuso:

"Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia materia del recurso de apelación y en su lugar se CONDENA a la sociedad denominada Industria Colombia de Productos Eléctricos 'Incope S. A.', representada por el señor Franciscus A. J. Benning, en su calidad de Gerente, o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Campo Elías Galindo Arévalo, las siguientes cantidades:

"a) La cantidad de seiscientos un pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 601.58) M/cte., por concepto de remuneración de los descansos en días festivos;

"b) La cantidad de novecientos diecisiete pesos con sesenta y ocho centavos ($ 917.68) M/cte., por concepto de auxilio de cesantía;

"c) La cantidad de seiscientos cuarenta y cuatro pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 644.55) M/cte., por concepto de prima de servicios, correspondiente al primer semestre de 1970;

"d) La cantidad de cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con treinta y cuatro centavos ($ 458.34) M/cte., por concepto de compensación por vacaciones;

"e) La cantidad de cuarenta y dos pesos con noventa y siete centavos diarios a partir del quince de agosto de mil novecientos setenta y hasta cuando se efectúe el pago de las anteriores condenas, por concepto de indemnización moratoria.

"Segundo. Absuélvese a la sociedad demandada de las demás peticiones contenidas en el libelo de demanda.

"Tercero. Declárase no probadas las excepciones de inepta demanda sustantiva y carencia de la obligación.

"Cuarto. Condénase a la empresa demandada a pagar las costas de primera y segunda instancia en cuantía del ochenta por ciento (80%). Tásense".

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto de la sentencia mencionada del Tribunal ad quem para que, en la sede subsiguiente de instancia, se confirme en su totalidad la del a quo. Subsidiariamente, la casación parcial de aquélla, en su condena por "salarios caídos", para que se confirme la absolución del primer grado por el dicho extremo de la litis. Para estos efectos se formulan tres cargos; los dos primeros con el alcance inicialmente expresado, y el tercero, con el propósito subsidiario asimismo indicado. Se los estudia en el orden en que fueron propuestos, con estimación, además, del escrito del opositor, quien, con referencia general a la demanda del recurrente, estima que las probanzas del juicio establecieron la vinculación laboral entre Galindo Arévalo e Incope S. A., por lo que el fallo recurrido, que corrigió los errores del juzgado, no debe casarse.

Primer cargo

Por la vía directa, "con abstracción hecha de toda cuestión probatoria", acusa aplicación indebida de los artículos 23, 24, 35, 43, 65, 57-4º, 127, 144, 177, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los textos 34 del dicho código, 3º, 13 y 14 del Decreto 2351 de 1965 y 1602, 1603 y 2063 del Código Civil.

En la sustentación, el recurrente transcribe los pasajes del fallo en que el Tribunal ad quem, al resolver las súplicas del libelo inicial relativas a la diferencia entre el "salario acordado" y el "salario recibido", pago del descanso dominical e indem-

nización por despido injusto expresó que no aparecían probados los hechos que generaban los derechos correspondientes, pese a lo cual se dio por establecida la existencia del contrato de trabajo entre Galindo e Incope S. A., se consideró a Manpower Ltda. como un simple intermediario y se condenó a la demandada por los conceptos de descansos en días festivos, cesantía, prima de servicios, compensación de vacaciones e indemnización moratoria. Pero ocurre —alega el impugnador— que el obligado no fue Incope sino Manpower, entidad esta que se entendió en todo con Galindo; que con la demandada no hubo contrato de trabajo; que la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo era inaplicable y, sin contrato laboral, tampoco podían aplicarse los textos en que se basaron las condenas, con infracción directa, además, de los civiles que regulan la prestación de servicios independientes.

Se considera

El cargo está formulado inequívocamente por la vía directa, tanto por su manifestación expresa de que hace abstracción de toda cuestión probatoria como por las indicaciones del concepto de infracción directa respecto de varios de los artículos de su proposición jurídica y de que los que contiene en la modalidad de aplicación indebida obedecen a habérseles aplicado a una situación no regida por ellos y a desconocimiento de la voluntad abstracta de dichas disposiciones. Sin embargo, su demostración se procura afirmando, contra la apreciación probatoria primordial del fallador, que entre los litigantes no hubo contrato de trabajo, por lo que no procedía ninguna de las condenas. Y tal demostración, de otra parte, no propone la comisión de errores en la situación fáctica, precisamente por haberse escogido la vía directa. Pero ésta no tiene posibilidad alguna de prosperidad, ni de examen siquiera, en manteniéndose la apreciación probatoria fundamental de que sí hubo contrato de trabajo. Y de los apartes del cargo que destacan hechos reconocidos por el fallador, para situarse en el campo directo, se observa que ellos no destruyen la existencia del vínculo laboral sino que conducen a absoluciones que bien podían impartirse sin contradicción con aquella existencia, porque las condenas respectivas específicamente requieren otros soportes básicos.

El ataque no es estimable.

Segundo cargo

Acusa aplicación indebida de los mismos preceptos del cargo primero y, además, de los artículos 2064, 2065, 2066 y 2069 del Código Civil y 2º inciso 1º del Código de Procedimiento Laboral, éste como infracción medio, a consecuencia de error de hecho por la falta de apreciación de unas pruebas y por la mala apreciación de otras.

Los errores —pues en el desarrollo del cargo se muestran varios— consistieron en dar por establecida la existencia de un contrato de trabajo entre Galindo e Incope S. A.; en dejar de dar por probado, en cambio, que las cosas sucedieron como las contiene el contrato celebrado entre el demandante y Manpower, cuyas cláusulas no son ineficaces; en dar por establecidos, cuando no lo están, los hechos relativos a la duración de aquel contrato inexistente, el salario que se supuso devengado y a la continuada dependencia de Galindo, "conformadores de los derechos mal conferidos al actor por la sentencia", contenidos en normas aplicadas indebidamente. Y las pruebas, de las que provinieron tales errores, por las modalidades enunciadas, fueron los documentos de folios 17, 7 y 8, en relación con los testimonios —a cuyo examen ellos abren el campo— de Guillermo Pinzón, Hermes Leorni, Alfonso Franco Loaiza y Miguel Antonio Moreno Rodríguez; la diligencia de inspección ocular, en la transcripción de la carta de fecha 14 de septiembre de 1970, sobre el precio de $ 4.50 hora-trabajo, y la manifestación del Gerente de Incope, señor Benning, acerca de que Leorni y Franco no eran empleados de dirección de la sociedad demandada. El recurrente analiza estas probanzas y alega que no contienen lo que se les atribuyó registrando, por el contrario, lo que, en lo pertinente, dejó de estimarse, por todo lo cual afirma fundadas sus apreciaciones, con las consecuencias que persigue.

Se considera

En lo principal, el fallador dio por establecida la existencia de un contrato de tra-

bajo entre los sujetos de la litis y su duración, con base en la certificación y en la constancia expedidas, respectivamente, por Hermes Leorni C., de la Dirección Técnica de Metales de Incope S. A. y Alfonso Franco L., del Departamento de Personal, las cuales, de modo inequívoco, afirman el trabajo del demandante para la sociedad demandada. El segundo de ellos expresó, además, que tal trabajo fue cumplido "por cuenta de Manpower", y así lo recogió el Tribunal en su apreciación. La apreciación de ellas, en sí mismas, no contiene error y verificar lo que alega el recurrente impondría el examen de las declaraciones rendidas por los mencionados Leorni y Franco, que la Sala no puede adelantar debido a las restricciones del artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Inclusive la expresión de Franco en la segunda de esas piezas, acerca de que el trabajo de Galindo, para Incope, fue por cuenta de Manpower puede constituir motivo de controversia sobre una calificación jurídica, pero desplaza el asunto a comprobación en el terreno de los testimonios, pues allí es donde se le encuentra en el plenario; y sin error evidente sobre "prueba calificada" no es lícito adentrarse en ese campo, conforme a la jurisprudencia de que hace mérito el acusador.

La declaración del Gerente Benning no destruye la prestación personal de servicios por Galindo y, apreciada en lo que señala el recurrente, muestra las certificaciones de Leorni y Franco como declaraciones.

En cuanto a la carta transcrita en la diligencia de inspección ocular, ciertamente refiere la tarifa de $ 4.50 hora-trabajo del obrero raso al 14 de septiembre de 1970; pero la dicha diligencia recoge el mismo dato líneas después, con indicación del mes de abril del dicho año de 1970, con lo cual el argumento de que no se estableció la cuantía del salario pierde eficacia porque el contrato terminó en agosto de 1970.

Todas las demás razones del impugnador se informan en la prueba testimonial que no es examinable, como se ha dicho, no habiéndosele abierto el campo en razón de error evidente sobre "prueba calificada". Y en últimas, sólo establecerían una situación significativa de que, debido a la mediación de Manpower, puede haber vinculaciones ocasionales en que el beneficiario del trabajo no es patrono, por lo que la existencia del contrato es discutible en casos como el de autos; pero en el sub lite no se evidencia —y esto es necesario para la prosperidad de la acusación por error de hecho— la equivocación del fallador al fundar su convicción en algunos testimonios discrepantes de los que prefiere el recurrente.

Por todo lo cual, el cargo no puede prosperar.

Tercer cargo

Acusa aplicación indebida del artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación del documento a folio 17, en el cual apoyó el Tribunal su estimación de mala fe en el patrono; y abierto así el campo al examen testimonial, yerro también en la declaración de Guillermo Pinzón, para el mismo efecto. El recurrente repite sus consideraciones de los cargos anteriores sobre la inexistencia del contrato de trabajo y las relativas a la falta de asidero para señalar la fecha de terminación del contrato y la cuantía del salario.

Se considera

La condena del Tribunal por indemnización moratoria aparece informada en la jurisprudencia de la Corte sobre la mala fe del patrono, conducta esta que encontró, en el sub lite, de las probanzas que señala el acusador.

Mas del documento suscrito por Manpower Ltda. y el demandante Galindo no puede deducirse mala fe de Incope S. A., persona distinta de aquellas dos y no celebrante de sus estipulaciones. Ni si éstas se tienen por valederas, ni si se las estima ineficaces, como lo hizo el fallador, ellas pueden indicar conducta sancionable en quien, a través de Manpower o por su mediación, reciba, en general, a trabajador que dicha firma le envíe. Y, concretamente, en el caso de autos, no cabe afirmar mala fe

en la sociedad demandada por haber recibido a Galindo. El error en este punto es ostensible para la Sala y, pasando así al testimonio de Pinzón, él tampoco establece que por celebrar Galindo el referido contrato con Manpower y por haber recibido Incope a trabajador que aquélla le enviara, ello tenía el propósito de desvirtuar la existencia del contrato de trabajo. La mediación que señala aquel convenio, y que el testigo explica, es conocida en el mercado laboral y de ella puede resultar, según las correspondientes modalidades de hecho, que el trabajador lo sea ora de quien lo contrata ya de quien recibe el trabajo. Si en el caso de autos, y en tan controvertibles circunstancias, resultó lo segundo, la posición defensiva de la demandada, fundada en todas aquéllas, no sólo no se exhibe de mala fe sino que constituye razón atendible, por la que debía exonerársela de sanción moratoria. Demostrado así el error manifiesto habrá de quebrantarse el fallo recurrido, en este punto, para, en su lugar, absolver de la súplica correspondiente.

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 de 21 de enero de 1975, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada en el ordinario de trabajo promovido por Campo Elías Galindo Arévalo contra Industria Colombiana de Productos Eléctricos "Incope" S. A., en cuanto por la letra e) de su ordenamiento primero condenó a la sociedad mencionada a pagar indemnización moratoria y, en sede de instancia, confirma la absolución del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá por el dicho extremo de la litis, por las razones de esta providencia, distintas de las del fallador a quo.

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.

BIBLIOTECA

CONTRATO DE TRABAJO CON ASESORES JURIDICOS

Ahora bien: si los servicios profesionales pueden ser prestados personalmente o no, como el propio impugnador lo reconoce, no incurre el sentenciador en notorio error de hecho si deduce que fueron prestados personalmente, escogiendo una de las posibilidades, especialmente si no hay otras probanzas que acrediten lo contrario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veinte de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 5.

El doctor José Manuel Arias Carrizosa, mayor, vecino de Bucaramanga, demandó por medio de apoderado judicial a Gaseosas Posada Tobón S. A., con domicilio principal en Medellín y Sucursal en Bucaramanga, para que se la condene a pagarle la cantidad de cuarenta y un mil seiscientos veintiséis pesos con 70 centavos ($ 41.626.70), por los siguientes conceptos: a) La cantidad de doce mil setecientos ochenta y cinco pesos ($ 12.785.00), valor de las primas de servicio causadas y no pagadas; b) La cantidad de seis mil cuatrocientos treinta y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 6.437.44), valor de las vacaciones causadas y no pagadas; c) La cantidad de doce mil setecientos ochenta y cinco pesos ($ 12.785.00), valor del auxilio de cesantía que no fue oportunamente cubierto; d) La cantidad de nueve mil seiscientos diez y nueve pesos con veintiséis centavos ($ 9.619.26), valor de la indemnización por el despido injusto". También solicitó condena por la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según los hechos de la demanda el doctor José Manuel Arias Carrizosa, abogado que ejerce su profesión en Bucaramanga, estuvo vinculado con Gaseosas Posada Tobón S. A. (Postobón) por un contrato de trabajo que comenzó en el mes de mayo de 1963; las funciones que desempeñaba tenían estrecha relación con su profesión de abogado: asesoría legal con absolución permanente de consulta y defensa de Postobón en los litigios que contra ella se presentaban; el servicio fue prestado por el doctor Arias Carrizosa personalmente y bajo la continuada dependencia de la sociedad demandada, por un salario mensual de $ 1.300.00. El 20 de febrero de 1973 el Gerente de Postobón informó el doctor Arias que a partir del primero de marzo siguiente quedaba terminada la relación laboral con motivo de reorganización de la empresa en los asuntos jurídicos, de lo cual resulta que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral e injusta por parte del patrono. Durante el curso de la relación laboral Postobón no pagó al demandante las primas y vacaciones a que estaba obligada, ni cuando concluyó hizo el pago de las prestaciones correspondientes.

Al contestar la demanda el apoderado de Gaseosas Tobón S. A. negó los hechos, se opuso a las peticiones de la demanda y propuso la excepción de prescripción.

Cumplido el trámite de primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral de Bucaramanga, decidió el litigio en sentencia de doce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, por medio de la cual declaró probada par-

cialmente la excepción de prescripción; condenó a Gaseosas Posada Tobón S. A., a pagar a José Manuel Arias Carrizosa la cantidad de veintisiete mil noventa y siete pesos con 77 centavos ($ 27.097.77) por concepto de cesantía, vacaciones, prima de servicios e indemnización por despido injusto, y la cantidad de $ 43.33 diarios desde el 1º de marzo de 1973 hasta cuando se verifique el pago de la anterior condena. Las costas las hizo en un 75% de cargo de la demandada que apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral, en sentencia de diez y ocho de marzo de mil novecientos setenta y cinco confirmó en todas sus partes la de primer grado.

El apoderado judicial de Gaseosas Posada Tobón S. A., interpuso recurso de casación, que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Solicita el recurrente que se case totalmente la sentencia acusada y que se revoque la de primera instancia, absolviendo a la empresa demandada de todas las pretensiones formuladas en la demanda.

Con fundamento en la causal primera de casación presenta tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Cargo primero

"Violación directa, por falta de aplicación, del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y con los artículos 22, 23, 24, 27, 65, 127, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y con los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965.

Sustentación del cargo

La sentencia del honorable Tribunal es muy particular: no contiene los fundamentos legales en que se basa, tal como lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por virtud de la norma 145 del Código de Procedimiento Laboral. Invoca una sentencia de un llamado Tribunal Unificador de la Jurisprudencia Nacional (así, con mayúsculas iniciales, siguiendo la regla gramatical de que los nombres propios la lleven) y otra sentencia de la Corte, pero se ignora de qué Tribunal y de qué Corte se trata y de qué país son ambas porque la sentencia se dicta en nombre de una República desconocida (no de la de Colombia, como ordena el artículo 304 del C. de P. C.). Finalmente, invoca la doctrina moderna como fundamento de sus razonamientos. Pero nada de disposiciones legales. La ausencia de fundamentos legales haría imposible un ataque en casación, si se tiene en cuenta que este recurso tiene por objeto comparar la sentencia con la ley. ¿Cómo podría decirse que el Tribunal aplicó o dejó de aplicar una ley; que la interpretó bien o que la interpretó mal, si no menciona ninguna en la sentencia? El Tribunal se puso en rebeldía contra el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, al dejar de aplicar, sin ninguna justificación, las reglas que contiene. Como consecuencia de ello violó las normas del Código Sustantivo del Trabajo relacionadas con la definición y existencia del contrato de trabajo (Arts. 22, 23, 24 y 27), con el salario (Art. 127), con las vacaciones (Arts. 186 y 189), con el auxilio de cesantía (Art. 249) con las indemnizaciones laborales (Art. 65 y Arts. 7º y 8º del Decreto 2351/65), ya que condena a la empresa a pagar tales cargas sin fundamento en las leyes de la República de Colombia, declarando como laboral un contrato civil. Esta situación es similar, aunque mucho más grave, a la que la Corte Suprema de Justicia consideró en sentencia del 13 de abril de 1972, con ponencia del magistrado doctor José Eduardo Gnecco, donde se dijo: Además, si se da en la sentencia recurrida pleno valor probatorio, preferente a los testigos conceptuales y de oídas sobre los presenciales, y si se están permitiendo como prueba expresiones que no fueron complementadas con la razón de la ciencia del dicho, también se está violando la ley por infracción directa, referida a los artículos 227 y 228 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia laboral'. Si se comparan ambas transgresiones a la ley de procedimiento, aquélla en que incurrió el ho-

norable Tribunal de Bucaramanga es más grave. A tal punto es grave la rebeldía del sentenciador contra el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil que basa su sentencia en una 'doctrina moderna', según la cual basta poner la actividad personal al servicio y en beneficio de otra persona para que tal actividad quede encasillada en las normas del Código del Trabajo 'sin necesidad de que haya mediado la noción de consentimiento, de acuerdo de voluntad'. El trabajo de los esclavos, por ejemplo".

Para el opositor la infracción directa de la ley debe referirse a una proposición jurídica sustancial, pues el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil no es norma consagratoria de derechos. Hace luego otras consideraciones.

Se considera

Es frecuente y sobre el particular la Sala de Casación Laboral ha hecho las observaciones pertinentes, que los falladores de instancia laborales, en motivación deficiente, omiten citar las disposiciones legales en las cuales fundamentan sus decisiones condenatorias o absolutorias. Pero esta omisión no siempre constituye un quebrantamiento del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, pues la cita de los fundamentos legales bien puede consistir en la del contenido de las normas, sin que sea por ello necesario hacer referencia al articulado de las leyes.

Por otra parte el incumplimiento del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil constituiría un error in procedendo, que sólo es admisible en casación laboral cuando por su medio se violan disposiciones de carácter sustancial. Y en el caso que se estudia, aun cuando el casacionista relaciona el quebrantamiento de la norma procesal con la de normas sustanciales, no demuestra, ni resulta claro, como la omisión de las reglas del citado artículo 304 incide en la violación de los artículos del Código Sustantivo del Trabajo cuya violación indica en el cargo. Este, por lo expuesto, no prospera.

Cargo segundo

"Violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 27 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de evidentes errores de hecho y, consecuencialmente, de aplicación indebida de los artículos 186, 189, 249, 305 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965. Los errores de hecho provienen de: 1. De la equivocada apreciación de los siguientes documentos auténticos: a) Carta número 166 de febrero 20/73 (folio 2); y b) Carta de la empresa al Juzgado en respuesta al Oficio 1060 (folio 61). 2. De la falta de apreciación de los siguientes documentos auténticos: a) Respuesta de la empresa al Oficio 0099 (folio 41); y b) Respuesta de la empresa al Oficio 0434 (folio 55). 3. De la falta de apreciación de la inspección ocular practicada en las oficinas de la empresa (folio 28). 4. De la equivocada apreciación de las declaraciones de María Inés Tarazona (folio 30), de Luis Alí Sarmiento (folio 30 vuelto) y de Luis Francisco Delgado (folio 35 vuelto) y de José Argüello (folio 29). El Tribunal incurrió en los siguientes ostensibles errores de hecho: Dar por probado, no estándolo, que existió continuada subordinación o dependencia del demandante respecto de la demandada, desde 1963 hasta 1973. Dar por demostrado, sin estarlo, que el pago de honorarios profesionales al demandante era un pago de salario. Dar por demostrado, contra todas las evidencias procesales, que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo".

Al sustentar el cargo el recurrente analiza los medios probatorios que considera erróneamente apreciados o dejados de apreciar y expone en qué consistió la equivocada apreciación y cuál es la que estima acertada; estableciendo una relación entre el concepto erróneo de las pruebas que tuvo el Tribunal y los errores de hecho cometidos, y como la falta de apreciación condujo también a los yerros fácticos.

Para el opositor la sustentación del cargo constituye un alegato de instancia. Considera que las pruebas indicadas por el recurrente conforman una cadena indiciaria que permitió al Tribunal ad quem dar por establecido el contrato de trabajo y que esas pruebas llevan natural y armónica-

mente al convencimiento pleno de la existencia de dicho contrato.

Se considera:

La Carta número 168 de 20 de febrero de 1973 dirigida por Luis Carlos Alvarez G., Gerente de Gaseosas Posada Tobón S. A., en Bucaramanga, al doctor José Manuel Arias C., dice lo siguiente:

"A nombre y representación de Gaseosas Posada Tobón S. A. comunico a usted que la Compañía da por terminado a partir del próximo 1º de marzo el convenio que ha existido entre usted y la Empresa para la prestación de servicios profesionales. Nos mueve a lo anterior únicamente la reorganización que a los asuntos jurídicos se ha dado en la Empresa en todas sus fábricas. Esperamos poder contra con su asesoría jurídica en negocios que nosotros decidamos en cada caso, previo convenio con usted sobre sus honorarios profesionales para cada asunto. Los servicios que usted nos ha venido prestando mediante el pago de honorarios profesionales mensuales, se los agradecemos a usted inmensamente y le solicitamos nos excuse las muchas molestias que le hemos causado movidos por la necesidad de tramitar asuntos jurídicos por intermedio de su oficina, en la que siempre hemos sido amablemente atendidos".

Estima el casacionista que: "El primer párrafo de la carta habla de un convenio para la prestación de servicios profesionales. De ese párrafo no se puede inferir que esos servicios hayan sido personales, mucho menos, que hayan sido subordinados; son, como el párrafo lo dice en forma clara, servicios profesionales; es decir, servicios de abogacía que pueden ser prestados personalmente o no".

Ahora bien: si los servicios profesionales pueden ser prestados personalmente o no, como el propio impugnador lo reconoce, no incurre el sentenciador en notorio error de hecho si deduce que fueron prestados personalmente, escogiendo una de las posibilidades, especialmente si no hay otras probanzas que acrediten lo contrario.

Sobre el tercer párrafo dice el recurrente que en él se habla de cambiar la modalidad de pago de esos servicios profesionales, para en lugar de un pago mensual, un pago por cada asunto, y que ambas modalidades son frecuentes en la prestación de servicios profesionales independientes por parte de abogados, sin que la modalidad de pago mensual implique necesariamente y por sí sola una relación de servicio personal y menos de servicio subordinado.

Aun cuando el pago mensual se utilice para remunerar los servicios profesionales independientes, también es una modalidad del salario, que compensa servicios personales subordinados, cualquiera que sea su índole. De tal manera que no incurre en evidente error de hecho el Tribunal Superior si llegó a la conclusión de que las sumas pagadas mensualmente correspondían al salario por servicios personales.

En relación con el último párrafo el acusador argumenta que tampoco demuestra un servicio personal, mucho menos subordinado, y que por el contrario, es completamente despersonalizado, porque se refiere a la tramitación de asuntos por intermedio de la oficina del demandante y a la atención que esa oficina le brindó a la empresa.

Considera la Sala que el último párrafo de la carta comentada se refiere en primer término a los servicios profesionales prestados por el doctor Arias Carrizosa, que bien pudieron ser personales, y aun cuando luego hace alusión a los asuntos jurídicos tramitados por su oficina, esta afirmación por sí sola no significa que no hubiesen sido prestados personalmente, pues no aparece de la misma que el demandante estuvo asociado con otros profesionales que hubieran prestado tales servicios.

No es incorrecta, por lo tanto, la apreciación del documento de folio 2.

En el documento de folio 41 el Contador de Postobón declara que en los archivos "no se encontraron pagos por sueldos al doctor José Manuel Arias Carrizosa"; en el de folio 65, el mismo Contador afirma que, "Contablemente se le denominó honorarios a los pagos realizados al doctor Arias". El de folio 59 es una certificación del Jefe del Archivo General del honorable Congreso sobre la elección del doctor José Manuel Arias Carrizosa como representante principal por la circunscripción electoral de Santander para el período constitucional de 1968 a 1970 y el registro de su asistencia en los años de 1968 y 1969. Nuevamente el Contador de Postobón, en documento que

obra a folio 61, informa que "el doctor José Manuel Arias Carrizosa se le pagó por primera vez y a título de honorarios la suma de $ 400.00 el 24 de octubre de 1963".

Refiriéndose a la errónea apreciación y a la falta de apreciación de los anteriores documentos, según lo indica en el cargo, dice el recurrente: "Todos estos documentos encuadran con el de folio 59 que prueba, como lo dijo el Tribunal, que el demandante permaneció ausente de Bucaramanga durante varios meses en los años de 1968 y 1969, actuando como Congresista. A pesar de ello, según afirmación de todos los testigos, la empresa pagó al demandante, mes a mes, durante todo el tiempo sus cuentas de honorarios. ¿Por qué? Porque no había prestación de un servicio personal subordinado; porque la empresa no le pagaba por un servicio personal sino por los servicios prestados por su oficina de Abogado. La presencia del demandante no era indispensable para cumplir su convenio ni para recibir los honorarios convenidos".

El casacionista, como puede verse en las consideraciones transcritas, deduce de las pruebas analizadas la inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes. Pero si el sentenciador no llegó a la misma conclusión, no por ello puede afirmarse que incurrió en evidente error de hecho, porque de las probanzas no surge con claridad esa inexistencia. El error de hecho debe ser notorio, saltar a la vista y tal no sucede, como lo ha dicho la jurisprudencia, cuando el impugnador llega a una solución diferente a la del sentenciador mediante inferencias o deducciones, aun cuando sean más o menos lógicas.

Cuanto a la inspección ocular es cierto, como lo dice el recurrente, que los pagos hechos al demandante lo fueron por honorarios profesionales y contra cuentas de cobro. Pero si el Tribunal le dio a esa remuneración el carácter de salario, no puede estimarse que incurrió en evidente error fáctico, porque el salario no deja de serlo por el hecho de que se adopte una denominación diferente, como lo prevé el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

No habiéndose demostrado errores de hecho a través de la apreciación de la prueba documental y de la inspección ocular, le está vedado a la Corte estudiar si por errónea apreciación de los testimonios de Marta Inés Tarazona, Luis Alí Sarmiento, Luis Francisco Delgado y José Argüello, se incurrió en error, por impedírselo el artículo 9º de la Ley 16 de 1969.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

"Violación por aplicación indebida y por vía indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a causa del evidente error de hecho de dar por establecida la mala fe de la empresa demandada, sin estarlo; y de no dar por probada, estándolo, la opinión razonable de la empresa respecto a la naturaleza jurídica del convenio con el demandante. A estos errores llegó el Tribunal por equivocada apreciación de los documentos de folios 2 y 61; por la falta de apreciación de los documentos de folios 41 y 55; por falta de apreciación de la inspección ocular de folio 28; y de la equivocada apreciación de las declaraciones de José Argüello, Marta Inés Tarazona, Luis Alí Sarmiento y Luis Francisco Delgado.

Sustentación del cargo

Los documentos, la inspección ocular y los testimonios indicados demuestran, junto con la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, que la empresa demandada sostuvo razonadamente que su contrato con el demandante era una relación civil de prestación de servicios profesionales independientes; que los pagos que le hacía no eran salario sino honorarios profesionales; que no existió continuada subordinación o dependencia. Esto abona la buena fe de la empresa y no la mala que halló el Tribunal".

Para el opositor la sustentación, como en los cargos anteriores, es deficiente, pues ni siquiera se hace la tentativa de demostrar el error en que pudo haber incurrido el Tribunal. Considera, además, que con el recurso se pretende la casación total del fallo y si el cargo que se estudia prospera, llevaría sólo a la invalidación parcial de la sentencia impugnada, defecto de formulación que impide a su juicio el éxito de la acusación.

Se considera

Cuanto al defecto de carácter técnico anotado por el opositor, la circunstancia de que en el alcance de la impugnación se pida la casación total del fallo acusado no es obstáculo para que se formulen cargos que persigan la de algunas de sus decisiones, pues cada acusación es independiente y es posible que a través de todas, en conjunto, se produzca el quebrantamiento de las decisiones. Pero si éste es parcial, quiere decir que se concede menos de lo pedido.

Los documentos de folios 2, 41, 55 y 61, bien podían demostrar la existencia de un contrato de trabajo o de uno de naturaleza diferente. Si ante estas dos soluciones posibles los falladores de instancia adoptaron una, aquélla que daba por demostrada la existencia de una relación de trabajo subordinado con Arias Carrizosa, no por ello puede hablarse de mala fe de la Sociedad demandada, que desde la iniciación del proceso y a lo largo del mismo, negó la existencia del contrato de trabajo con razones atendibles que tienen su apoyo en las probanzas aportadas al juicio, y por lo tanto se abstuvo de pagar las prestaciones solicitadas por el demandante y a cuyo pago fue condenado Postobón dado su carácter de patrono reconocido en el proceso. De ahí que hubiese incurrido el Tribunal Superior en evidente error de hecho al concluír que "no basta alegar la inexistencia de la relación laboral, sino respaldar sus razones con pruebas atendibles, con argumentos valederos".

El cargo prospera y la sentencia acusada se casará en lo pertinente, o sea en cuanto confirmó la condena por indemnización por mora y en sede de instancia, para cuya consideración sirven las expuestas para producir el quebrantamiento del fallo recurrido, se revocará dicha condena y en su lugar se absolverá a la sociedad demandada de esa petición.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida dictada el diez y ocho de marzo de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en cuanto confirma el ordinal tercero de la parte resolutiva del fallo de primera instancia proferida el doce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, y en sede de instancia REVOCA dicho numeral tercero y en su lugar ABSUELVE a Gaseosas Posada Tobón S. A., de la petición sobre la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. NO LA CASA EN LO DEMAS

Sin costas en el recurso.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PAGO DE LA CUOTA SINDICAL POR EL PERSONAL DE TRABAJADORES NO SINDICALIZADOS

Cuanto al primer aspecto de la censura, o sea el exigir el Tribunal Superior que la renuncia a los beneficios de la Convención además de expresa debe ser real, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en sentido parecido en varias oportunidades. — En sentencia de siete de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, Sindicato de Trabajadores de la Compañía de Empaques S. A. y Compañía de Empaques S. A

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veinticuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 5.

El Sindicato de Trabajadores de Siderúrgica, representado por el Presidente de la Junta Directiva demandó por medio de apoderado judicial a la Siderúrgica de Medellín S. A., "SIMESA", para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones y condenas: "a) Su despacho declarará que los obreros y empleados no sindicalizados, al servicio de la empresa Siderúrgica de Medellín S. A. (SIMESA), con anterioridad al mes de septiembre del año 1965 se vienen beneficiando de las prestaciones convencionales pactadas entre Empresa y Sindicato; b) Como consecuencia de la anterior declaración y como quiera que el Sindicato ha reunido más de la tercera parte de los trabajadores al servicio de la Empresa, su despacho declarará que ésta está en la obligación de pagar en favor de aquél el valor de las cuotas dejadas de retener a los no sindicalizados que a partir de septiembre de 1965 se han beneficiado de las prestaciones convencionales; c) También será condenada la empresa a retener en forma permanente los valores de las cuotas ordinarias a los trabajadores y empleados no sindicalizados que obtengan algún beneficio convencional; d) Por último será condenada en costas".

Los hechos de la demanda, en síntesis, relatan: En la empresa Siderúrgica de Medellín S. A., a la que están vinculados más de un millar de trabajadores, funciona una organización de base y de primer grado bajo la denominación de Sindicato de Trabajadores de Siderúrgica a la que está afiliada la gran mayoría de los trabajadores al servicio de la empresa, agrupando con anterioridad a septiembre de 1965 más de la tercera parte de los mismos. El Sindicato ha pactado convenciones colectivas de trabajo desde hace más de veinte años, habiéndose proferido en algunas ocasiones fallos arbitrales. En las convenciones y en los fallos se han establecido prestaciones extralegales, de las cuales se han beneficiado todos los trabajadores de la empresa en los términos del artículo 38 del Decreto 2351 de 1965. En consecuencia quienes se han beneficiado de las prestaciones convencionales sin pertenecer al Sindicato están obligados a cotizar para la organización pactante y el patrono ha debido deducir y entregar al tesorero del Sindicato los correspondientes valores, lo que no ha cumplido a pesar de las reclamaciones escritas hechas por el representante legal de la or-

ganización sindical. La cuota ordinaria señalada en los estatutos es de tres pesos diarios ($ 3.00).

Al contestar la demanda el apoderado de Siderúrgica de Medellín S. A., "Simesa", negó los hechos. Fundamentó su defensa en los siguientes términos: "En la Empresa no hay obreros que no coticen al Sindicato, pues todos, afiliados o no afiliados al Sindicato, cotizan para beneficiarse de la convención o del laudo arbitral. Los empleados no se benefician de las prestaciones convencionales pactadas entre la Empresa y el Sindicato. La renuncia que, de otra parte, han hecho varios empleados de los beneficios convencionales o del laudo obliga a la Empresa a no deducirles cuota sindical. La libre asociación para sindicalizarse un trabajador conlleva la correlativa libertad de no sindicalizarse también, si lo quiere, y la de renunciar a los beneficios convencionales. Estos no deben confundirse con estipulaciones o prestaciones de índole individual de que gozan los trabajadores por tocar con condiciones generales otorgadas sin tener en cuenta cláusulas convencionales y como quiera que fue voluntad de la empresa darlas y de hecho las dio antes de la firma de los acuerdos colectivos. Porque quitarlas equivaldría a desmejorar esas condiciones previas. Además, el actor tiene la carga de probar caso por caso del beneficio que alega, toda vez que la obligación primaria de pagar las cuotas reside en el trabajador beneficiado con la Convención y no en la Empresa. La cuota se paga mes por mes por recibir los beneficios mes por mes y por llenar los requisitos mes por mes. Esto lo debe probar la parte actora. Mientras subsista el querer de los empleados en no beneficiarse taxativamente de las garantías alcanzadas sólo por Convención, la Empresa no puede hacer retenciones de cuotas que equivaldrían a deducciones salariales y que implicarían un enriquecimiento sin causa por parte de la tesorería sindical. No hay que olvidar que los renunciantes y los que no se benefician de la Convención o del Laudo son personas con derechos para invocar y la demanda se los desconoce evidenciando así la ineptitud de la demanda".

Propuso las siguientes excepciones: "1) LA DE PRESCRIPCION de las acciones y derechos invocados, por si alguna vez existieron y el transcurso del tiempo los extinguió. 2) CADUCIDAD de las acciones y derechos invocados. 3) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION. 4) LA DE PAGO ya que se le han hecho las entregas de las cuotas causadas legalmente. 5) CARENCIA DE ACCION y cualquiera otra excepción que por tener carácter de perentoria resultare configurada en el juicio. 6) INEPTA DEMANDA por no ser el demandado la persona obligada sino individualmente cada trabajador, en caso de que fueran ciertos los fundamentos de la demanda".

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el cuatro de agosto de mil novecientos setenta y cuatro dictó sentencia por medio de la cual dispuso: "PRIMERO. Se condena a Siderúrgica de Medellín S. A., representada en este juicio por el doctor Fabio Echeverri, a pagar al Sindicato de Trabajadores de Siderúrgica, la suma de Ochenta mil setecientos setenta y seis pesos moneda legal ($ 80.776.00), valor de las cuotas dejadas de retener a trabajadores que se beneficiaren de Convenciones Colectivas, entre la segunda quincena del mes de octubre de 1969 hasta la semana número 30 de 1973. SEGUNDO. La citada Empresa está en la obligación de deducir y retener del valor de los salarios de sus trabajadores que se benefician de Convenciones Colectivas, las cuotas ordinarias sindicales. TERCERO. Se declara como acreditada en este proceso la excepción de prescripción de las cuotas sindicales que se hicieron exigibles hasta la primera quincena del mes de octubre de 1969, correspondientes a trabajadores no sindicalizados y que se beneficiaron de convenciones colectivas. Se condena en costas al demandado".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, decidió el doble recurso en fallo de nueve de febrero de mil novecientos setenta y cinco, que confirmó el apelado. No condenó en las costas de la instancia.

Recurrió en casación el apoderado de Siderúrgica de Medellín S. A. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria.

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente a que la sentencia acusada sea casada "en su ordenamiento confirmatorio del fallo de primer grado para que la honorable Corte, en función de instancia, revoque el citado fallo y en su lugar absuelva a mi mandante y condene al Sindicato actor en las costas del juicio".

Con fundamento en la causal primera de casación presenta dos cargos, que se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Por vía directa y en concepto de interpretación errónea la sentencia viola los artículos 38 y 39 del Decreto legislativo 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, en relación con el artículo 12 del Decreto legislativo 1373 de 1966, el 23 del mismo Decreto legislativo 2351 citado y los artículos 8º, 10, 143, 149, 150, 354, 358 y 379 del Código Sustantivo del Trabajo. No podría el suscrito, sin traicionar sus convicciones y aún muchas de sus iniciativas (como el fuero sindical y, precisamente, la retención, por el patrono, de las cuotas sindicales) poner en duda la necesidad de proteger y vigorizar las agremiaciones obreras. Pero no hasta llegar al sindicalismo obligatorio, ni siquiera a la discriminación en el tratamiento de los asalariados para favorecer a los sindicalizados en detrimento de los no sindicalizados. En el presente caso, el sentenciador colegiado, al prohijar la argumentación del a quo, acepta y proclama como éste que de la obligación impuesta nitidamente al trabajador no afiliado que se beneficie de la convención colectiva, por el artículo 39-2 del Decreto 2351 y que al artículo 12-3 del Reglamentario 1373 de 1966 parece trasladar al patrono, debe responder este último de todos modos, sin requerir ninguna demostración al Sindicato. Cuando el citado reglamento, en su ordinal 3º, habla de que las cuotas sindicales deben ser uniformes 'para todos los trabajadores y los patronos deberán retenerlas del valor de los salarios', trata de sintetizar en una sola norma los artículos 38 y 39 del Decreto 2351. Debe entendérsele, por lo mismo, no como una disposición aislada, que cree una nueva obligación para los empresarios, distinta de las ordenadas en la ley laboral, sino en armonía con los demás preceptos del Código del Trabajo y sus reformas con fuerza de ley. Al concatenar el artículo 12-3 del Decreto 1373 de 1966 con el artículo 39-2 del Decreto legislativo número 2351, 'a fine habrá que excluir de la retención patronal a quienes hayan 'renunciado expresamente a los beneficios de la convención'. El sentenciador colegiado (fl. 276) hace un agregado por su cuenta: '...respecto de la convención suscrita por un sindicato que tiene como sus afiliados a más de la tercera parte de los asalariados, su régimen se extiende a los no sindicalizados por ministerio de la ley, Y SOLO LA RENUNCIA EXPRESA O REAL deja por fuera de los beneficios a los no sindicalizados. Ese 'O REAL' que no es de la ley sino del sentenciador, tiene especial significación en el caso sub lite; porque obran en autos las renuncias expresas de los no sindicalizados de SIDERURGICA y a lo largo del proceso, inclusive en la pericia, se admite que hubo esas renuncias. Pero sostuvo el sindicato, y lo acogen los sentenciadores de ambas instancias y el perito, que algunos o muchos de esos renunciantes disfrutaron de préstamos para vivienda, de transporte en los buses de la empresa y de seguros médicos voluntarios, y por lo tanto las 'renuncias' no fueron 'reales'. Y aunque el cargo que estoy formulando es por vía directa, independientemente del aspecto probatorio, traigo esto a colación para subrayar el significado, desde luego erróneo, que el sentenciador trata de darle a la norma sobre las renuncias, al exigir que sean no solamente 'expresas' como dice el legislador, sino 'reales' o efectivas en el hecho. Sorteado ese paréntesis, al tratar de armonizar el artículo 12-3 del reglamento con el artículo 23 del Decreto legislativo 2351 de 1965, salta a la vista que el legislador exige al Sindicato, aun para la retención de las cuotas ordinarias de sus afiliados, una actividad probatoria ante el patrono: certificación del Secretario y el Fiscal, y nómina de afiliados, mes por mes; para las extraordinarias, copia autenticada del acta de la sesión en que fueron aprobadas. Y el artículo 149 del Código, en relación con el 150, prohibe al patrono hacer retenciones del salario sin orden escrita del trabajador, y aunque permite la de cuotas sindicales

agrega enfáticamente 'autorizadas en forma legal'. La tesis del sentenciador es absoluta: Si los afiliados pasan de la tercera parte del personal de la empresa, ésta debe pasarle al tesorero de la organización las cuotas de todos los trabajadores. Ni siquiera debe el Sindicato denunciar a los no afiliados que, habiendo renunciado a los beneficios convencionales, se están lucrando en el hecho de las conquistas sindicales, para que el patrono les haga la retención de la cual debería abstenerse conforme al artículo 39-2 del Decreto 2351. Porque el patrono debe saber, o debe investigar, que la renuncia no es 'real'. Finalmente, la interpretación que el sentenciador le da al conjunto de normas comentadas, hace innecesario comprobar cuales son los beneficios de la convención, a que la ley alude. Todas las prestaciones extralegales que la convención mencione, aunque sean liberalidades de la empresa otorgadas desde muchos años antes, deberán tomarse en cuenta para privar de ellas a los no sindicalizados? Tal conclusión, a que conduce lógicamente la argumentación del sentenciador (y más —perdóneseme este otro paréntesis— en el caso concreto de las convenciones de SIDERURGICA, a que se refiere la sentencia pero que no puedo comentar en un cargo por vía directa) equivale, a implantar la discriminación de tratamientos por motivos sindicales, desde luego en favor de los sindicalizados, que es la antesala del sindicalismo obligatorio, repugnante para cualquier demócrata, tanto como el antisindicalismo capitalista, y tan vituperable como éste".

El Tribunal Superior, por su parte, dijo en la sentencia acusada:

"Conforme al artículo 37 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48/68), cuando los miembros de un sindicato no excedan de la tercera parte de los servidores de la empresa, las convenciones sólo se aplican a los sindicalizados o a quienes se adhieran posteriormente a ella o ingresen a la agremiación; entonces es el silencio de los trabajadores no sindicalizados lo que implica la no aplicación de las normas convencionales, pero si éstos aceptan las ventajas de la convención quedan cobijados con la obligación del aporte al Sindicato, determinada en el inciso 2º del artículo 39 del citado Decreto 2351 de 1965. En cambio si el número de trabajadores sindicalizados excede en una tercera parte del total de los servidores de la compañía, los beneficios de la convención, por mandato del artículo 38 del Decreto referido se extienden a todos los asalariados de la empresa, y sólo tiene efecto la renuncia expresa y real al régimen convencional por disposición del citado inciso 2º del artículo 39 ibídem. De manera que las dos situaciones se diferencian en que respecto de la convención (o fallo arbitral que para el caso es lo mismo según el Art. 461 del C. S. del T.) celebrada por un sindicato que no agrupe más de la tercera parte, la extensión de sus normas a los no sindicalizados no ocurre de pleno derecho sino que requiere su adhesión expresa o tácita, mientras que respecto de la convención suscrita por un sindicato que tiene como sus afiliados a más de la tercera parte de los asalariados, su régimen se extiende a los no sindicalizados por ministerio de la ley y sólo la renuncia expresa o real deja por fuera de los beneficios a los no sindicalizados. En el caso de autos se tiene que conforme a la prueba pericial practicada, el sindicato demandante ha agrupado siempre más de la tercera parte de los asalariados al servicio de la compañía, tal como puede verse de folios 2 a 8 del cuaderno que contiene esa prueba. El a quo detalla en forma muy completa las convenciones celebradas entre la empresa y el sindicato, lo mismo que los beneficios extralegales en ellas contenidas, como son entre otros los préstamos para vivienda, préstamos para necesidades familiares, seguros médicos voluntarios, proveeduría, restaurantes, etc. Y el experto en su dictamen relaciona el personal no sindicalizado que se beneficia de los tres primeros conceptos, pues respecto de los dos últimos no es posible determinarlos numéricamente por no quedar constancia alguna en los archivos y libros de la compañía, aunque de la prueba testimonial se desprende que son varios los que ocupan los servicios de la proveeduría y el restaurante. De otro lado se tiene que el a quo acogió la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la parte demandada y así tomó el lapso no afectado por ella, de la segunda quincena del mes de octubre de 1969 a la semana número 30 de 1973, lo que no merece reparo. Resumiendo, con los elementos de

juicio obtenidos de la pericia se llega a la conclusión, como bien lo hizo el a quo, de que al sindicato demandante le asiste el derecho que reclama, pues al agrupar siempre más de la tercera parte del total de los trabajadores de la compañía demandada, la extensión de los beneficios convencionales al personal no sindicalizado opera por ministerio de ley, hechos que la sociedad no podía ignorar, y al no retenerle a éstos el valor de la cuota ordinaria sindical, debe ella – la sociedad— cargar con esa obligación y en la forma contenida en el fallo de primer grado, por lo cual se aprobará".

Se considera

Cuanto al primer aspecto de la censura, o sea el exigir el Tribunal Superior que la renuncia a los beneficios de la Convención además de expresa debe ser real, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en sentido parecido en varias oportunidades. En sentencia de siete de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, Sindicato de Trabajadores de la Compañía de Empaques S. A. y Compañía de Empaques S. A., dijo:

"Así las cosas, el sentenciador no infringió directamente, ni interpretó con error las disposiciones que el casacionista cita, pues, siendo evidente que los trabajadores no sindicalizados gozan al igual que los pertenecientes al sindicato de las ventajas consagradas en las convenciones colectivas indicadas y en el Laudo Arbitral de 1966, era obligación de aquéllos el pagar al sindicato las correspondientes cuotas ordinarias y deber de la empresa retenerlas y entregarlas a éste. El tenor del numeral 2º del artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 no remite a dudas, cuando asienta que 'los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato'. Y el artículo 2º in-fine, del Decreto 13 de 1958, es imperativo al prescribir: 'El patrono deberá retener del valor de los salarios de tales trabajadores la cuota correspondiente', imponiéndole una obligación, que como tal, al ser incumplida puede exigirse coativamente. Es cierto también que aparece como verdad evidente del proceso que 348 trabajadores renunciaron a las ventajas del Laudo Arbitral, tratando de colocarse dentro de la excepción de la última parte del numeral 2º del artículo 39 invocado, que releva de la obligación de pagar la cuota dicha 'al trabajador no sindicalizado que renuncie expresamente a los beneficios de la convención'. Pero, como el juzgador lo anota, esa renuncia fue ficta, ya que, no obstante haberla suscrito tales trabajadores, siguieron disfrutando de las prestaciones renunciadas. Y es claro que al establecer la aludida excepción ese precepto, quiso que la renuncia fuera real y cierta y no ficticia, pues de otra manera se abre la puerta a un fraude a la propia ley, creándose un grupo de trabajadores privilegiados que gozan de los beneficios de la convención, y sin embargo, no satisfacen la cuota sindical, por haber firmado una renuncia carente de eficacia. No es el acto aparente, sino el verdadero de no disfrutar de las ventajas convencionales, el que coloca al trabajador en la situación excepcional preindicada. Nótese cómo la norma que se estudia dice que es "por el hecho de beneficiarse de la convención" por lo que los trabajadores no sindicalizados deben cubrir el valor de la cuota ordinaria, es decir, que parte de una situación fáctica, real, 'del hecho' de beneficiarse de la convención. Por tanto, si ese 'hecho' se cumple, surge el deber de pagar la cuota, por encima de una renuncia ineficaz o aparente, que puede prestarse a burlar la ley o darle pie al patrono para que debilite las asociaciones sindicales de su empresa, con el cómodo expediente de hacer renunciar a un número considerable de trabajadores a los beneficios de la convención pero concediéndoselas él por fuera de la misma". (G. J. Tomo CXXIX Nos. 2307 y 2308, págs. 332 y 333).

Y en casación de primero de octubre de mil novecientos setenta, Sindicato de Trabajadores de Shellmar de Colombia S. A. y Shellmar de Colombia S. A., ratificó la jurisprudencia transcrita en los siguientes términos:

"...de acuerdo con el sentido y la expresión misma del artículo 39, inciso 2º del Decreto legislativo 2351 de 1965, lo que crea

la carga para los trabajadores no sindicalizados y el derecho del Sindicato a percibir las cuotas allí determinadas, es el hecho de beneficiarse de las ventajas de la Convención. Por consiguiente, una renuncia formal de los trabajadores no afiliados al Sindicato a disfrutar de las conquistas convencionales no tiene ningún valor frente al hecho de que por concesión 'graciosa' del patrono o por acuerdos individuales, los 'renunciantes' gocen de las ventajas convencionales. Esto debe decirse respecto de los casos en que los afiliados al Sindicato sobrepasen la tercera parte de los trabajadores de la empresa, pues entonces, conforme al artículo 38 del citado Decreto, las normas de la convención colectiva se extienden a todos los trabajadores de tal empresa, y sólo tiene efecto la renuncia expresa y real al régimen convencional. Pero cuando los miembros del sindicato no excedan la tercera parte de los servidores de la empresa, la convención sólo se aplica a los sindicalizados y a quienes adhieran posteriormente a ella o ingresen al sindicato, como lo manda el artículo 37 del Decreto legislativo mencionado. Entonces es el silencio de los trabajadores no sindicalizados el que implica la no aplicación a éstos de las normas convencionales. Pero si aceptan, aunque sea de manera implícita, las ventajas de la convención, quedan cobijados por la obligación de aporte al sindicato que determina el inciso 1º del artículo 39 del Decreto 2351. Entonces las dos situaciones se diferencian en que respecto de la convención celebrada por sindicato que no agrupe más de la tercera parte de los asalariados de la empresa, la extensión de sus normas a los no sindicalizados no ocurre de pleno derecho sino que requiere su adhesión expresa o tácita, mientras que respecto de la convención suscrita por el sindicato que tiene como sus afiliados más de la tercera parte de dichos asalariados, su régimen se extiende a todos los trabajadores de la empresa por ministerio de la ley, y sólo la renuncia expresa y real deja por fuera de los beneficios a los no sindicalizados que la presentan al patrono. De manera que en ningún caso el acuerdo individual del trabajador no sindicalizado con el patrono para gozar de las ventajas de la convención pero por fuera de su régimen, excluye éste y libera al no sindicalizado de las cuotas que consagra el varias veces nombrado artículo 39 del Decreto 2351. Resta todavía aclarar sobre este punto que la identidad de beneficios debe decirse en lo tocante con las ventajas fundamentales conseguidas en la convención, porque no es admisible que la aceptación de éstas, el tiempo con una renuncia formal que sólo viene a tener efecto sobre cuestiones adjetivas, pueda, en el caso del artículo 38 en relación con el inciso 2º del 39 del Decreto 2351, quitar a la convención la naturaleza de la ley de la empresa, es decir, de norma reguladora de las condiciones individuales de trabajo en ella que le asigna el mandato del legislador, y que, como derivación, logra impedir que el sindicato se beneficie con las cuotas de todos los favorecidos con las prerrogativas convencionales". (Gaceta Judicial, Tomo CXXXVI, números 2334, 2335 y 2336, páginas 351 y 352).

Respecto al segundo aspecto censurado, o sea lo absoluto de la tesis, pues en caso de que los afiliados excedan de la tercera parte del personal de la empresa ésta debe pasarle al tesorero de la organización las cuotas de todos los trabajadores, sin que esté obligado el Sindicato a denunciar a los no afiliados que habiendo renunciado a los beneficios convencionales, se estén lucrando en el hecho de los mismos, observa la Sala que la interpretación o aplicación que hizo el Tribunal Superior del inciso 2º del artículo 39 es correcto, pues extendiéndose por ministerio de la ley la convención colectiva a los trabajadores no sindicalizados cuando el Sindicato de trabajadores sujeto de la misma agrupa más de la tercera parte del total de los de la empresa, el no afiliado y el patrono, para exonerarse de la obligación de pagar la cuota sindical o de retenerla y entregarla al sindicato deben acreditar que el primero renunció expresa y realmente a los beneficios de la convención pues son los interesados en demostrar que las respectivas obligaciones se extinguieron.

Respecto a la censura final, no es cierto que si existen prestaciones extralegales otorgadas por el patrono con anterioridad a la convención se privarían de las mismas a los no sindicalizados, pues si son iguales a las pactadas por el Sindicato de trabajadores y el patrono, el no afiliado continuará gozando de ellas por ministerio de ley

con el solo pago de la cuota sindical, que de ninguna manera significa una afiliación obligatoria, ni una discriminación contra él, pues precisamente la ley extiende los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la empresa, pero respeta el derecho de los que no son miembros de la organización sindical, a no gozar de tales beneficios, siempre que renuncien a ellos en forma expresa y real. Lo contrario sería una burla de los derechos del Sindicato a percibir la cuota de los no afiliados que se favorecen con su actividad y su capacidad para contratar colectivamente.

Al no demostrarse que el Tribunal Superior interpretó erróneamente las normas indicadas, no prospera el cargo.

Segundo cargo

"La sentencia viola, por vía indirecta, y por aplicación indebida, los artículos 23, 38 y 39 del Decreto legislativo 2351 de 1965, y 12 del Decreto legislativo 1373 de 1966, por error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la inspección ocular de folios 88 a 88 vuelto y 225, 229 del cuaderno principal; de las convenciones colectivas y laudo arbitral visibles a folios 89 a 207 del mismo cuaderno y del dictamen pericial que constituye cuaderno especial, con las aclaraciones de folios 244 a 249. El error de hecho consistió en dar por demostrado, sin estarlo, que el fondo de préstamos para vivienda, el fondo para necesidades familiares, los seguros médicos voluntarios y la proveeduría fueron conquistas sindicales, y no dar por demostrado, estándolo con las mismas convenciones y laudos arrimados a los autos, que venían desde antes de las convenciones. Igualmente, en no dar por demostrado, estándolo, que muchos de los no sindicalizados, si es que no todos ellos, renunciaron expresamente a los beneficios convencionales; y en cambio dar por demostrado, sin estarlo, que todos los no sindicalizados se beneficiaron de los préstamos para vivienda, o de la proveeduría, o de los seguros médicos voluntarios. El peritaje no es medio probatorio apto para acreditar hechos simples, que el juzgador puede apreciar directamente en la inspección ocular. Con todo, en el presente caso el perito presenta unos cuadros en los que salta a la vista que NO TODOS LOS NO AFILIADOS AL SINDICATO aparecen beneficiándose de los préstamos, de los precios de proveeduría, ni de las demás concesiones extralegales. Fuera de que no se sabe, concretamente, quienes de ellos se beneficiaron de las estipulaciones convencionales a que se refiere la pericia. En tales circunstancias, la aplicación de las normas citadas, que obligan al no sindicalizado a cotizar para el Sindicato y a los patronos a retener esa cotización en determinados casos, resulta indebida, a todas luces".

Se considera

No dice el impugnador como fueron equivocadamente apreciadas las convenciones colectivas y laudo arbitral que obran de folios 89 a 207, pues se limita a afirmar que algunas de las prestaciones allí consagradas venían desde época anterior; no hay por lo tanto, demostración alguna del error de hecho.

Cuanto a la equivocada apreciación de la prueba pericial, no es origen de errores de hecho en casación laboral, como lo dispone expresamente el artículo 9º de la Ley 16 de 1969, y su análisis sólo puede hacerlo la Corte cuando basándose el fallador de segunda instancia en un conjunto de pruebas entre las cuales además de la pericial se encuentran alguna o algunas de las contempladas en dicho artículo, se demuestra error en estas últimas, según jurisprudencia reiterada. Esta situación no se presenta en el caso en estudio, pues no se ha demostrado error de hecho a través de la prueba documental.

Por último aun cuando se hubiese incurrido en la equivocación fáctica anotada, la solución sería la misma del Tribunal, porque, como lo dijo esta Sala en la sentencia de febrero siete de mil novecientos sesenta y nueve citada al estudiar el primer cargo, "La circunstancia alegada por el casacionista de que muchas de las prestaciones acordadas en las convenciones y en el Laudo Arbitral de que dan cuenta los autos, hubiesen sido concedidas por liberalidad de la empresa, antes de aquéllas y de éste, carece de fuerza para dejar de cumplir el precepto que manda a los trabajadores no sindicalizados a contribuir con la cuota ordinaria en favor del sindicato, 'por el he-

cho de beneficiarse de la convención' no sólo por los argumentos que el sentenciador expone, sino porque habría que entrar a hacer distinciones casuísticas que la ley no contempla, para saber si lo pactado en una convención es nuevo o si ya existía por concesión unilateral del patrono, a fin de determinar si los trabajadores que disfrutan de las ventajas de ella deben o no satisfacer la cuota sindical, y es sabido que donde la ley no distingue no es dable distinguir al juzgador".

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral.

Sin costas 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, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COBRO DE HONORARIOS POR SERVICIOS PROFESIONALES

Los presupuestos fácticos que encontró demostrados el Tribunal Superior fueron los de que el demandante en su relación contractual con la demandada tuvo el carácter de contratista independiente y que no prestó personalmente el servicio para la ejecución de la obra, sino que se valió para ello de personas que le estaban subordinadas laboralmente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veinticinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 6.

José Jesús Rodríguez Garzón, mayor, vecino de Bogotá, demandó a la sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada, para que, previa declaración de la existencia de algunos hechos, se la condenara a pagarle la suma de sesenta y siete mil pesos ($ 67.000.00), valor que le adeuda por los servicios profesionales prestados en la realización de cuatrocientos sesenta (460) instalaciones de tubería negra y galvanizada para lavamanos, sanitarios y duchas.

Los hechos de la demanda los relata así el apoderado judicial del demandante:

"1. Entre el señor José Jesús Rodríguez Garzón y la Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada se celebró un contrato verbal de prestación de servicios profesionales por medio del cual el demandante se comprometió a efectuar cuatrocientos sesenta (460) instalaciones de tubería negra y galvanizada para lavamanos, sanitarios y duchas en la edificación que construyó la mencionada Sociedad para el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" (Centro Agropecuario de la Sabana) en el Municipio de Mosquera (Cundinamarca). La Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada se comprometió a pagarle como honorarios profesionales al señor José Jesús Rodríguez Garzón la cantidad de doscientos pesos ($ 200.00) moneda corriente por cada instalación de tubería negra y galvanizada que efectuara el demandante en la edificación que construyó la Sociedad demandada para el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" (Centro Agropecuario de la Sabana). 2. El señor José Jesús Rodríguez Garzón efectuó la construcción de las cuatrocientas sesenta (460) instalaciones de tubería negra y galvanizada a que hacen referencia los hechos anteriores durante el lapso comprendido del quince (15) de julio de mil novecientos setenta (1970) al primero (1º) de diciembre del mismo año. 3. La ejecución de las cuatrocientas sesenta (460) instalaciones de tubería negra y galvanizada realizada por el demandante se efectuó ciñéndose a los planos y especificaciones ordenadas por la sociedad demandada y la obra fue recibida a entera satisfacción de la Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada. 4. El valor de los honorarios causados por la realización de las cuatrocientas sesenta (460) instalaciones de tubería negra y galvanizada efectuada por el demandante para la Sociedad demandada ascendió al monto de noventa y dos mil pesos ($ 92.000.00) moneda corriente, teniendo en cuenta que el valor de cada instalación fue el de doscientos pesos ($ 200.00) moneda corrien-

te. 5. De los noventa y dos mil pesos ($ 92.000.00) moneda corriente que legalmente correspondían al demandante por concepto de honorarios profesionales por la realización de las cuatrocientas sesenta (460) instalaciones de tubería negra y galvanizada efectuadas para la Sociedad demandada, la Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada solamente pagó al señor José Jesús Rodríguez Garzón la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) moneda corriente. 6. La Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada adeuda al señor José Jesús Rodríguez Garzón la suma de sesenta y siete mil pesos ($ 67.000.00) moneda corriente, por concepto de honorarios causados y no pagados por la Sociedad demandada correspondientes a la realización de las instalaciones de tubería negra y galvanizada efectuada por mi representado para la Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada. 7. El no pago por parte de la Sociedad demandada de los honorarios profesionales que legalmente le corresponden al demandante le han ocasionado graves perjuicios económicos al señor José Jesús Rodríguez Garzón. 8. El señor José Jesús Rodríguez Garzón en varias oportunidades ha solicitado a la Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada el reconocimiento y pago de la suma de dinero que por concepto de honorarios profesionales se solicita en esta demanda. 9. La Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada se ha negado injustificadamente a pagar al señor José Jesús Rodríguez Garzón el valor total de los honorarios profesionales que se solicitan en esta demanda".

Como fundamentos jurídicos invocó los artículos 2053 y siguientes del Código Civil. Decretos 456 y 931 de 1956, 1819 de 1964.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de la sociedad Casabianca Pizano, Ruiz Martínez y Compañía Limitada, aceptó parcialmente los hechos 1º y 2º y el 10 con aclaraciones. Se opuso a las peticiones y propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y compensación.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Bogotá, desató el litigio en sentencia de veinte de enero de mil novecientos setenta y cinco por medio de la cual absolvió a la sociedad Casabianca, Pizano, Ruiz Martínez y Compañía Limitada de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda. Condenó en costas al demandante, quien apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en sentencia de quince de marzo de mil novecientos setenta y cinco confirmó el fallo apelado, con costas de la instancia a cargo del apelante.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de José Jesús Rodríguez, que concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica presentado por la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Con la presente demanda me propongo que la honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral— CASE TOTALMENTE la sentencia proferida por la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 15 de marzo de 1975, dictada dentro del juicio ordinario laboral de José Jesús Rodríguez Garzón contra la sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada en cuanto por sus ordinales 1º y 2º confirmó la sentencia de primer grado y condenó en las costas de segunda instancia al demandante y apelante, y que, procediendo como Tribunal de instancia, REVOQUE la referida sentencia de primera instancia en cuanto por ésta se absuelve a la sociedad demandada de las peticiones de la demanda y se condena en costas al demandante, y condene a la sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada a pagar al señor José Jesús Rodríguez Garzón la suma de ($ 67.000.00), valor que adeuda al demandante por los servicios profesionales prestados en la realización de 460 instalaciones de tubería negra galvanizada para lavamanos, sanitarios y duchas, así como al pago de las costas de primera instancia".

Con fundamento en la causal primera de casación presenta tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 1973, 2053, 2056, 2060 y 2061 del Código Civil al dejar de aplicarlos siendo del caso hacerlo y por la aplicación indebida de los artículos 1º del Decreto extraordinario 456 de 1956, 1º del Decreto extraordinario 931 de 1956, 1º de la Ley 141 de 1961, 3º del Decreto 2351 de 1965 y 3º de la Ley 48 de 1968 y la no aplicación de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil en relación con los artículos 1974, 1975, 2054, 2063, 2064, 2065, 2066, 2069, 2142, 2144 y 2184 de la misma obra, como consecuencia de haber incurrido el honorable Tribunal en errores de hecho manifiestos u ostensibles derivados de la falta de apreciación y de la apreciación equivocada de las siguientes pruebas..."

Como prueba no apreciada indica el recurrente la contestación de la demanda, y como apreciadas equivocadamente el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad demandada, el interrogatorio de parte absuelto por el demandante y los testimonios de Marco Antonio Piñeros, Julio César Cifuentes Castro, Carlos Enrique Ruiz Martínez, Luis Carlos Mantilla y Gabriel Arturo Rozo.

Los errores de hecho los hace consistir en:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante era un contratista independiente. 2º Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante no ejecutó personalmente la obra encomendada. 3º No dar por demostrado, estándolo, que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios personales. 4º No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada se comprometió a pagar al demandante, como emolumento u honorarios en contraprestación por su trabajo, la suma de $ 200.00 por cada instalación de tubería negra y galvanizada que este último efectuara. 5º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante personalmente trabajó en la ejecución del mencionado contrato".

Analiza el recurrente las confesiones señaladas como no apreciadas o apreciadas con equivocación, y dice que con ellas se demuestra ostensiblemente lo siguiente:

"1º Que entre las partes en litigio se celebró un contrato de prestación de servicios por medio del cual el demandante se comprometió a instalar 460 unidades de tubería negra y galvanizada. 2º Que la sociedad demandada se comprometió a pagar al demandante, como remuneración por su trabajo y a título de honorarios, la suma de $ 200.00 por cada instalación de tubería negra y galvanizada que este último efectuara en la edificación que construyó la sociedad demandada para el SENA en el Centro Agropecuario de la Sabana, en el Municipio de Mosquera. 3º Que el demandante personalmente trabajó en la ejecución del mencionado contrato entre los meses de julio y diciembre de 1970".

Luego, por considerar que ha demostrado el error de hecho sobre la prueba legalmente calificada, se refiere a la equivocada apreciación de los testimonios, que a su criterio son uniformes en el sentido de afirmar que las materias primas o materiales utilizados por José Jesús Rodríguez eran suministrados por la sociedad demandada, por lo cual se da la situación claramente prevista en el artículo 2053-3 del Código Civil se excluye la posibilidad de que José Jesús Rodríguez fuera un contratista independiente en los términos del artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, de acuerdo con lo que al respecto tiene claramente definido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral. Termina la argumentación así:

"Si el honorable Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados y que determinaron la violación de los preceptos legales que se citan en este primer cargo, habría necesariamente concluido que estando acreditado en el proceso el contrato de prestación de servicios que se celebró entre las partes para la ejecución de una obra, el precio o remuneración que por esos servicios se pactó entre las partes, a razón de $ 200.00 la unidad instalada, el total de unidades instaladas por el demandante en ejecución del contrato que ascendió a 460, al pago solamente parcial por la suma de $ 25.000.00 que hizo la sociedad demandada al demandante como remuneración por su trabajo, el consiguiente saldo por diferencia que la sociedad demandada no probó haber pagado que asciende a la suma de $ 67.000.00, se imponía la condena por este último valor de acuerdo a lo

pedido en la demanda inicial con que comenzó el juicio y a lo indicado en el capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

El opositor estima que no hubo error de hecho por la inapreciación de la contestación de la demanda y la equivocada apreciación de los interrogatorios de las partes. y agrega: "Finalmente, debo anotar la confusión en que incurre el recurrente, en este cargo, y en los demás, al considerar que la noción de contratista independiente y la de prestación de servicios personales en forma independiente, son antinómicas, cuando lo cierto es que en ambas puede existir de por medio un contrato de obra. En efecto, se puede ser contratista independiente y prestar personalmente los servicios a otra persona, o contratista independiente que preste el servicio, como ocurre en el presente caso, valiéndose del concurso o de la fuerza de trabajo de otras personas. La diferencia está en la jurisdicción que tiene la competencia para desatar uno u otro conflicto".

El Tribunal Superior sustentó su decisión así: "El actor, en síntesis, solicita que se condene a la sociedad demandada a pagarle la cantidd de $ 67.000.00 pesos que le adeuda por concepto de los servicios profesionales prestados por él 'en la realización de cuatrocientos sesenta (460) instalaciones de tubería negra y galvanizada, para lavamanos, sanitarios y duchas'. Es acertado el criterio del señor Juez a quo cuando advierte que de las pruebas que obran en la sub lite se desprende que el demandante en su relación contractual con la demandada tuvo el carácter de contratista independiente. Las aludidas pruebas son las declaraciones de parte absueltas en el proceso (folios 28 a 33, 38 a 42, respectivamente), las exposiciones testimoniales de los señores Humberto Benavides, Marco Antonio Piñeros, Julio César Cifuentes Castro, Carlos Enrique Ruiz Martínez, Luis Carlos Mantilla, Gabriel Arturo Rozo Garzón y Rubén Darío Jaramillo Botero (folios 48 a 62, 64 a 72, 74 a 84, 87 a 95, respectivamente). Es más, el testigo Julio César Cifuentes Castro expresa: 'Es decir, yo podría agregar que el señor Rodríguez —(demandante)— no ejecutaba directamente los trabajos sino tenía (sic) personal que él mandaba y él a la obra iba en muy raras ocasiones' (folio 60). Y el testigo Luis Carlos Mantilla dice en su declaración: 'El señor Rodríguez era el que llevaba los obreros' (folio 76), y más adelante agrega refiriéndose a la misma persona: 'nunca se puso overol para trabajar ahí, el dirigía pero trabajaba', (sic) (folio 77). De estas dos declaraciones se infiere que el demandante no prestaba personalmente el servicio para la ejecución de la obra sino valido de otras personas subordinadas laboralmente a él, lo cual se aparta del espíritu de los Decretos extraordinarios 456 y 931 de 1956, reguladores del conocimiento por parte de la jurisdicción laboral de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, para quedar situado dentro del contrato civil de obra, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción civil. Por consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada".

Se considera

Los hechos 1º y 2º de la demanda, cuya contestación por la sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada estima el recurrente que no fue apreciada por el Tribunal Superior, expresan que entre José Jesús Rodríguez Garzón y la Sociedad demandada se celebró un contrato verbal de prestaciones de servicios profesionales por medio del cual el demandante se obligó a efectuar 460 instalaciones de tubería negra y galvanizada para lavamanos, sanitarios y duchas en la edificación que construyó la demandada para el Servicio Nacional de Aprendizaje en el Municipio de Mosquera, habiéndose pactado como honorarios profesionales la cantidad de doscientos pesos ($ 200.00) por cada instalación de tubería negra y galvanizada que efectuara el demandante.

Al aceptar parcialmente el apoderado judicial de Casablanca Pizano Ruiz Martínez los hechos 1º y 2º cuando contestó la demanda, sin aclarar qué parte rechazaba, quedó demostrada la existencia del contrato, su objeto y el precio acordado, en los términos relatados por el demandante. Pero no se acreditó con dicha contestación que el demandante no fue un contratista independiente y que prestó sus servicios personales en la ejecución del contrato. Ni

se deducen estos hechos de la afirmación que hace el apoderado judicial de la demandada en el mismo escrito en contestación a los siguientes términos: "1. La Sociedad Casablanca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada, celebró con el señor José Jesús Rodríguez Garzón, contrato verbal para un contrato de plomería a realizarse en el Centro Agropecuario de la Sabana (Seccional del Sena), por entonces en etapa inicial de construcción en jurisdicción del Municipio de Mosquera, Cundinamarca, en el mes de julio de 1970".

Las preguntas 1ª, 2ª y 3ª del interrogatorio que le fue hecho al representante de la sociedad demandada y sus respectivas respuestas, son del siguiente tenor:

"'1. Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento cómo es cierto, y yo digo que es cierto, que la Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada contrató al señor José Jesús Rodríguez Garzón para que efectuara unas instalaciones de tubería negra y galvanizada para lavamanos, sanitarios y duchas en la edificación que construyó la mencionada Sociedad para el Servicio de Aprendizaje 'SENA' (Centro Agropecuario de la Sabana) en el Municipio de Mosquera (Cundinamarca)? CONTESTO: 'Si es cierto pero aclaro: que incluía también el montaje de aparatos sanitarios. Dicho contrato se hizo como contratista independiente'. Leída la aprobó y se le formula la '2. Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento cómo es cierto, y yo digo que es cierto, que la Sociedad Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada se comprometió a pagarle al señor José Jesús Rodríguez Garzón la cantidad de doscientos pesos moneda corriente, por cada instalación de tubería negra y galvanizada que efectuara el demandante en la edificación a que hace referencia la pregunta inmediatamente anterior? CONTESTO: 'Sí es cierto y aclaro: el pago de dicha cantidad se dividía en tres partes así: $ 100.00 por la tubería negra, $ 50.00 por la tubería galvanizada y $ 50.00 por el montaje de cada aparato'. Leída la aprobó y se le formula la '3. Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento cómo es cierto, y yo digo que es cierto, que el señor José Jesús Rodríguez Garzón efectuó las instalaciones de tubería negra y galvanizada para la cual fue contratado por la Sociedad que usted representa legalmente durante el lapso comprendido entre el 15 de julio de 1970 y el 1º de diciembre del mismo año? CONTESTO: 'Sí es cierto pero aclaro, que no sé exactamente las fechas de iniciación y terminación'".

Las confesiones contenidas en las respuestas dadas por el representante de la Sociedad demandada que se han transcrito y que son las que concretamente el recurrente considera mal apreciadas, acreditan la existencia del contrato celebrado entre Casabianca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada y José Jesús Rodríguez Garzón, pero no demuestran que éste hubiese prestado personalmente sus servicios en la ejecución del mismo, ni que hubiera actuado como contratista independiente, cuyo carácter se afirmó expresamente.

Las preguntas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª y 13ª del interrogatorio absuelto por el demandante, y de las cuales predica el recurrente que fueron erróneamente apreciadas, no se aceptaron por el absolvente, quien expresamente las negó. Ante esta circunstancia no pueden considerarse como demostrativos de los hechos afirmados en las respectivas preguntas, en las cuales, además nada se expresa sobre trabajo personal de Rodríguez Garzón.

No habiéndose acreditado error de hecho a través de las pruebas anteriores, cuya equivocada apreciación o inapreciación es susceptible de originarlo en casación laboral, como lo contempla el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, le está vedado a la Corte analizar la prueba testimonial que no está incluida entre las relaciones en dicho artículo. Y como no se demostró que el demandante prestó sus servicios personales a la Sociedad demandada o que no hubiera sido contratista independiente, han quedado en firme los soportes fácticos principales sobre los cuales fundamentó el Tribunal su decisión; por lo tanto el cargo no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia acusada viola directamente, en la modalidad de aplicación indebida, el precepto legal contenido en el artículo 1º del Decreto extraordinario 456 de 1956 (artículo 1º del Decreto extraordina-

rio 931 de 1956 y Art. 1º de la Ley 141 de 1961), lo que determinó que el sentenciador dejara de aplicar, siendo del caso hacerlo, los artículos 1973, 2053, 2056, 2060 y 2061 del Código Civil, en relación con los artículos 1602, 1603, 1974, 1975, 1054, 2063, 2064, 2065, 2066, 2069, 2142, 2144, 2184, de la misma obra y los artículos 2º del Decreto 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968, artículos 12 y concordantes del Código de Procedimiento Civil".

Transcribe el recurrente un pasaje del fallo acusado y dice que de él se deduce claramente que el Tribunal Superior absolvió a la Sociedad demandada como consecuencia de haber encontrado demostrado que José Jesús Rodríguez era un contratista independiente y que para la ejecución de la obra se valía de otras personas subordinadas laboralmente a él, presupuestos fácticos sobre los cuales concluye el ad quem que no son subsumibles dentro de la preceptiva del artículo 1º del Decreto 456 de 1956, remitiendo el contrato civil de obra (Art. 2053 del Código Civil) al conocimiento de la jurisdicción civil (Art. 12 y concordantes del Código de Procedimiento Civil). Argumenta luego:

"Cometo así el honorable Tribunal un claro 'error jurídico'. En efecto, dentro de la preceptiva de la disposición contenida en el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 es perfectamente subsumible el contrato de obra de que habla el inciso 2º del artículo 2053 del Código Civil. Y no obsta para ello que quien ejecuta la obra pueda eventualmente tener la característica de contratista independiente o ejecutarla valido de personas subordinadas laboralmente a él, como son evidente error sobre la naturaleza jurídica de los hechos considera el honorable Tribunal. Es pertinente observar aquí, dentro de la teoría general del proceso, el claro error en que incurrió el honorable Tribunal al confirmar la sentencia de primera instancia (sentencia que evidentemente no entendió la demanda) absolutoria para la parte demandada. Si el ad quem consideró, como lo consideró, que el asunto sometido a su decisión era de competencia de la jurisdicción civil, no podía dictar sentencia absolutoria sino que ha debido inhibirse para fallar en el fondo. Esto es de una claridad meridiana y resulta así incomprensible que el honorable Tribunal haya sentenciado con mérito de cosa juzgada en un negocio en el cual el mismo Tribunal ha reconocido su incompetencia por falta de jurisdicción. Debe anotarse, por lo demás, que tanto demandante como demandada estuvieron en este juicio de acuerdo en que el asunto debía tramitarse por el procedimiento ordinario del trabajo no obstante que las normas sustantivas reguladoras de los derechos controvertidos eran de naturaleza no laboral. La demanda no invocó normas sustantivas laborales como fundamentos jurídicos y la contestación de la demanda (fl. 13) invoca también como fundamentos jurídicos de fondo normas del Código Civil y como procedimiento el del Decreto 456 de 1956, de ahí que la demandada no haya propuesto a lo largo del juicio, ni alegado, excepción de incompetencia para la justicia ordinaria. La aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 456 de 1956 en la forma en que se deja indicada determinó que el ad quem dejara de aplicar las normas sustantivas de orden nacional citadas al comienzo de este cargo, rechazando las peticiones de la demanda y absolviendo a la sociedad demandada. Si el honorable Tribunal no hubiera aplicado indebidamente y dejado de aplicar las normas que se han citado, habría necesariamente concluido que estando acreditado en el proceso el contrato de prestación de servicios que se celebró entre las partes para la ejecución de una obra, el precio o remuneración que por esos servicios de pacto entre las partes, a razón de $ 200.00 la unidad instalada, el total de unidades instaladas por el demandante en ejecución del contrato que ascendió a 460, el pago solamente parcial por la suma de $ 25.000.00 que hizo la sociedad demandada al demandante como remuneración por su trabajo, el consiguiente saldo por diferencia que la sociedad demandada no probó haber pagado que asciende a la suma de $ 87.000.00, se imponía la condena por este último valor de acuerdo a lo pedido en la demanda inicial con que comenzó el juicio y a lo indicado en el capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

Para el opositor el cargo está técnicamente mal formulado, por cuanto al haberse hecho por el Tribunal una interpretación de los artículos 1º del Decreto 456 de 1956 y 1º del Decreto 931 de 1956, lo

procedente era acusar la sentencia por interpretación errónea de dichos artículos.

Se considera:

Los presupuestos fácticos que encontró demostrados el Tribunal Superior fueron los de que el demandante en su relación contractual con la demandada tuvo el carácter de contratista independiente y que no prestó personalmente el servicio para la ejecución de la obra, sino que se valió para ello de personas que le estaban subordinadas laboralmente.

Como el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 dispone que "la jurisdicción especial del trabajo conocerá de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen...", es claro que si el fallador de segundo grado no encontró demostrados los servicios personales, aplicó debidamente la disposición citada, pues sólo cuando tales servicios personales de carácter privado se han realizado, surge la competencia de la jurisdicción laboral. Otra cosa es que los procesos por la remuneración del contratista independiente sean subsumibles en el artículo 1º del Decreto 456 de 1956, mas para ello es necesario que los servicios sean prestados personalmente, lo que el Tribunal Superior, se repite, descartó al estimar que el demandante, al que califica de contratista independiente, realizó sus labores por medio de personas bajo su dependencia.

No habiéndose demostrado la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 456 de 1956, no se produjo la violación final de las normas sustanciales indicadas en el cargo, que por lo tanto no prospera.

Tercer cargo

"La sentencia acusada viola, por interpretación errónea, el precepto contenido en el artículo 1º del Decreto extraordinario 931 de 1956 y artículo 1º de la Ley 141 de 1961, lo que determinó que el sentenciador dejara de aplicar, siendo del caso hacerlo, los artículos 1973, 2053, 2056, 2060 y 2061 del Código Civil, en relación con los artículos 1602, 1603, 1974, 1975, 2054, 2063, 2064, 2065, 2066, 2069, 2142, 2144, 2184 de la misma obra y los artículos 3º del Decreto 2351 de 1966, 3º de la Ley 48 de 1968, artículos 12 y concordantes del Código de Procedimiento Civil. Dice la sentencia acusada: 'es acertado el criterio del señor Juez a quo cuando advierte que de las pruebas que obran en la sub lite se desprende que el demandante en su relación contractual con la demanda tuvo el carácter de contratista independiente', (fl. 129). Y más adelante concluye la sentencia acusada: '... el demandante no prestaba personalmente el servicio para la ejecución de la obra sino valido de otras personas subordinadas laboralmente a él lo cual se aparta del espíritu de los Decretos extraordinarios 456 y 931 de 1956, reguladores del conocimiento por parte de la jurisdicción laboral de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, para quedar situado dentro del contrato civil de obra, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción civil. Por consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada'. De lo anteriormente transcrito resulta evidente que el honorable Tribunal cometió error en cuanto a la interpretación del contenido del artículo 1º del Decreto 456 de 1956, pues, dentro de dicho contenido no comprende el contrato civil de obra a que se refiere el artículo 2053-3 del Código Civil. Precisamente el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 comprende dentro de su contenido aquellas relaciones no laborales, como el contrato civil de obra reguladas en sus aspectos sustantivos por disposiciones ajenas al Código Sustantivo del Trabajo y normas que lo adicionan y reforman. En el contrato civil de obra, que el Código Civil llama de arrendamiento en el inciso 3º del artículo 2053, una parte se obliga a efectuar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por esta obra o servicio (Art. 1973 del C. C.). En estas condiciones una persona que, aún con carácter de contratista independiente y ayudado o valido de otras personas para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, puede precisamente acudir ante la jurisdicción del trabajo para que le sean reconocidos sus derechos no obstante que éstos en el aspecto sustantivo sean consagrados y regulados por normas no laborales. La interpretación

del artículo 1º del Decreto 456 de 1956, en la forma en que se deja indicada, determinó que el ad quem dejara de aplicar las normas sustantivas de orden nacional citadas al comienzo de este cargo, rechazando las peticiones de la demanda y absolviendo a la sociedad demandada".

Para el opositor no se produjo por parte del Tribunal Superior interpretación errónea de los artículos 1º del Decreto 456 y 1º del Decreto 931 del mismo año, pues la razón de la competencia reside en que se quiso someter a la jurisdicción laboral los procesos originados en servicios personales prestados en forma independiente.

Se considera

El artículo 1º del Decreto 456 de 1956 atribuye a la jurisdicción especial del trabajo el conocimiento de los juicios sobre reconocimientos de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, "cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen". En consecuencia resulta equivocada la interpretación de dicho artículo si se llega a la conclusión que los juicios sobre remuneración de los servicios personales prestados por los llamados en el Código Laboral contratistas independientes o los que se originan en un contrato de obra están excluidos de la competencia de la jurisdicción laboral. Siempre que se trate de procesos por la remuneración de servicios personales prestados en forma independiente, porque de los subordinados conoce la jurisdicción laboral por su naturaleza misma, se está en presencia de los casos previstos en el Decreto 456 de 1956. Y si el contratista independiente o el locador de industria o el de obra prestan servicios personales, es la jurisdicción laboral la competente para conocer de las controversias sobre la respectiva remuneración.

Sin embargo, el fallador de segunda instancia fundamentó principalmente su decisión en que consideró que el demandante no prestó servicios personales al demandado, pues la ejecución del contrato la hizo a través de personas que le estaban subordinadas. Estando en firme tal conclusión fáctica no sería posible quebrantar el fallo recurrido, en el supuesto de que hubiese interpretado erróneamente las normas acusadas.

Para evitar equívocos es conveniente aclarar que si quien se obliga a prestar servicio personal en forma independiente es ayudado por otras personas, no por ello el juicio sobre la correspondiente remuneración escapa a la jurisdicción laboral, precisamente porque existe el presupuesto básico para la competencia cual es el del servicio personal independiente que no desaparece por la circunstancia anotada.

El cargo no prospera por las razones expuestas.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el quince de marzo de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO, CUANDO LA CURACION DE LA ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR NO HAYA SIDO POSIBLE EN EL TERMINO DE 180 DIAS

Acápite: La decisión judicial, en fin, se ajusta a las condiciones que ha mostrado la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, como lo recuerda el opositor, y el cargo por interpretación errónea, a más del defecto técnico que se ha apuntado, carece de fundamento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Ref.: Expediente Nº 5278. Acta Nº 9.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Isabelino Asprilla Arboleda contra la sentencia que dictó el 11 de abril de 1975 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra Puertos de Colombia. Los litigantes y sus apoderados son de las condiciones que recoge el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número de la referencia.

En el escrito inicial el demandante impetró "indemnización compensatoria, sueldos, primas de servicios y de navidad, aumentos legales y extralegales, compensación de vacaciones, lo que pueda resultar de la aplicación de los principios ultra y extra petita y las costas, en caso de oposición", pretensiones que fundamentó en los siguientes hechos:

"1º Mi poderdante prestó sus servicios a la empresa desde el año de 1940 hasta el 3 de junio de 1971.

"2º El sueldo promedio de mi poderdante era de dos mil seiscientos pesos, al mes.

"3º Mi poderdante no recibió la remuneración de los dominicales y días festivos, en la forma prevenida por la ley.

"4º Se le adeuda el tiempo extraordinario y los descansos compensatorios.

"5º Mi poderdante fue despedido en forma injusta.

"6º Las prestaciones sociales no se le pagaron dentro del plazo señalado por la ley.

"7º Las prestaciones sociales no se le pagaron en la forma establecida por la ley, es decir teniendo en cuenta todos los valores recibidos en el último año de servicios".

En derecho invocó los Decretos 2127 de 1945 y 3130 y 3135 de 1968.

Se opuso el demandado a las pretensiones del actor manifestando no ser ciertos los hechos en que se las fundamenta, salvo el primero "—sobre la vinculación laboral— y el segundo —sobre su remuneración— del que su apoderado dijo no constarle, ateniéndose a lo que se probare, y tramitada la litis, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató en fallo de 13 de noviembre de 1974, por cuya parte resolutiva absolvió a Puertos de Colombia de todos los cargos del libelo, con costas para el demandante. Apelada esta sentencia por el apoderado del ex-trabajador el Tribunal arriba mencionado de Bogotá la confirmó en todas sus partes en la suya de la fecha igualmente expresada, con costas para el apelante.

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto total de la sentencia del ad quem para que la Corte, en sede de instancia, revoque la del a quo y, en su lugar, condene a la entidad demandada conforme a las súplicas del escrito inicial, con costas en ambas instancias. Para estos efectos se formulan dos cargos, de la causal primera de casación laboral, que se sintetizan y estudian en el orden en que fueron propuestos, así como las réplicas del opositor.

Primer cargo

Acusa interpretación errónea del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 3º, 467 y 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 37 de aquel mismo decreto, violación que llevó al sentenciador a infringir los artículos 1º, 8º, 11 y 17 de la Ley 6ª de 1945, relacionados con los textos 1, 2, 4, 16, 20, 48, 49, 50 y 51 del Decreto 2127 del mismo año y 1º del Decreto 797 de 1949.

Para sustentarlo, el recurrente, con advertencia de que su acusación por la vía directa descarta toda situación fáctica y probatoria, transcribe pasaje del fallo del ad quem en que se consideró justo el despido de autos y concreta que, conforme a él este acto se califica así cuando se ha llegado al término de los 180 días y la certificación médica puede ser coetánea o después de la terminación del contrato; pero que la recta inteligencia de la norma implica una enfermedad, que ella sea contagiosa o crónica, que se padezca en el momento de la terminación del contrato, que al trabajador enfermo se le haya hecho el tratamiento médico y que, a pesar de esto, no haya sido posible su recuperación. Por todo lo cual, siendo esta la manera de interpretar correctamente la norma, la exégesis del Tribunal es equivocada pues no basta, para la consecuencia jurídica que él dedujo, que el trabajador llegue a una incapacidad de 180 días, ni es indiferente que el examen médico sea coetáneo o posterior a la terminación del contrato, sino que tal examen sea anterior pues es la base para establecer si la enfermedad es crónica o contagiosa y si es susceptible de mejorarse. Agrega que la causa debe ser anterior al efecto y el examen médico debe ser anterior a la terminación del contrato.

Para el opositor la interpretación del recurrente del artículo sobre que versa el cargo no es correcta pues los supuestos que sugiere no encajan en las previsiones de la ley y conforme a jurisprudencia de la Sala, que transcribe en lo pertinente, lo que el precepto requiere es incapacidad por más de 180 días, despido al vencimiento de este lapso y preaviso no menor de 15 días, condiciones que se dieron en el sub lite

Se considera

Ante todo hay que anotar, respecto del alcance de la impugnación expresado en la demanda extraordinaria, que ni este cargo primero que acaba de sintetizarse ni el segundo que se reseñará en su oportunidad, cubren todas las decisiones absolutorias del fallador sobre los distintos extremos de la litis, pues ambos se contraen en lo fundamental de sus proposiciones y en sus desarrollos a la súplica indemnizatoria por despido injusto. Con lo cual los ataques no podrían obtener, en caso de prosperidad, un quebranto total del fallo recurrido ni, en la sede subsiguiente, la revocatoria integral del fallo del a quo y la condena a la empresa demandada de todas las súplicas del escrito inicial, como se dice en aquella expresión del alcance del recurso.

En cuanto al cargo de interpretación errónea del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, base de la pretensa violación de los demás textos que se le relacionan, de la sentencia aparece (fls. 69 y 70) que las consideraciones del Tribunal para concluir que, en el sub lite, el contrato de trabajo fue cancelado con justa causa fueron las de que el precepto en cuestión "habla de la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante el término de ciento ochenta días"; "que el despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso"; que no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad"; que la norma impone "el deber patronal de dar aviso al trabajador con an-

ticipación no menor de 15 días", y que aquellas condiciones se dieron conforme a los documentos de folios 16, sobre la incapacidad de Asprilla por más de 180 días y 20, 21 y 22 sobre pago de la indemnización por pérdida de la capacidad laboral. En aquellas consideraciones transcritas entre comillas nada puede encontrarse equivocado, pues solamente reproducen las condiciones de ley, según aparecen en el texto 7-15 del decreto citado; y si lo que se pretende es que se las aplicaron a una situación fáctica que no se daba en los autos, conforme a las probanzas en que las apoyó el fallador, el asunto no es de interpretación de la norma legal, que se repite no contiene error pues así aparecen en ella, sino de concepto distinto que imponía una acusación por vía diferente de la que presenta el cargo.

Por lo demás —y prescindiendo del aspecto técnico anotado— aquellas consideraciones del Tribunal sobre la norma de ley no aparecen contrarias a las que el recurrente considera de la recta inteligencia de la misma, en punto a la existencia de una enfermedad, que ella sea contagiosa o crónica y que su curación no haya sido posible en el término de 180 días, y en cuanto a que el examen médico deba ser anterior a la terminación del contrato, que parece ser lo fundamental de la exégesis que propone el acusador, nada de lo entendido por el Tribunal se ostenta contrariándolo, pues en apreciación de los hechos que el cargo no impugna el documento de folio 16 hace referencia a tal examen con indicación de la incapacidad y el fallo se apoya también en el pago de la indemnización correspondiente a ésta.

La decisión judicial, en fin, se ajusta a las condiciones que ha mostrado la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, como lo recuerda el opositor, y el cargo por interpretación errónea, a más del defecto técnico que se ha apuntado, carece de fundamento.

Segundo cargo

Por la vía indirecta acusa aplicación indebida de los mismos textos del cargo anterior, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras, los cuales consistieron en dar por demostrada, sin estarlo, la justa causa para despedir en el sub lite; en dar por demostrado el preaviso, sin estarlo, y en no dar por establecido, estándolo, que la empresa despidió al trabajador en forma injusta e ilegal.

Al primer error se refieren, en equivocada apreciación, los documentos de folios 15 y 16, el primero de los cuales es la Resolución que cancela el contrato de trabajo, producida el 15 de mayo de 1971, anterior al certificado médico de folio 16 fechado el 2 de junio de 1971, por lo que, para el recurrente, el efecto fue primero que la causa; al segundo, también en mala apreciación, el documento de folio 4, del que se dedujo conducta positiva de la empresa de una negativa en la reclamación administrativa, y al tercero, en repetición al contrario del primero, los dichos documentos de folios 15 y 16, con los que el fallador aceptó el cumplimiento de los requisitos del texto 7-15 del Decreto 2351 de 1965.

El opositor replica que la Resolución que dio por terminado el contrato se profirió después de los 180 días de ley; que predicó vigencia para 15 días después de su notificación, lo que se cumplió con mayor amplitud y que este hecho no fue materia de reclamo alguno; que la empresa pagó la indemnización correspondiente (a la disminución de capacidad laboral) según el comprobante que obra en autos; y que en la hoja de vida y en la historia clínica del trabajador está todo el proceso de tratamiento e incapacidad.

Se considera

El contrato de trabajo terminó, según apreciación no impugnada de los falladores, acorde con el hecho primero de la demanda inicial, el 3 de junio de 1971. El documento de folio 15 sobre cancelación del contrato de Asprilla hace referencia al hecho de haberse cumplido 180 días de estar incapacitado y sometido a tratamiento médico por enfermedad no profesional de acuerdo con Oficio número 125765 de 11 de mayo de 1971 de la Oficina de Control de Tarjetas, hechos éstos que no se desconocen y que son anteriores a aquella cancelación en 3 de junio de 1971. Además, esta cancelación es posterior al documento del folio 16. El conjunto de este material

probatorio aparece correctamente apreciado por el fallador y el cargo, aún en lo que propone acerca de la necesidad del momento en que los presupuestos fácticos de la norma debieron cumplirse, carece de razón.

No prospera en consecuencia.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen que se han señalado.

Costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PAGO POR COMPENSACION

Los artículos 59, ordinal 1º y 141 del Código Sustantivo del Trabajo, son muy claros cuando prohiben al patrono deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que correspondan a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éste para cada caso, o sin mandamiento judicial en algunos, y salvo las excepciones allí establecidas. — No tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia las normas anteriores, pues declaró probada la compensación de una deuda del trabajador con lo que le adeudaba el patrono por concepto de salarios y prestaciones en dinero, sin que mediara autorización previa y por escrito del causante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo diez y siete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.)

Acta Nº 8.

María Pastora Alzate viuda de Cano, mayor de edad y vecina de Medellín, obrando en su propio nombre como cónyuge sobreviviente de la sociedad conyugal constituida con el señor José Ramón Cano, y de sus hijos menores Angel María, Héctor de Jesús, Luz Miryam y Luis Gonzalo, y de la sucesión ilíquida de su esposo, representada también por los hijos menores y por los mayores: José Iván, José Ramón, María Nubia y Luz Erly del Socorro Cano Alzate, en escrito que "coadyuvó" su apoderado judicial, demandó a Joaquín Sierra S., en juicio ordinario de mayor cuantía, para que se le condene a pagarle a ella como esposa sobreviviente de la sociedad conyugal disuelta, a ésta y a la sucesión ilíquida de su extinto esposo, las sumas que se demuestren por los siguientes conceptos: cesantía, vacaciones, prima de servicios, seguro de vida doblado, jubilaciones, reajuste de salario, sanción por violación de las normas que rigen el salario mínimo, sobrerremuneración por trabajo en festivos y dominicales, indemnización por mora, y costas judiciales.

La demandante relata los hechos así:

"1º Contraje matrimonio por los ritos de la religión católica, con el señor José Ramón Cano Parra, el 3 de febrero de 1940 y de ese enlace nacieron los citados hijos; 2º Mi esposo nació en Jericó (Ant.) por antes del 3 de noviembre de 1913, fecha de su bautismo; y murió el 7 de octubre de 1969, cuando estaba para cumplir 56 años de edad, por anemia aguda provocada por unas heridas recibidas cuando se encontraba al servicio del señor Joaquín Sierra S., en finca de propiedad de éste, denominada 'La Florida', jurisdicción del Municipio de Andes y en accidente de trabajo; 3º José Ramón trabajó en dicha empresa agrícola por más de veinte (20) años, no habiendo habido solución de continuidad en su contrato de trabajo, cuando el señor Sierra adquirió tal inmueble; 4º En un principio el causante fue asistente y luego trabajó como mayordomo, en todos los oficios propios al cargo, tales como atender al ganado, cafetera, caña, moliendas nocturnas y diurnas, pago de trabajadores y venta de panela los domingos, en la cabecera del Municipio. Laboraba todos los días de la semana, sin descanso compensatorio por los

festivos; 5º Como retribución por los servicios así prestados, José Ramón, apenas recibía la módica suma de treinta y seis pesos ($ 36.00), cantidad esta muy inferior al salario mínimo que en ese entonces regía para el campo en el Departamento de Antioquia, semanalmente; 6º Durante todo el tiempo de su vinculación, el señor Sierra, no le pagó prima de servicios, ni le otorgó en tiempo ni en dinero las vacaciones a que José Ramón tenía derecho; 7º Tampoco el señor Sierra, hasta la fecha, ha cubierto el valor de la cesantía, no obstante haberlo llamado a un arreglo amigable, mediante comunicación escrita, enviada por el doctor Guillermo Cálad C., de mayo 17 de 1972, debidamente autorizado por mí. Tampoco lo ha hecho del seguro de vida, ni reconocido la jubilación transferible a favor de la suscrita y de los hijos según el artículo 15 del Decreto 435/71, en concordancia con las Leyes 171/61 y 5ª/69".

Devolvió el Juzgado la demanda para que fuese corregida en el sentido de que los hijos mayores deben "apoderar al mismo abogado del que se vale su madre (?) y autorizar expresamente a ésta para que lleve la vocería de todos, pues, encontrándose la sucesión ilíquida, es obvio que todos deben participar de la suerte de este proceso, conjuntamente, pero en todo caso, integrando el litis consorcio".

Adicionada la demanda en los términos exigidos, se le dio traslado al demandado, quien al contestarla por medio de apoderado judicial negó los hechos fundamentales, se opuso a las peticiones y propuso las excepciones de inepta demanda, como previa, y las de compensación, pago, inexistencia de la obligación y prescripción extintiva como definitivas.

En la primera audiencia de trámite el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Andes (Antioquia), declaró no probadas las excepciones de inepta demanda y prescripción extintiva, decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandada. En sentencia de octubre veinticinco de mil novecientos setenta y cuatro resolvió lo siguiente: "CONDENASE al señor Joaquín Sierra Sierra a pagar a la cónyuge María Pastora Alzate y herederos del señor José Ramón Cano, en la proporción legal, las sumas de dinero por los siguientes conceptos: Dominicales: $ 112.00; Vacaciones: $ 3.360.00; prestación por muerte: $ 8.064.00; cesantía: $ 6.060.00; jubilación: $ 15.796.40 por concepto de pensiones causadas. Y la suma de $ 991.00 mensuales desde el 1º de enero del presente año, que deberá pagar a la cónyuge supérstite de manera vitalicia y a los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, del modo ordenado en la Ley 33 de 1973; primas de servicio: $ 156.90; indemnización por mora: $ 11.20 diarios a partir del 8 de octubre de 1969 y hasta que el pago de las anteriores condenas se cumplan. IMPONESE al señor Joaquín Sierra Sierra una multa en favor de la cónyuge y herederos del señor José Ramón Cano de $ 33.549.30, según lo ordenado por el artículo 5º de la Ley 187 de 1959. DEDUZCASE de las anteriores condenas la suma de $ 18.000.00. En este sentido se admite la excepción de COMPENSACION propuesta. DEDUZCASE igualmente de las anteriores condenas la suma de $ 9.448.00 consignada por el demandado y entregada a la parte demandante. CONDENASE al demandado al pago de las COSTAS causadas en este proceso".

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior decidió el doble recurso en sentencia de quince de marzo de mil novecientos setenta y cinco así:

"Primero. Se declara que el señor Joaquín Sierra era deudor de los demandantes en este juicio por las siguientes cantidades: a) Cuatro mil quinientos treinta y seis pesos con treinta centavos moneda legal ($ 4.536.30 m. l.) por cesantía de su finado esposo y padre José Ramón Cano; b) Trescientos treinta y seis pesos moneda legal ($ 336.00 m. l.) por vacaciones; c) Ciento setenta y dos pesos moneda legal ($ 172.00 m. l.) por prima de servicios; d) Ocho mil sesenta y cuatro pesos moneda legal $ 8.064.00 m. l.), por seguro de vida doblado; e) Ciento sesenta y seis pesos con cuarenta centavos moneda legal ($ 166.40 m. l.) por reajuste de salarios; f) Ciento sesenta y ocho pesos moneda legal ($ 168.00 m. l.), por trabajo en dominicales, y g) La suma de trece mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos con setenta centavos moneda legal ($ 13.442.70 m. l.), por concepto de

MULTA por infracción a las normas sobre salario mínimo aplicables en el caso.

Segundo. SE DECLARA CONFIGURADA LA EXCEPCION DE COMPENSACION DE LAS SUMAS DEDUCIDAS EN EL ACAPITE PRECEDENTE, HASTA LA CUANTIA DE DIEZ Y OCHO MIL PESOS MONEDA LEGAL ($ 18.000.00) que el causante le adeudaba al señor Joaquín Sierra Sierra a la fecha de su muerte. Así mismo, se declara la excepción de PAGO TOTAL del mayor valor de dichas condenas, con relación a la compensación ordenada. E igualmente, se declara configurada la excepción de PRESCRIPCION de los derechos causados en favor del finado señor José Ramón Cano Parra por sus servicios al demandado en este juicio, del cinco (5) de septiembre de 1969 hacia atrás.

Tercero. Como consecuencia de las excepciones declaradas, SE ABSUELVE al mismo demandado de todas las pretensiones formuladas en contra suya por los accionantes.

Cuarto. Dada la forma como se ha resuelto el asunto, no hay lugar a la imposición de costas en ninguna de las instancias. Queda en los anteriores términos REVOCADA, en parte, y en parte CONFIRMADA CON LAS MODIFICACIONES SEÑALADAS, la sentencia de la fecha y origen ya conocidos, que ha sido objeto de revisión. SIN COSTAS".

Recurrió en casación el apoderado de la parte actora en el proceso. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

"Se pretende que la sentencia recurrida sea casada parcialmente y que en consecuencia, la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal de Instancia, modifique el fallo recurrido así: Acápite primero literal a), en el sentido de aumentar el valor de la cesantía al correspondiente a 20 años de servicios, o sea la suma de $ 6.720.00; el literal d), en el sentido de aumentar la condena por el seguro de vida, hasta la cantidad de $ 13.440.00, el cual debe liquidarse en concordancia con el artículo 22 del Decreto 2351/65; b) que se aumente la condena del literal g) y en su lugar se mantenga el monto de la sanción como multa impuesta al demandado en el fallo de primera instancia; c) Que se revoque el acápite 2º y en su lugar se condene a pagar la suma de $ 18.000.00, que fueron compensados como deuda del causante a la fecha de su muerte; d) Que de este mismo aparte se revoque, como consecuencia de las modificaciones impetradas aquí, la excepción de pago total 'del mayor valor de dichas condenas, con relación a la compensación ordenada'; e) Que se revoque el acápite tercero y en su lugar se condene al pago de la jubilación solicitada y a la indemnización por mora, conforme lo dispuso el fallo de primera instancia, imponiendo al demandado las costas en el recurso, si hubiere oposición".

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente formula ocho cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa, consistente en la falta de aplicación debiendo hacerlo".

Transcribe el pasaje del fallo recurrido en el cual el Tribunal Superior llegó a la conclusión de que no era procedente la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones debidos, por haber tenido el patrono base aceptable para no pagárselos a la cónyuge y a los herederos del trabajador, pues consideró que su importe podría compensarlo con la cantidad de $ 18.000.00 que a la fecha de su muerte le causaba a deber el señor José Ramón Cano. Transcribe también el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y concluye:

"De lo anterior se infiere que el fallador de segunda instancia, no dio aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo debiendo hacerlo, por ser su texto absolutamente claro. La sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con la norma no obstante ser ésta de una absoluta claridad. Es incuestionable que el contrato de trabajo existente entre las partes y no puesto en duda en ninguna oportunidad procesal, terminó con la muerte de Cano, o sea, el 7 de octubre de 1969, lo que indica

que desde esta fecha en adelante, empezó a correr a cargo del patrono, la obligación de cancelar las prestaciones sociales, con la consiguiente indemnización por cada día transcurrido, no obstante la írrita consignación hecha a última hora".

Para el opositor la circunstancia de que el fallador no citara en forma expresa la norma legal que se considera violada en forma directa, no implica que no la hubiera tenido en cuenta u olvidado completamente, pues estuvo implícitamente considerada al decir que no procedía la condenación por mora en el pago de las prestaciones sociales debidas al trabajador, que es lo que en principio tal norma consagra cuando no concurren causales que como la buena fe patronal excluyen su aplicación.

Se considera

Dijo el fallador de segunda instancia:

"Tampoco procede la súplica sobre INDEMNIZACIÓN por MORA en el pago de los salarios y prestaciones debidos, ya que el expatrono tuvo una base aceptable para no proceder a pagarles a la cónyuge y a los herederos del ex-trabajador fallecido a su servicio los causados en su favor, a saber que su importe podría compensarlo con la cantidad que a la fecha de su muerte le causaba a deber el señor José Ramón Cano, cuyo monto era de $ 18.000.00. En efecto, los testigos Arturo Berrío Arboleda (fl. 90), Gabriel Rojas Velásquez (fl. 79) y Francisco Zapata Madrid (fl. 132), son contestes en afirmar que por boca del señor Cano Parra tuvieron conocimiento de que él le adeudaba a su patrón la cantidad de $ 18.000.00 en razón de su trabajo. Los deponentes son ampliamente razonados y responsivos en su afirmación del hecho, en el cual coinciden, como puede advertirse de sus exposiciones por lo cual merecen entero crédito. No abriga esta Sala la duda que asalta al distinguido apoderado de la parte actora en este particular, por estas consideraciones adicionales: a) porque las razones que suministran los declarantes no son las mismas, esto es, no son uniformes a pesar de que tuvieron conocimiento separadamente del hecho, lo contrario sí los haría probablemente sospechosos; b) porque, en cambio, sí coinciden en la suma global que el difunto les dijo que le adeudaba a su patrono; y c) Porque ninguna tacha formuló contra los deponentes, en su debida oportunidad, el señor apoderado que trata de poner en tela de juicio la verdad de sus dichos al respecto ni se advierte que ella se configure. No es razón válida para desechar esos testimonios la de que se trate de una suma apreciable de dinero. Y no lo es porque precisamente el testimonio es medio probatorio tan atendible como cualesquiera otros, analizado desde luego según las reglas de la crítica de esa prueba. Además, en el derecho del trabajo el Juez forma libremente su convencimiento, atendidas y analizadas las probanzas allegadas, pero sin que se exija ahora ni antes del actual Código de Procedimiento Civil, que para probar obligaciones mayores de $ 500.00 se tenga un principio de prueba por escrito. Esto habría hecho y haría imposible en casi todos los casos la demostración de obligaciones mayores de esa cuantía a cargo del trabajador. No sobra recordar por último, que la confesión puede acreditarse por medio de la prueba testimonial".

De acuerdo con lo transcrito el Tribunal Superior no se rebeló contra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ni desconoció su validez en el tiempo o en el espacio, sino que llegó a la conclusión de que el patrono había tenido motivo razonable para no pagar a los herederos las prestaciones sociales y salarios debidos al fallecido José Ramón Cano, por estimar que podía compensar esas deudas con la que a su vez tenía el señor Cano con él en la fecha de su muerte y por un valor de diez y ocho mil pesos. Es decir, que el ad quem se apoyó en la existencia de la buena fe en el demandado para exonerarlo de la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 citado, aplicándolo de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, por lo cual no lo infringió directamente.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo

"Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en forma indirecta, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba. Ya se observó atrás, que hubo absolución por concepto de indemnización por mora, por cuanto 'el ex-patrono tuvo base aceptable para no proceder a pa-

garles a la cónyuge y a los herederos del ex-trabajador fallecido a su servicio los causados a su favor (salarios y prestaciones) a saber que su importe podría compensarlo con la cantidad que a la muerte le causaba a deber el señor José Ramón Cano, cuyo monto era de $ 18.000.00'. Esta compensación la aceptaron tanto el señor Juez como la Sala en segunda instancia, con fundamento en las declaraciones de los testigos Arturo Berrío Arboleda (90); Gabriel Rojas Velásquez (79) y Francisco Zapata Madrid (132). Según el fallo recurrido el crédito dado a estos declarantes, fue porque sus testimonios fueron hallados contestes, al afirmar que por boca de Cano Parra tuvieron conocimiento de que él le adeudaba a su patrón aquella cantidad, 'EN RAZON DE SU TRABAJO' (destaco). Y es aquí donde se manifiesta ostensiblemente el error de hecho, porque ninguno de los deponentes afirma que le conste directa y personalmente que ese préstamo, si fue que existió, tenga íntima relación con el vínculo laboral entre las partes. Si tuvo realidad, constituyó una obligación de carácter civil, sin que la justicia del trabajo tenga competencia para conocer de ella, ni se probó que fuera actualmente exigible. Bien es sabido cuáles son los requisitos que la ley exige para permitir los préstamos de dinero de carácter laboral y los casos en que se permite la retención o compensación del monto de ellos, deduciéndolos del valor de las prestaciones sociales. Condiciones que brillan por su ausencia en el caso sub lite. Así se ve en el testimonio de Gabriel Rojas, cuando es preguntado: 'Diga usted si le consta si el señor Joaquín Sierra en algunas oportunidades le prestó dinero al señor José Ramón Cano? Contestó: Yo no vi, el mismo don Joaquín antes me dijo, hombre aquel José Ramón compró una finquita, yo le voy a ayudar, pero no me dijo qué clase de ayuda, ni me di cuenta si le ayudó o no...'. Y más adelante afirma que no sabe por qué concepto era la deuda. Otro de los testigos citado en el fallo acusado, es el señor Arturo Berrío, quien al respecto dice que no le consta personalmente, pero que José Ramón le dijo que le debía a don Joaquín $ 18.000.00, 'que era para el pago de una tierrita que había comprado en 'Palestina'. Y por último el declarante Francisco Zapata, también habla de que la deuda era proveniente, según se lo manifestó José Ramón, no porque le conste directa y personalmente, 'por una tierrita que había comprado'. A más de la deficiencia probatoria de estos testimonios, de los cuales no se infiere a ciencia cierta la existencia de la obligación y menos su carácter, no puede abonársele al demandado las razones por él expuestas al tratar de justificar el no pago de las prestaciones sociales en tiempo oportuno, especialmente en el interrogatorio de parte (130) en donde no tuvo inconveniente que no le pagaba a Cano prima de servicios ni vacaciones porque éste no se las llegó a reclamar; que no le daba compensatorios porque a eso no se obligó; que no le ha pagado las prestaciones a los herederos porque éstos no se las han reclamado y porque ellos 'me deben una plata, es decir, me la debe José Ramón, ellos no'; que ignoraba que había que hacer publicaciones y que sabía que José Ramón era casado y que tenía hijos menores de edad. La no apreciación de toda esta prueba en debida forma, indujo al Tribunal a incurrir en error manifiesto, como quiera que no se ha establecido ni surge de ella, que el señor Cano a su muerte, le debiera a Sierra la cantidad compensada, como obligación de carácter laboral y menos de carácter civil, actualmente exigible. La 'tierrita' de que hablan los testigos, no aparece por parte alguna. Al respecto es de importancia transcribir lo que la honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dijo en fallo de 24 de enero de 1973, cuyo extracto jurisprudencial aparece publicado en la revista "Estudios de Derecho Laboral, número 13, página 46: 'Cuando el patrono admite la existencia de la obligación y no paga, incurre en mora. La cuestión de la buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en ese precepto, se refiere precisamente al caso de no pago por considerar que no existe la obligación, y presentar razones que expliquen esa consideración equivocada, y demuestran que el pago se dejó de hacer por esa misma razón. Pero cuando simplemente se deja de pagar por algún tiempo y luego se alega que no se pagó porque no hubo reclamo se está alegando un motivo contrario a la misma ley, por lo cual él no es atendible y cualquier consideración sobre buena fe en tal caso, es una interpretación errónea de la nor-

ma'. Esto fue lo que acaeció, precisamente en el interrogatorio de parte arriba citado".

Para el opositor la acusación está fuera de lugar, porque pretende edificar el error de hecho sobre la apreciación de la prueba testimonial siendo así que a partir de la vigencia del artículo 7º de la Ley 16 de 1969 quedó circunscrito a la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección judicial; además, considera que el casacionista no demostró que el fallo acusado al apreciar la prueba testimonial llegó a conclusiones absurdas que repugnan a la razón natural.

Se considera

Señala el recurrente como origen de los errores de hecho que anota, además de la errónea apreciación de unos testimonios, la falta de apreciación del interrogatorio rendido por la parte demandada, que por ser confesión judicial se encuentra incluida entre las pruebas relacionadas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Se estudiará en consecuencia este aspecto de la acusación en primer término, como lo tiene señalado la jurisprudencia.

Al ser interrogado el señor Joaquín Sierra Sierra por el Juez del conocimiento respondió a preguntas que se le formularon así: "PREGUNTADO: Usted le llegó a pagar al señor Cano primas de servicios, compensación en dinero de sus vacaciones, o le concedió en algunas oportunidades éstas? CONTESTO: No señor, no se las pagué, porque él no me las llegó a reclamar, yo le pagaba o le reconocía los sueldos por lo que era justo, únicamente". "PREGUNTADO: Cómo es cierto sí o no, que por ese trabajo ejecutado por el señor Cano en los días domingo no le daba el descanso compensatorio ni se lo pagaba en forma legal? CONTESTO: El ganaba su sueldo justo, y eso le pagaba, tampoco le daba el día compensatorio porque a eso no estaba comprometido yo con él, o entonces qué era la obligación del mayordomo si no era de pagar los peones". "PREGUNTADO: Cómo es cierto sí o no, que usted hasta la fecha no le ha pagado a los herederos del señor Cano las prestaciones sociales a que tienen derecho? CONTESTO: No se las he pagado porque no me las han reclamado y porque ellos me deben una plata allí, es decir me la debe José Ramón, ellos no".

De lo transcrito surge con claridad que el demandado se abstuvo de cancelar al fallecido José Ramón Cano las primas de servicios, las vacaciones y los descansos compensatorios, y luego a sus herederos lo que adeudaba a la terminación del contrato, no sólo porque el causante le debía una suma de dinero, sino también por otras razones, como las de que consideraba justo lo que pagaba y que Cano y luego sus herederos no le hicieron reclamo alguno, como el saber o creer que podía compensar lo debido por salarios y prestaciones sociales con la deuda que el señor José Ramón Cano le debía en la fecha de su muerte no fue su único motivo para abstenerse del pago, incurrió en error de hecho el Tribunal Superior al concluir que el patrono demandado tuvo base aceptable para no proceder a pagarle a la cónyuge y a los herederos del ex-trabajador fallecido lo que adeudaba.

Prospera el cargo y la sentencia se casará en cuanto absuelve a Joaquín Sierra Sierra de la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La decisión de instancia se tomará de acuerdo con las consideraciones que más adelante se expondrán.

Tercer cargo

"Violación de los artículos 58 inciso 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo en forma indirecta, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba. Al tratar sobre la excepción de COMPENSACION dijo el Tribunal lo siguiente: (211) 'Por la razón anotada en el acápite precedente (se refiere la indemnización por mora) se declarará la excepción de COMPENSACION de las sumas deducidas en favor de los herederos del causante, hasta la cuantía de $ 18.000.00...'. Y así lo ratificó en la parte resolutiva del fallo acusado en el ordinal 'Segundo'.

Transcribe el casacionista las normas que indica como violadas y argumenta:

"Es de anotar que la confirmación dada por el Tribunal a la decisión del a quo sobre compensación, fue la generadora de la absolución al demandado por concepto de indemnización por mora. Existe, pues, una

íntima relación entre lo resuelto sobre la indemnización por mora y lo definido sobre la compensación, pues ambas fueron reconocidas en forma desfavorable a los intereses de la parte débil con fundamento en las declaraciones ya analizadas y anotadas en el cargo segundo. De ellas dedujo el sentenciador que había motivo suficiente para ordenar dicha compensación, incurriendo así, por errónea apreciación de las mismas, en ostensible error de hecho. Ya se dijo que las declaraciones aceptadas por el Tribunal, no constituyen prueba suficiente como para inferir de ellas la realidad de la deuda y mucho menos, que ésta fuera de aquéllas cuya compensación admite el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas laborales sobre la materia. Antes por el contrario, esos deponentes refieren de que Cano le habló de la compra de una 'tierrita', lo que, de haber sido cierto, esa obligación tenía el carácter de civil, fuera del alcance, por lo mismo, de las autoridades laborales".

Para el opositor la Corte debe rechazar el cargo con base en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, puesto que la prueba tenida en cuenta por el Tribunal para apoyar su decisión de reconocer la excepción de compensación, fue exclusivamente testimonial.

Se considera

En relación con las pruebas apreciadas erróneamente el recurrente se limita a decir: "Ya se dijo que las declaraciones aceptadas por el Tribunal, no constituyen prueba suficiente como para inferir de ellas la realidad de la deuda y mucho menos que ésta fuera de aquéllas cuya compensación admite el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas laborales sobre la materia", sin que cite los medios probatorios singularizándolos, como lo exige la técnica del recurso. Y esta singularización que se omitió no puede suplirse por la referencia que se hace a uno de los cargos anteriores, porque éstos son independientes, sin que pueda la Corte buscar argumentos para decidir una acusación que se hayan expuesto en otro cargo. Por lo demás, como lo anota el opositor, las declaraciones de testigos están excluidas de las pruebas que el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 admite como que puedan dar origen al error de hecho en Casación Laboral. Por las razones expuestas se rechaza el cargo.

Cuarto cargo

"Violación de los artículos 59 inciso 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa ya que no se les dio aplicación debiendo hacerlo (subsidiario del anterior). En el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo recurrido, dijo el Tribunal: 'SE DECLARA CONFIGURADA LA EXCEPCION DE COMPENSACION DE LAS SUMAS DEDUCIDAS EN EL ACAPITE PRECEDENTE, HASTA LA CUANTIA DE DIEZ Y OCHO MIL PESOS MONEDA LEGAL ($ 18.000.00), que el causante le adeuda al señor Joaquín Sierra Sierra a la fecha de su muerte'. El texto de las normas no tenidas en cuenta por el Tribunal, cuando estaba obligado a hacerlo, fue transcrito en el cargo anterior y en ninguna de las excepciones que trae el Art. 59, cabe lo debatido sobre compensación. Esto es así y en consecuencia es evidente que el ad quem violó las mencionadas disposiciones al no haberlas tenido en cuenta y por consiguiente no haberles dado la aplicación reconocida por la ley para que produjeran todas las consecuencias jurídicas que con claridad meridiana consagran, encaminadas a salvaguardiar los derechos de los trabajadores ante pretensiones de patronos desprovistos de toda sensibilidad social. Por demás, se trata de una suma de dinero muy apreciable, si se tiene en cuenta la situación económica de la parte actora, que no la del demandado a quien no afectaría en lo más mínimo y que de descontarse de las prestaciones sociales de Cano, afecta el salario mínimo y que está muy por encima del exiguo salario de este en tres meses. Cuántos $ 18.000.00 le alcanza a deber el señor Sierra, con el miserable salario de $ 36.00 que le pagaba por siete días de trabajo, durante todo el tiempo de vinculación.

El opositor observa que aunque expresamente el fallo acusado no citó las disposiciones que se dicen violadas por declarar la procedencia de la compensación, de ahí no puede concluirse que las olvidó o pasó por alto, y que lo que ocurrió fue que el Tribunal en uso de la facultad que le confiere el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo llegó a la conclusión de que el

conjunto de los medios probatorios allegados al expediente lo capacitaban para darle determinado alcance a las normas legales.

Se considera

Para el fallador de segunda instancia los testigos Arturo Berrío Arboleda, Gabriel Rojas Velásquez y Francisco Zapata Madrid "son contestes en afirmar que por boca del señor Cano Parra tuvieron conocimiento de que él le adeudaba a su patrón la cantidad de $ 18.000.00 en razón de su trabajo". Con fundamento en este hecho declaró la excepción de compensación de las sumas deducidas en favor de los herederos del causante, hasta la cuantía de $ 18.000.00.

Los artículos 59, ordinal 1º y 141 del Código Sustantivo del Trabajo, son muy claros cuando prohiben al patrono deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponden a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éste para cada caso, o sin mandamiento judicial en algunos, y salvo las excepciones allí establecidas. No tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia las normas anteriores, pues declaró probada la compensación de una deuda del trabajador con lo que le adeudaba el patrono por concepto de salarios y prestaciones en dinero, sin que mediara autorización previa y por escrito del causante.

Prospera el cargo y la sentencia se casará en cuanto declaró probada la excepción de compensación.

Quinto cargo

"Violación del artículo 22 del Decreto 2351 de 1965, en forma indirecta, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba".

Transcribe el casacionista el pasaje del fallo del Tribunal sobre la condena por seguro de vida doblado y el artículo 22 del Decreto 2351 de 1965 y argumenta: "Uno de los requisitos que concurre para que se configure el error de hecho, es el equivocado razonamiento del juzgador que da por establecido un hecho que no sucedió o QUE DA POR NO ESTABLECIDO UN HECHO CONSUMADO Y PROBADO PLENAMENTE (Destaco). Tanto el Tribunal como el señor juez de primera instancia, dedujeron por este concepto, la suma de $ 8.064.00, que corresponde, según la disposición citada, al mínimo, sin tener en cuenta todo el tiempo de servicio tan bien definido por el a quo en 20 años, lo que junto con el salario y la circunstancia de ser dable, da un monto de $ 13.440.00. No es motivo de discusión la sustitución patronal y en ese caso, para estos efectos, se debe tener en cuenta todo el tiempo de vinculación a la empresa, sin consideración al número de patronos que el trabajador haya tenido. Dedujo el señor juez aquel tiempo con fundamento en las declaraciones contestes y de indudable valor probatorio, por su certeza y calidad de los depenentes que aunque hombres campesinos y sencillos sí tenían por qué tener conocimiento personal de los hechos, pues algunos vivieron como vecinos permanentes de esa finca, o sirvieron en la misma por más tiempo del anotado". Luego analiza los testimonios de Miguel Angel Pérez, Luis Arcángel Valencia, Gabriel Arcángel Ríos, que según su criterio demuestran que José Ramón Cano trabajó en la finca del demandado veinte años.

Se considera

Fundamenta la acusación el recurrente en error de hecho originado en la apreciación de la prueba testimonial, que está excluida entre las relacionadas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que pueden originar el error de hecho en casación laboral. En consecuencia se declara improcedente el cargo, por las limitaciones contenidas en esta norma.

Sexto cargo

"Violación del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, en forma indirecta, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba".

Considera como apreciada erróneamente la prueba testimonial y el error de hecho lo hace consistir en no haber dado por probado el Tribunal la vinculación del causante a la empresa por lo menos durante veinte años.

Séptimo cargo

"Violación de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 12 de la Ley 171 de 1961 por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba. Infracción indirecta".

El error de hecho lo hace derivar el recurrente de la prueba testimonial.

Octavo cargo

"Violación del artículo 5º de la Ley 187 de 1959. Infracción indirecta, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba".

Dice el recurrente que la sanción del artículo 5º de la Ley 187 de 1959 está bien aplicada si se atiene a las sumas deducidas en el fallo, "pero es que como se anotó, se tuvo en cuenta un lapso de servicio señalado indebidamente por el Tribunal. Y es ahí en donde radica el error de hecho; en la equivocada apreciación de la prueba pertinente que es, se repite, la misma que ha venido sirviendo de fundamento para los anteriores cargos".

Se considera

Las mismas razones que tuvo la Corte para declarar improcedente el cargo quinto la asisten ahora para hacer lo mismo con los sexto, séptimo y octavo cargos, o sea que el error de hecho se fundamenta en la apreciación errónea de la prueba testimonial, que no puede dar origen al mismo en la casación laboral, como expresamente lo dispone el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. En consecuencia no prosperan los referidos cargos sexto, séptimo y octavo.

Consideraciones de instancia

Aun cuando la jurisprudencia ha aceptado que judicialmente se declare la compensación después de la terminación del contrato entre las deudas del trabajador con las del patrono por concepto de salarios y prestaciones sociales, para ello se requiere que lo debido por el trabajador haya tenido origen directa o indirectamente en la relación contractual laboral, y que sea exigible cuando finalizó dicho vínculo. En el caso en estudio el Tribunal Superior encontró demostrado que el trabajador fallecido adeudaba al demandado la cantidad de $ 18.000.00; nada dijo sobre la exigibilidad de la acreencia cuando falleció el deudor, por lo cual no procedía declarar judicialmente la compensación, ni consecuencialmente la de pago, decisión que se casará. Revocará lo dispuesto por el juez de primer grado, que ordenó deducir de las condenas la suma de $ 18.000.00 y admitió la excepción de compensación propuesta.

En relación con la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo el fallador de primera instancia condenó a Joaquín Sierra Sierra a pagar a los demandantes la suma de $ 11.20 diarios a partir del 8 de octubre de 1969 y hasta cuando se verifique el pago de las condenas. El demandado consignó en el juzgado del conocimiento a favor de los herederos de los demandantes la cantidad de $ 9.448.00 que confesó deber y que es inferior al valor de las condenas deducidas en juicio, por salarios y prestaciones cuya cuantía asciende a $ 13.106.70 por la cual la consignación no lo exonera de satisfacerla, pues no se dio motivo alguno razonable para consignar la totalidad de la adeudado.

Cuanto a la fecha en que debe comenzar a correr la respectiva indemnización, se tomará en cuenta no la de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el a quo, sino aquélla en que al demandado se le notificó la primera demanda, cinco de septiembre de mil novecientos setenta y dos, que fué cuando los demandantes hicieron la petición correspondiente y acompañaron las pruebas que acreditaban su calidad de herederos y beneficiarios, como lo tiene dicho la jurisprudencia (Gaceta Judicial Tomo CXXXIV, Nº 2326, 2327 y 2328 páginas 634 y 635). Se modificará en lo pertinente la sentencia de primer grado.

También se condenará al demandado a pagar las sumas de dinero correspondientes al auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios y seguro de vida doblado, reajuste de salarios, trabajo en domingos y multa por infracción de las normas aplicables sobre salario mínimo, en la cuantía

señalada por el Tribunal Superior, que reconoció la obligación del demandado en relación con dicho concepto, pero lo absolvió de los mismos por haber encontrado demostradas la excepción de compensación y consecuencialmente la de pago, decisión que se casará.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada el quince de marzo de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en cuanto en el ordinal segundo de la parte resolutiva declaró configurada la excepción de compensación de las sumas deducidas por condenas en el fallo, hasta la cuantía de diez y ocho mil pesos M/l. que el causante le adeudaba al señor Joaquín Sierra Sierra a la fecha de su muerte y así mismo declaró la excepción de pago total del mayor valor de dichas condenas, con relación a la compensación ordenada, y en cuanto en el ordinal tercero absolvió al demandado de las peticiones sobre cesantía, vacaciones, primas de servicios, seguro de vida doblado, reajustes de salarios, trabajo en domingos y multa por infracción a las normas sobre salario mínimo, e indemnización por mora y en sede de instancia revoca y modifica el fallo de primer grado, que quedará así:

1º CONDENASE al señor Joaquín Sierra Sierra a pagar a MARIA PASTORA ALZATE, cónyuge sobreviviente del fallecido José Ramón Cano Parra, y a sus hijos legítimos, herederos del mismo, la mitad para la cónyuge sobreviviente y la otra mitad por partes iguales entre sus hijos legítimos, las sumas de dinero y por los conceptos que a continuación se expresan: a) Cuatro mil quinientos treinta y seis pesos con treinta centavos moneda legal ($ 4.536.30 m. l.) por cesantía de su finado esposo y padre José Ramón Cano; b) Trescientos treinta y seis pesos moneda legal ($ 336.00 m. l.) por vacaciones; c) Ciento setenta y dos pesos moneda legal ($ 172.00 m. l.) por primas de servicios; d) Ocho mil sesenta y cuatro pesos moneda legal ($ 8.064.00 m. l.), por seguro de vida doblado; e) Ciento sesenta y seis pesos con cuarenta centavos moneda legal ($ 166.40 m.l.), por reajuste de salarios; f) Ciento sesenta y ocho pesos moneda legal ($ 168.00 m. l.), por trabajo en dominicales; g) La suma de trece mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos con setenta centavos moneda legal ($ 13.442.70 m. l.), por concepto de MULTA por infracción a las normas sobre salario mínimo aplicables en el caso; y h) Once pesos con 20/100 diarios a partir del cinco (5) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972) y hasta cuando se paguen las anteriores condenas.

2º Declárase no probada la excepción de compensación por la suma de diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00).

3º Declárase probada la excepción de pago hasta por la suma de nueve mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos (9.448.00 pesos), cantidad que podrá ser deducida del valor de las condenas anteriores, y

4º Absuélvese a Joaquín Sierra Sierra de las demás peticiones contenidas en el libelo con que se inició el juicio.

Costas del juicio en un setenta y cinco por ciento (75%) a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXCEPCION POR COMPENSACION DE DEUDAS

INDEMNIZACION MORATORIA.— Con todo, el asunto —prescindiendo de las razones anteriores que bastan para desestimar el cargo— obliga a considerar que no se han demostrado las condiciones del Artículo 1715 del Código Civil para que opere la compensación por ministerio de la ley por cantidad mayor que la reconocida por los falladores; muchísimo menos cuando —en aspecto no desvirtuado por el recurrente— el 13 de enero de 1975 la empresa consignó la misma suma que el juzgado, en 5 de diciembre de 1974, apreció como insoluta. Tal consignación —y así se abone buena fe— destruye el cargo basado en que la empresa no debía el valor que discute e implica aceptación de que la compensación no podía operar legalmente por suma mayor que la que fue declarada y reconocida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo diez y ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Ref.: Expediente Nº 5159. Acta Nº 12.

Guillermo López Marín demandó por medio de apoderado, a Sud Americana de Electrificación S. A. "Sade", para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que la empresa demandada está obliga (sic) a pagar al demandante, dentro (sic) los tres días siguientes a la sentencia, el importe de las siguientes prestaciones: A) Auxilio de cesantía definitiva por el período comprendido del 1º de diciembre de 1971 al 8 de julio de 1973; y B) Vacaciones por el mismo período.

"Segunda. Que igualmente está obligada la demandada al pago del salario del trabajador demandante, correspondiente al período comprendido del 1º al 8 de julio de 1973, y al recargo del 200% por el festivo del 21 de junio de 1973.

"Tercera. Que la empresa demandada está obligada al pago de una indemnización equivalente a 60 días, en favor del trabajador demandante, por haber terminado aquélla el contrato de trabajo unilateralmente y sin justa causa.

"Cuarta. Que la parte demandada está obligada a pagar al demandante Guillermo López Marín, la suma de $ 178.37 diarios, desde el día 9 de julio de 1973 y hasta que el pago total de las prestaciones sociales (auxilio de cesantía y vacaciones) y salarios que la empresa retiene sin autorización, se realice.

"Quinta. Que la empresa demandada está obligada al pago de aquellas indemnizaciones, prestaciones y demás que a juicio del señor juez y de acuerdo a lo probado puedan ser objeto de condena ultra petita o extra petita.

"Sexta. Que la parte demandada está obligada al pago de las costas judiciales".

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

"Primero. 'SADE' Sud Americana de Electrificación S. A. (Sade S. A.), es una sociedad anónima cuyo objeto social lo

constituye principalmente la ingeniería eléctrica; actualmente adelanta los trabajos de interconexión eléctrica del país.

"Segundo: El señor Guillermo López Marín ha trabajado con Sade S. A. en casi la totalidad de los frentes de trabajo que esta empresa ha tenido establecidos en el país.

"Cuarto (sic). El 30 de noviembre de 1971 Guillermo López Marín, que había sido contratado en el frente de Pereira, terminó allí sus labores, le fue cancelado su contrato de trabajo y prestaciones inherentes al mismo, y enviado por sus patronos, es decir por los representantes de SADE S. A. en Pereira para ser contratado en nuevo frente de trabajo de la misma empresa, según reza la comunicación número L-158/SADECO.1.915/71 dirigida al ingeniero Aloisi.

"Quinto. Fue contratado por la misma empresa mediante contrato para 'una obra o labor determinada', es decir para el frente de interconexión Bucaramanga-Cúcuta. El trabajador empezó a prestar en este frente sus servicios el día 1º de diciembre de 1971. No hubo, pues, solución de continuidad entre la terminación de labores en el frente de Pereira y la iniciación de trabajos en el frente Bucaramanga-Cúcuta.

"Sexto. En el frente Bucaramanga-Cúcuta el señor Guillermo López Marín desempeñó las funciones de administrativo, desde el 1º de diciembre de 1971 hasta el 8 de julio de 1973, fecha en que fue despedido.

"Séptimo. El trabajador López Marín fue despedido sin justa causa, luego de haber laborado ininterrumpidamente durante un año, ocho meses y siete días, en el frente de Bucaramanga-Cúcuta y más de cinco años en los distintos frentes de Sade.

"Octavo. A la terminación del contrato de trabajo Sade S. A. no pagó a su extrabajador el valor del auxilio de censantía, vacaciones de todo el tiempo servido en el frente Bucaramanga-Cúcuta, el salario del 1º al 8 de julio de 1973 y el recargo del 200% por el festivo del 21 de junio.

"Noveno. Aunque la empresa Sade S. A. liquidó con fecha 30 de julio de 1973 el valor de las prestaciones sociales y salarios que le correspondía al ex-trabajador López Marín por el tiempo servido exclusivamente en el frente Bucaramanga-Cúcuta, no es lo menos cierto que conforme lo expresó la compañía en nota número L-70 220-73 de fecha 31 de julio de 1973, dirigida al señor Juez Segundo Laboral del Circuito, retuvo y todavía retiene el valor de las prestaciones.

"Décimo. La empresa Sade S. A. no tiene una autorización expresa del trabajador López Marín para la retención de las prestaciones y salarios de su ex-trabajador.

"Decimoprimero. Sade S. A. está en la obligación de indemnizar a su ex-trabajador López Marín en razón del despido que hiciera sin justa causa".

La demandada no contestó el escrito inicial, pero en la primera audiencia de trámite excepcionó inepta demanda, indebida representación suya, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y todas las que resultaren probadas en el proceso.

Tramitada la controversia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga, en fallo de 5 de diciembre de 1974, resolvió:

"Primero. Declarar improbadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

"Segundo. Condenar a la Sociedad Sud Americana de Electrificación S. A. 'Sade S. A.' a pagarle al demandante Guillermo López Marín la cantidad de doce mil setecientos cuarenta y tres pesos con 80/100 moneda legal ($ 12.743.80) por los conceptos ya dichos.

"Tercero. Condenar a Sade S. A. a pagarle al mismo demandante la suma de $ 178.37 a partir del 24 de julio de 1973 hasta cuando se verifique el pago en debida forma.

"Cuarto. Denegar cualesquiera otras pretensiones del trabajador.

"Quinto. Condenar en costas procesales a la parte demandada. Tásense".

(La suma de $ 12.743.80 a que se refiere el ordenamiento 2º transcrito comprende $ 9.587.38 a título de indemnización por despido injusto y $ 3.156.42 como saldo a cargo de Sade S. A. resultante de condenas por cesantía, vacaciones, salarios y dominicales, menos obligaciones a cargo del trabajador, según puede leerse al folio 138).

Apelada la sentencia anterior por los apoderados de los litigantes el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucara-

manga, en la suya que dictó el 5 de marzo de 1975, la confirmó en todas sus partes. Sin costas en la segunda instancia.

Contra esta providencia interpuso el recurso de casación el apoderado de la sociedad demandada, el cual le fue concedido por el fallador ad quem y admitido por la Sala, 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 del ad quem, "en cuanto confirma las condenas hechas en contra de la sociedad demandada por concepto de saldo a su cargo, indemnizaciones por despido y por mora, lo mismo que en costas", para que, en función de instancia, "la revoque y absuelva a mi mandante (dice el recurrente) de toda condena". En subsidio solicita la casación parcial "en cuanto confirma la condena del a quo por concepto de indemnización moratoria, y en cambio, en función de instancia absuelva a la sociedad que represento por tal concepto o pretensión del actor".

Se observa:

El alcance primero señalado a la impugnación no expresa que la revocatoria que persigue, en función de instancia, se refiera a las condenas del fallo del a quo y formalmente lo hace respecto de la sentencia acusada, lo cual es impropio. Pero el sentido de la petición subsana tal defecto el cual, de otra parte, aparece corregido al precisarse los alcances de las acusaciones en cada uno de los distintos cargos que el recurrente formula. Procede, pues, el examen de ellos, que son tres, de la causal primera, los cuales se sintetizan y estudian en su orden.

Primer cargo

Por la vía indirecta acusa aplicación indebida de los artículos 55, 59 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 1715 del Código Civil, a consecuencia de errores evidentes de hecho en que incurrió el fallador por equivocada apreciación de la liquidación final de prestaciones sociales elaborada por la empresa, y por falta de apreciación del documento que obra al folio 12 y de la confesión hecha por el actor en la diligencia de interrogatorio libre.

Los errores consistieron en dar por no demostrado, estándolo, el derecho de retención o deducción de salarios y prestaciones sociales del actor por parte de la compañía demandada; en no dar por demostrado, estándolo, que la compensación de la suma adeudada de $ 5.685.85 efectuada por la empresa fue debidamente realizada, y en concluir equivocadamente que las retenciones y deducciones señalan que la empresa no cunció todo lo adeudado al actor, siendo así viable la sanción moratoria impuesta.

Al desarrollar el cargo el recurrente manifiesta que el Tribunal no apreció la confesión de parte hecha por el demandante en la diligencia de interrogatorio libre, cuando al contestar la pregunta 14 dijo que esos $ 5.000.00 —cuyo reintegro se le reclamaba no venían desde noviembre de 1972 sino que se debía esa suma en junio 5 de 1973, confesión del actor que si se hubiera apreciado habría conducido a concluir que el actor admitía la existencia de la deuda a su cargo de $ 5.000.00 y en consecuencia no habría fallado que tal cuestión había quedado huérfana de prueba. Agrega el acusador que debido a la falta de apreciación de esa confesión el Tribunal apreció indebidamente la liquidación de prestaciones efectuada por la demandada y la comunicación que ésta le dirigiera al Juzgado Laboral de Bucaramanga de folios 12 y 13 pues quedaba claro el saldo en contra del demandante para compensar legalmente y de buena fe. El recurrente, en fin, refiere estas apreciaciones suyas a los artículos que componen la proposición jurídica del cargo los cuales recalca violados porque la sociedad no debía, en virtud de la compensación, los $ 3.156.42 que dedujo en su contra la sentencia acusada, y, sin tal deuda, queda sin fundamento la condena moratoria.

Se considera

La proposición jurídica que el recurrente somete a estudio de la Corte no contiene los textos laborales consagratorios de los derechos que reconocieron los juzgadores —el a quo— en liquidación pormenori-

zada del folio 138 del cuaderno primero y el ad quem en su confirmación del folio 52 del cuaderno segundo— y que fueron aplicados y compensados parcialmente después, con saldo a cargo de SADE S. A., en cantidad de $ 3.156.42. El cargo, en este punto, se contrae a las normas 59 del Código Sustantivo del Trabajo y 1715 del Código Civil sobre prohibición de retener y compensar, en lo laboral, y compensación civil, respectivamente, cuando debía afirmar violación también de los preceptos sobre cesantía, vacaciones, salarios y dominical, ya que sobre ellos versó parcialmente la liquidación compensatoria que reconoció el ad quem y dejó de operar el mismo fenómeno en lo que se declaró insoluto.

En cuanto a las pruebas que reseña el cargo, se anota igualmente que el fallador sí apreció el documento de folio 12, pues varios de sus rubros fueron compensados, con lo cual no es exacto el concepto de falta de apreciación como se le presenta en el recurso; equivocación que también se exhibe respecto del interrogatorio libre pues varias de las manifestaciones del actor fueron acogidas por la sentencia para aquellos efectos compensatorios. Y si el planteamiento obedece a la deuda de "esos cinco mil pesos" en 5 de junio de 1973, como parece concretarse en el ataque, ha de apuntarse que ella aparece desconocida en otras respuestas del demandante, con lo cual ni puede preferirse la que escoge el acusador ni la apreciación puede descalificarse como equivocada de modo ostensible.

Con todo, el asunto —prescindiendo de las razones anteriores que bastan para desestimar el cargo— obliga a considerar que no se han demostrado las condiciones del artículo 1715 del Código Civil para que opere la compensación por ministerio de la ley por cantidad mayor que la reconocida por los falladores; muchísimo menos cuando —en aspecto no desvirtuado por el recurrente— el 13 de enero de 1975 la empresa consignó la misma suma que el juzgado, en 5 de diciembre de 1974, apreció como insoluta. Tal consignación —y así se abone buena fe— destruye el cargo basado en que la empresa no debía el valor que discute a implica aceptación de que la compensación no podía operar legalmente por suma mayor que la que fue declarada y reconocida.

El cargo, a más de los defectos que se le han anotado, carece de eficacia.

Segundo cargo

Acusa aplicación indebida de los artículos 4º, 5º, 6º y 8º del Decreto 2351 de 1965, en relación con el 253 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación del contrato de trabajo de folio 3 del cuaderno primero del expediente, de la confesión del demandante a folios 122 a 124 del mismo, de la carta de terminación del vínculo de folio 11 y del documento de folio 2.

Los errores consistieron en no dar por establecido, estándolo, que el contrato que gobernó las relaciones entre las partes fue celebrado a término fijo determinado por la duración de la obra o labor contratada; en dar por demostrado, sin estarlo, que dicho contrato fue de duración indefinida; en no dar por demostrado, estándolo, que el contrato terminó por causa de la terminación de la obra o labor contratada, y en concluir que la sociedad demandada terminó sin justa causa el contrato de trabajo debiéndole al actor la correspondiente indemnización.

Para sustentarlo el recurrente manifiesta que el fallador apreció indebidamente el contrato de autos por cuanto su texto establece que su duración sería para una obra o labor determinada, la cual se fijó en el 70% de la ejecución de la obra de Bucaramanga a Cúcuta; pero el Tribunal basándose en la repetida vinculación del actor a la demandada, en razón de la nota de folio 2 del expediente, calificó el vínculo como de duración indefinida, sin atender, de otra parte, a que el demandante confesó que la obra ya había pasado del 70%. Manifiesta el impugnador, además, que el documento en que se apoyó, de folios 98 y 99 se refiere al 30 de junio de 1973 y que en él el Gerente de Icel no hace declaración sobre el estado de los trabajos adelantados por Sade sino que se refiere a un informe rendido por la Interventoría. Agrega, en fin, que aun admitiendo que hubo terminación del contrato sin justa causa, la indemnización fue calculada ilegalmente, pues se liquidó como si aquél hubiera sido a término indefinido cuando era por la duración de la labor contratada, a lo que só-

lo correspondía como indemnización el valor de los salarios del tiempo faltante.

Se considera

Este cargo impugna la condena indemnizatoria por terminación unilateral del contrato sin justa causa, por parte del patrono, liquidada por los falladores en suma de $ 9.587.38, correspondiente al tiempo que duró la vinculación, como si la contratación hubiese sido indefinida.

Sin embargo, del examen adelantado por los dichos sentenciadores —el a quo en forma explícita, el ad quem en su confirmación— se ostenta que apreciaron el vínculo como concertado para la duración de una obra determinada (el 70% de la obra Bucaramanga a Cúcuta) y si juzgaron indemnizable la terminación que hizo la empresa del contrato fue porque en 30 de junio de 1973 no estaba cumplido ese porcentaje, según documento de ICEL, del folio 99, del cuaderno 1º, sin que el patrono, además, hubiera demostrado que la diferencia, en un 4.1%, quedase realizada en los 7 días restantes para la desvinculación del trabajador.

El asunto, en su estimación jurídica, contiene yerro del fallador, pues sobre los supuestos de juzgamiento relatados, a ruptura sin justa causa de contrato de duración por labor determinada no correspondía aplicarle la graduación indemnizatoria del numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, como se hizo, sino la propia del número 3º del dicho decreto.

Pero lo que plantea el acusador por la vía del error de hecho no es esa cuestión reseñada sino que, conforme a confesión del trabajador, a la terminación del contrato estaba cumplido el 70% de la obra, de acuerdo con la duración pactada; y sólo en la parte final del ataque, en alegación subsidiaria que admite la ruptura ilícita, muestra que la condena es equivocada en su liquidación. Este último punto no es estimable por no habérsele propuesto por la vía debida.

Mas en lo que se relaciona con el error de hecho planteado ha de decirse que el juzgador podía separarse de lo manifestado por López Marín, sobre realización del 70% de la obra, ante el informe de ICEL "producido a instancia" de la empresa, que precisó un 65.9% solamente, esto es, que no estaba cumplida la labor para que el trabajador fue contratado. Y podía hacerlo porque su convicción sobre el particular no aparece arbitraria, caprichosa, ni desconocedora de los elementos probatorios que obraron en el proceso sino informada en ellos de acuerdo con la naturaleza de los mismos y con expresión de conceptos que corresponden a sus facultades del ámbito de juzgamiento en instancia. En estas condiciones no hay error, y mucho menos evidente. Con lo cual el cargo no puede prosperar, aunque se haya mostrado yerro jurídico en la liquidación de la indemnización, el cual no es subsanable por la vía escogida.

Tercer cargo

Acusa aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 55 y 59 del mismo estatuto y en consonancia con el 1715 del Código Civil, preceptos estos que también se violaron a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de la liquidación final de prestaciones de folio 14, de las confesiones del demandante a folios 122 a 124 y de los documentos que obran a folios 20 a 22 del cuaderno 2º, y por falta de apreciación del documento del folio 12 del cuaderno 1º.

Los errores consistieron en no dar por demostrado, estándolo, que la empresa actuó con la mejor buena fe al hacer la retención o compensación en la liquidación de prestaciones sociales; en dar por demostrado, no estándolo, que la suma que resultó a cargo del ex-trabajador no reunía las exigencias que se requieren para su compensación, por no ser claras y actualmente exigibles; en considerar, sin que esté establecido, que la sanción moratoria es viable porque las indebidas retenciones y deducciones señalan que la empresa no canceló lo que debía al actor, y en concluir, contra toda evidencia, que la consignación hecha el 13 de enero de 1975 es un índice de reconocimiento de que la sociedad no obró a derechas en su debida oportunidad.

El recurrente desarrolla su acusación manifestando que el Tribunal apreció equivocadamente la prueba primeramente mencionada porque en ella se contabilizaron

correctamente las acreencias laborales que de buena fe creía deberle a su ex-trabajador y con esta base dedujo lo que legal y realmente salía a deberle, sin que quedase un saldo a favor del actor y, en consecuencia, obró de buena fe al no consignar suma alguna para el actor, pues tal liquidación arrojaba un saldo en contra de éste que el fallador dejó de apreciar el documento de folio 12, que da cuenta de la correcta actitud de la compañía en razón de la liquidación a que se acaba de hacer referencia y de los motivos que la determinaron; que se apreció equivocadamente la confesión judicial del demandante porque éste admitió al absolver la pregunta 14 del interrogatorio libre que los $ 5.000.00 se debían desde el 5 de junio de 1963 (sic) cuando se efectuó el corte de cuentas, y ante esta prueba ha debido tenerse por establecido que la empresa obró acertadamente al compensarla y deducirla en la liquidación de prestaciones sociales; y que los documentos de folios 20 a 22 del cuaderno 2º, que dan cuenta de la consignación del valor de la condena líquida dictada en la sentencia de primer grado por concepto del saldo de salario y prestaciones sociales a cargo de Sade S. A., fueron apreciados erróneamente por el Tribunal porque ese proceder pone de presente el acatamiento al fallo de primera instancia y su inmediato cumplimiento y la buena fe en todo momento por parte del demandado y no la conclusión contraria del fallador de que tal consignación "es un índice de reconocimiento de que la empresa no obró a derechas, en su debida oportunidad". De todo lo cual concluye el acusador que se aplicaron indebidamente los preceptos mencionados en este cargo por lo que la sentencia del ad quem debe casarse y en función de instancia la Corte ha de revocar la condena del a quo por el concepto de indemnización moratoria absolviendo en su lugar a la sociedad demandada.

Se considera

El cargo, en cuanto sostiene que a la terminación del contrato no se debían los $ 3.156.42 a que condenaron los falladores como saldo a cargo de SADE S. A., (el a quo en su liquidación a folio 138 del cuaderno 1º, y el ad quem en su confirmación de folio 52 del cuaderno 2º) es una repetición del ataque primero que no prosperó y que no atiende a la consignación que efectuó la empresa en 13 de enero de 1975, en cumplimiento de la sentencia de primer grado, consignación que desvirtúa las razones con las cuales se insiste en negar dicha deuda y constituye aceptación de la misma.

Mas en cuanto todo ello incide en la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ha de precisarse que la condena por "salarios caídos" se impuso a partir del 24 de julio de 1973, atendida la circunstancia de que "la empresa contaba con 15 días para pagar" (fls. 138 y 139 cuaderno 1º) "hasta cuando se verifique el pago en debida forma" (fl. 140, ibídem) según la decisión del Juzgado, que el Tribunal confirmó. Lo anterior ha de entenderse respecto de los dichos $ 3.156.42, pues la indemnización por despido injusto ($ 9.587.38) no causa indemnización moratoria conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entonces, el cargo, que no prospera en cuanto pretende violación de ese precepto por la condena a "caídos" por no haber pagado aquellos $ 3.156.42 a la terminación del contrato, y más propiamente el 24 de julio de 1973, en razón de la cláusula contractual de que se hizo mérito, ha de resolverse en el sentido de que la operancia de la indemnización moratoria llegó hasta la fecha de la consignación efectuada por la empresa en 13 de enero de 1975, consignación que al mismo tiempo que reconoció la deuda del saldo que causaba la dicha indemnización, verificó el pago en la debida forma, como lo ordenaron los falladores.

No hay, por lo tanto, violación de ley, en el fallo acusado y en el entendimiento que se ha fijado.

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 Bucaramanga, el 5 de marzo de 1975, en el ordinario de trabajo promovido por Guillermo López Marín contra Sud Americana de Electrificación S. A., "Sade",

Sin costas.

Notifíquese, cóplese, 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.

BUENA FE DEL PATRONO EN LA CONSIGNACION DE LO QUE CREE DEBER

El patrono se haría acreedor a la indemnización respectiva si no acredita, con razones atendibles, que de buena fe consignó lo que creía deber; por el contrario, quedaría exonerado de la misma, aun cuando la diferencia fuese exagerada, si demuestra que no consignó todo lo debido por considerar de buena fe que solamente era deudor de la suma consignada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 12.

Julio Alfonso Otero Rodríguez demandó por medio de apoderado judicial al señor Alfonso Melo Angel, mayor y vecino de Bogotá, para que se le condene a pagarle $ 400.00 por concepto de salario correspondiente a la última semana de trabajo; el valor de los descansos dominicales y festivos, de las primas de servicios, de las vacaciones causadas y no canceladas y de la cesantía; la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo por parte del patrono; la indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Julio Alfonso Otero Rodríguez suscribió con Alfonso Melo Angel un contrato de trabajo con fecha de iniciación el día 5 de enero de 1971, para desempeñar el cargo de fundidor del establecimiento de propiedad del demandado, que aparece registrado en la Cámara de Comercio bajo el nombre de Metalúrgica Bogotá; se pactó un salario por unidad de obra a destajo, sin embargo de lo cual el demandado le pagó a Otero Rodríguez un salario fijo de $ 1.500.00 mensuales del 5 de enero al 30 de abril de 1971; del 1º de mayo de ese año en adelante las partes convinieron un salario así: $ 1.20 por cada kilo de fundición de hierro, lo que representaba un promedio mensual de $ 3.000.00; en la última semana que trabajó el demandante fundió 750 kilos, lo que le daba un salario de $ 900.00, suma que el demandado consideró elevada, por lo que sólo quiso reconocerle $ 500.00 adeudándole $ 400.00 y al mismo tiempo manifestó que del nueve de agosto en adelante sólo le pagaría $ 0.20 por kilo de fundición, lo que al no ser aceptado por Otero produjo su despido injusto e ilegal. Melo Angel adeuda además a Otero Rodríguez lo correspondiente a los descansos dominicales y festivos, la prima de servicios, el auxilio de cesantía, las vacaciones proporcionales y la indemnización por despido injusto.

Al contestar la demanda el apoderado de Alfonso Melo Angel sólo aceptó como cierto el hecho de la celebración del contrato y la fecha de su iniciación, negando los demás.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el diez de marzo de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso: "1º CONDENAR al señor Alfonso Melo Angel a pagar al demandante Julio Alfonso Otero Rodríguez, una vez en firme esta providencia, las siguientes can-

tidades de dinero, así: a) La cantidad de $ 400.00 moneda corriente, por concepto de salarios; b) La cantidad de $ 870.74 moneda corriente, por concepto de dominicales y festivos; c) La suma de $ 1.750.00 moneda corriente, por concepto de primas de servicio; d) La suma de $ 750.00 moneda corriente, por concepto de vacaciones; e) La cantidad de $ 1.750.00 moneda corriente, por concepto de cesantía; f) La cantidad de $ 100.00 moneda corriente diarios desde el día 10 de agosto de 1971 y hasta cuando el demandado pague todas las anteriores condenas. 2º ABSOLVER al demandado de los demás cargos formulados en la demanda. 3º DECLARAR probada parcialmente la excepción de pago propuesta por la parte demandada. 4º CONDENAR al demandado en costas. Tásense".

Apeló la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en sentencia de nueve de mayo de mil novecientos setenta y cinco resolvió el recurso así: "1º MODIFICASE los numerales 1º en sus literales a), c), d), e), f) y 4º de la sentencia materia de revisión y en su lugar se dispone: CONDENASE al demandado Alfonso Melo Angel, de condiciones civiles conocidas de autos a pagar al actor Julio Alfonso Otero Rodríguez, igualmente de condiciones civiles ya conocidas, tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia, las siguientes cantidades de dinero: a) Doscientos pesos ($ 200.00) moneda corriente, por concepto de SALARIOS INSOLUTOS; b) Setecientos seis pesos con veinte centavos ($ 706.20) moneda corriente, por concepto de PRIMAS DE SERVICIOS; c) Trescientos ochenta y cinco pesos con veinte centavos ($ 385.20) moneda corriente, por concepto de VACACIONES; d) Un mil setenta y siete pesos con cuarenta centavos ($ 1.077.40) moneda corriente, por concepto de CESANTIA; e) Tres mil setecientos cuarenta y nueve pesos con veintiocho centavos ($ 3.749.28) moneda corriente, por concepto de INDEMNIZACION MORATORIA; y, f) Costas de primera instancia en un cincuenta por ciento (50%), a cargo del demandado de conformidad con la parte motiva de este proveído. 2º DECLARASE PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE PAGO hasta por la cantidad de un mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 1.457.84) moneda corriente, cantidad que se deducirá del monto total de las condenas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. 3º CONFIRMASE en todo lo demás la sentencia recurrida. 4º SIN COSTAS en la alzada".

Recurrió en casación el apoderado del trabajador demandante. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo presenta así el recurrente: "Con la formulación de esta demanda se pretende que la honorable Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente proceso, en cuanto modificó los numerales primero (1º) en sus literales a), c), d), e), y f) y cuarto (4º) de la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, relacionados con condenas a la parte demandada, y en cuanto no condenó en costas en la alzada al demandado. Una vez constituida la honorable Corte en Tribunal de Instancia se servirá confirmar en todas sus partes las condenas proferidas por el Juez a quo, y condenar al demandado a pagar las costas de la segunda instancia".

El casacionista formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto número 528 de 1964, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la indebida aplicación de los artículos: 57 ordinal 4º del Código Sustantivo del Trabajo, 127 y 128 del mismo Código, 249 y 253 del mismo Código, modificado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, 186 y 189 del mismo Código, modificado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 306 del mismo Código, 172 y 174, 176, 177 y 179 del mismo Código, modificado este último por el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, y 65 del mismo Código, en relación con los artículos 56 y 61

del Código de Procedimiento Laboral. El Decreto 2351 de 1965 fue adoptado como norma permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. La violación de las disposiciones sustanciales citadas se produjo en forma indirecta, a causa de haberlas aplicado indebidamente el Tribunal al caso sub lite, pues su correcta aplicación habría conducido a imponer a la demandada las condenas pedidas en la demanda, con base en un salario mensual de $ 3.000.00 moneda corriente. En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador a causa de haber cometido los siguientes errores de hecho: 1) No dar por demostrado, que hubo renuencia injustificada del demandado al no facilitar los documentos necesarios que estaban en su poder, para verificar la práctica de la diligencia de inspección judicial decretada en las oficinas y sobre los libros, papeles y archivos de aquél; 2) No dar por demostrado, estándolos, los hechos afirmados por la parte actora en la demanda y concretados en la inspección judicial, ante la renuencia del demandado a facilitar la práctica de dicha diligencia; (fls. 46 y 49 a 51); 3) No dar por demostrado, estándolo, que del 5 de enero de 1971 al 21 de febrero de 1971 el demandante devengó un salario básico mensual de $ 1.500.00 moneda corriente; 4) No dar por demostrado, estándolo, que del 22 de febrero al 9 de agosto de 1971, el demandante devengó un salario variable o a destajo, cuyo promedio mensual fue de $ 3.000.00 incluidos los descansos dominicales y festivos; 5) No dar por demostrado, estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo el demandado quedó adeudando al demandante la suma de $ 400.00 moneda corriente, por concepto de salarios; 6) No dar por demostrado, estándolo, que el salario promedio de $ 3.000.00 mensuales es el que se debió tomar en cuenta para liquidar la cesantía, prima de servicios y vacaciones causadas a favor del demandante; como para efectos de la indemnización moratoria; 7) No dar por demostrado, estándolo, que en forma injustificada y sin existir ningún motivo razonable que excuse el incumplimiento, el demandado ha estado y continúa estando en mora de pagar al demandante los salarios y prestaciones sociales causados a favor de éste desde la fecha de su retiro. Los errores de hecho anotados fueron cometidos por la apreciación errónea de las siguientes pruebas: a) Interrogatorio de parte absuelto por el damandado (fls. 20 a 23); b) Diligencias de pago por consignación efectuada por el demandado ante el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá (fls. 32 a 34); c) Planillas de salarios y jornales (fls. 1º a 24 cuaderno 2); ch) Contestación de la demanda al hecho a) (fl. 9); d) Diligencia de inspección judicial practicada a las oficinas de la empresa (fls. 38 y ss); e) Dictamen pericial y aclaración del mismo (fls. 88 a 96 y 97 a 98). En relación con esta última prueba, se menciona por su conexión con las anteriores, pero cuyo efecto se demostrará en primer término, los errores de hecho en relación con las demás probanzas, y luego con respecto al experticio, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de esa honorable Sala en sentencia de Sala Plena del 6 de octubre de 1972.

Demostración del cargo

Al estudiar el aspecto relativo a la determinación del salario devengado por el actor, comienza el Tribunal por citar lo resuelto por el a quo sobre este punto para después de transcribir equivocadamente el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral y algunas jurisprudencias sobre la interpretación de esta norma, concluir en forma errónea que el demandado ha debido ser sancionado por el Juez con una multa, cuando lo correcto era dar por probados los hechos susceptibles de prueba de confesión, como lo era el relativo a la remuneración percibida por el actor, cuyo monto se estimó por la parte demandante en la suma de $ 3.000.00 mensuales, incluyendo los descansos dominicales y festivos y la deuda de $ 400.00 por salarios insolutos (fls. 136 y 137). La sanción de multa sólo opera cuando los hechos no son admisibles de demostrar por confesión, pero no en el caso contrario. En forma equivocada sostiene el ad quem que en la audiencia del 27 de abril de 1973 se pusieron a disposición del Juzgado otros documentos, fuera de las planillas de pago de salarios, cuando lo que pasó fue que el Juzgado requirió (subrayo), para que presentara "además" (subrayo), los otros documentos que tuviese en su poder y relacionó algunos (fl. 135). Ello en atención a que en audiencia del 13

de mayo de 1972 (fl. 25) el apoderado del demandado allegó algunas planillas de salarios o jornales que corresponden al cuaderno número 2, únicos documentos que presentó el demandado en desarrollo del proceso. Aceptado que hubo renuencia y que de acuerdo con la ley aquella no podía ser sancionada con multa por la admisibilidad de la prueba de confesión, el Tribunal incurrió en ostensible error de hecho al apreciar equivocadamente la inspección judicial, en conexión con el dictamen pericial, y acoger el salario determinado en este último en cuantía de $ 1.540.80 mensuales, que el señor perito dedujo de las planillas incompletas y deficientes que aparecen a folios 1º a 24 del cuaderno 2, documentales que por ende, también resultaron mal apreciadas, que contienen borrones y tachaduras y que no abarcan todo el tiempo de duración de la relación laboral, no obstante lo cual el experto tomó únicamente el lapso comprendido por las referidas planillas. Inclusive, al estudiar la petición de salarios insolutos (fl. 138), el Tribunal expresa que hay que condenar al demandado al pago de los $ 200.00 por la renuencia de éste a presentar la prueba correspondiente, resultando contradictorio que para unos efectos se acepta la reticencia patronal y para otros no. Si el sentenciador no hubiere cometido los yerros que se han atribuido, habría llegado a la necesaria conclusión que frente a la conducta procesal del demandado y su renuencia a presentar al Juzgado los documentos que permitieran evacuar la prueba de inspección judicial, "..., la verificación de las operaciones a que hubiere lugar" para la liquidación de la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y demás acreencias laborales ha debido efectuarse con base en el salario mensual afirmado por la parte actora en cuantía de $ 3.000.00 moneda corriente, y no por el fijado por el señor perito en la cantidad de $ 1.540.80 moneda corriente, teniendo en cuenta las ya citadas planillas, folios 1º a 24 del cuaderno 2. Igualmente, la aceptación de la renuencia habría conducido al Tribunal a dar por demostrado que al actor se le adeudan $ 400.00 de salarios insolutos, y no sólo los $ 200.00 que dedujo en contra del patrono, entre otras cosas, como ya se dijo y se repite, aceptando para este solo aspecto las tantas veces mencionada renuencia (fl. 138).

Hace luego el impugnador un resumen de la situación procesal que consta en el expediente sobre la conducta asumida por el demandado al mostrarse renuente a la inspección ocular y concluye: "El demandado se encuentra afiliado a la Cámara de Comercio, como comerciante que es, y de acuerdo con la ley obligatoriamente tiene que llevar libros de contabilidad, como se desprende de las normas 24, 27, 28 y 59 del Código de Comercio derogado y de los artículos 19, 60, del nuevo Código. En la contestación de la demanda el demandado acepta el hecho a) de la demanda, en el cual se afirma que el demandado se encuentra afiliado a la Cámara de Comercio. Por consiguiente es de suponer que el demandado tenía libros de contabilidad y que éstos precisamente se negó a presentar al Juzgado y en el evento de que no los llevase, tal omisión no podría favorecer a quien ha quebrantado la ley. La aceptación al hecho a) atrás indicado en la contestación de la demanda aparece a folio 9 del expediente. Con respecto al artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral dijo la Corte en reciente jurisprudencia: '...Sin embargo, lo que se ostenta de todo lo reseñado es la renuencia de la empresa a facilitar los libros de contabilidad, las planillas y los demás documentos necesarios para que se verificaran los hechos de la demanda, los cuales se habían precisado legalmente, esto es, para que se efectuara la diligencia de inspección ocular; y tal renuencia, a términos del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, varias veces mencionado imponía tener como probados en su contra aquellos hechos respecto de cuales fuese admisible la prueba de confesión...'. (Proceso de Segundo Arias vs. Temeisus Ltda. - Sentencia del 17 de junio de 1975. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón). Resulta de todo lo anterior que el ad quem infringió por indebida aplicación el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, pues aunque tuvo en cuenta tal norma, esto es, no la ignoró, la aplicó en forma equivocada, pues de ha-

berlo hecho en forma acertada, habría dado por probada la renuencia del demandado, y demostrados por confesión hechos susceptibles de esta prueba, cuales son la deuda insoluta de $ 400.00 por concepto de salarios y la base salarial de $ 3.000.00 moneda corriente, para la liquidación de cesantía, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria. Igualmente, y con relación a esta última sanción, no sólo ha debido concluir que la indemnización moratoria debía fulminarse con base en un salario diario de $ 100.00 a partir del 10 de agosto de 1975, y no sólo hasta el 23 de octubre del mismo año, sino en forma indefinida, hasta cuando se produzca el pago total y completo de las condenas principales, pues la mala fe patronal aparece del bulto, y se deriva no sólo de la renuencia que se ha venido analizando, conducta procesal que debe estimarse al tenor del artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, sino de la circunstancia de que aún tomando como base el promedio salarial que el perito fijó en $ 1.540.80 mensuales, y aceptándolo en gracia de discusión, pues ya se han expuesto razones suficientes para no compartirlo, de todas maneras la consignación judicial efectuada por el demandado ante el Juzgado Quinto Laboral, en cuantía de $ 1.457.84, es insuficiente y ostensiblemente irrita, cuantía que sólo está destinada a cubrir 'el valor de cesantía, vacaciones y prima', no así salarios ni descansos dominicales y festivos (fls. 32 y 33)".

Para el opositor la renuencia a la práctica de la inspección judicial, si la hubo, no fue de la parte demandada, sino del propio fallador de primer grado, quien la inició sin oposición alguna, pero se abstuvo de continuarla alegando para ello la lejanía del lugar en donde le correspondía verificarla, y escogiendo, en cambio, el sistema que no constituye inspección judicial de exigirle al demandado la presentación en el juzgado de unos libros y documentos que estuvieran relacionados con la materia debatida, vale decir, no determinados. Agrega que si su mandante no atendió los requerimientos que le fueron efectuados, bien pudo hacerse acreedor a una sanción por desacato, pero no quedar incurso en la confesión ficta de que trata el artículo 56 del Código Procesal del Trabajo.

Se considera

El Tribunal Superior, luego de transcribir un pasaje del fallo de primer grado sobre la renuencia del demandado a la práctica de la inspección ocular, el artículo 56 del Código Procesal del Trabajo y un párrafo sobre una jurisprudencia que no dice de dónde proviene, dijo lo siguiente sobre el salario para liquidar las prestaciones: "Estima la Sala que el juzgador de primera instancia en el momento en que el patrono demandado se negó consecutivamente a la práctica de la diligencia y como lo dice la jurisprudencia ha debido aplicar la sanción monetaria de que habla la norma. Sin embargo, ocurre que de conformidad con el experticio rendido por el perito y con base en las planillas que le fueron suministradas solamente a partir del 15 de febrero de 1971 y no del 5 de enero del mismo año, y teniendo en cuenta que inicialmente se pactó un SALARIO A DESTAJO, sacó la proporción mensual en promedio de esa fecha hasta del retiro, por la cantidad de $ 1.540.80 moneda corriente. Cantidad esta que se tendrá en cuenta para la verificación de las operaciones a que hubiere lugar. Igualmente no puede considerarse que el juez dio aplicación al artículo 50, sobre la condena extra o ultra petita, ya que en su fallo no hace relación a este punto y solamente se limita al comentar la aplicación del artículo 56, a determinar que tendrá en cuenta el salario mensual confesado por el actor, tal vez en una fácil confusión acerca de la confesión ficta pero sin tener en cuenta como sí lo reconoce adelante que el perito determinó contablemente el salario promedio de esos cinco meses y 23 días, que muy seguramente favorecieron al trabajador cuando se hizo el cómputo semana a semana con la diferencia de salario que él tuvo, en la época en que le pagaron salario mensual. Por tanto, se revocará la decisión del a quo en cuanto se refiere a considerar la suma de $ 3.000.00 mensuales, por cuanto sí se verificó un promedio teniendo en cuenta las diferentes planillas de pago de la 1ª al 19, del cuaderno 2. Así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

Y en relación con los salarios insolutos agregó: "Acogiéndose la Sala al dictamen

pericial en el cuaderno número 2 aparece que se le pagó al trabajador la suma de $ 500.00 y que luego con un cheque, se le pagó la suma de $ 200.00 (prueba esta que a pesar de haberse librado el oficio al banco no fue contestado). Y como conclusión se estima que por la renuencia del patrono a presentar la prueba, y teniendo en cuenta el salario promedio devengado por el extrabajador, deberá condenarse a la cantidad de $ 200.00, acreditados por el peritazgo. Así constará en la parte resolutiva de esta providencia, modificándose la decisión del a quo".

Aun cuando confusa la argumentación del Tribunal, de ella no se desprende expresamente que hubiese desconocido la renuencia del patrono a la práctica de la inspección ocular; sólo que le dio mayor credibilidad al dictamen del perito que a la confesión ficta, prevalencia de un medio probatorio sobre otro que no puede dar origen a un notorio error de hecho. Es decir que entre el salario aproximado de tres mil pesos ($ 3.000.00) que afirmó el demandante haber devengado desde el 1º de mayo de 1971, y el promedio de $ 1.540.80 que obtuvo el perito para todo el período contractual con fundamento en el estudio de las planillas o nóminas de pago, encontró el fallador de segunda instancia más acertado este último, sin que esta apreciación aparezca contraria a la realidad procesal ni a los principios científicos que informan ambas pruebas. Lo mismo sucede respecto a los salarios insolutos, pues el Tribunal dedujo un saldo a favor del trabajador demandante con base en la prueba pericial.

Por no haberse demostrado la existencia de errores de hecho el cargo no prospera.

Segundo cargo

"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, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La violación anterior se produjo en forma indirecta, a causa de haber aplicado el ad quem indebidamente la norma sustantiva citada, pues de haberla aplicado en forma correcta, habría llegado a la conclusión de que la indemnización moratoria ha debido imponerse no sólo hasta la fecha de la consignación judicial, el día 23 de octubre de 1971, sino en forma indefinida, hasta cuando se verifique el pago total y completo de los salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales que aún se adeudan al demandante y se encuentran insolutas. El quebranto del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se produjo a consecuencia de evidentes errores de hecho, que en forma ostensible aparecen en la sentencia impugnada y que son los siguientes: a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la consignación judicial efectuada por el demandado en cuantía de $ 1.457.84 M/cte., es superior al cincuenta por ciento (50%) de lo que se le debía al actor; b) Dar por demostrado, sin estarlo, que el patrono tuvo razones serias y atendibles para el no pago total y completo de las prestaciones sociales adeudadas al demandante; c) Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandado actuó de buena fe, al abstenerse de pagar en forma total y completa las acreencias laborales adeudadas al demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo; d) No dar por demostrado estándolo, que el patrono depositó una suma arbitraria, que no cubre ni siquiera la mitad de las acreencias laborales que se encuentran insolutas desde la terminación del contrato de trabajo con el actor; e) No dar por demostrado, estándolo, que la consignación judicial es irrita y desproporcionada en relación con las acreencias laborales realmente adeudadas al demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo. Los errores de hecho anteriormente enumerados fueron ocasionados, por la errónea apreciación de las siguientes pruebas: 1º Diligencias de pago por consignación efectuadas por el demandado ante el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá (fls. 32 a 34). 2º Planillas de salarios y jornales (fls. 1º a 24 cuaderno 2). 3º Diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la empresa (fls. 39 y ss.) 4º Dictamen pericial y aclaración del mismo (fls. 88 a 96 y 97 a 98). En relación con la prueba última del dictamen pericial, se menciona por su conexión con las anteriores,

para cuyo efecto se demostrará en primer término los errores de hecho en relación con las demás probanzas y luego con respecto al experticio, como lo tiene admitido la jurisprudencia de esa honorable Sala en sentencia de Sala Plena del 6 de octubre de 1972.

Demostración del cargo

Al estudiar la súplica relativa a la indemnización moratoria, comienza el Tribunal por citar varias jurisprudencias acerca de la interpretación del artículo 65 del Estatuto Laboral, de las cuales se infiere, en primer término, que es a la terminación del contrato de trabajo y no en cualquier otra época, cuando el patrono debe pagar o consignar judicialmente las sumas que adeude a sus trabajadores, a la terminación del vínculo laboral; y en segundo lugar, que deben depositarse las sumas que el empleador crea deber de buena fe, sin que ello signifique que baste a aquél depositar una cantidad cualquiera a su arbitrio, debiendo el juzgador analizar las circunstancias concretas en que se desenvolvió la conducta patronal. Al analizar la situación particular del sub judice, señala el ad quem que la consignación judicial efectuada por el demandado ante el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá el día 23 de octubre de 1971, correspondía en su cuantía a más de la mitad de lo que se le debía al trabajador, pues hechas las operaciones aritméticas resulta un saldo a favor de aquél que asciende a $ 910.96 M/cte. Sin otros razonamientos, concluye el sentenciador que la indemnización moratoria debe limitarse al período comprendido entre la fecha de terminación del contrato de trabajo, 9 de agosto de 1971, hasta aquélla en que se verificó el depósito, 23 de octubre de 1971, o sea por 2 meses y 13 días, modificando la condena impuesta por el a quo en forma ilimitada. Las consideraciones de la sentencia impugnada entrañan ostensibles errores de hecho. En primer término, porque las acreencias insolutas sí ascienden a más de un 50% del valor de la consignación judicial. Y de otra parte, porque aun cuando lo anterior no fuera correcto, es lo cierto que la cantidad depositada fue completamente arbitraria y en ningún momento el demandado adujo razones justificativas que abonaran su buena fe, ni hizo el menor esfuerzo para demostrar la existencia de deudas justificadas para abstenerse de efectuar el pago de las cantidades insolutas. El Tribunal sumó únicamente las condenas por concepto de salarios insolutos ($ 200.00), primas de servicios ($ 706.20), vacaciones ($ 385.20), cesantía ($ 1.077.40), cuyo monto asciende a la suma de $ 2.368.80 para descontar de esta suma el valor de la consignación judicial en cuantía de $ 1.457.84 M/cte., quedando un saldo de $ 910.96. Pero olvidó que también mantuvo la condena de primera instancia por dominicales y festivos, por cuantía de $ 970.74 M/cte., por manera que al sumar esta cantidad las acreencias insolutas no son de $ 910.96 sino de $ 1.781.70, cantidad esta última que es superior al valor del depósito que el demandado efectuó en el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá. Pero es más. Ninguna de las dos cantidades aparece explicada ni justificada por el patrono, ni existe en parte alguna del informativo pruebas que demuestren razones atendibles que hubiera tenido el patrono para efectuar un pago incompleto e insuficiente, máxime si se tiene en cuenta que en el sub lite no hubo discusión acerca de la existencia del contrato de trabajo o del derecho del demandante a devengar las acreencias que se le debieron cancelar en forma completa a la terminación del contrato de trabajo. Lo que exonera de la sanción moratoria, según reiterada jurisprudencia de esa honorable Sala, que el ad quem cita pero no aplica, es la buena fe debidamente probada en el plenario por parte del patrono, que legitime su creencia de no haber estado obligado a pagar las sumas que posteriormente deduzca la justicia laboral. Pero si en forma caprichosa e inmotiva el empleador no deposita la totalidad de la deuda, aun cuando la cuantía insoluta no sea de magnitud, procede dar aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Cabe observar que la consignación judicial sólo se refiere a cesantía, vacaciones y prima (fl. 32) por manera que en forma alguna puede extenderse a cubrir los $ 200.00 de salarios que quedaron insolutos y cuya solución dejó de acreditar el demandado, no obstante las oportunidades que tuvo para

ello. Tampoco se extiende a los dominicales y festivos cuyo pago ordenaron los juzgadores de instancia. Aun limitando los cálculos al monto de la cesantía, vacaciones y prima que menciona la consignación, el valor de estas tres acreencias asciende a $ 2.168.80 M/cte., según los cálculos del Tribunal, pero que son superiores calculados correctamente, pues las primas y las vacaciones tienen realmente un monto superior, que en contraposición a los $ 1.445.86 depositados, significa aún un saldo insoluto de una tercera parte. Lo anterior, aun sin considerar el salario de $ 3.000.00 mensuales, incluidos los descansos dominicales y festivos, que ha de tenerse en cuenta para liquidar las acreencias laborales no pagadas, en vista de la renuencia del demandado a permitir la práctica de la diligencia de inspección judicial y de suministrar los documentos necesarios para ello, conforme al artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, pues el anterior análisis se ha hecho sobre la base de tener en cuenta únicamente la remuneración mensual promedio que en cuantía de $ 1.540.80 dedujo el señor perito y acogió el Tribunal, pero que de todas maneras resulta insuficiente pues como se acepta por el sentenciador, con apoyo en el dictamen pericial, no se pudo determinar lo percibido por el señor Otero Rodríguez desde el cinco de enero y hasta el quince de febrero de 1971 y del tiempo correspondiente a una semana de mayo. De no haber sido por la renuencia del demandado, al incrementarse tal suma con lo devengado en tal lapso, más el valor de los descansos dominicales y festivos, el promedio salarial habría sido superior y por ende, el depósito judicial habría resultado aún más irrito. Es importante recordar que el señor perito dejó constancia en varios apartes de su informe que las planillas presentadas por el demandado fueron incompletas y que éste no suministró las restantes de salarios y jornales y los demás documentos que él había manifestado tener en su poder, y que por ley le correspondía llevar como comerciante que era, y que había ofrecido allegar al juzgado (fls. 74 y 98). Se impone por tanto el quebranto del fallo impugnado en punto a la indemnización moratoria, a fin de que en sede de instancia se confirme el del a quo en cuanto condenó al demandado a cubrir dicha indemnización en forma indefinida, hasta cuando se verifique el pago total y completo de las acreencias laborales adeudadas al actor, con base en el último salario devengado".

Se considera

Al estudiar la petición sobre la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el Tribunal Superior transcribe pasajes de una jurisprudencia cuyo origen no indica, y dice: "En el presente proceso, aparece a folios 32 y siguientes, las copias del pago por consignación hecha por el patrono ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 23 de octubre de 1971, o sea 2 meses y 13 días después de la terminación del contrato de trabajo por una suma de $ 1.457.84, que corresponde en su cuantía a más de la mitad de lo que se le debía, ya que después de hechas las operaciones aritméticas el saldo a deber es de $ 914.98 moneda corriente. En estas condiciones estima la Sala que la parte demandada, deberá ser condenada al pago de la indemnización de que trata el artículo 65, por la cantidad de $ 51.36 diarios a partir del día 10 de agosto de 1971 y hasta cuando se verificó la consignación antes aludida, o sea por la cantidad de $ 3.743.28. Se modificará la decisión del juez a quo, quien condenó a una suma mayor y en forma ilimitada y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

Es cierto que el valor de las condenas fulminadas por el fallador de segunda instancia, por salarios y prestaciones, incluida la suma de $ 870.74 correspondiente a descanso dominical y festivo que dedujo el juez de primer grado, y confirmó el Tribunal asciende a una cantidad superior en más del 50% a la consignada, como lo afirma el recurrente, pues la diferencia entre la suma por condenas, $ 3.239.54 y la depositada $ 1.457.84, es de $ 1.781.70.

Mas este criterio simplista de establecer una proporción entre lo que se adeuda por condenas y lo que se consigna según el inciso 3º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no debe tenerse en cuenta para determinar si es procedente la sanción por mora que contempla el inciso

1º del mismo artículo. Puede ser la mínima diferencia y sin embargo el patrono se haría acreedor a la indemnización respectiva si no acredita, con razones atendibles, que de buena fe consignó lo que creía deber; por el contrario, quedaría exonerado de la misma, aun cuando la diferencia fuese exagerada, si demuestra que no consignó todo lo debido por considerar de buena fe que solamente era deudor de la suma consignada.

A esta última conclusión llegó el Tribunal cuando se fundamentó en jurisprudencia que sostiene lo mismo, o sea que estimó que el patrono demandado actuó de buena fe al consignar la suma de $ 1.457.84, sin que aparezca que dedujera esa actitud patronal de la escasa diferencia entre las dos sumas. Así lo entendió el propio casacionista al indicar entre los errores de hecho que le atribuye al Tribunal Superior, haber dado por demostrado que el demandado actuó de buena fe al abstenerse de pagar en forma total y completa las acreencias laborales.

Procede estudiar, por lo tanto, si de las pruebas que el impugnador señala como erróneamente apreciadas, surge en forma manifiesta que el patrono no actuó de buena fe al consignar la suma de $ 1.457.84.

En la diligencia de pago por consignación aparece la cuantía de la misma, que por sí sola, como se ha dicho, no es suficiente para determinar la buena o mala fe del patrono, ni de la misma surge con claridad que el patrono no consignó la cantidad que confesaba deber, que es lo que exige la norma, ni que el depósito por una suma inferior a la fijada en la sentencia como debida por la sociedad demandada se hizo con el fin deliberado de burlar parte de las prestaciones sociales y salarios.

Tampoco emana la mala fe de la apreciación de las planillas o nóminas de pago del salario acompañadas por el demandado al juicio para que con base en ellas se practicara la inspección ocular o el perito emitiera su opinión, pues el fallador no las apreció directamente, sino a través del dictamen pericial, prueba esta última cuya apreciación errónea o inapreciación no da origen al error de hecho en la casación laboral.

Respecto a la inspección ocular, que se inició el cinco de diciembre de mil novecientos setenta y dos, el juez, por propia iniciativa la suspendió sin que constaran la existencia de los libros y documentos sobre los cuales se iba a practicar la diligencia. Aún más, en providencia anterior, mayo del mismo año (fl. 25), había considerado inoficiosa su práctica una vez que el demandado presentó las planillas de salarios, que ordenó se tuvieren como prueba. De allí que si la inspección ocular no se hizo cuando el juzgado fue a la oficina del demandado, que era en donde debía practicarse según el decreto de pruebas, ello no se debió a culpa de este último. No hubo, por lo tanto, inspección ocular de la cual pudiera deducirse en forma manifiesta la mala fe del patrono; y la confesión presunta no fue señalada entre las pruebas equivocadamente apreciadas.

No surgiendo error de hecho evidente de las pruebas contempladas en el artículo 9º de la Ley 16 de 1969, no le es dable a la Corte estudiar si el dictamen pericial, no incluido en dicho artículo, fue apreciado erróneamente.

El error de hecho para que dé origen a la casación de un fallo, debe ser manifiesto, notorio, evidente, y ello no sucede cuando de las pruebas señaladas como erróneamente apreciadas o mal apreciadas, no salta a la vista dicho error, aun cuando por la apreciación que de las mismas hace el recurrente en forma más o menos lógica se llegue a conclusiones diferentes a las del fallador.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el nueve de mayo de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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

José Eduardo Gnecco C., Francisco José Camacho Amaya, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION EN MATERIA LABORAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Ref.: Expediente Nº 5257. Acta Nº 18.

Enrique Lacayo Revollo demandó, por conducto de apoderado, al Instituto de Mercadeo Agropecuario, "IDEMA", establecimiento público con domicilio en Bogotá, representado por su Gerente, para que previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, y previa citación y traslado al Procurador del Distrito Especial (sic) de Bogotá, fuese condenado "por los conceptos de indemnización por despido en la cantidad de cuarenta y un mil cuatrocientos siete pesos con 48/100 ($ 41.407.48) moneda corriente, auxilio monetario e indemnización por enfermedad no profesional, salarios caídos a razón de doscientos sesenta y siete pesos con 14/100 ($ 267.14) moneda corriente diarios, a partir del 15 de junio de 1967 y hasta la fecha en que el demandado consigne o pague al demandante las pretensiones reclamadas y las costas del proceso, en caso de oposición".

Apoyó la demanda en los siguientes hechos:

"1. El doctor Enrique Lacayo Revollo laboró al servicio del Instituto Nacional de Abastecimientos (INA) desde el 19 de septiembre de 1960 al 15 de marzo de 1967. 2. El empleo que desempeñó el doctor Enrique Lacayo Revollo fue el de ingeniero interventor del Instituto Nacional de Abastecimientos (INA). 3. Las relaciones jurídicas entre el Instituto Nacional de Abastecimientos (INA) y el ingeniero Enrique Lacayo Revollo estuvieron regidas por un contrato escrito de trabajo. 4. El ingeniero Enrique Lacayo Revollo devengó un sueldo de ocho mil catorce pesos con 35/100 ($ 8.014.35) M/cte. 5. El Instituto Nacional de Abastecimientos (INA) despidió de manera unilateral e ilegal al ingeniero Enrique Lacayo Revollo por medio del Oficio número 5833 de fecha 10 de marzo de 1967. 6. El ingeniero Lacayo Revollo padecía de una enfermedad no profesional cuando fue despedido intempestivamente por el Instituto Nacional de Abastecimientos (INA). 7. El doctor Enrique Lacayo Revollo cumplió a cabalidad con todas sus obligaciones como profesional de la ingeniería en las funciones que le encomendó el Instituto Nacional de Abastecimientos (INA). 8. La indemnización por despido a que es acreedor el ingeniero Enrique Lacayo Revollo está determinada por el artículo 25 de la Convención Colectiva de Trabajo de fecha 1º de diciembre de 1965, suscrita entre el Instituto Nacional de Abastecimientos (INA) y el Sindicato Nacional de Trabajadores del mismo establecimiento. 9. El Instituto Nacional de Abastecimientos (INA) no le solucionó al ingeniero Enrique Lacayo Revollo ni el auxilio monetario a que tiene derecho por la enfermedad no profesional, ni las indemnizaciones por despido ilegal y por mora. 10. El Instituto Nacional de Abastecimientos (INA) fue sustituido, por ministerio de la ley, en sus derechos y obligaciones, por el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA). 11. En razón de lo expuesto anteriormente, el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA) está en la obligación legal de responder por el reconocimiento y pago de los derechos sociales que pretende, con justicia, el ingeniero Enrique Lacayo Revollo. 12. Para los efectos de los denominados 'salarios caídos' ya transcurrieron los 90 días de

gracia de que gozó el extinto Instituto Nacional de Abastecimientos (INA) para solucionarle oportunamente al ingeniero Enrique Lacayo Revollo el valor de los derechos sociales que pretende ante la jurisdicción. 13. Está agotado el procedimiento gubernativo".

El Instituto dio respuesta a la demanda aceptando unos hechos y negando otros, pero aduciendo, en apoyo de su defensa, que había tenido justas causas para despedir al trabajador y que, a pesar de ser afiliado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, le había suministrado asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria durante varios meses. Alegó las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas y pago.

El Procurador Judicial del Distrito, a su vez, negó los hechos de la demanda y propuso la excepción de prescripción y la genérica.

Surtido el trámite propio de la primera instancia, el juzgado del conocimiento —que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Bogotá—, desató la controversia, en sentencia de treinta y uno de marzo de mil novecientos setenta y cinco, absolviendo a la entidad demandada de las súplicas por auxilio monetario, indemnización por enfermedad no profesional, salarios caídos y costas y declarando probada la excepción de prescripción con respecto a la petición de indemnización por despido injusto.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver la alzada interpuesta por el demandante, confirmó en todas sus partes el fallo del a quo, en el suyo de once de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de casación el apoderado del actor; y como le fue concedido por el Tribunal y admitido por esta corporación, se procede a decidirlo, mediante el estudio de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

El recurso

El alcance de la impugnación está concebido así:

"Pretendo que se case parcialmente la sentencia recurrida que en su parte resolutiva declaró probada la excepción de prescripción al confirmar la decisión del a quo y que la honorable Corte en función de instancia revoque la sentencia de fecha 31 de marzo de 1975 proferida por el Juzgado Sexto Laboral de este Circuito, y en su lugar acceda a las pretensiones de la indemnización por despido en la cantidad de $ 41.407.48 moneda corriente, lo mismo que a la indemnización por mora o los denominados 'salarios caídos', con la consiguiente condena en costas".

Con fundamento en la causal primera de casación, se formulan los dos cargos que a continuación se estudian:

Cargo primero

"Violación directa, por aplicación indebida de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral, 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, 11 de la Ley 6ª de 1946, 3º de la Ley 64 de 1956, 51 del Decreto 2127 del mismo año y 1º del Decreto 797 de 1949".

En su demostración, el impugnante, después de transcribir algunos apartes de la sentencia acusada, en los cuales el Tribunal, con aplicación de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral estima que se ha operado el fenómeno de la prescripción en relación con la indemnización por despido injusto, concluye que los dos primeros ordenamientos fueron indebidamente aplicados, por cuanto el Código Sustantivo del Trabajo, según lo establecen sus artículos 3º y 4º, en sus regulaciones sobre Derecho Individual del Trabajo sólo rige para el sector privado y el demandante es un típico trabajador oficial. Más adelante agrega que esas infracciones indujeron al fallador a violar también el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, por falta de aplicación.

Se considera

De conformidad con el contenido de la sentencia y con la transcripción que el propio recurrente hace, resulta incuestionable que el Tribunal declaró prescrita la acción que pretendía indemnización de perjuicios por despido injusto, con aplicación simultánea de los artículos 488 y 489 del Có-

digo Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código de Procedimiento Laboral. El referido pronunciamiento, por tanto, se apoya por igual en aquellas normas y en ésta, teniendo, tanto las unas como la otra, suficiente entidad para sostenerlo por sí solas. De consiguiente, para que tal decisión pueda ser destruida, es preciso que aparezca acreditada la transgresión de todos los preceptos que la sustentan.

Pero como, según se advirtió, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral sí fue aplicado por el ad quem, no pudo darse su violación, por falta de aplicación, como lo predica la censura. Por manera que, aun en la hipótesis de que los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo hubiesen sido indebidamente aplicados, la sentencia quedaría sostenida por aquel otro soporte jurídico y no podría ser casada. El cargo no prospera, en consecuencia.

Segundo cargo

"Violación directa por interpretación errónea del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral en relación con los artículos 3º, 4º, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, 11 de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 64 de 1946, 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949".

Para sustentarlo, el recurrente expresa:

"La errónea interpretación del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral proviene en que (sic) para el Tribunal el escrito presentado por el trabajador interrumpe la prescripción por una sola vez y el contenido del precepto en examen no estatuye ni enseña que la prescripción se interrumpe por una sola vez. Simplemente y con claridad meridiana la norma en comento ordena que la prescripción se interrumpirá 'pero sólo por un lapso igual'.

"Y tan cierta es la afirmación que antecede que la mencionada regla fue reproducida por el artículo 41 del Decreto-Ley 3135 de 1968, que en lo pertinente proclama:

'Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual'.

"Lo cual llevó al sentenciador a infringir los artículos 3º, 4º, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, reglas estas últimas que regulan la prescripción en las relaciones individuales de carácter privado y no las del sector público u oficial a que se contrae el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral".

Se considera

El tema propuesto ya ha sido tratado y resuelto por la Sala, en el sentido de que las expresiones "por una sola vez", del artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, y "pero sólo por un lapso igual", usada por el 151 del Código de Procedimiento Laboral, tienen un mismo significado, no pudiendo, por tanto, la prescripción en materia laboral sufrir más de una interrupción. Sobre el particular dijo su Sección Segunda:

"Cuando el artículo transcrito dice que se interrumpirá la prescripción por un lapso igual está disponiendo que la interrupción no es indefinida, sino por el término de tres años vencidos los cuales, obviamente, se opera el fenómeno de la prescripción. La circunstancia de que no diga que sólo se interrumpe por una sola vez, como sí lo establece categóricamente el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, no significa que autorice la interrupción indefinida con sólo presentar escritos al patrono sobre un derecho o prestación debidamente determinados antes del vencimiento de los tres años que han corrido desde que se produjo la interrupción. Esta conclusión no emana del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, sino todo lo contrario, pues al decir expresamente que la prescripción se interrumpe 'pero sólo por un lapso igual', está limitando en el tiempo la interrupción a tres años, término cuya ampliación no está contemplada en la misma disposición, que, se repite, contrae la interrupción solamente al lapso indicado". (Ordinario de Raúl Vélez Angel vs. Idema, sentencia de 8 de febrero de 1973).

Fue correcta, pues, la interpretación que el Tribunal dio al artículo 151 del Código

de Procedimiento Laboral, razón por la cual el cargo no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida el once de junio de mil novecientos setenta y cinco, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Notifíquese, cóplese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESTADO SOBERANO DE BOLIVAR

CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA FABRICA DE LICORES DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

Indemnización por despido de una trabajadora en estado de embarazo. — El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 considera trabajadores oficiales los que prestan servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, con excepción de aquéllos que desempeñan funciones de dirección y confianza que en los estatutos se determinan como desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril veintinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5365. Acta Nº 13.

Ante el Juzgado Cuarto Laboral de Barranquilla la doctora Graciela Parra de Rossi demandó al Departamento del Atlántico y a la Fábrica de Licores del Atlántico para reclamarles el pago de auxilio de cesantía, compensación monetaria de vacaciones, primas de navidad y de servicios e indemnizaciones por despido injusto y moratoria. Dijo haber trabajado en la Fábrica como Superintendente de Producción desde el 15 de febrero de 1971 hasta el 15 de febrero de 1974 cuando fue despedida injustamente, con un último salario promedio de $ 3.858.25 mensuales: que no le han sido satisfechas sus prestaciones sociales; que la Ordenanza 12 de 1972 de la Asamblea del Atlántico extendió a todos los funcionarios de la Fábrica de Licores lo estipulado en la convención colectiva de trabajo suscrita el 19 de agosto de 1971 sobre duración de los contratos de trabajo por dos años, prorrogables por lapsos iguales y que, de consiguiente, su contrato se renovó por dos años a partir del 15 de febrero de 1973 y al tiempo de su despido ilegal el 15 de febrero de 1974 faltaba por transcurrir otra anualidad de dicha duración, por lo cual debe indemnizársele con el valor de los salarios correspondientes a esa anualidad.

El Departamento contestó la demanda sin aceptar ninguno de sus hechos. La Fábrica se abstuvo de responderla.

En la primera audiencia de trámite la actora adicionó su demanda para impetrar también el reconocimiento y pago de las prestaciones e indemnizaciones causadas por el hecho de haber sido despedida en estado de embarazo.

Cumplido el trámite de rigor, el Juez en fallo del 25 de julio de 1975 condenó al Departamento y a la Fábrica de Licores a pagarle a la doctora Parra de Rossi la cantidad de $ 199.161.23 por concepto de indemnizaciones por despido injusto, por despido en estado de embarazo y por mora en el pago de sus prestaciones sociales.

Los demandados apelaron y el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, en sentencia del 2 de octubre de 1975, revocó la del Juez y, en su lugar, absolvió al Departamento y a la Fábrica de todas las súplicas del libelo por entender que la demandante había tenido la calidad de empleada pública y no de trabajador oficial.

Dijo así el Tribunal:

"De acuerdo con la Convención celebrada el día 19 de agosto de 1971, con vigencia de dos años, se estableció en el parágrafo de su artículo 4º que se excluían de la es-

tabilidad consagrada en la norma, los cargos de Gerente, Sub-Gerente, Secretario General, Jefe de Personal, Contador Jefe, Cajero, Superintendente y los Químicos al servicio de la empresa (Superintendente de Producción, etc.).

"Pero es el caso, que la Ordenanza número 12 de 1972 ya referida, y que en copia debidamente autenticada figura en el expediente, estableció en su artículo 10 que los términos contractuales sobre vigencia, prestaciones sociales y demás inherentes a la Convención Colectiva de Trabajo entre la Fábrica de Licores del Atlántico y sus trabajadores, se aplicarán sin excepción a todos los funcionarios, extendiendo la cláusula referida su aplicabilidad, a juicio de la Sala, a todos los trabajadores de la mencionada Fábrica de Licores, sean estos empleados públicos o trabajadores oficiales.

"Ahora bien, esta extensión de su aplicación, no tiene la virtud de cambiar la calidad jurídica o el status de los funcionarios, ya que en su concepción constitucional y en sus regulaciones por ley, tiene caracteres específicos que no pueden ser vulnerados, ni desconocidos, ni por Convenciones Colectivas de Trabajo, ni por contrato individual, ni por una Ordenanza, que necesariamente deben estar de acuerdo con la ley. Y es más, el artículo 10 de la Ordenanza citada simplemente establece, como arriba se dijo, una extensión en su aplicación sin referencia alguna a la calidad jurídica de los funcionarios vinculados a la Fábrica demandada.

"Procede, pues, en el caso de autos, la aplicación del artículo 5º del Decreto-Ley 3135 de 1968, que define a los empleados públicos y trabajadores oficiales, en concordancia con lo pertinente de los artículos 1º, 2º y 4º del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

"Los textos citados indican que son empleados públicos las personas que prestan servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos; y que son trabajadores oficiales los de la construcción y sostenimiento de obras públicas. Además, si el trabajador se halla vinculado con la entidad empleadora mediante una relación legal y reglamentaria se entiende empleado público, y en caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral. Se califica también la noción de que son empleados públicos las personas que laboran al servicio de las empresas industriales o comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, en actividades de dirección y de confianza y define lo que se entiende por personal directivo y de confianza en el sentido de que es aquél que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyéndolo en sus funciones de dirección, de mando y de organización.

"Según documentos visibles a folios 8, 9 y 42 del expediente, se constató que la demandante prestó sus servicios como Superintendente de Producción de la Fábrica de Licores del Atlántico y que por Resolución número 00066 de febrero 14 de 1974 se le canceló su contrato de trabajo. Es manifiesta, ante la falta de demostración contraria, que la vinculación de la demandante Graciela Parra de Rossi a la Fábrica de Licores fue en virtud de una relación legal y reglamentaria. A mayor abundamiento, la Fábrica de Licores del Atlántico es una empresa industrial del Departamento, y el cargo desempeñado por la demandante era de dirección y de confianza, ya que de acuerdo con la definición del artículo 4º del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, ejercía sus funciones en el cargo referido, que conlleva, necesariamente dirección, mando y organización. En estos eventos, se está en presencia también de un empleado público, y por lo tanto no sujeto a una vinculación jurídico laboral contractual.

"Las dos excepciones consagradas en los textos que se dejan referidos se aplican al caso analizado y debe admitirse sin mayor exégesis que la demandante Graciela Parra de Rossi era un empleado público y por lo tanto no sujeto al ministerio de esta jurisdicción en punto a sus diferencias con la entidad empleadora".

Con el propósito de obtener que se infirme ese fallo, se confirmen las condenas hechas en la primera instancia y se le impongan a los demandados las costas de ésta y de la segunda instancia, la demandante recurre en casación. Para ello propone dos cargos que no fueron replicados por la contraparte: uno por violación indirecta de varios textos y otro por quebranto directo de algunas normas, el cual, por su natura-

leza propia, ha de estudiarse antes y que dice así:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral sustituido por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la interpretación errónea del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en relación con los artículos 6º y 30 del Decreto 1050 de 1968, 31, 38, 39 y 40 del Decreto 3130 de 1968, 1º, 2º, 3º y 5º, del Decreto 1848 de 1969, y artículo 3º del Decreto 1950 de 1973. Tal infracción condujo a la violación de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 4º y 36 numerales 3º y 6º del Decreto 2117 de 1945; de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 2º y 3º de la Ley 64 de 1946, en relación con el artículo 51 del Decreto 2117 de 1945, de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 53 de 1938, modificado este último por el artículo 2º de la Ley 197 de 1938, en relación con los artículos 1º, 2º, 9º y 14 del Decreto 1632 de 1938, sustituido el artículo 9º por el artículo 1º del Decreto 2350 de 1938; y del artículo 52 del Decreto 2117 de 1945, modificado por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949. Y como infracciones de medio, fueron quebrantados por los artículos 4º, 492, 467, 476, 470 y 471, del Código Sustantivo del Trabajo, modificadas las dos últimas normas por los artículos 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, artículos 187 y 192 de la Constitución Nacional y artículo 10 de la Ordenanza 12 de 1972, emanada de la Asamblea Departamental del Atlántico.

"Respecto de las últimas disposiciones citadas, se mencionan como infringidas de medio, en cuanto se relacionan con las primeras de carácter sustancial para efectos del recurso de casación, como lo tiene admitido la jurisprudencia de la honorable Corte.

"La violación se produjo en forma directa, por errónea interpretación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y demás normas relacionadas por aquél, por cuanto el Tribunal no lo entendió de acuerdo a las sanas reglas de hermenéutica, independientemente de la cuestión de hecho. Tal infracción condujo al quebranto de las normas consagratorias de los derechos reclamados en el presente proceso, pues al absolver de las súplicas de la demanda, aquéllas fueron aplicadas, pero en forma indebida, sobre la base de la equivocada conclusión que le atribuyó el carácter de empleado público a la demandante, siendo así que su vinculación fue de trabajador oficial, error de juicio, derivado como ya se dijo del incorrecto alcance que el sentenciador dio al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

"Al referirse el sentenciador al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con los artículos 1º, 2º y 4º del Decreto reglamentario 1848 de 1969, fija el alcance de dichos preceptos en los siguientes términos:

"Los textos citados indican que son empleados públicos las personas que prestan servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos; y que son trabajadores oficiales los de la construcción y sostenimiento de obras públicas. Además, si el trabajador se halla vinculado con la entidad empleadora mediante una relación legal y reglamentaria se entiende empleado público, y en caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral. Se califica también la noción de que son empleados públicos las personas que laboran al servicio de las empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, en actividades de dirección y confianza y define lo que se entiende por personal directivo y de confianza en el sentido de que es aquél que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyéndolo en sus funciones de dirección, de mando y de organización". (El 11, cuad. 2º).

"Simple y llanamente, el ad quem ignora la sentencia del Consejo de Estado del 16 de julio de 1971, que concluyó con la anulación parcial de los artículos 2º inciso 2º, 3º literal b) parte final y 5º del Decreto 1848 de 1969, y total del artículo 4º del mismo, y al considerar vigentes tales reglas, desfiguró el recto entendimiento del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en rebeldía contra la doctrina jurisprudencial

de esa honorable Sala, desde luego que la situación es fundamentalmente diferente con ocasión de la mencionada declaración de nulidad, como a continuación se demuestra:

"En cuanto el Tribunal entiende que la relación legal o reglamentaria que da el carácter de empleado público al servidor oficial se deriva del acto administrativo por el cual aquél llegue a ser vinculado, y no de la naturaleza de la entidad patronal y de la actividad desarrollada por el servidor, interpreta en forma equivocada el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

"Igualmente, en cuanto considera que todos los cargos de dirección y confianza en las empresas industriales y comerciales del Estado califican el nexo de quien los ejerce como empleado público, y no solamente aquéllos que están precisados como tales en los estatutos de las mismas, también entiende con error la norma en comento.

"Por lo expuesto, aún aceptando los presupuestos fácticos de la sentencia, o sea el carácter de empresa industrial de la Fábrica de Licores del Atlántico y las funciones de dirección, modo y organización que en sentir del ad quem conlleva el cargo de Superintendente de Producción, ello no sería suficiente para calificar la vinculación de la señora Parra de Rossi como empleado público, puesto que la norma sustancial —artículo 5º del Decreto 3135 de 1968— exige la existencia de un estatuto en el cual se catalogue el cargo como de dirección o confianza, sin que sea suficiente, al tenor literal y el espíritu de la disposición analizada, el mencionado factor.

"Se imponía por tanto la necesaria conclusión que la demandante estuvo vinculada por contrato de trabajo, y que la jurisdicción laboral sí es competente para conocer el conflicto jurídico que aquélla le planteó en el libelo introductorio del proceso".

Se considera:

Sobre un planteamiento semejante al que acaba de transcribirse, esta Sala por intermedio de la Sección Primera y en fallo del 15 de marzo de 1976 (juicio de Germán Donado de La Hoz vs. Departamento del Atlántico y Fábrica de Licores del Atlántico), dijo así:

"El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 considera trabajadores oficiales los que prestan servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, con excepción de aquéllos que desempeñan funciones de dirección o confianza que en los estatutos se determinan como desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

"De tal manera que frente a esa norma es equivocado entender que todos los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, que desempeñan funciones de dirección o confianza, son empleados públicos, porque falta el requisito legal de que hayan sido señalados en los estatutos como tales empleados.

"Los artículos 2º y 3º del Decreto 1848 de 1969 fueron anulados por el Consejo de Estado en cuanto consideraban empleados públicos a todos los servidores de confianza o dirección de las empresas industriales y comerciales del Estado, y el artículo 4º del mismo decreto fue anulado en su totalidad, todo ello por sentencia de 18 de julio de 1971.

"Es claramente errónea la interpretación que del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 contiene la sentencia acusada, por lo cual prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia que como consecuencia de esa violación de la ley, consideró al demandante empleado público y le negó los derechos reclamados".

Como las argumentaciones del Tribunal ad quem sobre el tema a que el cargo se refiere no coinciden con las anteriores de la Corte, según surge de su simple lectura, no hace falta discurrir nada más para entender que el cargo debe prosperar y casarse, por lo tanto, la providencia acusada.

Y, para decidir en instancia, la Sala observa:

1. Aparece de autos (fl. 42 C. 1º) que la doctora Graciela Parra de Rossi le prestó servicios a la Fábrica de Licores del Atlántico, perteneciente a dicho Departamento, como Superintendente de Producción desde el 18 de febrero de 1972 hasta el 15 de febrero de 1974 con un salario promedio mensual de $ 8.854.41.

2. Aparece también (fl. 9 ibíd), que en oficio fechado el 14 de febrero de 1974 el jefe de personal de la Fábrica le comunicó a la doctora de Rossi que a partir del día

siguiente, 15 de febrero, quedaba terminado su contrato de trabajo con la empresa.

3. Obran en autos, asimismo (fls. 2 a 7 ibid.), copia de una convención colectiva de trabajo suscrita el 19 de agosto de 1971 por la Fábrica de Licores del Atlántico y su Sindicato, con vigencia pactada hasta el 30 de junio de 1973 y de la Ordenanza 12 de 1972, expedida por la Asamblea del Atlántico. Pero no consta que la convención hubiera sido depositada oportunamente ante las autoridades administrativas del trabajo para que produjera efectos legales conforme al artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, ni tampoco que el día en que cesaron los servicios de la actora, febrero 15 de 1974, rigiera todavía la convención. Por ello no pueden tenerse como aplicables en el caso sub judice dicho acto ni la Ordenanza que en su artículo 10 extiende los efectos de la convención a los trabajadores que no quedaren directamente beneficiados con ella.

4. Obran también (fls. 25, 38 y 39) dos escritos en papel con membrete del doctor Hugo Flórez Moreno, médico obstetra, que no fueron reconocidos en el juicio y un certificado o peritación rendido por la doctora Rocío Acuña De Saffia, Médico de Seguridad Social del Departamento de la Oficina Seccional de Medicina del Trabajo del Atlántico, que no se presentó en audiencia pública dentro del juicio. Los dos primeros escritos aluden a que la doctora Parra de Rossi presentaba síntomas de embarazo el 20 de febrero de 1974, con antelación de varias semanas, el cual terminó posteriormente con un aborto. Y el dictamen de la doctora Acuña se remite a tales escritos para certificar el embarazo y el aborto. Por sus mismas características ya anotadas estas piezas carecen de fuerza probatoria.

5. Consta, finalmente, que a pesar de que el contrato de la doctora de Rossi feneció el 15 de febrero de 1974 sus prestaciones sociales sólo vinieron a pagársele el 19 de agosto siguiente (fl. 16 ibid.), es decir, después de vencido el término de gracia que para ese efecto les concede a las entidades públicas el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y sin que aparezca en autos que los demandados obraran de buena fe al demorar ese pago.

6. Al no ser aplicable en este caso la convención colectiva que invocó la actora por los motivos expresados en el punto 3, anterior, la duración del contrato de trabajo de la doctora de Rossi está sujeta al régimen ordinario de los trabajadores oficiales, vinculados por plazo indefinido, ya que ninguno determinado aparece estipulado por escrito. Rigió entonces para ella el plazo semestral de duración presunta. Y como al expirar uno de aquellos semestres se prescindió de sus servicios, no cabe indemnizarla por despido ilegítimo. Lo mismo acontece con la indemnización por despido en estado de embarazo porque, según quedó visto, la circunstancia de la preñez no fue probada fehacientemente.

7. No procede tampoco la condena al pago de prestaciones sociales, por cuanto se comprobó que le fueron satisfechas a la demandante. En cambio, sí cabe condenar al pago de indemnización moratoria conforme lo dispuso el Juez a quo, pero de acuerdo con el Decreto 797 de 1949.

8. No corresponde, finalmente hacer condenación en costas en las instancias pues el demandado es un Departamento y la Fábrica de Licores es simple dependencia suya, por lo cual está exento de pagarlas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia recurrida y reforma el numeral primero de la de primera instancia, así:

a) Condénase al Departamento del Atlántico y a la Fábrica de Licores del Atlántico a pagarle a la doctora Graciela Parra de Rossi la cantidad de veintitrés mil trescientos veinte pesos con sesenta y tres centavos ($ 23.320.63) por concepto de indemnización moratoria;

b) Absuélvese a los mismos demandados de las demás súplicas del libelo.

1º Confírmase el numeral 2º del mismo fallo.

2º Sin costas en la segunda instancia ni en casación.

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

Francisco José Camacho Amaya, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

PENSION DE JUBILACION ESTABLECIDA PARA LOS TRABAJADORES FERROVIARIOS

"Acerías Paz del Río S. A.". — No importa, pues, dentro de lo estatuído por el Código con respecto a jubilaciones, que el trabajador preste servicios en una Empresa de ferrocarriles, cables aéreos, funiculares o tranvías o en los talleres de éstas para que pueda calificarse como ferroviario, sino que es la actividad profesional del empleado en esa especie de labores la que determina su calidad de ferroviario, sea quien fuere el patrono que se beneficie con el servicio y sea cual fuere la destinación que a la vía férrea le dé su propietario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril veintinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5367. Acta Nº 13.

El señor Luis Jorge Díaz Góngora promovió juicio contra Acerías Paz del Río S. A., para exigirle el pago de pensión de jubilación derivada del hecho de haber trabajado en la empresa durante más de quince años en labores que lo clasifican como ferroviario, por ser mecánico ajustador de locomotoras en Belencito, circunstancia que, en su sentir, le da derecho a disfrutar de aquella prestación sin tener en cuenta la edad.

Acerías aceptó la existencia del contrato de trabajo con Díaz Góngora pero dijo no estar obligada al pago de la pensión exigida por no ser una empresa ferroviaria sino una siderúrgica y no regir para ella entonces el estatuto especial aplicable a tales empresas.

Conoció del litigio el Juez Tercero Laboral de Bogotá y en fallo del 7 de marzo de 1975 accedió a las pretensiones del actor. Acerías apeló y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, mantuvo esa decisión en sentencia del 12 de mayo siguiente. Uno y otro proveído se fundaron en que la actividad profesional del operario y no los fines que persigue la empresa a la cual sirve es el factor prevaleciente para que haya derecho al reconocimiento de la pensión reclamada en este caso.

Con el ánimo de obtener que se deje sin efecto el fallo del Tribunal, se revoque el de la primera instancia y se la absuelva de las súplicas del libelo, recurrió en casación la compañía. En su demanda propone un solo cargo, que dice así:

"Acuso el fallo impugnado de haber infringido directamente, por interpretación errónea, los artículos 1º y 4º de la Ley 1ª de 1932, 2º y 11 del Decreto 1471 de 1932, 1º de la Ley 206 de 1938, 1º de la Ley 63 de 1940, 1º, 3º, 4º y 6º de la Ley 49 de 1943, 30, 31 y 32 de la Ley 8ª de 1945, 1º, 5º, 6º, 7º y 11 de la Ley 53 de 1945, 1º, 2º y 8º del Decreto 2340 de 1946, en relación con los preceptos 268, 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo.

"En efecto, con apoyo en una sentencia de esa Sala, la del 17 de septiembre de 1973, juicio de Alberto Avendaño contra mi procurada... y, necesariamente, en la exégesis de los preceptos singularizados en el cargo, algunos de los cuales transcribe, el ad quem entendió por ferroviario a todo trabajador 'que desempeña funciones propias de un trabajador ferroviario' o labora 'en cargos en los cuales se desempeñan labores atinentes a las actividades ferroviarias'.

"Ocurre, sin embargo, que esa Sala no tuvo oportunidad de adoptar ninguna interpretación de tales preceptos, como se ve

de la recta lectura de la providencia en cuestión.

"Y sucede, además, que según los preceptos destacados, para el propósito del régimen jubilatorio especial que ellos consagran, ferroviario es el trabajador que presta sus servicios en una empresa ferroviaria.

"Porque este régimen jubilatorio especial —con la única excepción de las Salinas de la Nación a las que lo extendió, expresamente, por medio del artículo 32 de la Ley 6ª de 1945— fue puesto por el legislador a cargo de las empresas ferroviarias, con exclusividad, como aparece de los artículos 1º de la Ley 1ª de 1932, 1º del Decreto 1471 de 1932, 1º de la Ley 206 de 1938, 1º de la Ley 83 de 1940, 1º de la Ley 49 de 1943, 1º de la Ley 53 de 1945 y 1º del Decreto 2340 de 1946. Y como no queda contradicho por el artículo 6º de la Ley 24 de 1947, porque en él sin duda usó la expresión 'Ferrocarriles' en la aceptación de empresas ferroviarias, desde luego que remite a la Ley 49 de 1953 (sic).

"Por manera que, cuando designa al beneficiario de este régimen jubilatorio especial como ferroviario, necesariamente está refiriéndose, también por modo exclusivo, al trabajador que presta sus servicios en una empresa ferroviaria, así se examinen, con desmembración inaceptable, los preceptos en que tal designación ocurre aislándolos del conjunto al que pertenecen.

"Resulta, por lo expuesto, que ferroviario no es, simplemente, el 'que desempeña funciones propias de un trabajador ferroviario', o el que trabaja 'en cargos en los cuales se desempeñan labores atinentes a las actividades ferroviarias', sino el que, además, desempeña aquellas funciones o ejecuta estas labores en una empresa ferroviaria y errónea, por lo tanto, la exégesis del sentenciador".

A la prosperidad de este cargo se opone el demandante por razones formales de técnicas y motivos de fondo, como se lee de folios 16 a 22 de este cuaderno.

Se considera

Así como el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo excluyó íntegramente de su régimen las relaciones individuales que se establezcan entre la administración pública y sus servidores, inclusive los de ferrocarriles que, como es obvio, sean oficiales, el artículo 268 del mismo Código de modo expreso dejó por fuera del régimen pensional en él establecido a los trabajadores ferroviarios, para someterlos al estatuto específico que luego habría de dictarse para ellos y, en el interín, a los preceptos que regían esa materia al entrar en vigencia el Código.

No asimiló pues el Código a trabajadores oficiales a todos los ferroviarios, como podría haberse pensado si sólo hablara de ellos su artículo 4º, pues al excluirlos expresamente el artículo 268 de la regulación sobre pensiones jubilatorias contenidas en dicho estatuto, dio a entender en forma clara que los trabajadores de esa índole al servicio de patronos o empresas particulares en todo lo demás quedaban sujetos al régimen general del Código en cuanto a sus relaciones recíprocas derivadas del vínculo laboral existente entre ellos.

O sea que en lo que atañe a jubilaciones de ferroviarios, para el legislador prevaleció la consideración de la actividad profesional concreta de ese gremio de trabajadores, sea quien fuere su patrono, y no la índole estructural o los fines concretos que desarrollara la empresa a la cual estuviera vinculado laboralmente el trabajador ferroviario.

No importa pues, dentro de lo estatuido por el Código con respecto a jubilaciones, que el trabajador preste servicios en una empresa de ferrocarriles, cables aéreos, funiculares o tranvías o en los talleres de éstas para que pueda calificarse como ferroviario, sino que es la actividad profesional del empleado en esa especie de labores la que determina su calidad de ferroviario, sea quien fuere el patrono que se beneficie con el servicio y sea cual fuere la destinación que a la vía férrea le dé su propietario.

Si, como queda visto, el artículo 268 del Código se refiere al profesional ferroviario y no a la empresa de ferrocarriles y, si a la vez, deja vigente para ese gremio el estatuto específico de jubilaciones que existía antes de expedirse el Código mientras se dicta uno nuevo en su favor, lo que no se ha hecho todavía, bien claro resulta que en el caso sub judice el Tribunal erró en la interpretación de los textos que cita el recurrente.

Se desvanece entonces la acusación y, por lo tanto, no prospera.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Francisco José Camacho Amaya. José Eduardo Gnecco C. Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DEPOSITADAS EXTEMPORANEAMENTE NO PRODUCEN EFECTO ALGUNO

El documento citado por el fallador da cuenta de que el convenio fue firmado el 8 de junio de 1964 y depositado en el Ministerio el 23 de febrero de 1965, lo que quiere decir que no fue depositado dentro de los quince días siguientes a la firma, como lo exige el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo, y que la convención no produce efecto alguno.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo seis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Ref.: Radicación Nº 5324. Acta Nº 20.

Félix de Jesús Yepes, mayor de edad, con domicilios en Manizales y Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 1300724 expedida en Manzanares, demandó por medio de apoderado a la Nación, Ministerio de Obras Públicas, para que fuera condenada a reintegrarlo al puesto de obrero en el Distrito de Obras Públicas número 5 de Manizales, o a otro de igual o superior categoría del mismo Distrito, y el reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir desde el día del despido y hasta cuando se verifique el reintegro, con los aumentos de salario que el cargo haya tenido o llegare a tener, como peticiones principales; y en subsidio, para que se ordenara el reconocimiento y pago del valor del lucro cesante consecuencial a la terminación ilegal del contrato de trabajo, y de la indemnización moratoria, en la forma y a partir del vencimiento del plazo señalado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se efectúe el pago de la indemnización.

El apoderado del actor presentó los siguientes hechos:

"1º Félix de Jesús Yepes: trabajó al servicio de la Nación (Ministerio de Obras Públicas) como obrero en el Distrito de Obras Públicas número 5 de Manizales (Caldas), en construcción y conservación de carreteras, desde el 16 de febrero de 1962 hasta el 19 de agosto de 1968, habiendo devengado durante los últimos meses de servicio un jornal de veintiséis pesos ($ 26.00).

"2º El trabajador Félix de Jesús Yepes fue despedido sin justa causa ni previo aviso. Tampoco se le oyó en descargos.

"3º El trabajador Félix de Jesús Yepes cuando fue despedido era afiliado al Sindicato de Trabajadores del Distrito de Caldas, hoy Distrito de Obras Públicas número 5, organización sindical que había pactado: 'En caso de que el trabajador fuere despedido sin justa causa, tendrá derecho a que el Ministerio lo reintegre al cargo que venía desempeñando en las mismas condiciones y con igual remuneración y al reconocimiento y pago de los salarios correspondientes al tiempo que haya estado cesante'.

"4º El Ministerio de Obras Públicas no ha reintegrado a mi mandante, ni le ha pagado suma alguna por concepto de salarios con posterioridad al despido. Tampoco le ha reconocido ni pagado suma alguna por concepto de lucro cesante por despido".

El Procurador del Distrito Judicial de Bogotá negó los hechos de la demanda y el derecho invocado, se opuso a todas las peticiones del libelo, y propuso excepción

dilatoria de declinatoria de jurisdicción y las perentorias de prescripción y la genérica.

El Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de 11 de junio de 1975, condenó a la Nación a reintegrar al actor al cargo de obrero en el Distrito de Obras Públicas número 5 de Manizales o a otro de igual o superior categoría, a pagarle los salarios dejados de percibir desde el 20 de agosto de 1968 hasta cuando sea reintegrado, a razón de $ 28.00 diarios con los aumentos de salario que el cargo haya tenido o llegare a tener; declaró que para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales no existe solución de continuidad entre la fecha del despido y el día en que se produzca el reintegro, declaró no probada la excepción de prescripción y no impuso costas. Como ninguna de las partes apeló de la providencia, el fallo subió en consulta.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 29 de agosto de 1975, confirmó la sentencia consultada y no condenó en costas. El apoderado del Ministro de Obras Públicas interpuso contra la providencia del ad quem, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Con base en la primera causal de casación laboral se formularon dos cargos. Hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el recurrente:

"Aspiro a que la Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia impugnada para que, en su lugar, actuando como ad quem, revoque la del a quo y absuelva a la Nación, Ministerio de Obras Públicas de todas las súplicas de la demanda".

Como el primer cargo se refiere a la aplicación de la convención colectiva y el segundo a la existencia de ella, se estudiará la segunda acusación, y si ésta no prosperare se analizará el primer ataque.

Segundo cargo

Está presentado y desarrollado así:

"Acuso la sentencia objeto de este recurso por ser violatoria en forma indirecta y por aplicación indebida de los artículos 467 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de manifiesto error de derecho, proveniente de apreciación errónea de la prueba que adelante determinaré.

"El error de derecho del Tribunal consistió en dar por demostrado, sin estarlo, la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1964 entre el Sindicato de Trabajadores de Carreteras Nacionales, Distrito de Caldas y las demás organizaciones de Fenaltracar y el Ministerio de Obras Públicas.

"En este error de derecho, incurrió el ad quem por consecuencia de apreciación errónea del documento que obra a folios 36 a 46.

"En el folio 46 se encuentra como fecha de suscripción de la referida Convención Colectiva el día 9 de junio de 1964 y, a renglón seguido, se lee como fecha en que se verificó el depósito de la misma, el día 23 de febrero de 1965.

"La simple confrontación de estas dos fechas indica que el depósito del documento en referencia se hizo seis meses después de haber sido firmada, es decir, por fuera del término que exige la ley para otorgar la validez como Convención Colectiva, término que es de quince días.

"Sin embargo, el Tribunal al examinar el documento de folios 36-46, le dio valor de Convención Colectiva y así lo cita y aplica en la sentencia de (fls. 120 y 121). Reputó este documento como Convención, cuando la fecha de su propia nota de depósito, a la simple lectura del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, impedía tenerlo como tal.

"El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 469 exige como solemnidad para la existencia de una Convención Colectiva su depósito de dentro de los quince días siguientes a su firma.

"Así, la grave y manifiesta equivocación del Tribunal ocurrió al valorar el documento de folio 36-46 y consistió en darle a dicho documento, validez como Convención Colectiva, cuando dado su extemporáneo depósito, no había alcanzado, conforme la ley, tal carácter.

"Este error de derecho en que incurrió el ad quem es suficiente para lograr el quebrantamiento de la sentencia ya que

dejó en evidencia su manifiesta ilegalidad.

"Las disposiciones que indiqué como violadas fueron quebrantadas por los siguientes conceptos: el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida al darle efectos de Convención Colectiva a un acto que no podía tener los efectos previstos en esa norma; y el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, al otorgarle validez como Convención Colectiva a un documento que, al tenor de ese mismo artículo, no constituye Convención Colectiva.

"Si la sentencia impugnada no hubiese violado las citadas disposiciones, debido al error de derecho manifiesto en que incurrió, no habría podido aplicar el contrato o convención colectiva en que fundó las condenas y, en consecuencia, habría tenido que absolver de las súplicas de la demanda.

"Demostrado como está el cargo, procede el quebranto de la sentencia recurrida y en consecuencia la revocatoria de la de primer grado, con la consiguiente absolución de la parte demandada, en la forma fijada en el alcance de la impugnación".

El opositor manifiesta que la proposición jurídica es incompleta en ambos cargos, pues no se cita como violado el artículo 476 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que permite exigir el reconocimiento de los derechos consagrados en una convención colectiva cuando ésta ha sido incumplida.

Respecto al cargo segundo el opositor dice:

"E) El segundo cargo no puede prosperar porque frente a la copia autenticada de la convención que obra a folios 95 a 100 del expediente, no existe el equívoco sobre depósito extemporáneo de aquélla. Si se tiene en cuenta que al Ministerio de Trabajo le está prohibido aceptar depósito de convenciones fuera del término legal y si sólo puede recibirlas dentro del plazo que señala la ley para su publicación, como también, si hay que presumir el fiel cumplimiento de sus funciones por parte de ese organismo estatal, debe dársele pleno crédito a la copia de folios 95 a 100, desapareciendo así el error de derecho que alega el recurrente.

"F) Finalmente debe observarse que el recurrente, no en representación de la entidad de derecho público demandada, sino como simple interviniente que es en nombre del Ministerio de Obras Públicas, carece de legitimación para sustentar el recurso extraordinario de casación como que el artículo 35 del Código de Procedimiento Laboral, sólo lo autoriza para interponerlo".

Se considera

Cuando el artículo 35 del Código Procesal del Trabajo autoriza la intervención en los juicios laborales de asesores oficiales además de los Agentes del Ministerio Público o de los Gobernadores en su caso, no puede entenderse que la defensa de los derechos de las entidades públicas esté limitada para esos funcionarios, a las actuaciones expresamente señaladas en tal norma, sino que debe considerarse la autorización para una representación judicial amplia de la entidad. Sería absurdo que se pudieran proponer incidentes pero no se pudiera intervenir en su trámite, que se pudieran presentar pruebas pero no se pudiera intervenir en la práctica de las que se decreten, y que se pudieran interponer recursos y no se pudieran sustentar.

De acuerdo con lo anterior, no tiene fundamento el reparo del opositor en el sentido de que el apoderado del Ministro de Obras Públicas no podía sustentar el recurso de casación, y habrá de estudiarse la demanda que presentó el recurrente con base en el poder que le fue otorgado.

Tampoco es atendible el reclamo de falta de proposición jurídica completa por no haberse indicado violación del artículo 476 del Código Sustantivo del Trabajo, porque esa norma establece las acciones para reclamar los derechos que provienen de las convenciones colectivas, pero no los derechos mismos que emanan de esos actos, y el artículo 467 de la misma obra, citado en el cargo, indica que las convenciones colectivas tienen por objeto fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante la vigencia de tales acuerdos, luego en tal precepto la ley tiene como derechos laborales los que se consagran en las convenciones colectivas.

El sentenciador dijo:

"El inciso segundo de la cláusula primera de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Ministerio de Obras Pú-

blicas y su Sindicato de Trabajadores de Carreteras Nacionales, cuya copia auténtica obra de folios 36 a 48, dispone: 'En caso de que el trabajador fuera despedido en forma ilegal y sin justa causa, tendrá derecho a que el Ministerio lo reintegre al cargo que venía desempeñando en las mismas condiciones y con igual remuneración, y el reconocimiento y pago de los salarios correspondientes al tiempo que haya estado cesante' ".

"Por otra parte, se observa que el actor estaba afiliado al Sindicato al producirse su despido según la constancia visible a folios 25 y 88, y que la mencionada Convención Colectiva estaba vigente cuando fue despedido".

El documento citado por el fallador da cuenta de que el convenio fue firmado el 8 de junio de 1954 y depositado en el Ministerio el 23 de febrero de 1955, lo que quiere decir que no fue depositado dentro de los quince días siguientes a la firma, como lo exige el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, y que la convención no produce efecto alguno.

Al dar el sentenciador por existente la convención y por vigentes sus normas, incurrió en error de derecho, ya que encontró demostrada su existencia sin las solemnidades que se requieren para la validez del acto, como el depósito oportuno, por lo cual se violaron por aplicación indebida los artículos citados en el cargo, en cuanto indican la naturaleza y fines de la convención colectiva y su forma.

El opositor manifiesta que a folios 95 a 100 aparece otra copia de la convención en la que no resulta depositada extemporáneamente, por lo cual se subsana el reparo del recurrente. Pero tal argumentación del opositor es perfectamente inaceptable, ya que el primer documento muestra el depósito extemporáneo, el segundo no logra desvirtuarlo porque nada contiene sobre depósito, y no puede prefenirse una prueba que no habla del depósito sobre la que determina la época en que él se verificó.

La violación de las normas citadas lleva al quebrantamiento del fallo recurrido en cuanto condenó al reintegro y al pago de los salarios comprendidos entre el despido y el reintegro.

Sin embargo, en las consideraciones de instancia, se encuentra que si no es posible acceder a las peticiones principales, sí es procedente declarar las subsidiarias, ya que de los documentos de folios 2 a 4 y 25 se desprende el tiempo servido, el salario devengado y el despido, sin que en el juicio se hubiera demostrado causa alguna que justificara la terminación.

Según el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, el trabajador despedido sin justa causa tiene derecho a indemnización equivalente al valor de los salarios del tiempo faltante para vencerse el plazo presuntivo. Lo que hace que en el presente caso se deban como indemnización los salarios correspondientes a los días comprendidos entre el 20 de agosto de 1968 y el 15 de febrero de 1969, a razón de $ 26.00 diarios, lo que alcanza la suma de $ 4.654.00.

El artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que modificó el 52 del Decreto 2127 de 1945, dispone que cuando al trabajador oficial no se le han pagado los salarios, prestaciones e indemnizaciones después de noventa días de terminado el contrato, éste recobrará su vigencia, lo que según la jurisprudencia, hace que se le deba un día de salario por cada día de mora. De tal manera que desde el día diez de junio de mil novecientos sesenta y ocho, en que se cumplieron los noventa días después del despido, se debe la indemnización por mora a razón de $ 26.00 diarios hasta que se haga el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Félix de Jesús Yepes contra La Nación, Ministerio de Obras Públicas, en cuanto por el numeral primero de la parte resolutiva confirmó el fallo de primer grado, y obrando como tribunal de instancia, REVOCA los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia de once de junio de mil novecientos setenta y cinco, dictada en el mismo juicio, por el Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar,

Resuelve:

Condénase a La Nación, Ministerio de Obras Públicas, a pagar a Félix de Jesús Yepes, identificado con la cédula de ciudadanía número 1300724 expedida en Manzanares, cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos ($ 4.654.00) moneda corriente, como indemnización por despido injusto, y la cantidad de veintiséis pesos ($ 26.00) moneda corriente diarios desde el diez de junio de mil novecientos sesenta y ocho, hasta que se le pague la indemnización por despido, como indemnización por falta de pago. Confirma los demás numerales de la parte resolutiva de la sentencia apelada. NO CASA EN LO DEMAS la providencia del ad quem.

Sin costas en el recurso de casación.

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.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SALARIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo siete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 20.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la sociedad Ingalectro Limitada contra la sentencia proferida el seis de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Gonzalo Estrada Vega contra aquella entidad, a fin de que se la condénase a pagarle las cantidades de $ 152.666.66 por concepto de auxilio de cesantía; $ 40.000.000 por vacaciones; $ 40.000.00 por primas de servicios correspondientes a los años de 1970 y 1972; $ 12.000.00 por reajuste de las primas causadas en los años de 1968 y 1971; $ 866.66 diarios a título de indemnización moratoria, y las costas del juicio, con la advertencia de que del monto de esas condenaciones deberían descontarse las sumas que ya le hubiesen sido pagadas.

Tales peticiones se formularon con fundamento en que el actor prestó servicios a la demandada desde el 14 de mayo de 1965 hasta el 31 de diciembre de 1972, fecha en la que le fue aceptada la renuncia de su cargo de Gerente Administrativo; en que desde el 1º de enero de 1971 devengó un sueldo mensual de $ 20.000.00, asignado por la Junta de Socios en el Acta número 24 de 20 de abril de ese año, sin que hubiese sido modificado por determinación posterior de la misma Junta; en que, desde la fecha de su retiro, ha solicitado insistentemente que se le paguen las prestaciones con el referido sueldo, pero la empresa ha pretendido hacerlo con el de $ 16.000.00 mensuales "con el simple argumento de que en la presentación de los pagos, hechos por la pagaduría, y sin autorización de la Junta General de Socios, único órgano de la sociedad que puede modificar los sueldos de los gerentes, se venía anotando $ 16.000.00 únicamente como sueldo y viáticos, y $ 4.000.00 como gastos de representación"; y en que se le ha retenido el correspondiente pago a pesar de no haber mediado autorización suya, ni mandamiento judicial.

La demandada aceptó el tiempo de servicio afirmado, el cargo desempeñado y el señalamiento que hizo la Junta de Socios de una remuneración de $ 20.000.00 mensuales para los Gerentes. Pero arguyó que Estrada, quien también era socio de la empresa, en su condición de Gerente y, por lo mismo, representante del patrono, a términos del artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, había dispuesto modificar la remuneración, distribuyéndola así: $ 12.000.00 como sueldo; $ 4.000.00 como viáticos y $ 4.000.00 como gastos de representación; que, aun cuando la Junta de Socios no celebró reunión especial para aprobar esa determinación, los restantes socios acataron lo ordenado por el Gerente; que Estrada, en su calidad de trabajador, aceptó con su firma y sin reparo alguno, los pagos que con esa presentación le hizo durante dos años completos la pagaduría de la sociedad; y que la empresa no hizo otra cosa que acogerse a la ley, excluyendo en la liquidación los gastos de representación por no tener el carácter de salario. Se opuso, en consecuencia, a la prosperidad de las pretensiones del demandante y alegó las excepciones de carencia de causa, pago por consignación y prescripción.

Tramitada la controversia, el Juzgado del

conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Bogotá, la desató en sentencia de veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, condenando a Ingelectro Limitada a pagar al demandante las sumas de $ 30.533.33 por concepto de cesantía; $ 8.666.00 por vacaciones; $ 24.000.00 por primas de servicios; $ 666.66 diarios, a partir del 1º de enero de 1973 y hasta cuando se paguen las anteriores cantidades, como indemnización moratoria; y las costas de la instancia.

Apelada esa decisión por el apoderado de la parte demandada, fue modificada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la que es materia del recurso extraordinario, en el sentido de confirmar los literales a) y d) del ordinal 1º, así como el ordinal 2º; y de reducir las condenaciones de los literales b) y c) del ordinal 1º a las sumas de $ 4.000.00 y $ 12.000.00, respectivamente. Impuso el 80% de las costas de la alzada a la demandada, y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como el recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia fue concedido por el Tribunal y admitido por esta corporación, que lo ha tramitado en legal forma, se procede a resolverlo mediante el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

La impugnación

Persigue el quebranto parcial de la providencia del ad quem, en sus numerales 1º, 2º, 4º y 5º, para que, en la sede subsiguiente, la Corte revoque los literales a), b), c) y d) del numeral 1º y el 2º de la de primer grado, y, en su lugar, absuelva a la demandada de todos los cargos formulados contra ella y le imponga las costas de las instancias. En subsidio, que se la case en cuanto por su numeral 1º confirmó el literal d) del artículo 1º del fallo del a quo, y, en función de instancia, revoque el mencionado literal y, en su lugar, absuelva a la demandada de la petición por indemnización moratoria.

Para tales efectos se formulan, con apoyo en la causal primera de casación, dos cargos.

Primer cargo

Acusa violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, "modificado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, artículos 186 y 189 del mismo Código, modificado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 306 y 65", en concordancia con el 55, 127, 128, 130 y 132 ibídem, y 1º del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el 32 del citado Código. Esas violaciones ocurrieron a consecuencia de errores evidentes de hecho, los cuales consistieron en:

"1º No dar por demostrado, estándolo, que el doctor Gonzalo Estrada Vega, en su condición de socio-gerente y representante de la sociedad demandada, aceptó expresamente que los $ 20.000.00 moneda corriente, que le fueron asignados como remuneración mensual por sus servicios por la Junta de socios de la compañía, fueron distribuidos en $ 12.000.00 de salario básico, $ 4.000.00 de viáticos y $ 4.000.00 de gastos de representación;

"2º No dar por demostrado, estándolo, que la distribución anterior no sólo fue ordenada por el demandante a la pagaduría como gerente de la demandada, sino aceptada por éste al recibir y firmar los comprobantes de pago respectivos, sin reparo u objeción alguna;

"3º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante ordenó como representante de la demandada y aceptó como trabajador de la misma la distribución de su remuneración a que se hace referencia en el punto 1º), porque le convenía para efectos tributarios personales;

"4º Dar por demostrado, sin estarlo, que sólo la Junta de Socios y no el demandante, no obstante ser éste representante de la demandada en su carácter de gerente de la misma, podía ordenar la distribución de la remuneración que se ha venido mencionando;

"5º No dar por demostrado, estándolo, que entre las partes de la relación laboral hubo un acuerdo expreso, o al menos tácito, para implantar las condiciones de distribución de la remuneración del demandante, convenido libremente y ordenado y aceptado por aquél en su condición

de socio, gerente y representante de la demandada, sin afectar el salario mínimo del mismo;

"6º No dar por demostrado, estándolo, que una vez retirado el actor del servicio como gerente de la misma compañía demandada, ésta le liquidó las prestaciones sociales tal y como de la mayor buena fe creyó hacerlo, esto es, ciñéndose a la forma como había sido ejecutado el contrato de trabajo en punto a la distribución de la remuneración de $ 20.000.00, moneda corriente, a que hace referencia en el aparte 1º), la cual no sólo había sido ordenada por el doctor Gonzalo Estrada Vega como Gerente y representante de la demandada, sino también aceptada por aquél como funcionario o trabajador de la misma, por convenir a sus intereses;

"7º No dar por demostrado, estándolo, que ante la negativa del demandante a recibir sus prestaciones liquidadas en la forma como se había ejecutado el contrato de trabajo, la demandada procedió a depositarlo ante el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá y sin demora alguna, las acreencias laborales que de buena fe creyó adeudarle a la terminación del vínculo laboral;

"8º No dar por demostrado, estándolo, que los demás consocios del demandante en la compañía demandada, nunca se opusieron a la modificación en la distribución de su remuneración mensual, ordenada y aceptada expresamente por el doctor Estrada Vega;

"9º No dar por demostrado, estándolo, que durante los años de 1971 y 1972 el demandante nunca formuló reparo o expresó su inconformidad a la distribución de su remuneración mensual, tal y como ésta se indica en el punto 1º;

"10º No dar por demostrado, estándolo, que la demandada se ajustó a la ley al liquidar y pagar la cesantía, las primas de servicio y las vacaciones causadas a favor del demandante, estas dos últimas prestaciones en relación con los años 1971 y 1972;

"11º No dar por demostrado, estándolo, que aún en el evento de que sólo la Junta de socios de la demandada hubiera tenido la facultad para modificar la distribución de la remuneración del actor, al haber procedido éste a ordenarla y aceptarla sin existir tal autorización, habría procedido ilegalmente y en forma contraria a los estatutos, sin que pueda admitirse que a la postre se beneficie de su propia culpa y lesione gravemente los intereses de la demandada con actuaciones irregulares ejecutadas o mandadas ejecutar por él mismo a sus funcionarios subalternos en la empresa;

"12º Dar por demostrado, sin estarlo, que la habitualidad en el pago de los $ 4.000.00 mensuales recibidos por el actor a título de gastos de representación, le otorga a dicha suma el carácter de salario, no obstante estar dichos gastos excluidos como factor salarial".

Los errores, a su turno, provinieron de la errónea apreciación de unas pruebas y de la falta de estimación de otras, que el recurrente singulariza así:

"Pruebas mal apreciadas:

"a) La demanda del proceso, en cuanto a la confesión que de ella pueda derivarse en su hecho 6º (fl. 3); b) La contestación de la demanda, en cuanto a la confesión que de ella pueda derivarse (fls. 23 a 28); c) Carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el 8 de enero de 1973 (fl. 5); d) Liquidación final de prestaciones sociales del actor (fl. 9); e) Cartas dirigidas por la sociedad demandada al demandante los días 28 de diciembre de 1972 y 1º de febrero de 1973 (fls. 11, 12 y 13); f) Copia del acta de la Junta de socios de la sociedad demandada, número 24 del 20 de abril de 1971 (fls. 14 y 15); g) Diligencia de inspección judicial practicada en los documentos de la sociedad demandada (fls. 79 a 81 y 96 a 99); h) Declaración del señor Luis Jorge Aparicio del Castillo (fls. 46 a 50); i) Fotocopias autenticadas de los recibos de pago de la remuneración del demandante, debidamente firmados por éste (fls. 86 a 95); j) Consignación judicial efectuada por la sociedad demandada a favor del demandante, (fls. 102 a 104).

"Pruebas no apreciadas:

"a) Carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el día 28 de enero de 1973 (fls. 7 y 33); b) Carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el día 6 de febrero de 1973 (fl. 8); c) Carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el día 12 de enero de 1973 (fl. 6); d) Carta dirigida por la sociedad demandada al demandante el día 8 de enero

de 1973 (fl. 10); e) Certificado de constitución y gerencia de la sociedad demandada, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 18 a 20); f) Interrogatorio de parte absuelto por el demandante (fls. 34 a 38); g) Declaración del doctor Francisco J. Montoya Sáenz (fls. 99 y 100)".

Para sustentar el cargo, el recurrente manifiesta que toda la controversia ha girado en torno a la distribución de la remuneración mensual de $ 20.000.00, asignada al actor por la sociedad demandada por sus funciones como Gerente Administrativo, pues mientras el demandante sostiene que dicha cantidad le fue reconocida en su totalidad como salario, la entidad patronal ha argumentado y demostrado que el demandante no sólo ordenó como representante del patrono, sino que, además, aceptó como trabajador de éste la distribución de la referida suma en $ 12.000.00 como salario básico, $ 4.000.00 como viáticos y $ 4.000.00 como gastos de representación.

Expresa que la decisión del ad quem se apoya exclusivamente en el Acta número 24 de la Junta de Socios, en la cual se designó a Estrada Vega como Gerente Administrativo y se le asignó un sueldo de $ 20.000.00 mensuales, y en la circunstancia de no existir determinación posterior de la misma Junta revocando o modificando la adoptada en la cuestionada acta, pues "en derecho las cosas sólo se deshacen como se hacen".

Estima el ad quem —agrega— que dicha Acta no fue desvirtuada con las declaraciones de folios 44 a 50, ni con el hecho de que el mismo Gerente haya discriminado el sueldo en la forma como lo hizo y recibídolo así, como lo acreditan los comprobantes de folios 86 a 95 y 96 a 99.

Tales consideraciones resultan equivocadas, pues la distribución de la remuneración "fue simplemente el resultado de una estipulación o modificación de las condiciones salariales, que resulta perfectamente válida en desarrollo del "ius variandi", como lo tiene decidido la Sala en sentencias que cita.

En esto consistió el error manifiesto del Tribunal, pues esa distribución surgió de un convenio, en el cual el demandante, "obrando en su simultánea condición de representante de la sociedad demandada conforme al artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, y empleado de la misma, consintió en la tantas veces mencionada división o fraccionamiento, y dio orden a los funcionarios subalternos de la compañía para que hicieran la distribución en esa forma, porque le convenía para efectos tributarios, como el mismo sentenciador lo acepta en su decisión".

En la demanda se admitió que la pagaduría de la empresa venía registrando $ 16.000.00 como sueldo y viáticos y $ 4.000.00 como gastos de representación, por lo cual debe convenirse que las anotaciones contables efectuadas por esa dependencia de la Gerencia Administrativa eran plenamente conocidas por el actor sin que hubiera formulado reparo alguno. Este aceptó, además, en el interrogatorio de parte que absolvió, que durante los años de 1971 y 1972 recibió los pagos en esa forma "y que de ello no informó a sus consocios por no corresponderles... informarnos entre sí sobre cuánto y cómo devengamos en la empresa", y que era el representante de la demandada como Gerente Administrativo, habiendo actuado como tal.

"Pero es más, obran a folios 7 y 33 y 8 de los autos las cartas que el actor dirigió a la demandada, después de terminado el contrato de trabajo, para reclamar los reajustes prestacionales, en las cuales acepta que no obstante no estar autorizado por la Junta de Socios, sí se hizo una distribución interna por parte de la administración de la compañía, pero sólo para efectos tributarios. Esto significa, en otras palabras, que el demandante echa de menos la disposición del organismo supremo de la sociedad, pero sólo para lo que le conviene en su situación laboral, pero considera que para el aspecto impositivo no tiene ninguna trascendencia la omisión del mencionado requisito, doble criterio que contraría abiertamente la buena fe que debe regir las relaciones laborales conforme al artículo 55 del Código del Trabajo. Estos documentos importantes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos no fueron considerados por el sentenciador".

"Por ello, obró de la mayor buena fe la demandada cuando terminado el contrato de trabajo con el actor y apoyándose en los registros contables que habían sido verificados bajo la orden y disposición del doctor Estrada Vega como Gerente Admi-

nistrativo, y después de consultar con el asesor jurídico de la empresa doctor Antonio J. Piedrahita, resolvió depositar judicialmente lo que consideró deber en estricto derecho, todo lo cual consta en las copias de las diligencias respectivas visibles a folios 102 a 104 y en las cartas cruzadas entre las partes y cuyos originales y copias se pueden verificar a folios 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13".

"Finalmente es oportuno señalar que la aceptación del actor a la asignación de los $ 4.000.00 mensuales como gastos de representación se corrobora con el mismo hecho de que las primas de servicio correspondientes a los dos semestres de 1971 y 1972 (fls. 102 a 104) le fueron canceladas sin incluir tal factor, lo cual igualmente ordenó el doctor Estrada Vega como Gerente de la sociedad y admitió sin reparo alguno, como empleado de ella".

"Es procedente por tanto la casación de la sentencia impugnada y como resultado de la prosperidad de esta censura, accederse a lo pedido en el alcance de la impugnación respecto de este primer cargo".

El opositor replica el ataque sosteniendo que la facultad de fijar el salario era privativa de la Junta de Socios, tal como lo hizo en el Acta número 24 de folio 14; que sólo este organismo podía modificar esta determinación y que no existe prueba de que lo hubiese hecho o de que hubiera delegado esa facultad; defiende la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas, para concluir afirmando que no cometió error de hecho alguno y oponiéndose a la prosperidad del cargo.

Para resolver, se considera

Ciertamente, como lo expresa el recurrente, el tema central de la controversia ha sido la determinación del salario realmente devengado por el trabajador; si el de $ 20.000.00 señalado por la Junta de Socios con vigencia a partir del 1º de enero de 1971, o el de $ 16.000.00 integrado por lo que se denominó salario básico en cuantía de $ 12.000.00 más $ 4.000.00 pagados como viáticos, excluyendo de tal concepto los $ 4.000.00 restantes que se reconocieron como gastos de representación.

El fallo acusado —lo mismo que el de primer grado acogió el primero, bajo la consideración de que correspondía al señalamiento hecho por la Junta de Socios de la compañía, único organismo, según su criterio, competente para tomar esta clase de medidas, sin que se hubiera producido acto posterior del mismo en que se revocara o variara aquella decisión. Con este fundamento, negó todo mérito a otras probanzas que informan sobre la discriminación que se hizo de esos $ 20.000.00 y de la forma como fueron cancelados.

Evidentemente, la Junta de Socios, en su sesión de 20 de abril de 1971, recogida en el Acta número 24 visible a folio 14 del expediente, acordó una remuneración de $ 20.000.00 mensuales, a partir del 1º de enero de ese año, para los socios gerentes, entre los cuales se encontraba, por nombramiento que allí mismo se le hizo, el demandante Gonzalo Estrada Vega como gerente administrativo, estando, el desempeño de este cargo por él, fuera de toda discusión. Al hacérsele esta designación, se le invistió —según la dicha acta— de "la suficiente autonomía y autoridad para que de acuerdo con su criterio establezca los cambios e inicie la marcha de la sociedad dentro de una organización útil, independiente, económica y administrativamente de las otras entidades que han estado vinculadas a INGELECTRO LTDA. o a sus socios. Así a partir de esta fecha todo los asuntos de la compañía inherentes a la dirección administrativa serán resueltos por el ingeniero Estrada sin que éste descuide su actividad técnica dentro de los negocios de la sociedad".

Sin embargo, durante la ejecución del contrato de trabajo en los años de 1971 y 1972 y hasta la desvinculación de Estrada de la empresa, esos $ 20.000.00 se le pagaron en la forma discriminada como aparece en los comprobantes de folios 86 a 95, o sea, por períodos quincenales así: $ 6.000.00 como sueldo, $ 2.000.00 como viáticos y $ 2.000.00 como gastos de representación. La autenticidad de esos documentos fue verificada por el juzgado en la inspección judicial de folios 98 a 101, diligencia en la cual se comprobó también que en las declaraciones de renta de la demandada figuran esos pagos hechos con las mismas imputaciones. El actor, por lo demás, en el escrito de demanda y en las cartas que dirigió a la empresa después de su retiro aceptó que los pagos le habían sido he-

chos de esta manera, aun cuando agregando que tal distribución se adoptó para efectos tributarios.

El ad quem, como se dejó advertido, estimó que la Junta de Socios era el único organismo competente para fijar y modificar los salarios de los empleados de la empresa y como no halló que aquella fijación inicial hubiese sido variada por él en acta posterior, acogió la remuneración de veinte mil pesos ($ 20.000.00), restándole toda importancia a la forma como realmente fueron distribuidos y pagados.

Para la Sala esta apreciación es equivocada, pues, en primer término, la afirmación de que la facultad de disponer en relación con los salarios estuviere reservada exclusivamente a la Junta de Socios no está respaldada por ninguna de las piezas probatorias allegadas al proceso. Y en segundo lugar, en el supuesto de que en el caso concreto de autos así fuera por tratarse de un alto empleado como el gerente, lo cierto es que no puede perderse de vista la naturaleza contractual de la relación laboral y la característica o condición de contrato-realidad que tiene, como ninguna otra, esta clase de convención. No es el caso, por lo tanto, de juzgar si la sociedad como tal se ciñó a sus estatutos o a las normas que la reglamentan, sino de apreciar el comportamiento de las partes frente al contrato de trabajo que las vinculó y las variaciones que éste pudo haber sufrido en su desarrollo o ejecución, es decir, de qué manera se le dio cumplimiento en la realidad. Debe mirarse, pues, de un lado al patrono y del otro al trabajador.

Si hubo exceso en las facultades o usurpación de funciones por quien actuó a nombre de la empresa, es cuestión que compete definir internamente a la sociedad misma a través de sus órganos superiores, pero que ninguna importancia tiene en la solución del conflicto laboral, en el que debe estarse a la realidad de los hechos y a la forma cómo en la práctica se efectuó el respectivo contrato.

Así las cosas, las otras pruebas singularizadas demuestran que, si bien inicialmente se señaló o se convino una remuneración global de $ 20.000.00, en el desenvolvimiento del contrato esa remuneración fue variada, al menos por acuerdo tácito entre las partes, de tal forma que el trabajador recibía la misma suma mensual acordada, pero con la siguiente distribución: $ 12.000.00 como sueldo; $ 4.000.00 como viáticos y $ 4.000.00 para gastos de representación.

La modificación introducida no fue objetada en ningún momento por las partes. No existe constancia de que lo hubiese hecho el patrono, y antes bien todo parece indicar que la propició o autorizó a través de su gerente, quien tenía su representación —de modo indiscutible ante la ley laboral— y capacidad para obligarlo y que la aceptó, además, por el solo hecho de efectuar los pagos. Y respecto del trabajador no cabe duda de que la consintió ampliamente no sólo al recibir los pagos y firmar los respectivos comprobantes con la aludida discriminación en cada quincena durante dos años completos, sino al aceptar, también sin reparos, las liquidaciones y pagos de las primas y vacaciones causadas en ese lapso con base en un salario de $ 16.000.00, sin que ese consentimiento se debilite o desvirtúe porque se haya prestado para obtener determinados fines que no es el caso de calificar ahora.

Al haber considerado el sentenciador que la única prueba atendible del salario devengado por Estrada era el Acta número 24 de la Junta de Socios, y que frente a ella las otras que acreditan el pago de un salario distinto carecían de todo mérito y no le eran oponibles, hizo una equivocada valoración de todo ese conjunto probatorio, lo cual lo condujo necesariamente a cometer los errores de hecho que la censura precisa y a infringir, por aplicación indebida, los textos legales que en ella se singularizan. El cargo, en consecuencia, prospera y la sentencia debe ser casada.

Para la decisión de instancia se hacen las siguientes consideraciones: Teniendo en cuenta que el salario realmente devengado por el trabajador fue de $ 16.000.00 mensuales, según se deduce del anterior análisis de pruebas, pues los $ 4.000.00 que recibió para gastos de representación no constituyen salario a tenor del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, y que el tiempo de servicios acreditado en los autos (demanda inicial, su respuesta y documento de folio 9) fue de 7 años, 7 meses y 18 días, corresponderían al demandante las siguientes sumas: $ 122.133.33 por

auxilio de cesantía; $ 32.000.00 por compensación de cuatro años de vacaciones, $ 16.000.00 por primas de servicios del año de 1972 y $ 4.000.00 por reajuste de las primas del año de 1971, pues en la demanda se confiesa que por ese año y por ese concepto recibió $ 12.000.00. Como la demandada consignó las mismas sumas por cesantía y por vacaciones y $ 16.000.00 por primas del año de 1972, no estaría debiendo sino los $ 4.000.00 de diferencia por el año de 1971. Por consiguiente, no prosperan las súplicas por auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicios correspondientes al año de 1972, pero sí se ordenará el reajuste de las primas de 1971 en cuantía de $ 4.000.00. También se denegará la petición que pretende reajuste de las primas causadas en los años de 1968 y 1970, pues se ignora qué sumas, que deban reajustarse, se pagaron por esos conceptos y no se probó el salario devengado en esos años; y, finalmente, se absolverá por el extremo de indemnización moratoria, por cuanto la consignación que hizo la demandada resultó oportuna, conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, habida consideración del tiempo empleado en las gestiones adelantadas por las partes con miras a lograr un acuerdo. Se impondrán al demandante las costas de la primera instancia en un 90%.

En vista de la prosperidad del primer cargo, con la cual se obtiene la finalidad pretendida por el segundo, resulta inoficioso el estudio de éste.

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 objeto del presente recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 6 de diciembre de 1974, en el ordinario de trabajo promovido por Gonzalo Estrada Vega contra la sociedad INGELECTRO Limitada, en sus ordinales 1º, 3º, 4º y 5º, por los cuales, respectivamente, confirmó los literales a) y d) del artículo primero y el artículo segundo del fallo del juzgado; modificó los literales b) y c) del mismo artículo primero, en el sentido de condenar a la demandada a pagar $ 4.000.00 por vacaciones y $ 12.000.00 por primas de servicio; declaró no probadas las excepciones propuestas, "respecto de las condenas resultantes en el juicio", e impuso las costas de la segunda instancia a la parte demandada, y, en sede de instancia, MODIFICA el literal c) del numeral 1º del fallo del a quo, en el sentido de reducir la condena que en él se impone por concepto de primas de servicios a la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00); y REVOCA los literales a), b), y d) del mismo numeral 1º y el numeral 2º del mencionado fallo, y, en su lugar, ABSUELVE a la sociedad INGELECTRO Limitada de los demás cargos formulados contra ella por Gonzalo Estrada Vega, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandante en un 90%. No la casa en lo demás.

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA

Para las consideraciones de instancia sirve la argumentación expuesta, pues habiendo tenido como cierto el Tribunal Superior que el contrato de trabajo con el demandante fue terminado por el patrono en forma unilateral y sin justa causa, tiene el trabajador derecho a la indemnización contemplada en el ordinal c), inciso 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; pero no en la cuantía señalada por el a quo, sino en la de $ 67.374.72 obtenida por esta Sala de la Corte de acuerdo con el salario devengado y el tiempo servido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo trece de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 15.

José María Anzola Camacho, mayor y vecino de Cúcuta, demandó por medio de apoderado judicial a la sociedad comercial e industrial "Chircal San Luis" domiciliada en la misma ciudad, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía fuese condenada a pagarle el valor de los siguientes conceptos: "salarios insolutos" o "salarios caídos" por no pago en su debida oportunidad de las prestaciones laborales; primas legales; auxilio de cesantía; comisiones contractuales; vacaciones de ley; indemnización por falta oportuna de pago; indemnización por terminación del contrato de trabajo por culpa del demandado, y costas procesales.

Según los hechos de la demanda José María Anzola Camacho prestó servicios personales y dependientes a "Chircal San Luis de Cúcuta S. A." desde el 5 de octubre de 1962 hasta el 7 de abril de 1972 desempeñando las funciones de contabilista y contador; devengaba un sueldo fijo mensual y una comisión por venta correspondiente al 5% promediando en el último año un salario mensual de $ 9.614.10; el 6 de abril de 1972 la sociedad demandada lo despidió sin justa causa, despido que se hizo con el propósito de eludir el pago de su jubilación, pues faltaban pocos días para completar diez años de servicios y tenía más de sesenta años de edad; violando la ley, Chircal San Luis de Cúcuta S. A. señaló el plazo de diez días siguientes a la entrega de los libros para que el demandante reclamara el valor de las prestaciones sociales y recibiera la orden de examen médico, y consignó el 5 de mayo de 1972 una suma de dinero en el Juzgado Primero Laboral sin que existiera desacuerdo; también, sin autorización previa escrita de Anzola Camacho, le dedujo y retuvo parte de un salario por concepto de comisiones, que había rebajado arbitrariamente de un 5% a un 2.5% y cuyo valor el 6 de abril de 1972 era superior a sesenta mil pesos ($ 60.000.00); la consignación por concepto de vacaciones, primas y comisiones fue caprichosa, y se abstuvo además el patrono de consignar lo debido por concepto de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, por lo cual no le ha pagado lo que legalmente le corresponde por prestaciones, salarios e indemnizaciones, haciéndose merecedor de la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al contestar la demanda la persona a quien se designó como representante de Chircal San Luis negó los hechos y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones laborales reclamadas o falta de derecho para demandar, pago y prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado Segundo Laboral de Cúcuta, que fue el del conocimiento, dictó sentencia el siete de marzo de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso: Condenar a la sociedad comercial "Chircal San Luis de Cúcuta S. A." a pagar a su ex-trabajador señor José María Anzola Camacho, la suma de cuarenta y dos mil ciento nueve pesos con 20/100 ($ 42.109.20) por concepto de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; declaró parcialmente probada la excepción de pago; absolvió a la parte demandada de los demás cargos de la demanda, condenándola en costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta decidió el doble recurso en fallo de veinte de junio de mil novecientos setenta y cinco, que modificó el de primer grado en el sentido de declarar parcialmente probadas las excepciones de pago y de prescripción y no probadas los demás medios exceptivos propuestos, confirmándola en todo lo demás. No hizo condena por las costas de la segunda instancia. Salvó el voto el Magistrado Enrique Arámbula Durán.

Recurrió en casación el apoderado de José María Anzola Camacho. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, el recurso extraordinario se decidirá previo estudio de la respectiva demanda y del escrito de réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Pretende el apoderado del recurrente que se infirme el fallo recurrido y que como Tribunal de Instancia la Corte resuelva: "1º Condenar al CHIRCAL SAN LUIS DE CUCUTA S. A. a pagar a mi mandante la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por mora en el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, de las vacaciones por los períodos comprendidos entre el 5 de octubre de 1967 al 4 de octubre de 1968 y el 5 de octubre de 1968 y el 4 de octubre de 1969 y por incumplimiento de la obligación 7ª del artículo 57 de la misma obra por no hacer practicar al trabajador el examen sanitario y no haberle dado el certificado sobre el particular, todo ello desde el momento del despido hasta la fecha en que se realice el pago, se practique el examen y se expida el correspondiente certificado. 2º Condenar al CHIRCAL SAN LUIS DE CUCUTA S. A. a pagar a mi mandante la suma de $ 9.357.60, por concepto de compensación de vacaciones por los períodos no disfrutados y comprendidos entre el 5 de octubre de 1967 y el 4 de octubre de 1968 y el 5 de octubre de 1968 y el 4 de octubre de 1969. 3º Modificar la sentencia impugnada en lo que se refiere a la condena de indemnización por terminación injustificada del contrato de trabajo y condenar por este concepto al pago de $ 311.92 diarios por el término de 216 días, es decir, por un valor total de $ 67.374.72, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965, que subrogó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y con fundamento en un tiempo total de servicios de 9 años, 8 meses y 2 días. 4º Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada de: a) Inexistencia de las obligaciones laborales reclamadas o falta de derecho para reclamar: b) La de pago; c) La de prescripción; d) La innominada. 5º Confirmar la condena consignada en el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de 7 de marzo de 1975, dictada por el Juez 2º Laboral del Circuito de Cúcuta y confirmada por el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia de 20 de junio de 1975, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, pero con la modificación a que se ha hecho alusión en el numeral 3º de esta relación de los alcances de la impugnación. 6º Confirmar la condena en costas a la parte demandada. 7º Revocar las declaraciones consignadas en los numerales 2º y 3º de la sentencia de marzo 7 de 1975 del Juzgado 2º Laboral del Circuito de Cúcuta y las de los numerales 1º, 2º y 3º del fallo del citado Tribunal".

Con fundamento en la causal primera

de casación el impugnador formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta —Sala Laboral— viola indirectamente la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de un manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas de inspección judicial, testimoniales y del documento del informe del Juzgado Primero Laboral (folio 109, primer cuaderno) y de la carta de terminación del contrato, con la que se comprueba que la causal invocada no está contemplada por la ley del trabajo como justa. En efecto, la sentencia de la citada corporación dejó de aplicar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al no condenar a la demandada a la indemnización por él establecida, no obstante que el patrono incumplió la obligación 7ª del artículo 57 de la misma obra, sobre el examen médico de retiro, omitió el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa (Art. 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965) y del valor de la compensación de vacaciones de los períodos 1967/1968 y 1968/1969. Esta violación indirecta se presenta como consecuencia de manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador al no apreciar las pruebas que obran en el expediente, los que se indican a continuación. ERRORES DE HECHO MANIFIESTOS. a) El que el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta —Sala Laboral— haya dado por demostrado sin estarlo, 'que el actor no se presentó personalmente a recibir el valor de sus prestaciones y la boleta de desenganche...'; b) el que el honorable Tribunal no dé por demostrado, estándolo, que el señor JOSE MARIA ANZOLA CAMACHO reclamó reiteradamente, en forma personal y telefónica, la boleta para la práctica de su examen médico de retiro y no la obtuvo; c) El que el mismo Tribunal no dé por demostrada, estándolo, la mala fe patronal, habida cuenta de que eludió la entrega del correspondiente certificado de salud del extrabajador demandante sin que existieran razones valederas afianzadas con pruebas atendibles, todo ello ligado a la renuencia del demandado a la notificación de la demanda y su negativa a pagar la indemnización por terminación injustificada del contrato de trabajo, ocasionada para evitar el pago de la pensión de jubilación, así como por haber eludido el pago del valor correspondiente a la compensación de las vacaciones por los períodos 1967-1968 y 1968-1969; d) El que el ad quem no dé por demostrado, estándolo, que al demandante JOSE MARIA ANZOLA CAMACHO le corresponde la indemnización ordenada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por incumplimiento del patrono en el pago de derechos laborales como la indemnización por terminación del contrato sin justa causa y el valor de la compensación de vacaciones, así como por su renuencia a entregar la boleta para el examen médico de retiro y el correspondiente certificado".

Transcribe el casacionista las motivaciones del Tribunal Superior sobre la absolución a la demandada de la indemnización por mora consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y argumenta:

"Las consideraciones del honorable Tribunal Superior de Cúcuta, en mi entender respetuoso, son erróneas y corresponden a conclusiones sustancialmente opuestas a las que se pueden derivar de las pruebas que el mismo transcribe y de los medios que aparecen en el acta de inspección ocular. En efecto, todos los testimonios reproducidos coinciden en afirmar que el señor ANZOLA CAMACHO solicitó la orden para la práctica del examen de retiro. Sin embargo, el honorable Tribunal concluye que 'lo anterior demuestra que el actor no se presentó personalmente a recibir la boleta de desenganche, por lo que la empresa se vio obligada a llevarlos al Juzgado Primero Laboral'. Pero anteriormente indica que 'no aparece ningún informe sobre el recibo y entrega de la boleta de desenganche' por parte del juzgado indicado. Ahora bien: el certificado sanitario es una obligación especial del patrono, que se otorga al trabajador que lo solicite bajo las circunstancias a que alude el ordinal 7º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero acreditada la solicitud por

parte del trabajador y la renuencia o negativa del patrono a otorgar la respectiva orden, con el consecuente certificado, surge para éste la obligación de que trata el artículo 65 ibídem con el imperioso carácter de sanción por tal omisión. Y en el caso presente se demostró que el ex-trabajador ANZOLA CAMACHO solicitó en forma reiterada, personal y telefónicamente, la correspondiente boleta para la práctica del examen médico y no fue satisfecho por su ex-patrono, lo que el honorable Tribunal Superior desestimó con evidente y manifiesto error de hecho. Pero, al contrario, no existen razones valederas ni pruebas atendibles que permitan justificar la actitud patronal de omitir la orden del examen sanitario y su correspondiente certificado, pues el empleador, una vez formulada la demanda judicial, se limitó a alegar su depósito en el Juzgado 1º Laboral, lo que no pudo probar dentro del proceso, en circunstancias tales que ni siquiera permiten un estado de duda razonable. Esta ausencia absoluta de razones y pruebas para justificar la omisión, abren necesariamente el camino de la mala fe patronal. Entonces, el Tribunal, al apreciar erróneamente las declaraciones de los señores AMIRA CARDENAS SLEBI, RAFAEL ELIAS RANGEL DURAN y FLORENTINO CASTRO ARCINIEGAS, pruebas estas que confluyen a demostrar que el señor ANZOLA CAMACHO sí solicitó la orden para el examen médico de retiro, dio por demostrado que 'el actor no se presentó personalmente a recibir el valor de sus prestaciones y la boleta de desenganche', y este error lo condujo a absolver a la entidad demandada de la indemnización prevista en el artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral. Al respecto, cabe anotar que no basta la simple afirmación del demandado de que tal orden fue depositada ante el juez laboral para que se tenga como probado ese hecho, máxime cuando a esa afirmación no se le ha agregado ninguna razón o motivo valederos para respaldarla. De otra parte, caben algunas consideraciones sobre la mora en el pago de la indemnización por despido injustificado, cuyo no pago fue acreditado en la misma respuesta a la demanda y en la diligencia de inspección ocular. En efecto, el despido, injusto lo hizo el empleador con conocimiento previo de que quedaba obligado a pagar dicha indemnización, pues la argumentación que trae la carta de despido es sólo aparente y se basa en causas o motivos no contemplados por la ley del trabajo como justos para proceder a la terminación del vínculo jurídico laboral".

Cita, transcribiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral contenida en fallo de veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres, y termina su argumentación así:

"Igualmente fue acreditado en la diligencia de inspección ocular que no se reconoció en la liquidación final que aparece transcrita en la misma, el valor correspondiente a la compensación de las vacaciones por los períodos 1967/68 y 1968/69, derecho cuya validez desconoció, lo que se acusa como cargo separado. Así las cosas, el honorable Tribunal incurrió en error al considerar que no había lugar al pago de la indemnización moratoria por no apreciar las pruebas sobre la renuencia del patrono a entregar la orden para la práctica del examen médico y el correspondiente certificado, por el no pago de la indemnización por despido injusto y de las vacaciones de los períodos indicados y por tal circunstancia no aplicó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

El opositor responde a la acusación diciendo que el error de hecho en la violación de la prueba ha de ser evidente o manifiesto, o sea que aparezca que sin él otro habría sido el rumbo de la decisión judicial y que en la demanda en estudio la enunciación de los yerros en cuatro literales muestra cómo el recurrente sostiene puntos de vista y convicciones distintas de los del Tribunal, pero en manera alguna denuncia errores de hecho mayúsculos. Considera que el recurrente o no tuvo en cuenta o no entendió a cabalidad las reflexiones del Tribunal que lo concluyeron a éste a denegar la súplica indemnizatoria por mora; que en lo relativo a los testimonios no hay yerro posible al aceptar que Anzola pidió la boleta únicamente el día en que entregó los útiles de trabajo en su poder y que no volvió a aparecer por la empresa a retirarla; que en lo atañadero al depósito judicial es cierto, y así lo acepta el Tribunal, que la empresa hubo de consignar el monto de las prestaciones debidas al tra-

bajador, porque éste no volvió a aparecer en sus oficinas; que respecto a las vacaciones, si la propia sentencia deniega el derecho a las mismas por el tiempo corrido entre 1967 y 1969, no hay incumplimiento del patrono ni mala fe con resultados indemnizatorios, por haber dejado de pagar una cantidad que la propia justicia declara que no debía. Por último, agrega que si el examen médico cuya omisión genera la responsabilidad y la indemnización consiguiente sólo es exigible si al ingreso o durante la permanencia en el servicio el trabajador hubiese sido sometido a examen médico, no aparece acreditada ninguna de esas dos eventualidades.

Se considera

Aun cuando el recurrente acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación, concepto no contemplado en la casación laboral, entiende la Sala que, por tratarse de una violación indirecta a través de errores de hecho, se predica como concepto de violación la aplicación indebida de la ley, en la modalidad dicha.

El casacionista centra la acusación en su aspecto principal, o sea el haber incurrido el Tribunal Superior en error de hecho al dar por demostrado que el demandante Anzola no pidió la orden para el examen médico de retiro, en la apreciación errónea de la prueba testimonial, que se encuentra excluida por el artículo 9º de la Ley 16 de 1969 de las que dan origen al error de hecho en la casación laboral. Por esta razón no se estudiará este aspecto de la impugnación.

Cuanto a la contestación de la demanda y la diligencia de inspección ocular no dice el recurrente si el error provino de la inapreciación o apreciación errónea de esos medios probatorios. Además respecto de la compensación de vacaciones no señala la norma sustancial que la consagra, manifestando que la acusación por este aspecto lo hará en cargo separado.

Por los defectos de técnica del recurso anotado se desestima el cargo, que no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta —Sala Laboral— violó, por infracción directa e interpretación errónea los artículos 186, 187 y 189 (Art. 14 del Decreto legislativo 2351/65 del C. S. del T.) por cuanto, a pesar de la claridad de los textos de las referidas normas, dicha sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con ellas, negando un derecho consagrado por las mismas y aplicándolas a un hecho inexistente por razón del equivocado concepto que el Tribunal tiene de su contenido, y por aplicación indebida de los artículos 488 y 489 del mismo estatuto".

Transcribe el casacionista el pasaje del fallo acusado en el cual el Tribunal Superior motiva su decisión sobre la compensación de vacaciones y dice en síntesis que al disponer el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo que la época de vacaciones debe ser señalada por el patrono, éstas no podrán exigirse judicialmente sino después de transcurrido ese segundo año, por lo cual prescriben en la práctica en cuatro años; así las vacaciones correspondientes al período comprendido entre el 5 de octubre de 1967 y el 4 de octubre de 1968 sólo se hicieron exigibles por parte del trabajador el 5 de octubre de 1969 y las correspondientes al comprendido entre el 5 de octubre de 1968 y el 4 de octubre de 1969 fueron exigibles a partir del 5 de octubre de 1970, y como el contrato de trabajo terminó el 7 de abril de 1972, para esa fecha no habían transcurrido los tres años previstos en el artículo 488 para que prescriban las acciones laborales. Termina así su argumentación: "Por manera que cuando el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta —Sala Laboral— aceptó la prescripción del disfrute de las vacaciones por los períodos atrás citados, violó los mencionados preceptos legales sustanciales de orden nacional. La infracción directa y la errónea interpretación de los artículos 186, 187 y 189 (Art. 14 del Decreto legislativo 2351/65) del Código Sustantivo del Trabajo y la aplicación indebida de los artículos 488 y 489 del mismo estatuto condujeron al desconocimiento de los períodos vacacionales mencionados, cuya liquidación ha debido hacerse con ba-

se en el último salario devengado por el ex-trabajador, según lo dispone el numeral 3º del susodicho artículo 189 del Código Laboral, subrogado por el también mencionado artículo 14 del Decreto legislativo 2351 de 1965".

El opositor anota en primer término que el cargo incurre en la falla de denunciar la violación de unos mismos preceptos por distintos conceptos contradictorios y excluyentes: infracción directa e interpretación errónea. La infracción directa significa falta de aplicación pura y simple; la interpretación errónea significa el entendimiento desacertado de un precepto. Considera, además, que los artículos 488 y 489 no conforman una proposición jurídica completa, ni son en rigor normas de derecho sustancial, por cuanto ni crean ni excluyen de por sí derechos subjetivos particulares, y que el artículo 2512 del Código Civil, aplicable por analogía, es el precepto que consagra el mérito de la prescripción, y no fue citado por el recurrente. Hace luego otras consideraciones sobre el fondo de la acusación.

Se considera

La infracción directa de la ley proviene, en síntesis, del desconocimiento de la voluntad abstracta de un precepto claro, pero que el sentenciador no aplica por ignorarlo o no reconocerle validez, en tanto que la interpretación errónea implica la inteligencia equivocada de la disposición legal con la cual se soluciona el litigio. Son, en consecuencia, dos conceptos contradictorios, como lo observa el opositor, porque si la norma se aplica, aun cuando bajo un entendimiento equivocado de su contenido (interpretación errónea), no ha podido dejarse de aplicar (infracción directa), pues sería tanto como aplicarla y dejarla de aplicar.

En el cargo que se estudia el casacionista acusa la violación de los artículos 186, 187 y 189 (artículo 14 del Decreto 2351 de 1965) del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa e interpretación errónea, conceptos incompatibles que no pueden predicarse de unas mismas normas y en una misma acusación, como ya se ha visto. Este defecto de técnica implica el rechazo del cargo, que no prospera.

Tercer cargo

"También acuso la sentencia del honorable Tribunal por infracción indirecta consistente en un manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas de la inspección ocular, de la carta de terminación del contrato de trabajo y de la confesión por parte de la entidad demandada respecto al tiempo de servicios prestados por el ex-trabajador demandante, lo cual condujo a la violación del artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965, numeral 4º, el que estab'ece la indemnización por terminación injustificada del contrato de trabajo. En efecto, en la inspección ocular se acreditó que el ex-trabajador había laborado entre el 5 de octubre de 1962 y el 6 de abril de 1972. Igualmente, en la contestación de la demanda el patrono confesó que JOSE MARIA ANZOLA CAMACHO prestó sus servicios desde el 5 de octubre de 1962 hasta el 5 de abril de 1972, pero el documento por medio del cual se dio por terminado el contrato de trabajo aparece fechado en 6 de abril de 1972, extremos de la relación laboral que no permiten ninguna duda. Así las cosas, el ex-trabajador laboró para CHIRCAL SAN LUIS DE CUCUTA S. A. durante nueve (9) años, seis (6) meses y dos (2) días, período al cual corresponde una indemnización consistente en 45 días de salario por el primer año y 20 días por cada año subsiguiente al primero y proporcionalmente por fracción. En este estado correspondería al ex-trabajador una indemnización de 216 días de salario, que establecido en $ 9.357.60 mensuales, o sea $ 311.92 diarios, da un total de $ 67.374.72. Por manera que con los resultados arrojados en la sentencia cuya impugnación se sustenta se violó lo establecido por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto legislativo 2351 de 1965, artículo 8º".

Critica el opositor que el recurrente no señaló el concepto de la violación, sino que se limitó a afirmar que se había producido a consecuencia de un error de hecho, falla que considera mayúscula e insalvable por parte de la Corte. Cuanto al fondo de la acusación dice que no se incurrió por parte del Tribunal Superior en el error de hecho anotado, pues las cifras contenidas en la sentencia sobre tiempo de servicios

coinciden con las del casacionista, siendo atribuible cualquier deficiencia a todo menos a error de hecho.

Se considera

Cuanto a la omisión del concepto de la violación de la ley, observa la Sala que de acuerdo con su jurisprudencia, si se indica que ella proviene de error es de hecho, debe entenderse que la acusación se hace por aplicación indebida, único concepto que en casación laboral puede darse a través del material probatorio.

En relación con la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo dijo el Tribunal Superior:

"En párrafos anteriores se demostró que la empresa no pudo probar en el expediente la justa causa del despido. Entonces, debe cancelar la indemnización correspondiente porque lo hizo en forma ilegal y sin ajustarse a los mandatos vigentes. La anterior liquidación debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto por los literales a) y c) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, o sea, cuarenta y cinco (45) días de salarios por el primer año de servicios y veinte (20) adicionales sobre los cuarenta y cinco (45) básicos, por cada uno de los años de servicios subsiguientes, ya que ANZOLA CAMACHO trabajó más de cinco (5) años y menos de diez (10). Al elaborar las operaciones aritméticas de rigor con base en el salario final de $ 9.357.60 nos da por este lapso la suma de $ 42.109.20, o sea, la misma que trae la sentencia impugnada. Así las cosas, debe confirmarse lo resuelto por el fallador de instancia".

No dice el fallador de segunda instancia con base en qué tiempo de servicios liquidó la indemnización por terminación unilateral sin justa causa, pues se limitó a afirmar que el demandante trabajó más de cinco años y menos de diez en la empresa demandada, ni señala cuál fue el factor además del salario, que tuvo en cuenta para obtener el resultado de $ 42.109.20 como valor de la indemnización dicha. Ni puede entenderse que tomó como tiempo trabajado el indicado por el juez de primer grado, pues nada dijo sobre el particular. Ante este vacío y oscuridad bien podía entender el recurrente que no apreció correctamente la inspección ocular y la confesión contenida en la contestación de la demanda, pruebas de las cuales se deduce claramente que José María Anzola Camacho trabajó desde el 5 de octubre de 1962 hasta el 7 de abril de 1972, o sea durante nueve años, seis meses, dos días, tiempo por el cual se adquiere derecho a una indemnización equivalente a doscientos diez y seis días, que se integran así de acuerdo con el artículo 8º inciso 4º, ordinal c), del Decreto 2351 de 1965: por el primer año cuarenta y cinco (45) días; por los ocho años que exceden al primero, veinte (20) días por cada año, o sean ciento sesenta (160) días; por la fracción de seis meses dos días, once (11) días. Multiplicado 216 por $ 311.92, salario diario que se obtiene del salario promedio mensual de $ 9.357.60, acogido por el Tribunal Superior, el resultado es de $ 67.374.72, suma diferente a la fijada por el ad quem, que en consecuencia incurrió en error evidente de hecho, pues no puede hablarse de error aritmético por ignorarse los factores usados para la respectiva operación. La indemnización es igual al ciento por ciento (100%) por no estar acreditado el capital de la empresa. El error de hecho incide en la violación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y la sentencia se casará en lo pertinente. Para las consideraciones de instancia sirve la argumentación expuesta, pues habiendo tenido como cierto el Tribunal Superior que el contrato de trabajo con el demandante fue terminado por el patrono en forma unilateral y sin justa causa, tiene el trabajador derecho a la indemnización contemplada en el ordinal c), inciso 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; pero no en la cuantía señalada por el a quo, sino en la de $ 67.374.72 obtenida por esta Sala de la Corte de acuerdo con el salario devengado y el tiempo servido.

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 veinte de junio de mil novecientos setenta y cinco por el Tribu-

nal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en cuanto confirmó el punto 1º del fallo de primer grado por el cual se condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de cuarenta y dos mil ciento nueve pesos con 20/100 ($ 42.109.20) por concepto de indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, y en sede de instancia modifica dicho punto 1º, el cual quedará así: CONDENASE a la sociedad comercial "Chircal San Luis de Cúcuta S. A.", representada por su gerente doctor Jaime Pérez López, a pagar a su ex-trabajador señor José María Anzola Camacho la suma de sesenta y siete mil trescientos setenta y cuatro pesos con 72/100 ($ 67.374.72) por concepto de indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Eduardo Gnecco C., Francisco José Camacho Amaya, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SUPR. SUPREMA DE JUSTICIA

JUSTA CAUSA PARA LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO, MANIFESTADA EN LA CARTA DE DESPIDO

En la carta de despido el banco hace un relato de los hechos que lo llevaron a tomar esa determinación, imputándole al trabajador, en síntesis, incumplimiento de sus funciones y grave negligencia en el manejo de la sucursal a su cargo, con la consecuencia de la pérdida para la entidad de una considerable suma de dinero, y termina respaldando su decisión en los numerales 4º y 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo diez y ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 22.

Por conducto de apoderado, Laureano Gamba Gómez demandó a la sociedad Banco del Comercio para que, por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se le condenara a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando en el momento en que fue despedido, o a otro de igual o superior categoría, y al pago de los salarios dejados de percibir desde el día 26 de octubre de 1970 y hasta cuando se efectúe el reintegro, a razón de $ 109.58 diarios; y, en subsidio de esta petición, a pagarle cuarenta y un mil seiscientos cuarenta pesos con 40/100 ($ 41.640.40) a título de indemnización por despido injusto y una pensión especial de jubilación en cuantía de dos mil ciento setenta y dos pesos con 50/100 ($ 2.172.50) a partir de la fecha en que cumpla la edad señalada por la ley; y a pagarle, igualmente, las cantidades de $ 34.700.00 por concepto de auxilio de cesantía; $ 6.575.00 por compensación de vacaciones; $ 4.383.00 por prima extra-legal de servicios, debiendo descontarse de estas últimas sumas los valores que por esos conceptos hubiese recibido el trabajador legalmente; $ 109.58 diarios, desde el 26 de octubre de 1970 hasta el pago total de lo que se demanda, como indemnización moratoria, y las costas del juicio.

Informa el libelo que Gamba prestó sus servicios a la entidad demandada, en diferentes cargos y con una remuneración última de $ 3.287.50, desde el 22 de agosto de 1958 hasta el 26 de octubre de 1970, fecha en la que fue despedido injustamente, cuando se encontraba desempeñando el cargo de la Sucursal Santa Lucía, y después de haberse negado a presentar renuncia. El banco no le ha reconocido la totalidad de las prestaciones causadas a su favor ni ha accedido a su reiterada solicitud de reintegro.

El demandado aceptó unos hechos y negó otros, de manera especial el despido injusto, pues afirmó haber tenido una justa causa para producirlo; se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor y solicitó se le condenara en costas.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá la desató en fallo de cinco de diciembre de mil novecientos setenta y tres, condenando al Banco del Comercio a pagar al demandante las sumas de $ 29.815.29 por concepto de auxilio de cesantía y $ 102.91 diarios, a partir del 26 de octubre de 1970 y hasta cuando se realice el pago de la anterior cantidad, como indemnización moratoria;

lo absolvió de los restantes cargos y le impuso el 20% de las costas.

Apelada esta decisión por los procuradores judiciales de ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al decidir el recurso, mediante sentencia de catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco, revocó la del a quo, absolvió totalmente al banco y condenó al demandante a pagar las costas de las dos instancias.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de casación el apoderado del actor. Como le fue concedido por el Tribunal y admitido y tramitado en legal forma por esta corporación, se procede a resolverlo mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso extraordinario

Persigue el quebrantamiento de la sentencia acusada, "en cuanto por sus ordinales 1º, 2º y 3º revocó la de primer grado, absolvió al Banco del Comercio de todas y cada una de las peticiones formuladas por el señor Laureano Gamba y condenó en las costas al demandante, y que, procediendo como Tribunal de instancia, REVOQUE el artículo segundo del fallo de primer grado de fecha 5 de diciembre de 1973 en cuanto por tal pronunciamiento se absuelve al Banco del Comercio de todos los demás cargos que le fueron formulados en la demanda y en su lugar CONDENE al mencionado banco a reintegrar a mi representado al cargo que venía desempeñando en el momento del despido o a uno de igual o superior categoría y al pago de los salarios dejados de percibir desde el 26 de octubre de 1970 y hasta el momento en que se efectúe el reintegro, a razón de $ 102.91 diarios, y, en caso que se estimare desaconsejable el reintegro en razón de las incompatibilidades creadas con el despido, se CONDENE SUBSIDIARIAMENTE al BANCO DEL COMERCIO a pagar a LAUREANO GAMBA la suma de $ 38.326,25 como indemnización por despido injustificado y una pensión especial vitalicia de jubilación en cuantía de $ 1.412.76 mensuales, derecho que se hará exigible cuando el demandante cumpla 60 años de edad".

El ataque se presenta a través de un solo cargo, formulado con fundamento en la causal primera de casación, el cual se procede a examinar:

El cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968 y 8º de la Ley 171 de 1961 al dejar de aplicarlos y por la aplicación indebida de los artículos 7º del Decreto 2351 de 1965 (3º de la Ley 48 de 1968), 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 28, 29, 46 y 104 de la Ley 45 de 1923, como consecuencia de errores de hecho manifiestos u ostensibles provenientes de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas":

Dichas pruebas son la carta de despido (folios 2 a 4); la comunicación de fecha 19 de octubre de 1970 dirigida por el demandante al banco (fls. 5 y 6); la inspección judicial y la peritación complementaria o anexa, y los testimonios de Hernando Correa, Daniel Casas, Antonio M. Calvache, Ricardo Infante, Víctor M. Prieto y José Domingo Rodríguez.

El impugnador transcribe algunos párrafos de la carta por medio de la cual se le comunicó el despido al trabajador y una parte de la sentencia relativa a este aspecto del litigio, para sostener que la simple comparación de ellos hace resaltar la mala apreciación que el juzgador hizo de esa prueba y la comisión de los siguientes errores de hecho:

"1º Tener como establecido, sin estarlo, que el banco invocó como causal de despido del demandante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

"2º Tener como establecido, sin estarlo, que el banco invocó como causal de despido del demandante el haber perdido la cuantiosa suma de dinero de $ 353.896.50.

"3º Tener como establecido, sin estarlo, que el banco invocó como causal de despido del demandante el haber autorizado éste el pago de la citada suma de dinero cuando no ha debido hacerlo.

"4º No dar por demostrado, estándolo, que las causales de despido invocadas por el banco al momento de la terminación

del contrato (parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965) fueron exclusivamente las siguientes: a) Que estando el actor al frente de la sucursal Santa Lucía se produjeron graves hechos que son materia de investigación penal y que produjeron una salida ilegal de fondos, encontrándose además en la investigación administrativa una serie de irregularidades en el funcionamiento de la sucursal; b) Que el actor, como gerente de la sucursal, olvidó que era el directo responsable de la oficina a su cargo; c) Que el actor olvidó que ocupar un cargo directivo conlleva responsabilidades siendo la primera velar por la buena marcha de la oficina y por el cumplimiento del deber de todos y cada uno de sus subalternos; y d) Que es acto irresponsable del demandante afirmar que no estuvo vinculado a una investigación penal".

Se refiere luego a la carta que el demandante dirigió al banco el 19 de octubre de 1970, para expresar que mientras el actor afirma en ese documento que el banco lo quiere responsabilizar totalmente y rechaza cualquier responsabilidad en los hechos ocurridos, el Tribunal entiende que aceptó responsabilidad, aunque no de manera total. Mientras GAMBA afirma —dice el impugnante— que es el banco el que quiere imputarle la responsabilidad total de los hechos, el honorable Tribunal erróneamente cree que mi representado acepta esa responsabilidad, aunque de manera parcial. La palabra "totalmente" escrita en la carta confundió al juzgador de segunda instancia y vio implícita en ella, sin estarlo, la aceptación de una responsabilidad parcial".

La apreciación equivocada de ese documento produjo, como consecuencia, los siguientes errores:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que LAUREANO GAMBA declara ser responsable de los hechos ocurridos en la Sucursal Santa Lucía, pero no totalmente.

"2º No dar por demostrado, estándolo, que LAUREANO GAMBA afirma simplemente que es el banco el que quiere imputar la responsabilidad total de esos hechos.

"3º No dar por demostrado, estándolo, que LAUREANO GAMBA rechazó cualquier responsabilidad, culpabilidad o participacipación en los hechos delictuosos de que fue víctima el banco en la Sucursal Santa Lucía".

En relación con la inspección ocular y el dictamen pericial, sostiene que son pruebas que resultan intrascendentes o irrelevantes para efectos de la demostración de las causas del despido imputadas por el banco al demandado, pues con ellas se estableció "que la Sucursal de Santa Lucía fue víctima de una estafa mediante habilidosísima falsificación y duplicación de cheques", pero no demuestran "imputabilidad del ilícito o negligencia, descuido o ineficacia del demandante".

Concluido el análisis de las anteriores pruebas, el recurrente pasa a referirse a la testimonial, pues, según lo expone, "demostrado como ha quedado el error de hecho sobre la prueba calificada legalmente como capaz de producirlo, es permisible a la acusación y a la propia Sala de Casación analizar cómo otras pruebas que no tienen la capacidad legal de producir por sí solas errores de hecho al dejar de apreciarse o apreciarse mal, fueron asimismo distorsionadas en su verdadero alcance por el juzgador de segunda instancia. Este dedujo que los declarantes "afirmaron que los cheques de cierto valor... presentados por ventanilla o canje, deben ser confirmados telefónicamente por los gerentes de la respectiva sucursal", lo que es contrario a la evidencia procesal, pues lo que los testigos dijeron fue precisamente lo contrario: "que la confirmación telefónica de los cheques se hacía por personas distintas al gerente de la sucursal y solamente cuando se cumplía este requisito, así como otros controles (comparación de firmas y sellos, números de cuentas, lámpara ultravioleta, etc.), solamente después de este proceso que incluía repito, la confirmación telefónica el cheque era pasado al Gerente o al Secretario de la Sucursal para el visto bueno final".

Termina el impugnador afirmando que los errores de hecho anotados determinaron la violación de los preceptos legales comprendidos en la censura, y que sin tales errores el Tribunal habría condenado a reintegrar al actor y a pagarle los salarios del tiempo cesante, o, en subsidio, a pagarle la indemnización por despido y la pensión especial de jubilación.

El opositor anota los siguientes defectos

técnicos al cargo: a) Predica falta de aplicación de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961 siendo evidente que sí fueron aplicados por el fallador para absolver al demandado y b) Deja sin abacar algunos soportes de la sentencia, como lo son la declaración de Julio César Vásquez Caballero y la inspección judicial y la peritación. En lo relacionado con la cuestión de fondo expresa que la carta de despido sí contiene la invocación de los motivos que el juzgador encontró demostrados y que, además, los testimonios allegados al proceso, al igual que la diligencia de inspección ocular y el peritazgo, explican suficientemente en qué consistieron ellos. Niega la comisión de los errores imputados y se opone a la prosperidad del ataque.

Se considera

Respecto de los reparos de carácter técnico formulados por el opositor, la Sala observa que, de acuerdo con los planteamientos del cargo y con los fines perseguidos por el mismo, las normas principalmente violadas serían las consagratorias de las justas causas para la terminación unilateral del contrato, vale decir, en el caso concreto de autos, los artículos 7º del Decreto 2351 de 1965 y 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal manera que las otras infracciones apenas vendrían a ser consecuencia de las primeras. Como el censor, al acusar éstas como indebidamente aplicadas, señala correctamente el concepto de la violación, el defecto apuntado en relación con los artículos 8º del mencionado decreto y 8º de la Ley 171 de 1961 resulta subsanable y no reviste la suficiente gravedad para acarrear la desestimación del cargo. De otro lado, la inspección ocular y el dictamen pericial aparecen incluidos entre las pruebas que el recurrente considera mal apreciadas por el fallador, lo mismo que el testimonio de Julio César Vásquez Caballero, pues, aun cuando no se individualiza como los otros, el error de hecho se hace provenir de la equivocada estimación de toda la prueba testimonial al criticar la apreciación en conjunto que de ella hizo el ad quem. Las objeciones, por tanto, no son atendibles y se procede al estudio de la impugnación.

1. El primer grupo de errores de hecho que se imputan al fallador consisten en que dio por demostrado, sin estarlo, que el banco invocó motivos de despido distintos de los que realmente adujo. Bastará, pues, para determinar si los dichos errores se cometieron o no, hacer la necesaria comparación entre el contenido de la carta de despido y lo expresado a este respecto por el Tribunal, quien dijo:

"En cuanto a la terminación del vínculo contractual obra carta —folios 2 a 4— de la demandada al demandante en que le comunica que lo da por terminado, invocando como causales para ello grave negligencia e incumplimiento de sus obligaciones contenidas en los numerales 4º, literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y el numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales originaron graves perjuicios al banco al perder cuantiosa suma de dinero $ 353.896.50. Que el demandante siendo Gerente de la Sucursal del Banco en Santa Lucía autorizó su pago cuando no ha debido hacerlo".

En la carta de despido el banco hace un relato de los hechos que le llevaron a tomar esa determinación, imputando al trabajador, en síntesis, incumplimiento de sus funciones y grave negligencia en el manejo de la sucursal a su cargo, con la consecuencia de la pérdida para la entidad de una considerable suma de dinero, y termina respaldando su decisión en los numerales 4º y 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Ahora bien, el citado numeral 6º se remite a los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo que consagran "las obligaciones especiales del trabajador" y "las prohibiciones a los trabajadores", respectivamente. De manera que cuando se invoca como causal de despido el dicho numeral 6º se están invocando también a fortiori los referidos artículos del código.

En consecuencia, al deducir el sentenciador, en perfecta coincidencia con lo que registra la carta de despido, que las causales invocadas por el banco para ponerle fin al contrato eran las previstas en el numeral 4º, literal a), del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y en el artículo 58, numeral 1º, del Código Sustantivo del Trabajo, hizo una atinada apreciación de la prueba

y, por lo mismo, no pudo haber incurrido en error de hecho alguno.

2. La carta de 19 de octubre de 1970, dirigida por el actor al banco, folios 5 y 6, contiene el siguiente párrafo:

"2º Los hechos ocurridos en la Sucursal Santa Lucía, y de los cuales se me quiere responsabilizar totalmente, hasta el punto de que me cancelaran mi contrato de trabajo, en el caso de que el suscrito No Renuncie, tienen su defensa en las leyes laborales colombianas, que no se ciñen por disposiciones internas del banco".

De allí infirió el Tribunal que el trabajador dio a entender que sí fue responsable, pero no totalmente.

No encuentra la Sala yerro alguno en esta conclusión, pues del rechazo de la imputación de una responsabilidad total, bien puede deducirse la aceptación parcial de esa responsabilidad. Y si se admitiese que de aquellas frases pueden derivarse otras distintas inferencias, entre ellas la que propone el acusador, se estaría frente a una situación de hecho dudosa, no susceptible de originar el quebrantamiento de un fallo en casación.

3. El Tribunal se limita a transcribir parte de la diligencia de inspección ocular que da cuenta de que el Banco del Comercio reintegró a la cuenta corriente de la sociedad "Transportes Santa Lucía S. A." la cantidad de $ 353.896.50 correspondiente al valor total de los cheques irregularmente pagados contra esa cuenta. Más adelante, al exponer las conclusiones generales y finales, con referencia a todo el material probatorio que ha examinado, tiene como establecida la pérdida por parte del banco de una suma igual a la indicada atrás. Si esa fue la comprobación que se hizo en la inspección, resulta evidente que esta prueba no fue objeto de una equivocada estimación. Y si se tiene en cuenta, además, que tal deducción fue hecha con apoyo en un conjunto de pruebas, en otras los testimonios recibidos en el juicio, habrá de decirse que, aún en el supuesto de que la inspección ocular no hubiese sido bien apreciada, tal circunstancia no habría incidido en el resultado del litigio, pues aquella conclusión estaría sostenida por las otras probanzas.

4. No surgiendo error de hecho de las pruebas analizadas —documentos auténticos e inspección ocular— no le es permitido a la Corte entrar a examinar el dictamen pericial y los testimonios, por cuanto el error que pueda provenir exclusivamente de éstas no constituye motivo de casación laboral, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

En razón de lo expuesto, el cargo no prospera.

De consiguiente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Carlos Alvarez Pereira, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LOS MAYORDOMOS DE FINCAS DE RECREO QUE NO CONSTITUYEN EMPRESA NO TIENEN LA CALIDAD DE "TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO"

Si bien es cierto que ninguna persona que preste servicios a una empresa puede ser calificada como "trabajador del servicio doméstico", es igualmente evidente que no se puede otorgar esa calificación, a contrario sensu, a quienes lo presten a patronos o a entidades o establecimientos que no tengan carácter empresarial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo veinticuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 21.

Ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, Ernesto Galeano Quiceno demandó, por conducto de apoderado, a la Sucesión de Pedro Pablo Posada, representada por Hermilda Franco y Odulfo Gómez y a éstos personalmente, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se les condenase a pagarle pensión restringida de jubilación, cesantía, primas, vacaciones, indemnización por despido injusto y dominicales y festivos, con fundamento en que había prestado sus servicios personales, como mayordomo en la finca de propiedad de Pedro Pablo Posada Restrepo y con un salario inferior al mínimo legal, desde el 23 de junio de 1953 hasta el 15 de diciembre de 1972, fecha en la que fue despedido sin justa causa. Durante el tiempo que duró la prestación de los servicios, laboró todos los domingos y festivos sin que le hubiesen sido remunerados en debida forma. Al fallecer Pedro Pablo Posada, la finca quedó en poder del Albacea Odulfo Gómez y de la heredera Hermilda Franco de Posada.

La demanda fue contestada por el Albacea, quien admitió la prestación de servicios con el cargo de mayordomo, pero negó que hubiesen durado todo el tiempo afirmado por el actor; explicó que se trataba de una pequeña parcela o finca de recreo, en donde no había explotación económica de ninguna clase; que el demandante residía allí, que era persona de avanzada edad y que, por tal razón, su trabajo se reducía a cuidarla; y que por haberse negado a desocuparla, pidió, dentro del proceso de sucesión, su entrega judicial. Se opuso a las pretensiones consignadas en el libelo y alegó las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción, pago e inepta demanda. Surtido el trámite propio del primer grado, el juzgado del conocimiento desató la litis, en sentencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y tres, condenando a la sucesión de Pedro Pablo Posada, representada por Hermilda Franco y Odulfo Gómez, a pagar a Ernesto Galeano Quiceno las cantidades de $ 8.766.25 por auxilio de cesantía y $ 9.207.50 a título de indemnización por despido injusto, y le impuso el 40% de las costas; declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de la súplica por dominicales y festivos y la absolvió de los restantes cargos.

A virtud de apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes, subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, entidad

que, al resolver la alzada, reformó el fallo del juzgado en el sentido de reducir la condenación por cesantía a la suma de $ 3.540.00 y absolver a la sucesión de los demás cargos, declarando sin lugar a costas en ambas instancias.

Contra esta decisión interpuso recurso de casación al apoderado del actor. Habiéndole sido concedido por el Tribunal y admitido por esta superioridad, en donde se ha cumplido el trámite de rigor, se procede a resolverlo, mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso

El alcance de la impugnación se presenta así:

"Pretendo la casación total del fallo recurrido en cuanto reformó la sentencia disminuyendo el valor de las cesantías (sic); en cuanto revocó la condenación a título de indemnización por despido injusto; en cuanto revocó la condenación por costas; en cuanto confirmó las absoluciones por jubilación sanción, primas, vacaciones, descanso en domingos y festivos; y en cuanto confirmó las absoluciones a los demandados Hermilda Franco y Odulfo Gómez, para que convertida esa honorable Sala de la Corte Suprema en sede de instancia, confirme la condenación por cesantías pero reformada la cuantía en beneficio de mi mandante; confirme la condenación por despido injusto, pero reformada en beneficio del demandante; confirme la condenación en costas pero sin restricción alguna, reformando la condenación en este sentido; revoque la absolución por jubilación sanción, primas, vacaciones, descanso en domingos y festivos; y en fin para que revoque las absoluciones a los codemandados Hermilda Franco y Odulfo Gómez y haga en lugar de ellas las condenaciones respectivas por los citados conceptos y a todos los codemandados, imponiendo también las costas de la segunda instancia y en el recurso de casación si hay oposición".

Con fundamento en la causal primera de casación, formula el recurrente un solo cargo en los siguientes términos:

"Acuso la precitada sentencia de segunda instancia de ser violatoria de ley sustancial, por aplicación indebida y por vía indirecta de los artículos 252, 249 del Código Laboral en relación con el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, y en relación con el Decreto 577 de 1972 armonizado con los artículos 145, 146, 147 y 148 del Código Sustantivo del Trabajo; se ha violado también el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en relación con el artículo 11 del Decreto 1611 de 1962, armonizado con el artículo 260 del Código Laboral, con los artículos 145 a 148 del mismo código, con el artículo 3º de la Ley 10 de 1972 inciso 3º en relación con el artículo 1º literal a) del Decreto número 1672 de 1973, y en relación con los decretos sobre salario mínimo número 577 de 1972, Decreto 2680 de 1973, y Decreto 2394 de 1974, que regulan el salario mínimo: se violaron además los artículos 306, 307, 308, 187, 188 y 186 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965 y con los Decretos números 577 de 1972, Decreto 1233 de 1969, Decreto 539 de 1963, Decreto 240 de 1963, Decreto número 238 de 1963, Ley 1ª de 1963, Decreto número 1828 de 1962, Decreto número 2834 de 1961, Decreto 1090 de 1960, Decreto número 118 de 1957, Decreto número 2214 de 1956, se han violado además los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965 en relación con los artículos 22, 56, 57, 58, 59, 60 numeral 4º, 62, 63 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo; se han violado además los artículos 1327, 1335, 1343, 1344, 1345, 2322 en relación con el 2324 con el 1494 del Código Civil Colombiano y todos los anteriores en relación con los artículos 36, 67, 68, 69 y 70 del Código Sustantivo del Trabajo. Violación en las cuales incurrió el Tribunal, por errónea apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras, circunstancias que motivaron al Tribunal para cometer los errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos, y que fueron precisamente éstos los que motivaron al Tribunal para incurrir en las violaciones citadas".

Como pruebas mal apreciadas señala la inspección judicial de folio 56, el interrogatorio de parte de folio 72, la demanda con que se inició el juicio anterior (fl. 11) y la sentencia recaída en ese juicio, folios 64 a 82. Y como dejadas de estimar "la carta o diligencia de despido protagonizada por el

Inspector de San Antonio de Prado y por el abogado del patrono, folios 10, 28 y 53; el documento en que consta que la finca está arrendada, folios 13, 50; las partidas de matrimonio (fl. 29) entre los esposos Franco Posada; partida de defunción de don Pedro Pablo Posada; testamento de nombramiento al ejecutor testamentario, folios 20 y ss.; auto que reconoce como heredera a doña Hermilda Franco por haber aceptado la herencia y como albacea al señor Odulfo Gómez por haber aceptado el encargo, todos los cuales se encuentran en el proceso, folios 20 a 30, 51".

En la demostración del cargo, comienza el recurrente por aceptar que la finca en donde prestó servicios el actor era de recreo, pero niega que de allí pueda derivarse válidamente la conclusión de que aquél era un "trabajador del servicio doméstico". Afirma que, no obstante ser de recreo, también constituía una empresa porque era susceptible de ser explotada económicamente por su dueño, porque se arrienda con ánimo de ganancia, porque puede destinarse a un hotel, porque se valoriza con el trabajo humano y beneficia económicamente al patrono, y que por no haberlo entendido así el ad quem incurrió en los errores de hecho que lo llevaron a liquidar en forma restringida la cesantía y a absolver por primas y por pensión de jubilación, infringiendo las normas reguladoras de estas prestaciones.

Acepta también que en juicio anterior entre las mismas partes, Galeano demandó parte de las vacaciones solamente, pero sostiene que el Tribunal incurrió en error al considerar que "la simple demanda de parte de las vacaciones es lo mismo que la prueba del pago de todo".

"De la copia de la demanda del primer juicio —expresa— se observa que sólo hay una simple petición, de parte de las vacaciones, pero en el presente juicio el Tribunal resolvió mirar en este documento la prueba del pago total de las vacaciones durante todo el tiempo de servicio, no debiendo haber ocurrido así, porque si se hubiese considerado la verdad, esto es que no hay prueba del pago ni de parte ni de todo en cuanto a las vacaciones se refiere el Tribunal hubiera condenado a la totalidad. La sentencia entonces debe ser casada en este aspecto, y en consecuencia no dar por probado el pago de las vacaciones por no estarlo, y como el trabajador laboró durante muchos años condenar por las vacaciones que no están prescritas".

Sostiene que de estas pruebas tampoco se deduce que hubo pago de los descansos en domingos y festivos y que, sin embargo, el ad quem no las apreció correctamente y absolvió por tal concepto, "como resultado de la declaratoria de la cosa juzgada en la motivación del fallo, lo que es un error".

En relación con el despido expresa que "el ad quem estima que la retención del inmueble en el caso de autos fue causa justa para el despido del trabajador", por otro lado admite el despido del trabajador, o el desalojo de la finca del mismo, o el lanzamiento; hay error del Tribunal cuando se dice que la retención del inmueble es justa causa de despido, porque el patrono no alegó al momento del despido la retención del inmueble como causa del despido mismo, y mal pudo haber alegado la retención de la finca, cuando el motivo del despido no era ese sino otro".

Para finalizar, el recurrente expone:

"El Tribunal únicamente condenó a la sucesión de don Pedro Pablo Posada, representada por Hermilda Franco y Odulfo Gómez, esto es, absolvió a doña Hermilda y a don Odulfo de las peticiones de la demanda, lo cual significa un error porque si hubiera observado las pruebas que no observó no hubiera olvidado que la entidad demandada era una comunidad, herencia o sucesión; desatendió la prueba según la cual doña Hermilda al ocurrir la delación de la herencia, acudió al llamado que la ley le hizo y aceptó la herencia, desatendió la prueba según la cual doña Hermilda como comunera responde solidariamente; desatendió la prueba según la cual don Odulfo el ejecutor testamentario aceptó el cargo de albacea, y en consecuencia responde solidariamente por haber sido también patrono en virtud de la sustitución patronal y olvidó la prueba conforme a la cual debe pagar las deudas causadas sobretodo con anterioridad a la delación misma de la herencia en su calidad de albacea".

El opositor hace extensas consideraciones sobre lo que debe entenderse por "trabajador del servicio doméstico" para sostener que fue acertada la calificación que en tal sentido dio la sentencia al demandan-

te; niega que el fallador hubiese incurrido en yerro alguno y se manifiesta contrario a la prosperidad del cargo.

Para resolver, se considera

En la diligencia de inspección judicial practicada dentro del juicio laboral seguido entre los mismos contendientes ante el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, prueba trasladada en legal forma a este proceso, se estableció que la finca en donde prestó servicios Galeano Quiceno tiene una extensión aproximada de una cuadra y media y que "en ella se encuentran varios árboles frutales, específicamente de naranjo, algunos de los cuales están casi secos, en jardín muy pequeño al frente de la casa, el que ha sido descuidado. En la parte de atrás se encuentran unas pocas matas de plátano. La finca es esencialmente de recreo, cuenta con una casa grande de amplios corredores. En la parte de atrás, pero unida a la misma casa, o haciendo parte de la misma casa, está la vivienda del mayordomo. En la finca no hay cultivos explotables económicamente, ni instalaciones para cría de animales".

Con apoyo en esta probanza y en la de folio 72, o sea el interrogatorio de parte absuelto por Galeano en aquel juicio y también trasladado a éste, en la cual se registra la confesión de que la finca se destinaba únicamente a "veraneo", llegó el Tribunal a la conclusión de que se trataba de una simple finca de recreo y no de una empresa, pues allí no existía explotación económica de ninguna clase. Como esto es lo que esas pruebas acrediten, resulta claro que hubo acierto en su apreciación y que no se cometió, a este respecto, error de hecho alguno. Sin que sean oponibles las consideraciones que hace el impugnador sobre la posibilidad de que se estableciera en ella una explotación económica, o la valorización que pudiera alcanzar el inmueble por la acción del tiempo o de los trabajos y cuidados realizados para su conservación, ni la circunstancia de que después del fallecimiento de su dueño se hubiese dado o intentado dar en arrendamiento, pues la renta estipulada, cuyo valor se ignora, bien podría ser apenas suficiente para su conservación y para el pago de los salarios del mayordomo que continuaba siendo de cargo de la sucesión, conforme a la carta de folio 50 en que se informa a Galeano sobre el posible arrendamiento.

Si no fue equivocada la estimación de esas pruebas, ni hubo error al negar el carácter de empresa a la finca en donde prestó sus servicios el actor, por ser ésta de recreo y no una unidad de explotación económica, no pudieron transgredirse los preceptos sobre primas de servicio y jubilación restringida, al negarse estas pretensiones, pues ellos son aplicables únicamente a los patronos que tengan la calidad de empresa. El cargo, en este aspecto, no puede prosperar.

Tampoco incurrió el sentenciador en error alguno al apreciar las copias de la demanda y del fallo proferido en el anterior proceso —folios 64 a 82— y al concluir, con base en esas piezas, absolviendo por el extremo de vacaciones y declarando probada la excepción de cosa juzgada en relación con la súplica por dominicales y festivos; éstos se demandaron en aquel juicio con resultado adverso para el demandante, configurándose así la aludida excepción. Y el razonamiento que hace respecto de las vacaciones es inobjetable, pues quien apenas demanda el reajuste de una prestación está aceptando el pago parcial o incompleto de ésta, y como el dicho reajuste fue denegado en aquella sentencia (cosa juzgada), resulta evidente que la nueva reclamación que se formule por el todo no puede tener éxito. Sobre este punto dijo el ad quem: "En cuanto a las vacaciones compensadas en dinero se tiene que el actor había demandado antes en el Juzgado 1º Laboral de esta ciudad el reajuste de ellas (fls. 64 a 82) sin resultado favorable alguno, y al reclamar su reajuste en aquella oportunidad lógicamente estaba reconociendo que se las cubrieron en cuantía inferior. Tampoco prospera este pedimento".

Pero sí cometió error el fallador cuando de las pruebas analizadas en primer término —inspección judicial e interrogatorio de parte absuelto por Galeano —dedujo, no sólo que la finca era de recreo y no constituía una empresa, sino también que el demandante era "un trabajador del servicio doméstico". Esta segunda conclusión es equivocada, ya que la circunstancia de que el servicio se preste a un patrono sin

carácter de empresa o en un establecimiento que no tenga esa calidad, no es suficiente por sí sola para clasificar al trabajador en aquella categoría. Si bien es cierto que ninguna persona que preste servicios a una empresa puede ser calificada como "trabajador del servicio doméstico", es igualmente evidente que no se puede otorgar esa calificación, a contrario sensu, a quienes lo presten a patronos o a entidades o establecimientos que no tengan carácter empresarial. Así, los trabajadores de un club social, como tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia, no lo son del servicio doméstico, como tampoco lo son quienes trabajan en un hotel que constituye una empresa. La denominación de trabajadores del servicio doméstico se refiere únicamente a aquéllos que prestan sus servicios en un hogar o casa de familia. De manera que cuando el Tribunal infirió de aquellas probanzas que Galeano, quien desempeñaba el cargo de mayordomo de la finca, era un trabajador del servicio doméstico, hizo una errada apreciación de ellas e incurrió en evidente error de hecho, violando, como consecuencia, los artículos 249 y 252 del Código Sustantivo del Trabajo y los que regulan el salario mínimo. El ataque, por tanto, habrá de prosperar en este punto.

En lo tocante al despido, el fallo contiene las siguientes reflexiones:

"En comunicaciones visibles a folios 10 y 51 se le solicita a Galeano la entrega del inmueble y se le ofrece el pago de lo debido, y éste al absolver el interrogatorio de parte a que se aludió se niega a hacerlo hasta tanto no le cancelen lo que le adeudan. Es decir, que retuvo la finca donde laboraba sin autorización legal, rebeldía que el Juez Civil ante el cual se adelantaba el juicio de sucesión del finado Posada Restrepo (fl. 28) encontró justificada y ordenó su lanzamiento. Y se dice que ejerció un acto de retención indebido, pues debió hacer entrega de la finca al solicitársela y una vez separado de ella ejercer las acciones que la ley le da a fin de obtener el pago de sus derechos si era que se los estaban negando. El acto de rebeldía que produjo el desalojo de la finca constituye una violación a la obligación de restituir en buen estado, salvo el deterioro natural, el inmueble que pusieron bajo su cuidado (Art. 58, numeral 3º C. S.) (sic). Por lo tanto se revocará el fallo de primer grado que impuso esa sanción".

El despido del trabajador se produjo por medio de la carta de folio 10, dirigida por Hermilda Franco de Posada a Ernesto Galeano, cuyo tenor es el siguiente:

"En vista de su comportamiento en contra de mis intereses, me permito comunicarle que no necesito más de sus servicios como mayordomo de la finca S. Francisco de la sucesión de mi esposo. Su liquidación de prestaciones está a su disposición, cuando desocupe, o será consignada en Juzgado Laboral. En el término de 10 días se servirá desocupar para que le reciba el nuevo mayordomo".

El motivo invocado, como se ve, fue "su comportamiento (el de Galeano) en contra de mis intereses" (los de la señora de Posada). Sin embargo, el sentenciador, con fundamento en que el trabajador se negó a desocupar mientras no le pagaran lo que le adeudaban y fue necesario acudir a un Juez Civil para su lanzamiento, estimó que la razón aducida para la terminación del contrato de trabajo había sido la negativa del trabajador a entregar el inmueble y encontró justificado el despido por constituir aquella rebeldía una violación de la obligación de que trata el ordinal 3º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

Salta a la vista, de consiguiente, la equivocada apreciación de esas pruebas y la comisión de los errores de hecho que, en este aspecto de la censura, se imputan al fallador, pues: a) La razón del despido no fue la renuencia de Galeano a entregar el inmueble, sino la anotada en el documento de folio 10; b) La rebeldía o renuencia a entregar fue posterior al despido, una consecuencia de éste y no su causa; y c) La permanencia del trabajador en el sentido del trabajo después de que el patrono le ha comunicado su determinación de prescindir de sus servicios, no es un hecho que encaje dentro de las previsiones del artículo 58, ordinal 3º, ni que pueda erigirse en motivo de justificación, a posteriori, del despido mismo.

Como consecuencia de estos errores resultó indebidamente aplicado el mencionado artículo 58, así como el 7º y el 8º del Decreto 2351 de 1965, razón por la cual el

fallo habrá de ser casado en lo relativo a este pronunciamiento.

Por último, las pruebas concernientes a la condición de heredera de Hermilda Franco de Posada y de albacea de Odulfo Gómez, sólo acreditan esas calidades y la representación que esas personas tienen de la sucesión de Pedro Pablo Posada. Pero de ellas no se deduce que el contrato de trabajo que existía entre éste y Galeano hubiese continuado con aquéllos personalmente, dando lugar a que se operara el fenómeno de la sustitución patronal. La señora de Posada y Gómez actuaron frente al trabajador, pero lo hicieron en virtud de la representación que tenían y en ningún caso en forma personal y directa. De allí que la falta de apreciación de esas pruebas por parte del Tribunal ninguna incidencia tengan en la parte resolutiva del fallo acusado, pues la decisión, respecto de las indicadas personas, de todos modos habría de ser absolutoria. El cargo, en esta materia, tampoco prospera.

Consideraciones de instancia

Habiendo quedado establecido que la circunstancia de que la finca en que prestó servicios Galeano Quiceno no constituyera una empresa no daba al empleado la calidad de "trabajador del servicio doméstico", y estando probado, como lo está, aun por confesión hecha en la respuesta a la demanda inicial, que su oficio era el de mayordomo de la finca, debe dársele el tratamiento que corresponde a un trabajador común. Su cesantía, pues, debe ser liquidada en la forma prevista en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea a razón de un mes de salario por cada año de servicio y con base en el salario mínimo legal vigente en la época en que terminó el contrato, por ser inferior a éste el acreditado en el proceso. Como dicho salario era de quince pesos ($ 15.00) diarios y el tiempo de servicio demostrado y no discutido en el recurso extraordinario es de 19 años, 5 meses y 23 días, la condena por este extremo es equivalente a la suma de $ 8.766.25, debiendo confirmarse el pronunciamiento del a que que dedujo igual cantidad por este concepto.

El documento de folio 10 demuestra plenamente el hecho del despido sin que exista en el expediente prueba alguna que acredite su justificación. En tales condiciones, procede el despacho favorable de la súplica que persigue la correspondiente indemnización, cuyo valor, liquidado con base en los factores anotados y con aplicación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, asciende a la suma de $ 8.991.25. Como el juzgado obtuvo otro resultado, se modificará en este aspecto su decisión.

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 materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 6 de noviembre de 1974, en cuanto redujo la condena por auxilio de cesantía a la suma de $ 3.540.00 y absolvió por el extremo de lucro cesante y por las costas del primer grado, y, en sede de instancia, CONFIRMA el fallo del a quo, en cuanto condenó a la Sucesión de Pedro Pablo Posada, representada por Hermilda Franco y Odulfo Gómez, a pagar a Ernesto Galeano Quiceno la suma de $ 8.766.25 por auxilio de cesantía, y el 40% de las costas; y lo MODIFICA en el sentido de disponer que la condena por concepto de indemnización por despido injusto vale la suma de ocho mil novecientos noventa y un pesos con veinticinco centavos ($ 8.991.25) y no $ 9.207.50 como allí se expresa. No la casa en lo demás. Sin costas en la segunda instancia y en el recurso.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Alejandro Córdoba Medina, con salvamento de voto; *Jorge Gaviria Salazar.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto de lo resuelto en la sentencia de casación dictada en el juicio de Ernesto Galeano Quiceno contra Hermilda Franco y otros, en cuanto consideró que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín había incurrido en error de hecho al deducir la calidad de trabajador del servicio doméstico del demandante, del hecho de haber trabajado en una finca de recreo.

El sentenciador encuentra demostrado con la inspección judicial y con la absolución de posiciones, el hecho de que el demandante trabajó en una finca de recreo, lo cual no es error de apreciación pues así lo acepta la misma sentencia de casación.

El sí cuem dedujo del hecho de haber trabajado el demandante en una finca de recreo, la calidad de trabajador del servicio doméstico, conclusión que no se deriva de la apreciación de las pruebas, sino de un hecho debidamente demostrado. Luego esa deducción no constituye un error de hecho y por ello ha debido atacarse por otra vía, ya que es un concepto del sentenciador.

Los trabajadores de las fincas de recreo fueron asimilados por el Tribunal a trabajadores del servicio doméstico, por extensión de la vivienda de la familia, concepto que envuelve una interpretación de lo que se entiende por servicio doméstico, y que requería no el tratamiento de un error de hecho sino el examen del concepto en sí mismo.

Como la sentencia de casación trata el punto como un error de hecho y no estudia el concepto de servicio doméstico, me aparto de lo decidido en ella.

Fecha ut supra.

Alejandro Córdoba Medina.

LIQUIDACION DE CESANTIA

Mérito probatorio de las fotocopias, cuando se refieren a documentos públicos y a recibos firmados por el demandante que no han sido tachados de falsos oportunamente.

Por tales razones, no puede ser desconocido el mérito probatorio de las fotocopias de los folios 66 a 77, ya que unas se refieren a documentos públicos y otras a recibos firmados por la demandante que no habiendo sido tachados de falsos oportunamente, se han de tener como auténticos de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo veinticuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Ref: Radicación Nº 5349. Acta Nº 24.

Josefina Pérez García, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía número 20.050.487 expedida en esta ciudad, demandó por medio de apoderado a Berkshire de Colombia S. A. para que fuera condenada a pagarle cesantía, indemnización por despido, indemnización por mora y costas del juicio.

Los hechos presentados en la demanda son:

"1º) La trabajadora Josefina Pérez García, ingresó al servicio de la empresa el 15 de abril de 1955, a la cual estuvo vinculada por contrato de trabajo a término indefinido hasta el 9 de mayo de 1972.

"2º) En la fecha últimamente indicada en el hecho inmediatamente anterior, la empresa le comunicó a la trabajadora la decisión unilateral de dar por terminada la relación laboral.

"3º) La causal invocada por la empresa, fue en su decir, el reconocimiento por parte del Instituto Colombiano de Seguros Sociales a la trabajadora de la pensión por vejez.

"4º) La parte patronal, antes de la terminación del contrato de trabajo no dio el aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días, por lo cual, la terminación del contrato es ilegal.

"5º) El valor del salario diario del trabajador durante el último año de servicios, fue la cantidad de veintiocho pesos ($ 28.00) M/cte.

"6º) La empresa a la terminación del contrato de trabajo, no canceló a la trabajadora, la cesantía debida a los factores de tiempo de servicios y valor del salario".

El apoderado de la demandada propuso excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de 1º de julio de 1975, condenó a la demandada a pagar $ 14.856.00 como indemnización por despido, $ 7.760.28 por cesantía, $ 28.00 diarios a partir del 10 de mayo de 1972 y hasta cuando se paguen las condenas, como indemnización por mora, y las costas de la instancia. El apoderado de Berkshire de Colombia S. A. apeló de la providencia del a quo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, revocó el fallo apelado, absolvió a la demandada de todas las peticiones, declaró probada la excepción de pago total de

la cesantía, impuso al actor las costas de la primera instancia y no condenó en las de segunda. El apoderado del demandante interpuso contra dicha sentencia, recurso de casación que concedió el Tribunal y admitió la Corte.

El recurso

Con base en la causal primera de casación laboral, se presentan dos cargos que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Se busca la casación total del fallo acusado, para que se confirme la providencia de primera instancia.

Primer cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida de violación indirecta, por aplicación indebida, a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras, de los artículos 1º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, lo que condujo al honorable Tribunal Superior de Bogotá, a absolver a la parte demandada del pago de la indemnización por el despido injusto, en favor de la demandante, según se precisará en el desarrollo del cargo.

"Consisten los errores de hecho.

"Primero. En dar por demostrado, sin estarlo, que la parte demandada, para la terminación del contrato de trabajo, terminación unilateral, originado en el reconocimiento a la trabajadora de la pensión de jubilación por vejez, le dio el aviso de ley, con anticipación no menor de quince (15) días.

"Segundo. No dar por demostrado, sin estarlo, que la parte demandada, para la terminación del contrato de trabajo, obró en forma ajustada a la ley, con la sola invocación como causa del despido, el reconocimiento de la pensión de jubilación por vejez.

"Tercero. En no haber dado por demostrado, estándolo, que el despido de la trabajadora demandada, se operó sin el cumplimiento, por parte de la empresa, del requisito esencial del aviso con la anticipación no menor de quince (15) días y que al proceder así, el despido fue injustificado.

"Cuarto. En no haber dado por establecido, estándolo, que por razón del despido injustificado, la parte demandada le debe a la actora, el valor de la correspondiente indemnización".

El impugnador señala como pruebas erróneamente apreciadas la carta de despido y los testimonios de Gabriel Forero y José Aldemar Pérez Carvajal, y como pruebas dejadas de apreciar, el poder conferido para el juicio y la certificación del Secretario de la Asamblea General de Accionistas de folio 24.

El acusador afirma que el ad quem encontró ajustada a la ley la conducta de la empresa, tanto en la invocación de la causal de terminación, como en el preaviso requerido, respecto al cual transcribió los testimonios de Gabriel Forero Pinzón y José Aldemar Pérez Carvajal; asevera que según los testigos el preaviso no fue dado por la empresa, ni por el patrono ni por su representante, sino el doctor Nicolás Llinás que no era representante del patrono, ya que esa calidad la tenía el señor Frank Sánchez, según los documentos de los folios 16 y 24; alega que se apreció erróneamente la carta de despido, porque de ella no se desprende el preaviso; asevera que por haber admitido un preaviso no dado por el señor Frank Sánchez se violó el artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, y consecuencialmente se infringieron los artículos 7º y 8º del mismo decreto.

El opositor advierte que en la demanda inicial se presenta la carta de despido como suscrita por el jefe de personal y ella está firmada por el doctor Nicolás Llinás, y que en los hechos de la demanda se dice que la empresa comunicó al trabajador la decisión unilateral de terminación, con lo cual se admite que el doctor Llinás sí representaba al patrono.

Se considera

El sentenciador después de reproducir el texto de la carta de despido y el de los testimonios de los señores Forero y Vélez, dijo:

"Con las declaraciones anteriores transcritas se establece que la demandada ma-

nifestó oportunamente a la trabajadora sobre la comunicación de los seguros sociales, acerca del reconocimiento de su pensión mediante la Resolución número 1604 de 1972 y que había empezado a disfrutar a partir del 20 de enero del mismo año (folio 44).

"Considera entonces la Sala que la sociedad obró en forma ajustada a la ley, por cuanto para prescindir de los servicios invocó una de las causales que dan lugar a la terminación del contrato por justa causa y la contemplada en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 en su inciso 14, debiendo absolverse a la demandada del pago de la indemnización por despido injusto solicitada en la demanda".

Es claro que el sentenciador dedujo de la carta de despido la invocación del motivo de la terminación, pero no el preaviso, lo cual muestra que la carta no fue erróneamente apreciada.

La apreciación de las pruebas de folios 16 y 24 que el recurrente dice dejadas de apreciar, no llevan a la conclusión que el atacante pretende, porque si bien en ellas aparece el señor Frank Sánchez como Gerente de la demandada, no se establece que el doctor Nicolás Llinás, no fuera representante del patrono, ya que según el artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, la representación laboral del patrono está no solamente en quienes tienen tal carácter conforme a la ley, la convención o el reglamento, sino también en quienes ejerzan funciones de dirección o de administración, en quienes ejerciten actos de representación con aquiescencia expresa o tácita del patrono y en los intermediarios.

Si bien es cierto que el doctor Llinás no aparece como el representante legal de la demandada, el demandante en el juicio no puede desconocer el carácter de representante del patrono del doctor Llinás, pues la carta de despido fue firmada por él como jefe de personal, dicho documento fue presentado por el demandante con la afirmación de que era la comunicación de la empresa sobre el despido, y si se admitiera la argumentación del recurrente en casación, se tendría que tampoco se habría demostrado el despido, ya que la carta del folio 6 en que se comunica la terminación unilateral, no está firmada por el señor Frank Sánchez sino por el doctor Nicolás Llinás.

El mismo recurrente admite que las únicas pruebas en que se apoyó el sentenciador para encontrar demostrado el preaviso, fueron las testimoniales, en las cuales no se puede apoyar un error de hecho como el recurrente pretende, en vista de que la carta de despido no fue apreciada erróneamente, ni la estimación de otras pruebas lleva a las conclusiones del impugnador.

No fueron demostrados los errores de hecho propuestos, por lo cual no prospera el primer ataque.

Segundo cargo

Expresa el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida de violación por la vía indirecta, por aplicación indebida, a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas, de los artículos 14, 65, 249 y 640 (sic) del Código Sustantivo del Trabajo, del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968. Además violó, como infracción de medio los artículos 174, 187, 196, 252, 254, 261, 264, 269 y 275 del Código de Procedimiento Civil. Todo lo cual, condujo al honorable Tribunal Superior de Bogotá a absolver a la parte demandada del pago del auxilio de cesantía demandada y de la indemnización moratoria, en favor de la demandante, según se precisará en el desarrollo del cargo.

Los errores de hecho, consistieron:

"Primero. En dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa pagó a la trabajadora la totalidad del auxilio de cesantía, causado a su favor, dados los factores de tiempo de servicio y valor del salario base de liquidación.

"Segundo. En dar por demostrado, sin estarlo, que a la terminación del contrato de trabajo, la empresa quedó a paz y salvo con la trabajadora demandante por el pago total del auxilio de cesantía.

"Tercero. En dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa pagó a la trabajadora cesantías parciales, como anticipos de dicha prestación, descontados en la liquidación final de prestaciones sociales.

"Cuarto. En no haber dado por demos-

trado, estándolo, que la empresa a la terminación del contrato de trabajo, sólo canceló a la trabajadora, por concepto de auxilio de cesantía, la cantidad de cinco mil ciento ochenta y seis pesos ($ 5.186.00) M/cte. y no la cantidad de doce mil veinte pesos con noventa y seis centavos ($ 12.020.96) M/cte.

"Quinto. En no haber dado por demostrado, estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo, la empresa no pagó a la trabajadora demandante, la totalidad del auxilio de cesantía y que al obrar así, incurrió en la mora determinante de la correspondiente indemnización moratoria. (salarios caídos)".

Como pruebas erróneamente apreciadas se indicaron las de los folios 7, 56, 57, 58, 59, 70, 71, 73, 74, 75 y 77 del primer cuaderno.

El impugnador afirma que el sentenciador tomó el asentimiento a la liquidación de prestaciones como prueba de que se habían pagado las cesantías parciales liquidadas, por lo cual alega mala apreciación de ese documento y dice que se debía entender como confesión de deber la totalidad de la cesantía y demostrado solamente el pago verificado a la terminación del contrato; asevera que esa apreciación del fallador llevaba a aceptar la renuncia de derechos laborales, que está prohibida por varias normas que cita; de esa violación deduce también la de la norma sobre indemnización moratoria; se refiere a las pruebas decretadas de oficio por el Tribunal, para manifestar que carecen de eficacia de convicción porque fueron desconocidas por el representante de la demandante y no se verificó su autenticidad, por lo cual la apreciación de ellas constituye violación de los principios que informan la teoría probatoria; alega que alguna de las resoluciones aparece con tachaduras, arguye que el fallador confundió la autorización de pago con el acto de cumplimiento de ese pago; de todo lo cual concluye que se violaron los artículos citados en el cargo.

El opositor advierte que la demandante nunca reclamó por la cesantía, puesto que sabía que se le había pagado en su totalidad, y que por ello hizo observaciones sobre otros puntos pero no sobre esa prestación.

Se considera

Todo lo que dice el sentenciador sobre la cesantía es lo siguiente:

"Solicita la actora el valor de la cesantía correspondiente al tiempo trabajado y al último salario devengado. En la liquidación que obra a folio 7 se hace la correspondiente liquidación de esta prestación por la cantidad de $ 12.220.97 a la cual le deducen como anticipos la suma de $ 7.034.78, quedando un saldo de $ 5.186.19. Allí igualmente le cancelan la prima y reconocimiento de las vacaciones. Al finalizar estos tres conceptos, la ex-trabajadora firma su consentimiento y solamente en la nota final deja la constancia que se reserva el derecho a reclamar por FUERO SINDICAL y jubilación. En esta instancia como es de ley en derecho laboral se trató de establecer la verdad real y por tal motivo se decretaron como pruebas las resoluciones del Ministerio del Trabajo, sobre concesión de cesantías parciales de jubilación, encontrándose que las sumas liquidadas allí corresponden en su totalidad a la cantidad que le fue descontada en el finiquito que obra a folio 7 y, que por otra parte, se verificó por la totalidad de dicha prestación. Se revocará la decisión del juez de primera instancia en este aspecto, declarándose legalmente probada la excepción de pago total y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

De lo transcrito se ve con absoluta claridad que el sentenciador anotó el consentimiento de la trabajadora a la liquidación con las salvedades sobre fuero sindical y jubilación, pero no deduce del documento de liquidación la prueba del pago de las cesantías parciales, sino que encuentra esos pagos con las fotocopias de las resoluciones y de los recibos. De lo anterior resulta que el documento del folio 7 no fue mal apreciado, ya que el sentenciador no dedujo de él lo que afirma el recurrente, y por ello no se establece la errónea apreciación afirmada.

Respecto a la argumentación del atacante en el sentido de que la liquidación de prestaciones implica la confesión de que se debía el total de la cesantía, es necesario recordar que el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil ordena aceptar la confesión con las modificaciones, aclaracio-

nes y explicaciones concernientes al hecho confesado, salvo cuando exista prueba en contrario, y que sólo se apreciarán separadamente los hechos que no guarden íntima conexión con el confesado, lo que aplicado a la situación examinada, hacer ver que en la liquidación del folio 7 no se pueden separar las cantidades que se refieren a la cesantía total y las que constituyen las cesantías parciales, o sea, que de ese documento sólo se puede entender que el patrono admite deber el saldo que pagó con base en la misma liquidación.

Las copias que aparecen de los folios 66 a 77 fueron autenticadas ante notario, como lo tiene previsto el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil. Esas pruebas fueron decretadas de oficio según lo consagra el artículo 180 del mismo estatuto.

El desconocimiento de documentos de que trata el artículo 275 del Código de Procedimiento Civil se refiere al que hace la persona que firmó el documento cuando se le cita para reconocimiento o el mandante cuando fue firmado por mandatario, diligencia que se hace bajo juramento. De tal manera que la manifestación hecha por el apoderado de la demandada en el sentido de que desconocía los documentos cuyas copias fueron decretadas como pruebas de oficio, no tiene ningún efecto en cuanto a las resoluciones oficiales que son documentos públicos, ni en relación con los recibos firmados por la trabajadora, porque el apoderado no tenía facultad expresa para el reconocimiento, como lo dice el artículo 272 de la obra citada, ni el desconocimiento se hizo en la diligencia respectiva bajo juramento. Por tales razones, no puede ser desconocido el mérito probatorio de las fotocopias de los folios 66 a 77, ya que unas se refieren a documentos públicos y otras a recibos firmados por la demandante que no habiendo sido tachados de falsos oportunamente, se han de tener como auténticos de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

Se dice que el documento del folio 72 tiene tachaduras, pero si se observa atentamente, se encuentra que las rayas que aparecen con algunas leyendas, no son tachaduras, sino renglones del modelo de resolución, que por mala colocación de la máquina, no quedaron debajo de las leyendas sino éstas sobre los renglones.

Tampoco es verdad que los recibos no se encuentren firmados, pues la firma de la trabajadora aparece en los documentos de folios 71, 74 y 77, el último de los cuales resume todas las liquidaciones parciales de cesantía y fue aceptado por la trabajadora.

La argumentación del opositor sobre falta de reclamación de la cesantía, tiene apoyo en una circunstancia un tanto anómala, pues aunque esa prestación fue pedida en la demanda, no aparece conferido el poder para tal fin sino por medio de una agregación que no concuerda en la redacción ni en el tipo de letra ni en la intensidad de la tinta, y que ha debido salvarse con firma de la poderdante en manifestación final, sin que ello hubiere ocurrido.

Por las consideraciones anteriores, 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 veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Josefina Pérez García contra Berkshire de Colombia S. A.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REGIMEN LABORAL APLICABLE A LOS TRABAJADORES DEL BANCO CAFETERO

El Tribunal dio aplicación a los preceptos de la Ley 8ª de 1945 y de su Decreto Reglamentario número 2127 del mismo año, a pesar de existir el mismo Reglamento Interno de Trabajo cuyas disposiciones se invocan en este proceso, el Tribunal no cometió los errores de hecho que se le imputan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo veinticinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Acta Nº 22.

Efraín Villegas Echeverry, cedulado bajo el número 1.406.640 de Santa Rosa de Cabal, demandó por medio de apoderado al Banco Cafetero, para que por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se ordenara su reintegro, en las mismas condiciones de empleo de que gozaba cuando fue despedido con el consiguiente reconocimiento de los salarios dejados de percibir, hasta cuando se cumpla la decisión de reincorporación al cargo de Supernumerario del Departamento de Personal, Oficina Principal, del Banco Cafetero.

Como peticiones subsidiarias solicitó:

a) Pensión sanción en la cuantía que establece el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por haber laborado más de 10 años al servicio del nombrado establecimiento bancario, subordinado su goce o disfrute a cuando cumpla 60 años de edad;

b) Indemnización por despido ilegal e injusto con fundamento en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; y

c) "Salarios caídos", a razón de ciento ochenta y tres pesos con cinco centavos ($ 183.05) M/cte. diarios a partir del 10 de mayo de 1972 y hasta cuando el demandado le pague o consigne la indemnización que le adeuda de manera clara e indiscutible.

El apoderado del demandante afirmó como hechos:

"1. El señor Efraín Villegas Echeverry laboró al servicio del Banco Cafetero desde el 24 de octubre de 1958 hasta el 10 de febrero de 1972, o sea, durante 13 años, 3 meses y 16 días".

"2. El último empleo que desempeñó Efraín Villegas Echeverry fue el de Supernumerario del Departamento de Personal, Oficina de Personal, del Banco Cafetero".

"3. Efraín Villegas Echeverry devengó un sueldo promedio de cinco mil novecientos cuarenta y un pesos con sesenta y siete centavos ($ 5.941.67) M/cte.".

"4. El Banco Cafetero despidió de manera unilateral e injusta a Efraín Villegas Echeverry por medio del Oficio número 045 de fecha 10 de febrero de 1972".

"5. El Banco Cafetero aplica el Decreto legislativo 2351 de 1965 a sus servidores, por mandato expreso de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 14 de febrero de 1968".

"6. La tesis que antecede ha sido aceptada por la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de fecha 15 de octubre de 1972 (Juicio ordinario seguido por Hernando Rodríguez Vega vs. Banco Cafetero)".

"Enseñanza semejante ha proclamado la misma corporación en sentencia de fecha 15 de abril de 1968 (Ord. de Hermógenes Mendoza Rodríguez vs. Puertos de Colombia)".

"Sin embargo, el Banco Cafetero invocó al despedir a Efraín Villegas Echeverry el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, con violación ostensible del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965".

"7. El Banco Cafetero está en mora de solucionarle la indemnización por despido ilegal a Efraín Villegas Echeverry, haciéndose responsable de la indemnización por mora que consagra el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por cuanto han transcurrido los 90 días de gracia de que gozan las empresas del Estado".

"8. El Banco Cafetero tiene un capital pagado muy superior a los cien millones de pesos ($ 100.000.000.00) M/cte. guarismo que debe tenerse en cuenta para los efectos laborales consignados en este escrito".

"9. Está agotado el procedimiento gubernativo".

El demandado al contestar la demanda se opuso a que se hicieran las "peticiones impetradas", en razón de carecer en su totalidad de razón o fundamento legal, tanto de hecho como de derecho y consecuencialmente solicitó la absolución respecto a todas y cada una de las peticiones formuladas.

Respecto a los hechos dijo:

"1. No es cierto como está presentado. El señor Efraín Villegas Echeverry ingresó, en período de prueba, al servicio del Banco Cafetero, el día 24 de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), contrato de trabajo que se formalizó en forma definitiva el día 24 de diciembre del mismo año".

"2. Es cierto".

"3. No es cierto. El sueldo mensual básico, que sirvió para liquidarle el valor de sus prestaciones legales cuando se dio por terminado su contrato de trabajo, por justa causa, fue en 1971 de $ 5.491.67 M/cte., y el de los 40 días comprendidos del 1º de enero de 1972 al 10 de febrero del mismo año, fecha de su despido, fue el de $ 4.382.22 moneda corriente, conforme a la liquidación de fecha 18 de febrero de 1972, que se presenta como prueba".

"4. No es cierto. El señor Efraín Villegas Echeverry fue despedido por justa causa comprobada, y con el lleno de todas las formalidades legales, conforme al Oficio DRH-04575, de fecha 10 de febrero del año en curso de 1972".

"5. No es cierto en cuanto se refiere al demandante, señor Efraín Villegas Echeverry, en razón de no estar sindicalizado, o mejor dicho no haber estado afiliado a la ACAB".

"6. No es un hecho. Es una mera apreciación del señor apoderado del demandante".

"7. No es cierto. El contrato de trabajo con el demandante se dio por terminado con fundamento en lo dispuesto en los ordinales 4º y 8º, del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales al tenor del artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los reglamentos y disposiciones internas del banco, y una vez de haberle dado la oportunidad de que presentara sus descargos a las imputaciones que se le hacían, por graves faltas y negligencias en el desempeño de su cargo, según consta del acta levantada con fecha 9 de febrero del año en curso de 1972, acta que se negó a firmar, por lo cual lo hicieron, a su nombre, dos testigos, habiéndose negado también a dar ninguna clase de descargos".

"8. Es cierto".

"9. Que se pruebe".

Tramitado el juicio, el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, puso fin a la primera instancia en sentencia de 10 de julio de 1974, por medio de la cual resolvió:

"Artículo Primero. ABSUELVESE al establecimiento público 'BANCO CAFETERO, debidamente representado de la petición principal' (Reintegro y salarios dejados de percibir) contenida en el libelo de demanda formulada por el señor EFRAIN VILLEGAS ECHEVERRY, mediante apoderado, y de condiciones civiles conocidas en los autos, teniendo en cuenta lo expresado en la parte motiva de esta sentencia".

"Artículo segundo. Condénase al citado BANCO CAFETERO a pagar a favor del demandante EFRAIN VILLEGAS ECHEVERRY la suma de $ 3.701.62 mensual por concepto de pensión de jubilación, condicionándose su pago hasta tanto el beneficiario demuestre a la entidad demandada haber cumplido 60 años de edad".

"Artículo tercero. CONDENASE al BANCO CAFETERO a pagar a favor de EFRAIN VILLEGAS ECHEVERRY la cantidad de

$ 7.075.23 M/cte. por concepto de indemnización por despido".

"Artículo cuarto. CONDENASE al BANCO CAFETERO a pagar a favor de EFRAIN VILLEGAS ECHEVERRY la suma de ciento sesenta y seis pesos 53/100 ($ 166.53) diarios a partir del día 31 de mayo de 1972 hasta cuando se verifique el pago de las obligaciones impuestas en esta providencia".

"Artículo quinto. Serán a cargo de la parte demandada" (sic).

El apoderado del demandante, apeló de la anterior sentencia y el juzgado concedió el recurso en auto de 15 de julio del año ya citado. Posteriormente el procurador judicial del Banco Cafetero, en memorial de 19 de julio manifestó que hacía uso del recurso de "apelación adhesiva que establece expresamente el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil" y lo transcribió. El juzgado en providencia del 22 del mismo mes ordenó tener en cuenta tal manifestación y cumplir "el proveído de 16 de julio de mil novecientos setenta y cuatro".

El apoderado del promotor de la litis apeló del auto anterior y llegados los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ya que el recurso interpuesto fue concedido, la corporación lo revocó en providencia de 6 de noviembre de 1974, considerando que en los juicios del trabajo no era procedente la apelación adhesiva prevista en el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil.

Ordenó igualmente que la audiencia de juzgamiento en el juicio se llevará a cabo el 30 de noviembre siguiente a las diez de la mañana (fls. 128 y 129).

La resolución del juzgado quedó en firme y el Tribunal, luego de varios aplazamientos dicto sentencia el 18 de marzo de 1975 en la cual dispuso:

Primero. "MODIFICASE el artículo tercero de la sentencia recurrida, proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de julio de 1974, en el sentido de CONDENAR al BANCO CAFETERO, a pagar al señor EFRAIN VILLEGAS ECHEVERRY la suma de doce mil once pesos con 54/100 M/L. ($ 12.011.54) M/L., a título de indemnización por despido".

Segundo. "CONFIRMASE en lo demás la sentencia recurrida".

Tercero. "Sin costas en esta instancia".

El apoderado de Villegas Echeverry interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia que el Tribunal le concedió y está admitido por la Corte.

El recurso

El impugnador en la demanda con que sustentó el remedio extraordinario, pretende que se case la sentencia recurrida que condenó al Banco Cafetero "en la cantidad de $ 12.011.54 M/cte. como indemnización por despido y que la honorable Corte como Tribunal de instancia reforme el fallo de fecha 10 de julio de 1974 dictado por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de fijar la misma condena conforme al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, o sea, para una indemnización total de $ 68.901.78 M/cte. con la consiguiente condenación en costas".

A continuación el recurrente con fundamento en la causal primera de casación laboral, formula la acusación contra la sentencia presentando un solo cargo que se estudiará junto con la réplica del opositor.

Unico cargo

Lo enuncia así el recurrente:

"Violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, 11 de la Ley 6ª del mismo año y 3º de la Ley 64 de 1946 y 18 del Decreto legislativo 2420 de 1968 en relación con los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968, 2º de la Ley 6ª de 1945 y 107 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho por errónea apreciación de unas pruebas".

En la sustentación del ataque dice el impugnador que el Tribunal cometió dos errores evidentes de hecho que destaca así:

"a) Dar por establecido, sin estarlo, que el Reglamento Interno de Trabajo que rige las relaciones entre el Banco Cafetero y sus servidores no tiene la validez de modificar el régimen jurídico en materia de indemnización por despido (lucro cesante) y que en consecuencia, resulta improcedente tasar la indemnización aludida de con-

formidad con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, apreciando erróneamente el artículo 74 del mencionado reglamento; y

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el Reglamento Interno de Trabajo que rige las mismas relaciones hace parte del contrato individual de trabajo que vinculó a Efraín Villegas Echeverry con el Banco Cafetero cuando resulta más favorable y que en estas condiciones es aplicable el artículo 74 del aludido reglamento que adoptó el régimen indemnizatorio que consagra el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 107 del Código Sustantivo del Trabajo".

En seguida el recurrente copia un pasaje de la sentencia del Tribunal e indica que las pruebas mal apreciadas fueron el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco Cafetero el cual transcribe, destacando su numeral h) que dice: "El contrato de trabajo termina":

"h) Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965".

" . . . . . "

y el Oficio número 04575 (fls. 73 a 79).

Respecto al numeral h) del artículo 74 del reglamento dice el recurrente que el fallador en su apreciación errónea le desconoció su validez y sobre el oficio señalado antes manifestó:

"Del hecho de que el Banco Cafetero en su comunicación de despido al trabajador Villegas Echeverry hubiese invocado los "ordinales 4º y 8º del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, en concordancia con lo pertinente de los reglamentos de la institución", no se concluye como lo hizo el Tribunal en su error de apreciación que es inaplicable el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo, por cuanto la ley que gobierna la relación contractual es cuestión privativa que debe cadificar el juez. En el asunto sub lite no se quebranta el orden público laboral y menos aun cuando se trata de un régimen totalmente favorable al trabajador demandante".

"La equivocada valoración de los documentos auténticos antes reseñados, llevaron al Tribunal sentenciador a la violación de las normas citadas en el cargo, con desconocimiento de la pretensión que con justicia reclama el demandante".

"Si bien es cierto que esa Sección en el caso judicial de Eduardo Carvajal Molina vs. Banco Cafetero sostuvo la tesis de la inaplicación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, fue en desarrollo de la interpretación que hizo del artículo 32 de la convención colectiva celebrada el 14 de febrero de 1965, situación jurídica muy distinta de la que es materia de examen por parte del Tribunal de Casación".

El opositor al replicar el cargo manifiesta que el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo, que es de orden público, no puede ser modificado por acuerdos entre las partes y menos por normas del Reglamento Interno que, como el recurrente lo anota, forman parte de los contratos individuales de trabajo y que si así se aceptara la modificación sería nula o, mejor inexistente, al tenor del artículo 43 ibidem, por ser manifiestamente ilegal. También expresa que si se acuerda que a los trabajadores oficiales se les puede dar el mismo tratamiento que a los particulares y gozar aquéllos de los mismos atributos que éstos, sería tanto como darles a las partes intervinientes en una relación de trabajo la posibilidad de suplantar el legislador.

Igualmente expresa que no se trata en el sub lite de un error evidente pues lo que determina el reglamento es cuando termina el contrato sin que fije en ninguna parte la cuantía de la indemnización en caso de rompimiento injusto del vínculo por parte del patrono.

Se considera

En un juicio similar al presente, en que el demandante solicitaba indemnización al Banco Cafetero por haber sido despedido sin justa causa y aspiraba que dicha indemnización se tasara conforme a las disposiciones del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por entender que el reglamento interno del establecimiento bancario ordenaba aplicar dicho decreto, dijo la Corte:

"En el año de 1968, antes de que el Gobierno nacional como Legislador Extraordinario, expidiera la reforma administrativa, haciendo uso de las facultades que le confirió la Ley 65 de 1967, el Banco Cafetero prescribió para todos sus trabajadores un Reglamento Interno de Trabajo, según el cual tanto a la entidad bancaria como a

sus servidores se aplicaba el Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 2351 de 1965 y las demás normas que modificaran uno y otro. Se colocó así el banco dentro de un sistema de excepción".

"En el mes de diciembre de 1968, se produjo la reforma administrativa y el Banco Cafetero fue clasificado por el Decreto 2420 del citado año, como una empresa comercial del Estado, adscrito o vinculado al Ministerio de Agricultura".

"Es pues, el banco a partir de lo dispuesto por el estatuto antes citado, y teniendo en cuenta que fue creado por el Decreto 2314 de 1953, un organismo que desarrolla su propia actividad "conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley", y reúne las siguientes características :

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa; y

c) Capital independiente constituido con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial. (Decreto 1450 de 1968, Art. 6º)".

"No es pues ya la citada entidad bancaria una de aquellas empresas susceptibles de ser fundadas y manejadas por particulares, según lo tenía previsto el Artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 ni un establecimiento público, tal como lo había concebido la jurisprudencia de la Sala".

"Además, el Banco Cafetero está manejado por una Junta o Consejo Directivo, que siempre presidirá un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo o su delegado; y de un gerente, Director o Presidente que, a voces del artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, "será su representante legal".

"Fijada por los Decretos 1050 de 1968, y 2420 del mismo año la naturaleza jurídica del Banco Cafetero, el Decreto 3135 también de 1968 señaló para determinados efectos una de las excepciones a que alude el artículo 6º del primer estatuto y dijo":

"Artículo 5º Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales".

. . . . . .

"Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales (subraya la Sala)...".

"Si, en esta forma objetiva el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, establece que los servidores de las empresas del Estado son trabajadores oficiales, no es dable aplicarle a ellos el Código Sustantivo del Trabajo, conforme éste lo dice en su artículo 2º y es de obligatorio cumplimiento su texto (2º".

"La Corte no puede aceptar conflicto entre un simple estatuto interno de trabajo, el reglamento de la empresa y la ley. Aquél es de rango inferior a éste y por tanto, si sus previsiones pugnan con la ley, se aplicarán de preferencia los mandatos de ésta".

"En el caso que se estudia el Banco Cafetero es una empresa oficial y el actor tuvo la calidad de trabajador oficial".

"No se podía pues, aun existiendo el Reglamento Interno de Trabajo, aplicar al actor las normas del Decreto 2351 de 1965, que reformaron el Código Sustantivo del Trabajo". Y en otra parte de aquélla sentencia se dijo:

"Pero encuentra la Corte que en materia de derecho individual del trabajo entre empresas del Estado y los servidores de éstas, que por regla general, tienen el carácter de trabajadores oficiales, y por consiguiente el vínculo que las une es de contrato de trabajo, nada dicen los nuevos estatutos para efecto de la pretensión de la litis".

"Debe entenderse entonces, que respecto a este contrato, a su duración y a la indemnización por ruptura ilegal e injusta, se encuentran vigentes las prescripciones de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año", (juicio de William Ramírez Pita cta. Banco Cafetero, sentencia de 31 de octubre de 1972).

Si en el caso que se estudia el Tribunal dio aplicación a los preceptos de la Ley 6ª de 1945 y de su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, a pesar de existir el mismo reglamento interno de trabajo cuyas disposiciones se invocan en este proceso, el Tribunal no cometió los errores de hecho que se le imputan.

Además, y dentro del planteamiento del cargo, el artículo 74 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco Cafetero lo que señala son los casos de terminación del contrato, pero ninguna referencia hace a la indemnización por ruptura injusta del vínculo.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 18 de marzo de 1975, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Efraín Villegas Echeverry contra el Banco Cafetero.

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, Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CALIDAD DE EMPLEADO PUBLICO DE LAS PERSONAS QUE PRESTEN SERVICIOS A LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS, SEGUN EL ARTICULO 5º DEL DECRETO 3135 DE 1968

Según el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que presten servicios a los Establecimientos Públicos, son "empleados públicos", como regla general, y por excepción pueden algunos trabajadores vincularse por contrato de trabajo a tales establecimientos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Francisco José Camacho Amaya).

Acta Nº 20.

El Reverendo Padre Luis Losada Guerrero, por conducto de apoderado demandó ante el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Barranquilla al Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", representado en dicha ciudad por su Director Regional, con el fin de obtener de la justicia laboral, las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, así:

"1º Que mi mandante estuvo vinculado con el Servicio Nacional de Aprendizaje 'SENA' en esta ciudad, mediante contrato de trabajo suscrito al efecto, con el cargo de Instructor de Etica y laboró desde el 6 de julio de 1962 hasta el 16 de diciembre de 1971.

"Subsidiariamente a esta petición solicito: Que se declare que mi mandante laboró al servicio de la demandada, en las fechas anotadas en su condición de trabajador oficial de la citada.

"2º Que la demandada al despedir injustamente a mi mandante, debe cancelarle las sumas de dinero que le adeuda por concepto de indemnización por despido injusto, teniendo en cuenta el tiempo de servicio y el salario que resulte probado, con base en lo que establece la Convención Colectiva de Trabajo vigente el día del despido, cuyo monto lo determina en su artículo 110, numerales 1º y 3º y artículos concordantes.

"3º Que se condene a la demandada a pagar las sumas de dinero que adeuden por reajuste de prestaciones sociales, recargos nocturnos y extras.

"4º Que se condene a la demandada a pagar la indemnización moratoria (salarios caídos) con base en el salario que resulte probado, desde el día de la terminación del contrato, hasta el día que cancele el valor de las condenas a que se refieren los números 3 y 2 de este rubro de peticiones, que señale el fallador en su sentencia.

"Subsidiariamente a esta petición solicito: Que se condene a la demandada a pagar la indemnización moratoria señalada en este punto, desde el día de la terminación del contrato hasta el día que el juzgado laboral del circuito respectivo recibió el cupón de consignación de las prestaciones sociales de mi mandante.

"5º Que condene a la demandada a pagar las costas, agencias en derecho a que (sic) lugar por el presente debate.

"6º Que condene a pagar el valor de cualquier derecho pendiente de cancelarle a mi mandante, que expresamente no haya incluido en las peticiones anteriores de este libelo".

Como hechos el actor invocó en su demanda los siguientes:

"1º Mi mandante entró a trabajar con dicha entidad el 6 de julio de 1962.

"2º La vinculación que unió a mi mandante con la demandada, se hizo mediante contrato escrito de trabajo a término indefinido firmado por los interesados el 6 de julio de 1962.

"3º Mi mandante laboró hasta el 16 de diciembre de 1971 día en que le notificaron que quedaba insubsistente su nombramiento y que se sirviera reclamar sus prestaciones sociales.

"4º Mi mandante desempeñó el cargo de Instructor de Etica en el Centro Comercial que tiene la demandada en esta ciudad y su horario era de lunes a viernes de 2:00 p. m. a 10:00 p. m.

"5º Como remuneración por los servicios prestados, mi mandante devengaba un salario básico mensual de $ 3.400.00, el cual se aumentaba con los recargos nocturnos y las extras a que había lugar.

"6º El día del despido la demandada no invocó una justa causa para darlo por terminado y las prestaciones sociales las recibió mi mandante de parte del Juzgado 3º del Circuito de esta ciudad, varios meses después de la terminación unilateral del contrato.

"7º Mi mandante se beneficiaba de los efectos de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para la época de su retiro, la cual se firmó en la ciudad de Bogotá el día 25 de agosto de 1971.

"8º Mi mandante agotó la vía gubernativa a que se refiere el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral, haciéndole a la demandada la reclamación respectiva de lo que todavía le adeuda.

"9º La demandada el 7 de julio de 1972 se limitó a decir lo expuesto en su carta 034208, lo cual equivale a su respuesta a la reclamación hecha".

El Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" invocó al contestar la demanda como defensa, la circunstancia de que el Padre Lozada Guerrero desempeñó las funciones de Instructor de Etica de la entidad en Barranquilla, y que por tal razón tenía la calidad jurídica de empleado público.

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Barranquilla en sentencia de fecha 11 de agosto de 1975, decidió lo siguiente:

"1º DECLARAR, como en efecto se declara probada la excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción, y en consecuencia abstenerse de pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido en el presente juicio instaurado por el señor LUIS LOZADA GUERRERO representado judicialmente por el doctor Felipe Camacho Henríquez, contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) representado legalmente por el señor Alfonso Jaramillo Vengoechea, y en este juicio por el doctor Eduardo Llinás Mastrodoménico, al tenor de la parte motiva de esta providencia.

"2º SIN COSTAS".

Apeló de esta sentencia el señor apoderado del demandante, y en tal virtud el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla — Sala Laboral— en sententencia de fecha 2 de octubre de 1975, resolvió:

"REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

"ABSUELVASE a la entidad denominada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA", de los cargos formulados en la demanda del R. P. LUIS LOZADA GUERRERO.

"Sin costas".

La parte demandante en el juicio, interpuso Recurso de Casación contra el referido fallo, para lo cual señaló el alcance de la impugnación en la siguiente forma:

"Aspiro a que la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia recurrida, en cuanto por ella se absuelve al Servicio Nacional de Aprendizaje 'SENA' de todos los cargos formulados en la demanda, para que en su lugar, como ad quem, revoque la de primer grado en cuanto se declara probada la excepción de incompetencia de jurisdicción, y proceda en su remplazo a hacer las declaraciones y condenaciones solicitadas en el libelo de demanda. (Véase folio 17 del cuaderno principal)".

El casacionista formuló un cargo, concebido en los términos siguientes:

"Acuso la providencia impugnada de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, el inciso 1º del artículo 5º del Decreto legislativo 3135 de 1968, los artículos 2º y 5º del Decreto reglamentario 1848 de 1969; artículo 3º y 9º del Decreto 2464 de 5 de diciembre de 1970 y artículo 5º del Decreto 1050 de 1968.

"Como consecuencia de la aplicación in-

debida de las normas acabadas de citar, la sentencia violó indirectamente, por falta de aplicación, las siguientes normas: el artículo 30 de la Constitución Nacional, los artículos 1602, 1603, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil: los artículos 22, 23, 24, 47, 64, 249, 467, 468, 470, 471 y 476, del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 5º, 8º, 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968); artículos 1º, 8º, 11, 17 (letra a) 46, 47 y 49 de la Ley 6ª de 1945; 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; artículos 1º, 2º, 3º, 19, 20, 21, 40, 43, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945; artículo 1º del Decreto 797 de 1949; artículo 7º del Decreto 1848 de 1969, y artículo 110 de la Convención Colectiva de Trabajo de 25 de agosto de 1971, celebrada entre el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, y su sindicato de trabajadores.

"Las violaciones anteriores se produjeron a causa de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos y como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

"Es evidente que para producir la absolución del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, de las indemnizaciones por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, del reajuste de prestaciones sociales y de la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones e indemnizaciones debidas, o por la consignación tardía de las prestaciones debidas, el Tribunal incurrió en los errores de hecho que puntualizo a continuación y que aparecen de modo manifiesto en el proceso del conocimiento.

"A) Dar por probado, sin estarlo, que el demandante era un empleado ligado a la administración pública por una situación legal y reglamentaria basada en la primera parte del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 2464 de 5 de diciembre de 1970.

"B) No dar por probado, estándolo, que el actor era un trabajador ligado por contrato de trabajo por un término de duración indefinido.

"C) Consecuencialmente, el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, que el demandante en su calidad de empleado público estaba sometido al régimen de libre nombramiento y remoción de su cargo y por consiguiente sin derecho a ninguna indemnización por el despido injusto.

"D) Finalmente, el Tribunal no dio por demostrado, estándolo, que el señor Luis Losada (sic) Guerrero en su calidad de trabajador vinculado contractualmente, por un término indefinido, no podía ser despedido sin justa causa, sin derecho a las indemnizaciones por ruptura del contrato y mora en el pago de las prestaciones e indemnizaciones debidas'.

Agrega el recurrente para fundamentar el cargo, lo siguiente:

"Señalo como pruebas dejadas de apreciar por el fallador o apreciadas erróneamente, las siguientes, que constituyen documentos auténticos:

"1º El contrato de trabajo que el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, Seccional del Atlántico celebró con Luis Losada (sic) Guerrero el 6 de julio de 1962 por un término de duración indefinido y que aparece a folios 13 y 14 del cuaderno principal.

"2º La liquidación de prestaciones sociales que aparece a folio 30 del cuaderno principal.

"3º La Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, y su sindicato de trabajadores, que obra de folios 68 a 115 del cuaderno principal, especialmente en su artículo 110 numerales 1º y 3º, que se puede ver a folios 107 y 107 vuelto del cuaderno principal.

"4º La constancia o certificación dejada por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Barranquilla que aparece a folio 121 vuelto del cuaderno principal, según la cual el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, consignó la suma de $ 11.642.89 correspondiente a la liquidación de cesantía, sólo el día 14 de marzo de 1972.

"En efecto, la sentencia acusada le dio al demandante Luis Losada (sic) Guerrero la calidad de empleado público como instructor del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, basado únicamente en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 que dice:

"Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas

son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

"Agrega la sentencia que el Decreto 2464 de 1970 no se calificó a los instructores dentro de la 'excepción', es decir, como trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo.

"Basado en la norma anterior el fallador de segunda instancia decretó la calidad de empleado público del demandante, negándole valor completamente al contrato firmado entre el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, Seccional del Atlántico y el señor Luis Losada (sic) Guerrero, de fecha 6 de julio de 1962 y por medio del cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios como profesor de ética según reza la cláusula primera. Según la cláusula segunda el contrato 'quedará por tiempo indefinido ajustándose para efectos de duración y terminación a los artículos 47 del Código Sustantivo del Trabajo y primero del Decreto 616 de 1954, modificativo del artículo 48 del código sobre plazo presuntivo y la cláusula de reserva respectivamente. 'Según la cláusula tercera del mismo contrato de trabajo se dice que en desarrollo de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en esa fecha las partes se reservan la facultad de dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, mediante preaviso o deshaucio notificado por escrito a la otra parte previa cancelación de todas las deudas y prestaciones, pagando al trabajador la indemnización, de acuerdo con el tiempo de servicio, que aparece tasada y regulada en la cláusula novena de la mencionada convención. Termina este contrato de trabajo diciendo en su cláusula sexta que 'el presente contrato se celebra de buena fe entre las partes' y para constancia se firma ante testigos en Barranquilla con fecha 6 de julio de 1962".

"Esta prueba que aparece a folios 13 y 14 del cuaderno principal, fue mal apreciada cuando a folios 7 del cuaderno número 2 del Tribunal dice lo siguiente:

"Pero queda por analizar la situación ya creada con anterioridad, puesto que al ingresar el R. P. Losada (sic) al servicio del Sena, antes de promulgarse el Decreto 3135 de 1968, había firmado un contrato de trabajo, (6 de julio de 1962) cuya copia obra a folio 13 del informativo. Constituirá este contrato de trabajo un derecho adquirido, una situación más favorable que las leyes posteriores no puedan desconocer? La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado casi invariablemente en el sentido de que las normas del Decreto legislativo 3135 de 1968, que tiene categoría de ley, son de orden público y por lo tanto entran a definir completamente la situación jurídica del personal adscrito al sector público...".

"Olvida el ad quem, que una ley no puede gobernar las relaciones jurídicas creadas antes de su expedición, porque ello sería darle efecto retroactivo contra claras disposiciones legales.

"En efecto, a folios 13 y 14 del cuaderno principal, como ya se ha dicho aparece el contrato de trabajo firmado entre el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, y el señor Luis Losada (sic) Guerrero".

Para resolver, la Sala considera

Toda la argumentación del casacionista se encamina en resumen a que la Corte case la sentencia recurrida por haberle atribuido al actor la calidad de empleado público, vinculado, por tanto, por un acto-condición con el "SENA", conforme a lo previsto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, siendo que el Padre Lozada era un trabajador vinculado con anterioridad al Decreto 3135 de 1968, por contrato de trabajo, con dicha entidad oficial.

En primer término conviene determinar que de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 3133 del 26 de diciembre de 1968, el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" es un establecimiento público.

Según el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que presten servicios en los establecimientos públicos, son "empleados públicos", como regla general, y por excepción pueden algunos trabajadores vincularse por contrato de trabajo a tales establecimientos públicos.

En esta forma el régimen contractual laboral en los dichos establecimientos públicos, constituye la excepción, después de la vigencia del Decreto 3135 de 1968, y debe probarse tal situación excepcional, por el demandante, dentro del juicio laboral respectivo.

El demandante ha sostenido que tenía la calidad de trabajador vinculado por contrato de trabajo por encontrarse dentro de esa situación, antes de la vigencia del Decreto 3135 de 1968, en razón de haber suscrito con anterioridad un contrato de trabajo.

La discriminación jurídica del empleado oficial entre "empleado público" y "trabajador oficial" no depende de la voluntad de las partes patrono y empleado sino de la determinación legal respecto a la entidad a la cual se le presta el servicio y a la naturaleza de ese servicio. Al respecto la Corte en sentencia del 16 de julio de 1975, con ponencia del Magistrado doctor Jorge Gaviria Salazar (Juicio de Armando Barreiro contra el Idema) dijo lo siguiente:

"Además, cuando el ad quem se apoya en el documento de folio 81, contentivo del contrato de trabajo que celebró el actor en 1957, con el Instituto Nacional de Abastecimientos, desconoce que es sólo en los estatutos en donde, según la ley, puede establecerse qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, tal como lo ordena el artículo 5º del Decreto 3135 de 23 de diciembre de 1968. Dicho contrato, suscrito en la época en que sí podía celebrarse, no puede prevalecer contra lo dispuesto en la ley y en los estatutos del establecimiento público, pues en materia laboral la voluntad de los contratantes no puede apartarse de lo previsto en aquéllos, dado el carácter de orden público que tienen las disposiciones sobre trabajo.

"El Tribunal violó entonces tanto el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 como el 42 del 715 de 1969.

"Esta serie de errores llevó al ad quem a violar el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año no aplicable al caso de autos, ya que la relación entre el Idema y el actor terminó en vigencia del Decreto 3135 de 1968 cuyo artículo 5º era el que regía la vinculación de las partes. Y, por eso también se violó por aplicación indebida, el Decreto 797 de 1949, y se condenó al Idema al pago de indemnización moratoria a favor de Barreiro Montaño".

Al ratificar esta Sala la anterior doctrina jurisprudencial, se concluye que el demandante sí tenía la calidad de empleado público al momento en que fue removido de su cargo de instructor de ética.

En esta materia, por otra parte, no puede hablarse de derechos adquiridos por el servidor oficial en contra de una nueva ley, porque de acuerdo con el mismo artículo 30 de la Constitución Nacional no debe olvidarse que cuando medie el orden público, el interés privado debe ceder al interés público, y eso fue precisamente lo que quiso el Decreto 3135 de 1968, regular toda la situación jurídica de los servidores oficiales.

Síguese de lo expuesto que como el ad quem partió del supuesto de que se invocó la existencia del contrato de trabajo, era procedente absolver a la parte demandada, porque no se trata de un presupuesto procesal sino de un presupuesto de la acción.

En estas condiciones no puede prosperar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de fecha 2 de octubre de 1975.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Francisco José Camacho Amaya, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO CON CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 21

Jorge Fernández de Soto demandó por medio de apoderado judicial a Financiera Mobiliaria S. A., domiciliada en Bogotá, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se la condene a pagarle: Salarios por los períodos comprendidos entre el 18 de mayo de 1970 y el 15 de junio de 1971, y el 8 de noviembre de 1971 y el 31 de agosto de 1972; auxilio de cesantía por los lapsos anteriores; primas de servicios correspondientes al primero y segundo semestre de 1970, al primer semestre de 1971 y al primero de 1972; vacaciones; indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, y las costas del juicio.

Relatan los hechos de la demanda que el doctor Jorge Fernández de Soto prestó sus servicios como secretario general a Financiera Mobiliaria S. A. entre el 18 de mayo de 1970 y el 31 de agosto de 1972, habiéndose suspendido el contrato en el período comprendido entre el 15 de junio de 1971 y el 8 de noviembre del mismo año; Financiera Mobiliaria no ha pagado al demandante la remuneración por sus servicios, la que debe avaluarse por un perito; Fernández de Soto presentó renuncia de su cargo el día 31 de agosto de 1972, la que le fue aceptada. La sociedad demandada no le ha pagado el auxilio de cesantía, las vacaciones ni las primas de servicios demandadas.

Financiera Mobiliaria S. A. no contestó la demanda. En la primera audiencia de trámite propuso la excepción de pago, basada principalmente en que los servicios prestados por Fernández de Soto lo fueron por cuenta de la Bolsa de Bogotá S. A. en virtud de contrato de trabajo, la cual le pagó oportunamente los salarios y prestaciones sociales.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juez del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el quince de julio de mil novecientos setenta y cuatro, por medio de la cual absolvió a Financiera Mobiliaria S. A. de todas y cada una de las súplicas de la demanda presentada por Jorge Delgado Fernández de Soto, a quien condenó en costas.

Apeló el apoderado del demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral en sentencia de veinticinco de abril de mil novecientos setenta y cinco revocó el fallo de primer grado y en su lugar condenó a Financiera Mobiliaria S. A. a pagar a Jorge Fernández de Soto las siguientes cantidades: "a) Treinta y dos mil doscientos cuarenta y nueve pesos con noventa y un centavos ($ 32.249.91) moneda corriente, por concepto de SALARIOS INSOLUTOS en el primer período servido, de conformidad con la parte motiva de esta providencia; b) Veinticuatro mil cuatrocientos diez y seis pesos con cincuenta y nueve centavos moneda corriente ($ 24.416.59), por concepto de los servicios prestados en el segundo período, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído; c) Cuatro mil setecientos veintinueve pesos con diez y seis centavos ($ 4.729.16) moneda corriente, por concepto de CESANTIA durante el tiempo de servicio y conforme se expresó en la parte motiva de esta providencia; d) Tres mil seiscientos cuarenta y cinco pesos con setenta y cinco centavos ($ 3.645.75) moneda corriente, por concepto de PRIMA DE SERVICIOS, conforme a la parte motiva de es-

ta providencia; e) Un mil ochocientos setenta y cinco pesos ($ 1.875.00) moneda corriente, por concepto de VACACIONES, conforme a la parte motiva de este proveído", la absolvió de la indemnización moratoria y la condenó en las costas de la primera instancia; declaró no probada la excepción de pago e hizo las costas de segunta instancia de cargo de la demandada en un ochenta por ciento.

Recurrieron en casación los apoderados de ambas partes. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte el doble recurso se decidirá previo examen de las demandas extraordinarias y de las respectivas réplicas. El estudio se iniciará por el recurso del patrono demandado por cuanto pretende la casación total del fallo impugnado.

Recurso del patrono demandado

Alcance de la impugnación

Lo presenta así el recurrente: "Pretendo, con la prosperidad de cualquiera de los cargos que adelante formularé, la Casación Total del fallo impugnado a efecto de que, logrado lo anterior y procediendo la Corte como juez ad quem CONFIRME, en todas sus partes, la sentencia de primera instancia".

Formula el casacionista dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Con base en la causal primera de casación (Art. 60 del D. L. 528 de 1964) acuso la sentencia de segunda instancia, proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, el 25 de abril de 1975, dentro del juicio ordinario laboral adelantado por Jorge Delgado contra Financiera Mobiliaria S. A., de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 138, 139, 144, 189, 196, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de los errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos, en que incurrió el sentenciador por la errónea apreciación de una prueba que más adelante singularizará".

Dice el impugnador que para efectos del cargo no discute los siguientes hechos aceptados por el sentenciador: que el demandante sirvió en el mismo lapso en la Bolsa de Bogotá S. A. y en Financiera Mobiliaria S. A., en un mismo edificio, unas mismas oficinas y unos mismos escritorios; que la demandada no tenía empleados propios, pues era atendida por los empleados y funcionarios de la Bolsa de Bogotá S. A., mas como no encontró probada la unidad de empresa alegada por la demandada, dio por establecido el contrato de trabajo afirmado en la demanda inicial del litigio ante la prueba de los servicios prestados por el actor a la demandada y afirmó la coexistencia de contratos de trabajo.

Los errores de hecho los hace consistir el recurrente en:

"a) No haber dado por demostrado, estándolo, que el demandante había PACTADO LA EXCLUSIVIDAD en su contrato escrito de trabajo celebrado con la 'Bolsa de Bogotá S. A.'; b) No haber dado por demostrado, estándolo, que los servicios prestados por el demandante a la demandada, lo fueron en la misma jornada de trabajo pactada con la 'Bolsa de Bogotá S. A.' y en forma SIMULTANEA; c) Haber dado por demostrado, sin estarlo, — el hecho demostrado es el contrario— que los servicios prestados por el demandante a la demandada lo fueron en virtud de contrato de trabajo entre las partes, cuando se presentaron en virtud de contrato entre el actor y la 'Bolsa de Bogotá S. A.' ".

Como pruebas mal apreciadas el casacionista indica las siguientes:

"1. Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 11) sobre existencia y representación de la 'Bolsa de Bogotá S. A.' en que figura como Segundo Suplente del Presidente de la Sociedad, el demandante Jorge Delgado Fernández de Soto y aparecen las atribuciones del Presidente, obviamente, las de sus Suplentes y que importan la representación legal, las facultades ejecutivas y contractuales, etc., lo que unido al certificado del folio 12, de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre existencia y representación de 'Financiera Mobiliaria S. A.' en que aparece el mismo demandante Jorge Delgado Fernández de Soto como Segundo Vice-Gerente, acredita, por sí solo la SIMULTANEIDAD en el ejercicio de las funciones, pues de día, de no-

che, siempre era el actor representante legal de ambas, lo que destruye la subordinación que implica la facultad patronal de dar órdenes al trabajador y de ahí que simultáneamente no sea posible recibirlas y obedecerlas pues podrían ser contradictorias. 2. La inspección ocular (folio 30) con su prueba pericial complementaria (folios 53 y 70) en concordancia con el contrato de trabajo visibles a folio 13, todo lo cual acredita que las labores en 'Bolsa de Bogotá S. A.' y en 'Financiera Mobiliaria S. A.', se ejecutaban en las oficinas y escritorios de la primera y en forma simultánea, dentro de la jornada pactada con la primera y por órden de ésta, pues la demandada carecía de empleados propios y que en esta forma trabajó el actor. 3. Los testimonios de Luis Antonio Ospina (folio 36), Jorge Octavio Restrepo (fl. 60), José Vargas (fl. 67), todos los cuales en forma expresa, corroborando las pruebas anteriormente señaladas, declaran que el demandante prestó sus servicios a 'Bolsa de Bogotá S. A.' y a 'Financiera Mobiliaria S. A.', dentro de la jornada de trabajo pactada con la primera, en forma simultánea, por orden de la primera y en las oficinas y escritorios de la primera de tales sociedades. 4. El interrogatorio de parte rendido por el actor (fl. 44) en que éste acepta la SIMULTANEIDAD en la prestación de los servicios dentro de la jornada comprometida con la Bolsa de Bogotá S. A. y en las oficinas y escritorios de tal sociedad. 5. El contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la 'Bolsa de Bogotá S. A.' (fl. 21) en que expresamente se pacta, en la cláusula primera. LA EXCLUSIVIDAD de la capacidad de trabajo al servicio de 'Bolsa de Bogotá S. A.'. Este documento fue aportado por el actor".

Luego argumenta:

"El examen correcto de tales pruebas y aún su sola lectura, acreditan los errores de hecho enunciados, en forma manifiesta, incuestionable, indiscutible. Por consecuencia de tales errores, el sentenciador aplicó, indebidamente, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo ante la prueba del servicio personal cuando la EXCLUSIVIDAD y la SIMULTANEIDAD de los servicios a dos empresas en las oficinas y escritorios de una de ellas que había contratado sus servicios del actor, son suficientes para demostrar la falta de subordinación y la inexistencia del contrato de trabajo con la demandada, por lo que resultan igualmente violados, por aplicación indebida, los artículos 22, 23 que definen el contrato de trabajo y señalan sus requisitos o elementos. Ahora bien, el sentenciador dio por establecida la coexistencia de contratos, sin percatarse que estaba plenamente acreditada la EXCLUSIVIDAD y la SIMULTANEIDAD en los servicios con Bolsa de Bogotá S. A., por lo que infringió, por aplicación indebida causada por tal error de hecho, los artículos 25 y 26 del Código Sustantivo del Trabajo, incompatibles con dichas dos circunstancias probadas, o con cualquiera de ellas. Y por tal camino y como consecuencia de las violaciones anteriores, aplicó indebidamente el artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo que manda remunerar todo trabajo dependiente. Y, por este camino, aplicó, desde luego indebidamente, los artículos 138, 139 y 144 de la misma obra que dicen cuando se debe pagar el salario y a quién y cómo se determina pericialmente cuando falta la estipulación expresa. Y en la misma forma consecuencial violó por aplicación indebida, los artículos —todos del Código Sustantivo del Trabajo— 196 que dice que a la coexistencia de contrato va unida la coexistencia de prestaciones sociales, 189 que consagra el derecho a la compensación de vacaciones, 249 y 253, que consagran el derecho al auxilio de cesantía y dicen cómo se liquida y el 306 que consagra el derecho a la prima de servicios".

Por último se refiere a la incidencia de los errores de hecho en la decisión del Tribunal Superior en los siguientes términos:

"Sin tales errores de hecho no habrían sido violadas por aplicación indebida, las normas sustanciales invocadas, y, por lo mismo, la sentencia no habría pronunciado condena alguna contra la demandada, sino que, por el contrario, la habría absuelto ante la inexistencia del contrato de trabajo alegado como básico pero no demostrado en el juicio. Al prosperar este cargo deberá casarse totalmente la sentencia acusada para, en sede de instancia, confirmar el fallo absolutorio del a quo. No sobra advertir que, en tal forma, debe caer la condena por costas, pues la absolución impone tal decisión secundaria y complementaria".

El opositor estima que el cargo debe desecharse por cuanto en él se plantea un medio nuevo, o sea la exclusividad de los servicios prestados por el demandante a la Bolsa de Bogotá S. A. Considera además que la acusación adolece del error de técnica de señalar como erróneamente apreciado el documento contentivo del contrato de trabajo bajo el cual se prestaron esos servicios, porque no fue apreciado por el fallador de instancia. Por último dice que la inspección judicial, el certificado de la Cámara de Comercio y el interrogatorio del demandante fueron correctamente apreciados.

Por su parte el Tribunal Superior al tratar sobre la existencia del contrato de trabajo, luego de referirse a las posiciones del demandante y de la demandada sobre el particular; de examinar la certificación de la Cámara de Comercio de folio 12; de transcribir los testimonios de Jorge Octavio Restrepo, Pedro José Vargas Cortés, algunas preguntas y las respuestas del interrogatorio del demandante, de lo que se constató en la inspección judicial y de pasajes del dictamen del perito; de mencionar el contrato de trabajo entre la Bolsa de Bogotá S. A. y Jorge Delgado Fernández de Soto, y de transcribir apartes de una sentencia de esta Sala de la Corte, dijo: "De todo lo anterior concluye la Sala, que el doctor Jorge Delgado Fernández de Soto, prestó sus servicios, como Secretario de la "FINANCIERA MOBILIARIA", además de los de la Bolsa de Bogotá, tal como se analizó anteriormente, configurándose la coexistencia de contratos laborales, ya que la parte demandada, no pudo acreditar dentro del proceso que se hubiese operado la unidad de empresa alegada, y que por otra parte ella no fue solicitada para que el juzgado se pronunciara sobre su declaratoria. En estas condiciones y como la inspección judicial lo demostró, el tiempo de servicio, fecha de entrada y de retiro, con el lapso de suspensión, y el salario acreditado por el perito, se procederán a despachar las súplicas de la demanda".

Se considera

Cuanto a las críticas del opositor cabe hacer las siguientes observaciones: el planteamiento del recurrente sobre la exclusividad pactada para la prestación de servicios del demandante a la Bolsa de Bogotá S. A. no constituye medio nuevo, porque el apoderado de la demandada en la primera audiencia de trámite al indicar los hechos en que fundamenta la defensa, afirmó en relación con las circunstancias que permiten la coexistencia de contrato de trabajo, que "jamás pudieron darse en el caso del demandante Jorge Delgado Fernández de Soto, por razón de la exclusividad en el contrato de trabajo que rigió sus obligaciones durante todo el tiempo en que laboró como Secretario General de la Bolsa de Bogotá S. A." (folio 19).

Cuanto a la otra crítica de carácter técnico sobre la no apreciación por parte del fallador de segunda instancia del contrato de trabajo celebrado entre la Bolsa de Bogotá S. A. y Jorge Delgado Fernández de Soto, tampoco es válido, porque en el fallo impugnado se lee: "A folio 71 aparece presentado por la parte actora copia del contrato de trabajo, que suscribió con la sociedad denominada 'Bolsa de Bogotá S. A.' el día 21 de mayo de 1970... en el cual se consagra que prestará sus servicios como Secretario General de la Institución, con un salario mensual de $ 4.000.00".

Procede en consecuencia el estudio de fondo.

De los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá que obran a folios 11 y 12 se desprende que Jorge Delgado Fernández de Soto fue designado el 21 de junio de 1972 segundo suplente del Presidente de la Bolsa de Bogotá S. A. y que en la misma fecha fue elegido segundo Vice-Gerente de Financiera Mobiliaria S. A. Sin embargo esta circunstancia no demuestra claramente que los servicios prestados por el demandante a ambas sociedades lo fueron simultáneamente, porque en esos certificados no aparece si esas funciones se ejercieron. Además el juicio se fundamenta en la prestación de servicios del demandante como Secretario General de Financiera Mobiliaria S. A. y no como segundo Vice-Gerente, servicios referidos parcialmente a un período anterior al 20 de junio de 1972, pues en la demanda se afirma que el vínculo con la sociedad y al demandado comenzó el 18 de mayo de 1970.

Respecto a la inspección ocular el recurrente se limita a decir que con su prueba

pericial complementaria en concordancia con el contrato de trabajo visible a folio 13, acredita que las labores en Bolsa de Bogotá S. A. y Financiera Mobiliaria S. A. se ejecutaba en las oficinas y escritorios de la primera en forma simultánea, dentro de la jornada pactada con la primera y por orden de ésta, sin que demuestre cómo por su errónea apreciación el Tribunal Superior no llegó a la demostración de esos hechos; además, es de observar que en la inspección ocular nada se afirma sobre que se hubieren constatado los hechos pues ella tuvo por finalidad comprobar que Jorge Delgado Fernández prestó sus servicios como Secretario General de la sociedad Financiera Mobiliaria S. A. por el tiempo comprendido entre el 18 de mayo de 1970 y el 31 de agosto de 1972, que esos servicios se suspendieron entre el 5 de junio de 1971 y el 8 de noviembre del mismo año, y que Delgado Fernández presentó renuncia voluntaria, hechos de la demanda que el funcionario judicial que practicó la diligencia encontró susceptibles de ser constatados. Cuanto a la prueba pericial, su apreciación errónea no da origen a error de hecho en casación laboral como lo dispone el artículo 9º de la Ley 16 de 1969, y no puede considerarse involucrada dentro de la inspección judicial para los fines del recurso, porque una y otras en este caso conservan su individualidad. El contrato de folio 13, celebrado entre dos terceros, la Bolsa de Bogotá S. A. y Berenice Marroquín Jiménez, nada dice sobre cuáles fueron las obligaciones del demandante respecto de la Bolsa de Bogotá, S. A.

La prueba testimonial sólo puede tenerse en cuenta al estudiar un cargo por inapreciación o apreciación errónea en el recurso de casación laboral, si habiéndose fundado el fallador en esa prueba conjuntamente con otra u otras de las contempladas en el artículo 9º de la Ley 16 de 1969, surge error respecto de estas últimas por su apreciación equivocada o inapreciación. Lo mismo puede decirse de la pericial a que ya se hizo mención.

Del interrogatorio de parte rendido por el demandante sólo afirma el recurrente que aquél acepta la simultaneidad en la prestación de los servicios, sin que indique cómo fue esta prueba erróneamente apreciada, ni cómo esa errónea apreciación condujo al fallador a no dar por demostrado el hecho de la simultaneidad de servicios. No sobra advertir que de las preguntas segunda, undécima y décima segunda de ese interrogatorio y de las correspondientes respuestas transcritas por el Tribunal Superior en el cuerpo del fallo no surge con claridad y notoriedad que los servicios a las dos sociedades hubiesen sido simultáneos en la misma jornada de trabajo y en las oficinas y escritorios de la Bolsa de Bogotá S. A.

El contrato de trabajo celebrado entre Bolsa de Bogotá S. A. y Jorge Delgado Fernández de Soto (folio 71) estipula que el segundo se obliga: "a poner al servicio del patrono toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva...", lo que indica que al no dar por demostrada esa exclusividad, el Tribunal lo apreció equivocadamente incurriendo en error de hecho manifiesto. Por haber sido presentado este documento por el apoderado del demandante, éste no puede impugnarlo.

El error con base en prueba documental permite el análisis de la testimonial y la pericial, como ya se dijo.

Cuanto el dictamen del perito dice el impugnador que en concordancia con el contrato de trabajo de folio 13 y con la inspección ocular acredita que las labores en Bolsa de Bogotá S. A. y en Financiera Mobiliaria se ejecutaban en las oficinas y escritorios de la primera y en forma simultánea, dentro de la jornada pactada con la primera y por orden de ésta, sin que señale cómo se produjo la errónea apreciación; de todos modos de la simple lectura de la opinión del perito, no surge con claridad que las conclusiones a que llegó el sentenciador están equivocadas notoriamente, máxime cuando no se indica cuál fue el error de juicio en que éste incurrió, o su ignorancia de los principios científicos que informan la crítica de la prueba. Además, las conclusiones a que llegó sobre identidad de oficinas entre una y otra sociedad se fundamentaron en la visita que hizo con posterioridad al retiro de Delgado Fernández de Soto y en cuanto a la jornada de trabajo estimó que el demandante dedicaba un 25% de la misma para atender sus funciones con Financiera Mobiliaria S. A.

Respecto a los testimonios de Luis Antonio Ospina, Jorge Octavio Restrepo y Jo-

sé Vargas,' que según el recurrente corroboran otras pruebas en el sentido de que el demandante prestó sus servicios a las dos sociedades mencionadas dentro de la jornada de trabajo pactada con la Bolsa de Bogotá S. A., en forma simultánea, por orden de ésta y en sus oficinas y escritorios, cabe observar que sólo el testigo Pedro José Vargas Cortés declara que Jorge Delgado Fernández de Soto desempeñaba simultáneamente los cargos de Secretario de la Bolsa de Bogotá S. A. y Secretario de Financiera Mobiliaria S. A. y que la primera le pagaba $ 10.000.00 mensuales por esos servicios, sin que dé razón de como al mismo tiempo desempeñaba funciones diferentes para cada una de las 2 personas, Ospina apenas dice que Delgado estaba nombrado Secretario de ambas sociedades y Restrepo se refiere a las funciones que desempeñó como Secretario de una y otra que pudieron ser o no las que desarrollo el demandante. No hay error en la apreciación de los testimonios. Como la exclusividad de servicios pactada con la Bolsa de Bogotá no supone necesariamente que el demandante no hubiese prestado servicios personales dependientes a otra sociedad, pues en ese evento sólo se produciría un incumplimiento del primer contrato, no se ha demostrado que hay error de hecho evidente por parte del fallador de segunda instancia al concluir que entre Jorge Delgado Fernández de Soto y Financiera Mobiliaria S. A. existió un contrato de trabajo. En consecuencia el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Con base en la causal primera de casación (Art. 60 del Decreto legislativo 528 de 1964) acuso la sentencia de segunda instancia, proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, el 25 de abril de 1975, dentro del juicio ordinario laboral adelantado por Jorge Delgado Fernández de Soto contra Financiera Mobiliaria S. A., de ser violatoria por infracción directa, de los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 138, 139, 144, 189, 196, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. La sentencia acusada acepta los siguientes hechos: a) Que el demandante sirvió en el mismo lapso a la 'Bolsa de Bogotá S. A., y a 'Financiera Mobiliaria S. A.; b) Que tales servicios a ambas sociedades fueron cumplidas en el mismo edificio, las mismas oficinas y los mismos escritorios de la sociedad Bolsa de Bogotá S. A.; c) Que la demandada no tenía empleados propios pues era atendida por los trabajadores de 'Bolsa de Bogotá S. A.'; d) Pero ante la falta de prueba de la unidad de empresa alegada por la demandada y la prueba de los servicios personales a la misma, dio por establecido el contrato de trabajo invocado; e) Afirma la coexistencia de contratos de trabajo. Dado que menciona y transcribe todas las pruebas aportados, puede pensarse que dio, igualmente, por establecido estos hechos; f) Que el actor y Bolsa de Bogotá S. A. habían pactado la EXCLUSIVIDAD de la capacidad de trabajo del actor, según aparece en la cláusula primera del contrato escrito de trabajo (folio 71) EXPRESAMENTE citado por el sentenciador; g) Que las funciones o los servicios prestados por el actor a la demandada fueron SIMULTANEOS con los contratos por el demandante con Bolsa de Bogotá S. A., pues la sentencia transcribe las pruebas que expresamente prueban tal circunstancia. Sobre tales bases, resultan violadas directamente las normas citadas en este caso, por rebeldía o contradicción flagrante, así: Los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que definen el contrato de trabajo y señalan sus elementos esenciales, pues la exclusividad pactada con Bolsa de Bogotá S. A. y la simultaneidad de dichos servicios con los alegados frente a la demandada, destruyen la SUBORDINACION JURIDICA y hacen imposible la existencia del contrato de trabajo. Y el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que crea la presunción del contrato de trabajo por la prueba del servicio personal, por cuanto las circunstancias de EXCLUSIVIDAD y SIMULTANEIDAD, ya analizadas, destruyen la subordinación y, consecuencialmente, hacen imposible el hecho presumido por el referido artículo 24, es decir, el contrato de trabajo. Como el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo parte de la base de que concurran dos o más contratos y la EXCLUSIVIDAD y SIMULTANEIDAD vistas sólo dejan demostrado el contrato de trabajo con Bolsa de Bogotá S. A., resulta, también, directamente infringido. Por lo

que respecta al artículo 26 del mismo estatuto, EXPRESAMENTE dice que un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo, por lo que su infracción resulta ostensible y flagrante y directa ya que se aplica a pesar de dar por establecida la EXCLUSIVIDAD en favor de Bolsa de Bogotá S. A. Como consecuencia de tales violaciones el sentenciador en el lógico desarrollo de su juicio, infringe las demás normas citadas en el cargo, que consagran el derecho al salario y su estimación cuando no se estipula expresamente, la concurrencia de prestaciones sociales frente a la concurrencia de contratos, el derecho al auxilio de cesantía y la forma de liquidarlo, el derecho a la compensación de las vacaciones causadas y no disfrutadas, el derecho, igualmente, a la prima de servicios. Sin tales violaciones, la sentencia recurrida no habría condenado a la demandada como lo hizo, sino que la habría absuelto de todas las peticiones de la demanda por la inexistencia del contrato de trabajo, invocado como causa".

El opositor replica diciendo que la sentencia recurrida no acepta la prestación de servicios de ambas sociedades en el mismo edificio, las mismas oficinas y los mismos escritorios, ni la exclusividad entre el actor y la Bolsa de Bogotá S. A., ni que las funciones o los servicios prestados fueron simultáneos a los contratos con la Bolsa de Bogotá S. A. Agrega que habiéndose discutido la existencia del contrato de trabajo el ataque en casación sólo procedía por la vía indirecta a través de errores de hecho.

Se considera

El Tribunal Superior luego de transcribir algunas pruebas del proceso, llegó a la conclusión, folio 110, de que el doctor Jorge Delgado Fernández de Soto prestó sus servicios como Secretario de la Financiera Mobiliaria, además de los de la Bolsa de Bogotá; que se configuró la coexistencia de contratos laborales, por cuanto no se acreditó dentro del proceso que se hubiese operado la unidad de empresa.

Como el casacionista fundamenta su acusación en hechos que el fallador de segunda instancia no expresa que estuvieran demostrados, el cargo no procede, por cuanto al escogerse la vía directa debe haber conformidad entre los hechos alegados por el recurrente y los que encontró probados el sentenciador.

Además, cuanto a la infracción directa por rebeldía o contradicción flagrante, observa la Sala que el Tribunal no se rebeló contra las normas indicadas en la formulación del cargo, sino que las aplicó a hechos que subsumió dentro de las mismas, haciéndolas producir efectos.

Por las razones anteriores el cargo no prospera.

Recurso del trabajador demandante

Alcance de la impugnación

Lo formula así el apoderado del trabajador: "Solicito a la honorable Corte, se case la sentencia impugnada en forma parcial y en cuanto absolvió a la sociedad FINANCIERA MOBILIARIA S. A., de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Convertida esa honorable corporación en Tribunal de Instancia debe revocar la sentencia del juez de primera instancia y condenar a la sociedad FINANCIERA MOBILIARIA S. A., al pago de la indemnización moratoria señalada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente presenta un solo cargo así:

Cargo único

La sentencia impugnada viola en forma indirecta y por indebida aplicación el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 22, 23, 127, 249, 189 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que se produjo a causa de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto y evidente en los autos y como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas y la no apreciación de otras".

Los errores de hecho los hace consistir en:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad FINANCIERA MOBILIARIA

S. A. discutió con firmes y buenos fundamentos la vinculación contractual laboral que existió entre las partes; b) No dar por demostrado, estándolo, que el no pago de los salarios y prestaciones sociales, por parte de la sociedad FINANCIERA MOBILIARIA al señor JORGE DELGADO FERNANDEZ DE SOTO, no tuvo justificación de ninguna clase".

Como pruebas no apreciadas señala: a) El contrato de trabajo suscrito entre la sociedad Bolsa de Bogotá S. A. y el doctor Jorge Delgado Fernández de Soto, que obra a folio 71; b) Intervención del apoderado de la sociedad demandada en la primera audiencia de trámite, folio 19. La prueba que considera erróneamente apreciada es la diligencia de inspección judicial que obra a folios 30 y 35. Analiza el impugnador las pruebas anteriores para concluir en que el sentenciador incurrió en errores evidentes de hecho, por lo cual debe casarse la sentencia recurrida en los términos pedidos.

El opositor critica la acusación por cuanto señala la aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con otras normas del mismo estatuto, sin que en el desarrollo del cargo mencione estas últimas. Además, dice que no puede predicarse aplicación indebida de los artículos 127, 249, 189 y 306 del código, porque fueron aplicados por el sentenciador para condenar a la demandada. Considera que las pruebas a que se refiere el recurrente fueron bien apreciadas, y por último agrega que el recurrente no demostró que a la terminación del contrato laboral el patrono adeudaba por salarios o prestaciones sociales una suma determinada ni que de mala fe negó o se abstuvo de pagar o pagó tardíamente.

Por su parte el Tribunal Superior sobre la indemnización moratoria se expresó así:

"En el presente proceso y durante todo el debate probatorio con muy firme y buenos fundamentos se trató de establecer por la sociedad demandada la inexistencia de la vinculación contractual laboral entre las partes, y, por tanto, la Sala no considera que debe condenarse a la sanción, absolviéndose de esta petición".

Se considera

En relación con el contrato de trabajo de folio 71, dice el casacionista que en él se pactó la exclusividad de los servicios de Delgado Fernández a la Bolsa de Bogotá S. A., y que el apoderado de la sociedad demandada fundamenta su defensa principalmente en que la Bolsa de Bogotá S. A. impuso como obligación a Delgado que prestara sus servicios a Financiera Mobiliaria S. A. obligación que no existe en el mencionado documento, por lo cual se desmorona su defensa. Agrega, además, que este mismo apoderado confesó la existencia de un contrato de trabajo en el fundamento segundo de su defensa.

La intervención del apoderado de la sociedad demandada a que alude el recurrente dice:

"Como se ve, se trata de un solo contrato de trabajo, celebrado con la 'BOLSA DE BOGOTA S. A.', pues con 'FINANCIERA MOBILIARIA S. A.' no tienen estos empleados celebrado ningún contrato de trabajo. Por eso en los contratos de trabajo escritos que han celebrado los dichos empleados con la 'Bolsa de Bogotá S. A.', se dice expresamente que en tal carácter prestarán también su colaboración de servicios en la 'FINANCIERA MOBILIARIA S. A.'. Al efecto presento fotocopia, debidamente autenticada por el Notario Noveno del Circuito de Bogotá, de uno de dichos contratos, con la solicitud de que se ordene glosar al expediente y se tenga como prueba en favor de la parte demandada. Lo que pretende el demandante JORGE DELGADO FERNANDEZ DE SOTO con el presente juicio, es, sencillamente, el pago de doble remuneración por servicios que le fueron remunerados oportunamente, conforme a su respectivo contrato de trabajo, así como también el doble pago de prestaciones sociales que le fueron satisfechas íntegramente, conforme a la ley, con el argumento erróneo de la existencia de un contrato de trabajo con 'FINANCIERA MOBILIARIA S. A.' contrato que jamás existió. Sobre este punto olvida el demandante que la ley solamente permite la COEXISTENCIA DE CONTRATOS DE TRABAJO cuando se trata de actividades sucesivas, es decir, en los casos en que las labores objeto de los distintos contratos 'no coexisten en la ocasión, momento u oportunidad, vale decir en los eventos en que las obligaciones del trabajador no son coetáneas o contem-

poráneas, pues que de serlo desaparecería automáticamente el elemento subordinación', como lo expresa un distinguido tratadista. Aquellas circunstancias jamás pudieron darse en el caso del demandante JORGE DELGADO FERNANDEZ DE SOTO, por razón de la exclusividad pactada en el contrato de trabajo que rigió sus obligaciones durante todo el tiempo en que laboró como Secretario General de la 'Bolsa de Bogotá S. A.'.

De lo transcrito se saca como conclusión que el apoderado de la sociedad demandada se refiere en forma general a los contratos celebrados con los empleados de la Bolsa de Bogotá S. A. en los cuales se pactó la obligación de prestar servicios a Financiera Mobiliaria S. A., pero que al referirse concretamente al contrato de trabajo de la Bolsa de Bogotá S. A. con Delgado Fernández de Soto, reconoce que en él se pactó la exclusividad de servicios, o sea que lo diferencia de los demás contratos, y es precisamente de esa exclusividad de lo que pretende deducir la inexistencia de un contrato con Financiera Mobiliaria S. A., como expresamente lo afirma, por lo cual tampoco es cierta la aseveración del recurrente de que dicho apoderado confesó que hubo un contrato de trabajo entre demandante y demandado. Además hay otros fundamentos de la defensa, como la existencia de unidad de empresa entre las dos sociedades y otros expuestos en las alegaciones de instancia, a las cuales no alude el impugnador, que bien podían llevar al Tribunal Superior al convencimiento de la buena fe de la sociedad demandada.

Cuanto a la inspección ocular, si bien es cierto que a través de los hechos allí constatados el fallador de segunda instancia concluyó que entre demandante y demandada existió una relación de trabajo, no por ello puede hablarse de mala fe de Financiera Mobiliaria S. A. pues para ella la situación podía ser dudosa dada la forma y características como se prestó el servicio. No siempre que los falladores de instancia encuentran demostrada una relación de trabajo, puede afirmarse que ella era obvia para el patrono cuya calidad como tal sólo vino a reconocerse a través del proceso.

No habiéndose demostrado los errores de hecho señalados por el recurrente, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el veinticinco de abril de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral. Sin costas por haber perdido el recurso extraordinario ambas partes.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

Convención Colectiva y Contrato Sindical. — La Corte por providencia de veinticuatro de junio de 1976,

Resuelve:

DECLARASE TOTALMENTE NULO el Laudo Arbitral de veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y seis, proferido para decidir las diferencias surgidas, con motivo de la discusión de un "Proyecto de Contrato Sindical", entre la sociedad "Roberto Cavelier & Cía." y el Sindicato de Chequeadores de Carga Marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar, "Sinchemarflú".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio veinticuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 28.

Decide la Corte sobre el recurso de homologación interpuesto por la sociedad "Roberto Cavelier & Cía.", por medio de su representante legal, contra el laudo proferido el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por la Resolución número 003022 de 1º de agosto de 1975, emanada del Ministerio del Trabajo, "para que estudie y decida el diferendo laboral colectivo" existente entre la referida sociedad y el "Sindicato de Chequeadores de Carga Marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar", "Sinchemarflú".

Antecedentes

En el año de 1975, el Sindicato presentó a la consideración de la empresa un PROYECTO DE CONTRATO SINDICAL, del cual se acordaron, por conducto de los representantes que cada una de las partes designó para su negociación, las cláusulas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, séptima, octava, décima primera, décima cuarta, décima sexta, décima séptima, décima octava, décima novena, vigésima, vigésima primera, vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima séptima, vigésima octava y vigésima novena; se anuló la sexta y se dejó constancia de que las restantes serían estudiadas en la próxima reunión.

El 22 de abril del expresado año, los señores Raúl Acevedo Rojas y Ricardo Cárdenas Espinosa, en acta suscrita por ellos a título de conciliadores, "declaran rotas las conversaciones de esta etapa y deciden pasar los puntos números 10, 12, 13, 15, 24, 25 y 26 a un Tribunal de Arbitramento". En vista de lo anterior, la Asamblea General del Sindicato resolvió solicitar al Ministerio del Trabajo la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para que decidiera el conflicto, solicitud que fue atendida mediante la resolución a que antes se hizo mención.

El Tribunal, una vez integrado e instalado, profirió el laudo recurrido, al cual corresponde la siguiente transcripción:

Consideraciones

"El Tribunal durante sus sesiones examinó los contratos sindicales que celebraron con SONCHEMARFLU (sic) las otras empresas a las que se pasó el mismo pliego de peticiones, las cuales fueron NAVEMAR Y COMPAÑIA, TRANSPORTADORA S. A., ANIBAL OCHOA Y COMPAÑIA, CO-

MAR S. A., EDUARDO GERLEIN Y COMPAÑIA, REMAR LIMITADA, ROLDAN Y COMPAÑIA LTDA. Y se estableció que, con excepción del contrato con ROLDAN Y COMPAÑIA, los contratos sindicales firmados por la institución sindical con las demás empresas enumeradas, son básicamente, iguales.

"También se estudiaron por el Tribunal las posibilidades económicas, las características de organización, la categoría empresarial, los recursos patrimoniales, principalmente, el giro de los distintos establecimientos en mira a ver si había entre las empresas que pactaron y la que es parte en este arbitramento, ROBERTO CAVELIER & CIA., una cierta equiparación para efectos de asimilar, sin quebranto y dentro de un plano de equidad entre entidades competidoras. El resultado de tal indagación fue que, con excepción de ROLDAN Y COMPAÑIA, cuya actividad como aporte marítimo es sensiblemente menos importante que la desarrollada como agentes de aduana, en la cual no es indispensable el servicio de chequeadores de carga, las demás empresas que recibieron el pliego pueden considerarse en plano de aproximada igualdad.

"Obtenido el resultado anterior, el Tribunal optó por orientar su fallo, en lo más posible, a resolver los puntos materia de su cometido jurisdiccional en forma que todos los trabajadores del gremio de chequeadores de carga gocen de un régimen de salarios y prestacional extralegal unitario o, cuando menos, similar.

"Se adoptó la modalidad de que el laudo, en su parte resolutiva, reprodujera lo acordado por las partes mismas en las etapas previas al arbitramento, en mira a dar existencia a un documento integrado que facilitase la consulta y del estatus laboral entre la empresa 'ROBERTO CAVELIER & CIA.', su personal sindicalizado y el SINDICATO DE CHEQUEADORES DE CARGA MARITIMA Y FLUVIAL DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR (Sinchemarflú).

"En el curso de las deliberaciones fueron adoptándose las decisiones punto por punto a considerar, unas veces —las más— por unanimidad, y otras —las menos, por mayoría—. Con respecto de estas últimas, los árbitros discrepantes del criterio mayoritario consignan sus correspondientes salvamentos de voto. Se deja constancia de que en los puntos sobre los cuales no hubo unanimidad, el árbitro designado por el Gobierno nacional actuó como fiel de balanza y que unas veces coincidió con el criterio del árbitro designado por los trabajadores y otras por el nombrado por la empresa.

"Precisado todo lo anterior, el Tribunal procede a formular el siguiente laudo, lo que hace administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

"Artículo primero. Se resuelven los puntos del pliego sobre los cuales no hubo acuerdo entre las partes en los períodos de arreglo directo y conciliación, transcritos en la parte considerativa, así:

"Cláusula décima del pliego. El Tribunal niega la petición contenida en esta cláusula porque la ley señala cuáles son los días sujetos a compensación, y porque, además, al Sindicato se le pagan recargos legales y extralegales cuando se trabaja en horas suplementarias (Arts. 180, 183 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 13 del Decreto 2351 de 1965 y el presente laudo).

"Cláusula décima segunda del pliego. El Tribunal la niega por las mismas razones expuestas respecto del punto anterior, y, así mismo, porque en el país no existe la práctica de remunerar cuadruples (sic) los días de fiesta.

"Cláusula décima tercera del pliego. El Tribunal la concede así: Tarifas: LA EMPRESA por los servicios contratados con EL SINDICATO partes a que se refiere este fallo arbitral pagará a partir de la fecha de su notificación la suma de noventa pesos ($ 90.00) diarios por cada jornada ordinaria de ocho horas diarias por cada chequeador que EL SINDICATO utilice en las labores.

"Suplementario diurno y nocturno. A partir de la fecha de la notificación de este laudo, cuando en la ejecución de la obra o la prestación del servicio se labore en tiempo suplementario ordinario diurno o nocturno, se recargará con el ciento por ciento (100%) la tarifa básica a que se refiere el inciso anterior, o sea, que por cada hora suplementaria diurna o nocturna, se pagarán veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 22.50), porque el valor

de la hora básica es de once pesos con veinticinco centavos ($ 11.25).

"Tiempo extra en domingos o feriados. Cuando los servicios se presten en domingos o feriados las tarifas como lo ordena la ley, las cancelará la empresa a partir de la notificación de este laudo, con tarifa básica doble, por jornada ordinaria completa de ocho horas o proporcionalmente según el caso, y como la tarifa sencilla a partir de la notificación de este fallo es de $ 11.25, la doble es de $ 22.50. Cuando el servicio se preste en domingos y feriados, en tiempo nocturno, suplementario diurno o nocturno, los recargos legales del 25%, 35% y 75% respectivamente, se pagarán únicamente sobre la tarifa sencilla, porque los recargos se producen de manera exclusiva, es decir, sin acumular un recargo con otro.

"La hora suplementaria diurna en domingo y feriado se pagará así: $ 11.25 más el 25% más $ 11.25 o sea que la hora suplementaria diurna vale $ 25.32 en domingos y feriados. La hora ordinaria nocturna se pagará así: $ 11.25 más el 35%, más $ 11.25 o sea que la hora nocturna en domingo y feriados costará $ 26.44. La hora suplementaria nocturna en domingos y feriados costará en total $ 30.94. Todas estas tarifas se repite, regirán a partir de la fecha de la notificación del laudo.

"Auxilio de transporte. La empresa reconocerá a partir de la fecha de la notificación de este laudo la suma de $ 10.00 por concepto de auxilio de transporte por cada chequeador que termine labores entre las 07:00 a las 19:00 horas; la suma de $ 20.00 cuando termine de las 18:00 a las 07:00 del día siguiente. Cuando las labores se ejecuten en la Zona de Mamonal el auxilio de transporte será de $ 60.00.

"Hora gris. La empresa reconocerá al Sindicato por cada chequeador que realice labores de chequeo de las 23:00 a las 24:00 la suma de $ 23.00 por concepto de descanso y $ 23.00 por concepto de cena.

"Feriados. Serán feriados para las partes a las que concierne este laudo dos días que como tales señale oficialmente la Alcaldía de Cartagena cada año para la conmemoración de declaración de Independencia absoluta de la Antigua Provincia de Cartagena el 11 de noviembre de 1811, así como también los días 24 y 31 de diciembre, a partir de las 11 de la mañana.

"Cláusula décima quinta. El Tribunal la concede así, a la terminación de cada obra, labor o servicio, la empresa pagará al Sindicato o directamente a la persona o entidad que éste designe el valor de las tarifas y prestaciones sociales (auxilio de cesantía, primas de servicio y vacaciones) que correspondan. Se fija en el 45% de lo que se pague por concepto de tarifas por la obra, labor o servicio, el importe de las indicadas prestaciones sociales.

"Parágrafo. El Tribunal fija tal porcentaje por ser el estimativo que todas las empresas del ramo pagan al Sindicato por concepto de dichas prestaciones sociales.

"Cláusula vigésima cuarta del pliego. La petición contenida en esta cláusula la niega el Tribunal debido a que la empresa paga sobrerremuneración por la llamada hora gris y cena conforme se precisó antes. Además una de las destinaciones primordiales del salario es la manutención del trabajador y de las personas a su cargo.

"Cláusula vigésima quinta del pliego. El Tribunal niega la petición que ella envuelve porque ninguna de las empresas del ramo que recibieron el pliego de peticiones paga las primas solicitadas, y porque al fallar la cláusula décima quinta se fija un porcentaje para el pago de prestaciones sociales (vacaciones, prima de servicio) bastante considerable y por encima del cálculo aritmético estricto, usando el método actuarial más favorable al trabajador.

"Cláusula vigésima sexta del pliego. Se niega esta cláusula, entre otras, por la razón justísima de que el pliego se discutió según información de la empresa, no desvirtuada por el Sindicato, en horas que no afectaron las labores.

"Artículo segundo. Para efectos de la unidad del estatuto resultante de lo convenido por las partes en las etapas de arreglo directo y conciliación y del presente laudo, unidad que facilita su consulta, conservación y aplicación, se copiaron en la parte anterior a este fallo.

"Artículo tercero. El presente laudo rige a partir de la fecha de su notificación, y su depósito será hecho conforme a la ley. La secretaría al hacer las notificaciones manifestará a los representantes de las partes que en su contra cabe el recurso de ho-

mologación ante la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, interpuesto dentro del término legal de los tres días hábiles siguientes a aquél en que sea notificado. El término del laudo es hasta octubre treinta y uno (31) de mil novecientos setenta y seis (1976).

Salvaron su voto, en diferentes aspectos, los árbitros Alpecides Alvis Fernández y Luis Carlos Donado Villalobos.

Recibido el expediente por esta corporación y repartido, como se observará incompleto, se solicitaron algunas piezas, las cuales llegaron a la Secretaría el 25 de mayo del presente año.

El recurso

Fue sustentado, por el apoderado de la sociedad, en escrito que pretende que se declaren inexequibles las disposiciones de la parte resolutiva del laudo que resolvieron las cláusulas décima tercera, letra d), y décima quinta, sobre auxilio de transporte y prestaciones sociales, respectivamente, por estimar que los árbitros excedieron el límite que a sus poderes impone la parte final del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, al ordenar el pago de sumas superiores a las que, por esos mismos conceptos, determina la ley.

Como cuestión previa, el recurrente manifiesta que "es de observar que si bien en algunas de las peticiones se habla de 'contrato sindical', lo que en verdad se persigue con ellas es la celebración de una convención colectiva, según la definición que de esta figura da el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera

El documento que contiene las aspiraciones del Sindicato (folios 42 a 45) no es un "pliego de peticiones" de los que forzosamente deban someterse a los trámites previstos en los Capítulos II, III, VI y VII del Título II del Código Sustantivo del Trabajo, sino, como en el mismo se expresa, un "proyecto de contrato sindical", sujeto, por lo tanto, a las regulaciones del Capítulo III del Título III de la misma obra. No fue un simple error del Sindicato al denominarlo de ese modo, pues, aparte de que en muchas de las estipulaciones propuestas se le da esa misma calificación, su cláusula primera, que es del siguiente tenor, pone de relieve la verdadera intención del proponente:

"El presente contrato sindical se celebra con base a lo dispuesto (sic) en los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo y tiene por objeto la presentación (sic) del servicio colectivo por parte del Sindicato de la obra o labor determinada de chequeo en cargue y descargue de la mercancía que lleguen (sic) a los muelles de la zona Portuaria de Cartagena en buques que agencia la empresa".

Es evidente que algunas de sus cláusulas se enderezan a la consagración de disposiciones normativas sobre las condiciones generales de trabajo y a procurar el mejoramiento de la situación de los trabajadores asociados, mas no por ello puede concluirse —como se ha llegado a pensar— que se está en presencia de un "pliego de peticiones" que debe culminar en una convención colectiva o, en su defecto, en un laudo arbitral. Las cláusulas normativas constituyen nota distintiva de las convenciones colectivas, pero no son exclusivas de ellas. Nada se opone a que se inserten también en los contratos sindicales si así lo acuerdan voluntariamente las partes, como producto de la libertad de estipulación de que gozan, y si, además, cumplen el loable propósito de mejorar las condiciones de trabajo de quienes prestan el servicio. Todo esto es perfectamente posible dentro del libre juego de voluntades que preside la celebración de los contratos; encuadra dentro de la finalidad principal de las organizaciones sindicales que es la de propender por el mayor beneficio para sus afiliados, y no desvirtúa, en manera alguna, la índole propia del contrato sindical.

Es distinto el tratamiento que la ley otorga a los "pliegos de peticiones" y a los contratos sindicales, y sólo en relación con aquéllos prevé que puedan dar lugar a la celebración de una convención colectiva o a un pacto colectivo, en virtud de acuerdo obtenido en las etapas de arreglo directo o de conciliación (artículos 435 y 442 del C. S. del T.), o, a falta de ese acuerdo, a un laudo arbitral con efectos jurídicos equivalentes a los de las convenciones (artículo 461). Y mientras que expresamente remite la celebración y efectos de los pac-

tos a las disposiciones que regulan las convenciones colectivas (artículo 481), sujeta los contratos sindicales, en cuanto a su duración, revisión y extinción, a las normas que rigen el contrato individual de trabajo (artículo 482).

Mas lo que, en últimas, viene a diferenciar, de manera clara y ostensible, la convención colectiva del contrato sindical y a establecer una enorme distancia entre las dos figuras jurídicas, es el hecho de que, en la primera, el Sindicato actúa en representación de trabajadores pertenecientes a la empresa, es decir, vinculados a ella por sendos contratos individuales de trabajo, en tanto que, en la segunda, la organización sindical puede representar a trabajadores independientes, sin nexo alguno con la beneficiaria del servicio, pues el vínculo contractual se establece únicamente entre la entidad empresarial y el Sindicato, sin consideración a las personas que en calidad de socios formen parte de éste. Así se desprende de la definición que de la convención colectiva consagra el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que el objeto de ésta es el de "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia", significando con ello que su celebración supone necesariamente la existencia de contratos individuales entre los afiliados al Sindicato y la empresa.

El Sindicato de Chequeadores de Carga Marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar, "Sinchemarflú", es una institución gremial que agrupa a trabajadores dedicados a esa actividad dentro del Departamento de Bolívar, pero que no tienen vinculación laboral con ninguna empresa o patrono. Los afiliados prestan servicios, bajo las órdenes del Sindicato, a distintas entidades del ramo, y en las condiciones pactadas en el respectivo contrato sindical, siéndoles indiferentes la empresa o persona para la cual ejecutan la obra o labor. "Sinchemarflú", según lo registra el laudo, tiene celebrados varios contratos sindicales del mismo tenor del que figura en los autos con distintas empresas, y por medio de sus socios presta el servicio en ellos convenido. En ese proveído se dejó consignado lo siguiente:

"El Tribunal durante sus sesiones examinó los contratos sindicales que celebraron con SONCHEMARFLU (sic) las otras empresas a las que pasó el mismo pliego de peticiones, las cuales fueron NAVENAR Y COMPAÑIA, COMAR S. A., EDUARDO GERLEIN Y COMPAÑIA, REMAR LIMITADA, ROLDAN Y COMPAÑIA LTDA. Y se estableció que, con excepción del contrato con ROLDAN Y COMPAÑIA, los contratos sindicales firmados por la institución sindical con las demás empresas enumeradas, son, básicamente, iguales". (Las subrayas de la Sala).

Los "proyectos de contratos sindicales" presentados a las mencionadas compañías eran, pues, iguales al que ahora se examina y dieron lugar, como era apenas lógico, a la celebración de los contratos de la naturaleza propuesta. Pero como no ocurrió lo mismo con la sociedad "Roberto Cavelier & Cía.", se resolvió, indebidamente, someterlo al procedimiento establecido para las convenciones colectivas.

De aceptarse que la discusión de un contrato de esta índole pueda terminar con la expedición de un laudo por un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, que por mandato de la ley tiene el carácter de convención colectiva, automáticamente nacerían a la vida jurídica una serie de contratos individuales de trabajo hasta entonces inexistentes, puesto que aquélla no puede concebirse, dados sus fines, sin la existencia de éstos. Todo lo cual resulta inadmisible.

Se infiere de lo expuesto que al "proyecto de contrato sindical" presentado por el Sindicato de Chequeadores de Carga Marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar, "Sinchemarflú", a la consideración de la empresa "Roberto Cavelier & Cía.", se le dio una tramitación que legalmente no le corresponde, con desconocimiento de los artículos 435, 442, 452, 453, 461, 467, 481 y 482, del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 31, 34 y 36 del Decreto 2351 de 1965 y el 143 del Código de Procedimiento Laboral. En consecuencia, el fallo que se profirió es inexequible en su totalidad y así habrá de declararlo la Corte.

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

Resuelve

DECLARASE TOTALMENTE NULO el laudo arbitral de veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y seis, proferido para decidir las diferencias surgidas, con motivo de la discusión de un "proyecto de contrato sindical", entre la sociedad "Roberto Cavelier & Cía." y el Sindicato de Chequeadores de Carga Marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar, "Sinchemarflu".

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina. Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
FONDO SECRETARIA DE JUSTICIA

TERMINACION DEL CONTRATO POR HECHOS INVOCADOS POR EL PATRONO PARA DESPEDIR AL TRABAJADOR, PERO QUE EL TRIBUNAL SUPERIOR CONSIDERO QUE ELLOS NO CONSTITUIAN JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio primero de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 23.

Ricardo Restrepo Angel demandó a la sociedad comercial "Industrial de Tejidos S. A." (INDULANA), domiciliada en Medellín para que se la condenara a reintegrarlo al trabajo en las mismas condiciones y con las mismas garantías en que laboraba, por haber sido despedido sin justa causa y llevar más de diez años continuos de servicios a la demandada, y a pagarle los salarios dejados de percibir así como al reajuste y pago de las prestaciones legales que se hubieren causado en caso de no haber sido despedido, más las costas del juicio. Subsidiariamente pidió se hicieren condenas por la indemnización legal, jubilación especial contemplada en la Ley 171 de 1961, reajuste de la liquidación definitiva de las primas de servicios, vacaciones y auxilio de cesantía, comisiones que aún se le adeudan; dominicales y festivos e indemnización por mora en el pago de la totalidad de las prestaciones a que tiene derecho.

Según los hechos de la demanda Ricardo Restrepo Angel se vinculó el 3 de agosto de 1959 mediante contrato de trabajo a término indefinido a Confecciones Colombia S. A. (Everfit), para pasar a principios de 1965 a Industrial de Tejidos S. A. (Indulana) donde continuó sus labores, habiendo sido despedido el 1º de junio de 1973 unilateral e injustamente a partir del 4 de junio. Laboró en ambas sociedades, entre las cuales existe unidad de empresa, por trece años y diez meses en forma permanente y sin interrupción; el último cargo desempeñado fue el de Jefe de Ventas de Indulana, pero además atendía y dirigía las ventas de tejido de punto de Hilanderías Medellín S. A., las cuales se canalizaban a través de la organización propia de Indulana, que recibía por ese servicio una comisión y de ella participaba al demandante en un diez por ciento, que ascendió en 1972 a $ 49.804.90. Como salario devengaba una suma fija de $ 544.00 diarios; $ 70.00 diarios por viáticos, alimentación y alojamiento; $ 140.00 por día en razón de la comisión por venta, o sea un total de $ 754.00 diarios. Afirma el demandante que durante su contrato no cometió ninguna falta que justificara su despido, reconociéndose siempre su buena voluntad de trabajo y la eficiencia de sus servicios; que no obstante lo anterior a partir del 18 de mayo de 1973 la empresa comenzó a quitarle funciones y el 26 siguiente el Gerente le entregó una carta en la que le informaba su traslado al cargo inferior de Administrador de los Servicios de Proveeduría en General; que contestó el 28 observando la evidente desmejora en sus condiciones de trabajo y como se insistiera en la decisión, al día siguiente pasó una carta al Gerente para informarle de la situación, que culminó el 1º de junio cuando le entregaron una comunicación de despido por haber "incurrido en grave insubordinación y rebeldía", e inventando una nueva e inusitada causal de despido consistente en que le hacía competencia desleal a la empresa, fuera de ser un inmoral y utilizar personal y vehículo de la compañía en beneficio propio.

Al contestar la demanda por medio de apoderado judicial Industrial de Tejidos S. A. aceptó la vinculación de Restrepo Angel, pero como Jefe de la Proveeduría; que fue despedido, pero por justas causas; que existe la unidad de empresa a que se refiere el demandante; que el último cargo desempeñado por Restrepo fue el de Jefe de Ventas, con las funciones inherentes al mismo y con otros que abusivamente ejercía, en forma inmoral, causando a la empresa graves perjuicios. Negó los demás hechos y se opuso a las peticiones y propuso las excepciones de falta de causa, carencia de acción, ineptitud sustantiva de las pretensiones y subsidiariamente compensación y prescripción.

En la primera audiencia de trámite el apoderado del demandante corrigió la demanda. Cumplida la primera instancia el juez del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, dictó sentencia el treinta de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro en cuya parte resolutiva dispuso: "Se CONDENA a la SOCIEDAD COMERCIAL "INDUSTRIAL DE TEJIDOS S. A." (Indulana), a pagar a RICARDO RESTREPO lo siguiente: a) La suma de trescientos doce mil seiscientos cuarenta y ocho pesos con setenta centavos ($ 312.648.70) moneda legal por concepto de indemnización por despido injusto; b) La suma de once mil trescientos quince pesos con treinta y tres centavos ($ 11.315.33) moneda legal, mensuales por concepto de pensión de jubilación, a partir de la fecha que el actor cumpla sesenta (60) años de edad; c) La suma de ohenta y siete mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos con sesenta y cinco centavos ($ 87.446.65) moneda legal, por concepto de reajuste del auxilio de cesantía; d) La suma de once mil ochocientos nueve pesos con treinta y cinco centavos ($ 11.809.35) moneda legal, por concepto de los dominicales y festivos correspondientes al salario comisión devengado. Se ABSUELVE a la sociedad demandada de los restantes cargos de la demanda. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la opositora. COSTAS a cargo de la compañía demandada en un ochenta por ciento (80%)".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, resolvió el doble recurso en providencia de cinco de abril de mil novecientos setenta y cinco en los siguientes términos: "CONFIRMA el fallo de primera instancia cuanto a los conceptos allí declarados: indemnización por despido injusto, reajuste de cesantía, pago de dominicales correspondiente a viáticos y pensión proporcional de jubilación cuando cumpla la edad requerida por la ley, más costas del juicio en un 80%, pero lo MODIFICA cuanto al monto del sueldo promedio con el que hay lugar a liquidar las prestaciones impetradas, el cual asciende en realidad sólo a $ 588.75, por las razones que se expusieron en la parte motiva. Consecuentemente pues, se modifica el fallo de primer grado en la cuantía de las deducciones declaradas, quedando éstas así: Por indemnización por despido injusto pagará la demandada al trabajador demandante $ 253.162.50; por reajuste de cesantía $ 71.701.17; por dominicales correspondientes a viáticos, $ 3.087.75; por pensión de jubilación $ 9.161.80 a partir de la fecha en que cumpla el actor los 60 años de edad, y finalmente se condena en costas en esta instancia a la empresa en un 80%".

Recurrió en casación el apoderado de Industrial de Tejidos S. A. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo formula el apoderado del recurrente: "Aspira la empresa 'INDULANA', que represento, a que la honorable Sala de Casación Laboral de la Corte case la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal de Medellín de que se ha hecho mérito, por manifiestas y claras infracciones de leyes sustanciales de diverso orden, para que, en su lugar y procediendo como Tribunal de instancia, revoque la de primer grado de la Juez Séptima del Circuito de Trabajo de Medellín y absuelva a la empresa demandada de todos y cada uno de los cargos que en su demanda inicial le formuló el señor Ricardo Restrepo Ángel. Y con condenación en costas a cargo de éste en el presente recurso y en las instancias".

Con fundamento en la causal primera

presenta dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso el fallo recurrido, proferido por el honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, en su audiencia de 5 de abril último, en el presente proceso, por la causal primera de casación del artículo 60 del Decreto extraordinario Nº 528 de 1964, en concordancia con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, por ser violatorio de los siguientes preceptos legales sustanciales de carácter laboral, civil y mercantil y por los conceptos que a continuación se expresan: Por aplicación indebida, no siendo el caso de hacerlo, los artículos 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965, al condenar a la empresa 'Indulana' a pagarle al empleado Ricardo Restrepo la indemnización por despido ilegal e injusto de que trata esta norma, siendo así que dicho despido fue justo y legal, según quedó demostrado fehacientemente en el proceso; y 8º de la Ley 171 de 1961, al condenar a la empresa citada a reconocerle y pagarle al actor la pensión sanción de que trata dicha disposición, por despido injusto, cuando dicho despido fue justo y legal, según se acreditó claramente en los autos; y por falta de aplicación, siendo el caso de hacerlo, las siguientes disposiciones legales sustanciales; el artículo 7º letra a), numeral 2º del Decreto legislativo 2351 de 1965, por no haber aceptado el Tribunal, estando demostrado fehacientemente, que el actor incurrió en 'grave indisciplina en sus labores contra el patrono' o insubordinación, por no haber aceptado las órdenes reiteradas del Gerente de la empresa sobre traslado o cambio de oficio; el artículo 60 ordinal 8º del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 7º numerales 4º y 6º del Decreto legislativo 2351 de 1965, al encontrar probado fehacientemente que el empleado Restrepo utilizó vehículos y personal de la empresa en favor de su negocio propio, o sea, en labores y objetos distintos del trabajo convenido, pero sin que el fallador hubiese aplicado dichas normas, siendo el caso de hacerlo, por la excusa inválida de que tales actos le eran 'tolerados' por unos directivos de la misma; los artículos 14 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 2158, 2165, 2186 y 2180 del Código Civil y 1263 del Código de Comercio, al rehusar el Tribunal calificar la conducta irregular de esos directivos de la empresa al exonerar al empleado Restrepo, sin poder hacerlo, del cumplimiento de normas de orden público como las citadas, conforme a dichos artículos 14 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 2170 del Código Civil el numeral 5º de la letra a) del artículo 7º, del Decreto legislativo 2351 de 1965, el artículo 58 ordinal 4º del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 11 de la Ley 155 de 1959 al no considerar siquiera la inmoralidad, debidamente probada, en que incurrió el empleado Restrepo al establecerle una clara competencia desleal, con la organización de su propio negocio particular, paralelo al de la empresa, en las instalaciones de la misma, lo que fue invocado por ella como motivo de despido; los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la buena fe y la fidelidad del trabajador; y el artículo 75 ordinal 4º del Código de Comercio sobre competencia desleal. La violación de todas estas normas provino de la apreciación errónea de una prueba determinada y de la falta de estimación de otras también singularizadas, que señalaré claramente al fundar el cargo, y que a su vez condujeron a ese fallador a incurrir en el error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, consistente en no haber aceptado, no obstante estar demostrado fehacientemente, que el empleado Ricardo Restrepo incurrió en grave indisciplina o insubordinación contra su patrono; que utilizó vehículo y personal de la empresa en labores y objetos distintos del trabajo convenido; y que ejecutó actos de competencia desleal e inmoralidad al establecer su propio negocio, paralelo al de la empresa, en las instalaciones de ésta, hechos invocados como causal justa y legal de despido por la empresa y demostrados claramente en el proceso. Y este error de hecho fue el que condujo al Tribunal a violar, por los conceptos expresados, las normas legales sustanciales de orden laboral, y algunas de carácter civil y mercantil en conexión con aquéllas, que he dejado enumeradas al plantear este cargo".

Al sustentar la acusación dice el casacionista que en la nota de 1º de junio de 1972 se invocaron dos causas o motivos para el despido de Restrepo Angel: a) Incumplimiento de sus obligaciones y grave insubordinación y rebeldía; y b) Competencia desleal y actos inmorales al ejecutar determinadas labores en beneficio propio y de su negocio propio, distintos del trabajo contratado; que el Tribunal Superior no estudió por separado las dos causales o motivos para el despido, como era lo lógico, por ser distintas y basarse en hechos y aspectos jurídicos diversos, sino que, en una forma confusa las involucra, acentuando sus consideraciones en una de esas causales más que sobre la otra, con lo que denota poco orden y método y un claro desequilibrio. Comenta las consideraciones del Tribunal Superior sobre cada una de las dos causales de despido, y luego argumenta así:

"A) El error de hecho respecto del primer motivo de despido la grave insubordinación y rebeldía. Pruebas mal apreciadas y dejadas de apreciar. Las mal apreciadas son las cinco comunicaciones cruzadas entre las partes, sobre el particular, a saber: las de fechas 25 de mayo (fl. 12 del expediente), 28 de mayo (fl. 13), 28 de mayo (fl. 14), 29 de mayo (fl. 15) y 1º de junio (fl. 16), todas de 1973, y la declaración del señor Darío Mejía Uribe (fls. 126 y ss.), que el Tribunal analizó en conjunto equivocadamente. Las cinco comunicaciones expresadas son todas documentos auténticos al tenor del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil vigente, y, por tanto, susceptibles de estudio en la casación laboral conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Además, de acuerdo con la jurídica jurisprudencia de esa honorable Sala, en el sentido de que cuando el estudio o examen de una prueba testimonial aparezca relacionado o involucrado con el de alguna o algunas de las tres pruebas que sólo pueden ser estudiadas en la casación laboral, —documento auténtico, confesión e inspección ocular— procede su examen en conjunto en este recurso, el análisis de ese testimonio del señor Darío Mejía puede y debe hacerse aquí porque el Tribunal lo examinó también en relación con las cinco comunicaciones o documentos auténticos referidos. También procede el examen del testimonio del señor Jorge Jaramillo, citado por el Tribunal al respecto. De acuerdo con las notas citadas y el testimonio de Darío Mejía, mal apreciados por el fallador, la empresa 'Confecciones Colombia S. A.' le comunicó al empleado señor Ricardo Restrepo que dicha compañía había resuelto 'aprovechar su experiencia para confiarle el cargo de Administrador de los servicios de Proveeduría en general', lo que no aceptó el trabajador por estimar que 'desmejora mis condiciones de trabajo actuales, de Jefe de Ventas de Indulana desde hace 8 años' y, más aún, expresó que 'por lo cual continuaré ocupando mi cargo en la compañía'. Es decir, de estas pruebas surge una abierta y franca rebeldía del subalterno o subordinado hacia su jefe o superior, el Gerente de la empresa, toda vez que no sólo no acepta el nuevo cargo sino que, en una clara insubordinación y con insolencia le agrega que 'continuaré ocupando mi cargo en la compañía', o sea, como quien dice, usted no manda aquí sino yo, que hago lo que me plazca, lo que me dé la gana! Y ante la reiteración del Gerente de insistir en la orden de asumir el nuevo cargo, el empleado insubordinado continúa en su subversión y responde insistiendo en su negativa, es decir, persiste en su negativa a cumplir las órdenes del patrono, en su rebeldía e insubordinación.

Por lo tanto, era apenas lógico que en una empresa bien organizada, con simple y elemental sentido de la jerarquía y el orden, con buen cumplimiento de los reglamentos y contratos de trabajo que establecen la 'subordinación' o 'dependencia' del trabajador a las 'órdenes o instrucciones' del patrono y con aplicación de las leyes laborales colombianas que instituyen la misma jerarquía empresarial, era apenas lógico, repito, que el Gerente y la empresa misma no aceptaran la actitud ilegal, anticontractual, irreglamentaria, rebelde y descortés del empleado, que venía a dejar sin poder de mando o dirección al Gerente y a la empresa misma y a establecer un precedente funestísimo en su organización, frente a los demás trabajadores. Planteó,

pues, el empleado una situación insostenible, pues ante su actitud de franca rebeldía no cabía ni cupo así, otra solución, que la que se produjo en seguida. Por eso la empresa le pasó la nota de 1º de junio de 1973 (fl. 18) en la que le dice: 'Me permito comunicarle que a partir de la fecha damos por terminado su contrato de trabajo con la compañía'; y agrega: 'La compañía ha tomado esta decisión en vista de que usted ha incumplido sus obligaciones y ha incurrido en grave insubordinación y rebeldía, al no haber tomado posesión del oficio que se le asignó por comunicación del 25 de mayo, y que se le reiteró por comunicación del 28 del mismo mes' ".

Transcribe el impugnador las razones de la defensa expuestas en la contestación de la demanda sobre esta causal de despido y continúa:

"A lo largo del fallo recurrido sólo se observan dos consideraciones relacionadas con esta causal primera de despido sobre 'insubordinación y rebeldía' del empleado frente a su patrono, a saber: 1. Después de transcribir lo pertinente de las cinco comunicaciones cruzadas entre las partes que concluyeron con el despido del empleado por parte de su patrono, y de citar sólo apartes del testimonio del señor Darío Mejía Uribe, hace el siguiente comentario el Tribunal: 'Pero no se pensó en que también la voluntad del trabajador contaba al efecto, y que por más que la Proveeduría en ocho años hubiera crecido desmesuradamente, por lo que su desempeño se podía remunerar en igual forma que la Jefatura de Ventas de la empresa, aquél podía con razón estimar que el retornarlo al oficio o cargo por donde había empezado catorce años atrás, implicaba una desmejora en su categoría, como así lo puso de presente en forma inmediata'. a) Al sintetizar la declaración del testigo Jorge Jaramillo Arango, el Tribunal expone en su fallo que este declarante conceptúa sobre el problema debatido, o sea, sobre la causal primera del despido de la 'insubordinación o rebeldía', lo siguiente: 'El cargo de Jefe de Ventas es de mucha más categoría que el de Jefe de Proveeduría, pues por eso se le ascendió pasándolo de Jefe de la Proveeduría al de Jefe de Ventas de paño y es superior administrativa y económicamente'. (Fls. 158 vto. a 161). Con dicha apreciación transcrita bajo el número 1 anterior, y con la aceptación del concepto del testigo Jaramillo, transcrito bajo el número 2 precedente, el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en los autos por lo siguiente: a) Por mala apreciación de las cinco comunicaciones cruzadas entre las partes sobre el despido y el testimonio de Darío Mejía; b) Por falta de apreciación de la confesión ya expresada del demandante en el hecho 8º de su demanda y c) Por equivocada estimación del concepto u opinión dada por el testigo Jorge Jaramillo, por las siguientes razones: En verdad, las cinco comunicaciones cruzadas entre las partes acerca del traslado del actor y que demuestran la rebeldía e insubordinación que culminaron con su despido, no dan pie en ninguna forma para que el Tribunal ni nadie pudiese concluir como aquél concluyó al analizarlas, es decir, aseverando que el empleado despedido tenía razón en estimar que su traslado al nuevo cargo implicaba una desmejora de categoría, por cuanto el fallador omitió estimar la confesión del mismo actor, producida en el hecho 8º de su libelo inicial, en el sentido de que su remuneración sería la misma, o sea, que no había desmejora y porque aceptó un concepto de un testigo —el señor Jorge Jaramillo—, cuando los testigos relatan los hechos que conocen, pues esa es su función propia, pero no conceptúan pues ésta es función de los peritos. Además, tomó el testimonio de Darío Mejía, no en el sentido que él expresa de que el traslado del actor a la Proveeduría se debía a crecimiento de ésta y a su experiencia por haberla desempeñado antes, sino en el de que no había cargos en ese momento contra dicho empleado, es decir, en un sentido distinto del expuesto por el testigo, por lo que apreció pésimamente su exposición. Para acabar de configurar el error de hecho en la apreciación de las cinco comunicaciones referidas, en la confesión y los testimonios expresados, basta considerar que el Tribunal, por sí y ante sí, sin base probatoria ninguna, aceptó la excusa del empleado para negarse a obedecer a su patrono, PERO JAMAS estudió esas pruebas desde el punto de vista de las razones expuestas por el patrono, JAMAS analizó las razones dadas allí en esas pruebas por la empresa, es decir, aceptó sin

pruebas la simple excusa sin fundamento del empleado, pero no consideró, ni mencionó siquiera, la razón dada por el empleador, ni menos mencionó tampoco la legalidad de su posición de defensa de la jerarquía, del poder de mando que le otorgan la ley, el reglamento y el contrato de trabajo, el orden en la empresa, nada en este sentido, por lo cual aparece más ostensible el error de hecho en que incurrió ese fallador en el análisis equivocado —si es que así pudiera llamarse— de esas cinco comunicaciones, los testimonios citados (de Darío Mejía y Jorge Jaramillo) y por falta de apreciación de la confesión expresada del actor. Ninguna otra consideración hizo el Tribunal para aceptar la excusa del empleado a su rebeldía e insubordinación, por lo cual esa aceptación del fallador no puede ser más equivocada, pobre, infundada, ilógica e ilegal. Ni más claro el error de hecho, evidente, ostensible en los autos, en que incurrió al aceptar dicha excusa y desatender, sin estudio siquiera, la justa causa sobre 'insubordinación y rebeldía' e incumplimiento de sus obligaciones por el empleado, invocada por la empresa".

A continuación expresa el casacionista:

"B. El error de hecho respecto del segundo motivo de despido: La competencia desleal y la inmoralidad. Pruebas mal apreciadas y dejadas de apreciar. Como primera prueba apreciada equivocadamente por el Tribunal se tiene la de la nota de despido que el Gerente de la compañía le pasó al empleado de fecha 1º de junio de 1973 y atrás transcrita, de la que se lee la invocación de esta causal, así: 'Por otra parte ha incurrido en violación grave de la prohibición del artículo 60, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo, al utilizar personal y vehículos de la compañía para beneficio propio en labores distintas al trabajo contratado, tal como recolección y reparto de mercancías, cobro de cuentas y diversos actos de su negocio propio, todo lo cual implica competencia desleal y es un acto inmoral' ". (Fl. 16).

Que el Tribunal principió apreciando mal, erróneamente, esta prueba o documento auténtico lo indica el siguiente comentario con que esa corporación inicia el estudio de la misma nota, a saber: '...como algo adicional, pero no determinante, se le agregó en la nota de despido que 'por otra parte' había incurrido en violación grave de la prohibición del artículo 60, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo al utilizar personal y vehículos de la empresa para beneficio propio, es decir, se aludía a una práctica de vieja data, más que tolerada autorizada por los superiores, como aparece acreditado en el proceso' (subrayo). Y agrega a continuación el fallador el siguiente concepto, que incluye una errada apreciación de varias pruebas, en una estimación de conjunto con dicha nota de despido, como son los testimonios 'de algunos subalternos' y 'de sus superiores' y la confesión del propio actor acerca de los hechos constitutivos del segundo motivo justificativo del despido referido: 'Porque no cabe desconocer —dice el fallador— que el señor Restrepo sí utilizaba los servicios de algunos subalternos y también el vehículo de reparto de la compañía para la empacada y movilización de mercancías propias, como así lo declaran los mismos subalternos de quienes se servía, y el mismo actor no lo niega. Pero no es menos cierto que estos actos no los llevaba a efecto en forma subrepticia y autónomamente sino con el conocimiento y consentimiento o autorización de sus superiores como en igual forma procedía a adquirir algunos productos de la empresa, los que, luego de ciertos acondicionamientos, negociaba con utilidad para él o para empresa de que hacía parte (Ravenna Comercial)' (subrayo). Y agrega el fallo recurrido: 'A este respecto son pertinentes los apartes de los testimonios que a continuación se transcriben, rendidos por: Darío Mejía Uribe..., Juan José Betancur... ..., Germán Vélez Angel..., Jorge Jaramillo..., Rodrigo Restrepo..., Darío de J. Rodríguez... y Jaime Posada'... Y luego de transcribir los apartes que caprichosamente escoge de estos testimonios, agrega respecto de otras pruebas acerca de esta causal o motivo del despido, consistentes en comunicaciones 'de empleados y clientes comerciales de la empresa' (no para apreciarlas bien sino, todo lo contrario, para apreciarlas a su acomodo) lo siguiente: 'A pesar de lo extensa de esta providencia, no debe darse por terminada sin hacer referencia a una serie de comunicaciones de empleados y clientes comerciales de la empresa, aportados por ésta con el ánimo de

sacar avante las imputaciones a su ex-trabajador acerca del abuso en sus funciones, del aprovechamiento indebido en el transporte, en el servicio de personas, en la compra de ciertos productos, etc.'. Y concluye: 'Tales comunicaciones no logran el fin propuesto porque la generalidad de ellas aparecen como solicitadas y expedidas con posterioridad a la fecha del despido del trabajador, luego mal pudieron ser tenidas en cuenta para su desvinculación. En otros casos esas comunicaciones resultan claramente favorables al demandante y desvirtúan los cargos a él formulados'. Y cita algunas de estas comunicaciones solamente, y, en forma curiosa, sólo aquéllas que el fallador estima favorables al empleado...! Pero las que en su propio concepto favorecen a la empresa, se vio cómo las desecha, con el simple pretexto de que fueron producidas después del despido...!, así se refieran a hechos anteriores a ese despido! Con lo que se demuestra la forma equivocada, unilateral o parcial, como el fallador estima esas pruebas, si eso puede llamarse estimación o apreciación...! Dos observaciones fundamentales en orden a la demostración del error de hecho, merecen los párrafos transcritos anteriormente del fallo del Tribunal, a saber: 1. Que este segundo motivo de despido, sobre 'utilización de vehículos y personal de la empresa para beneficio del empleado en labores distintas al trabajo contratado, recolección y reparto de mercancías, cobro de cuentas y diversos actos de su negocio propio, todo lo cual implica competencia desleal y es un acto inmoral', no fue invocado por la empresa 'como algo adicional' y 'no determinante', como en forma ligera y gratuita lo afirma esa corporación, pues basta que la empresa lo haya invocado en su nota de despido, en forma expresa, clara y oportuna, como lo hizo, para que, de acuerdo con la ley (parágrafo del artículo 7º del Decreto legislativo 2351 de 1965), deba ser tenido en cuenta y no desechado ligeramente, a priori, o apenas tomado como quien no quiere la cosa, como algo insignificante y poco digno de consideración, según ilegal e ilógicamente lo hizo el Tribunal. Y la observación número 2 es la que de la nota de despido o documento auténtico para efectos del presente recurso de casación fue considerada aquí por el fallador, en cuanto a esta segunda causal de despido, en relación con otras comunicaciones y varios testimonios, o sea, que todas estas pruebas fueron consideradas en conjunto por el Tribunal, luego, de acuerdo con la jurídica doctrina de esa honorable Sala Laboral de la Corte, puedo y debo analizar el error de hecho en que incurrió la sentencia recurrida en relación con dichas pruebas, estimándolas también en conjunto al plantear el cargo. O sea, que, conforme a tan justa jurisprudencia, al lado de las comunicaciones o documentos auténticos es viable el análisis aquí de los testimonios considerados o estimados aunque erróneamente por el fallador, en relación con tales notas o comunicaciones. El error de hecho en la apreciación equivocada de dichas pruebas en que incurrió el Tribunal al reconocer la existencia de los hechos que configuran esta segunda causal de despido, como lo hizo según los párrafos transcritos, pero al desvirtuarlos luego o quitarles gravedad e importancia para el empleado y la empresa, consistió en estimar que, conforme a esas pruebas, tales hechos estaban probados pero no eran graves para el referido empleado, ni constituían responsabilidad personal directa para él, ni actos censurables, ni justificaban su sanción o despido, por estar 'consentidos' o 'tolerados' por 'sus superiores'. Como si un acto que fuese grave en sí mismo con respecto a su autor, deiase de serlo por haber sido considerado 'tolerado' o 'consentido' por otro. Mejor aún: el Tribunal no se detuvo a juzgar la conducta reprobable del empleado, debidamente demostrada según el propio juicio de ese fallador, sino que, en lugar de analizarla en relación con el mismo sujeto responsable de los actos y frente a la empresa, en lugar de juzgar esa conducta como era su deber, pues era motivo invocado de despido, soslayó el problema y encontró el fácil camino de excusarlo de una vez dirigiendo la culpa hacia 'sus superiores' porque 'toleraron' o 'consintieron' dicha mala conducta. No se trataba de verdad de juzgar a esos 'superiores', sino de juzgar la conducta, los hechos propios, reprobables, del empleado. Y no lo hizo así el Tribunal, como ha debido hacerlo, por lo que incurrió en el error evidente de hecho, al estimar probados los hechos cons-

titutivos de la causal de despido de que trata, pero para minimizarlos y exculpar así al responsable dirigiendo la responsabilidad hacia otros, o sea, para desvirtuarlos, quitarles gravedad e importancia a esos hechos frente a su autor o ejecutor y la empresa, a fin de convertirlos en simples actos comunes, intranscendentes, sin gravedad e importancia, incapaces de configurar la justa causa alegada del despido, no por sí mismos, ni porque la conducta del empleado fuese buena y justa, sino por un silencio cómplice o una autorización tácita o benévola de terceros frente a tal conducta, que produjo el extraño resultado de sanear lo insaneable. Como si un delito o una infracción de la ley dejase de serlo frente a su autor, por actos cómplices o silencios cómplices, de terceras personas. Hasta ahora no se conoce el baño lustral, ni menos de terceros, que sanee las conductas humanas y produzca el efecto de una piscina probática que opere el milagro de trocar lo sucio en limpio y lo enfermo en sano. O lo inmoral y lo ilegal en jurídicamente aceptable, honesto, bueno y justo! Cuáles hechos constitutivos de esta segunda causal de despido, sobre competencia desleal e inmoralidad, estimó demostrados el Tribunal para luego desestimarlos en su propia naturaleza y como justificativos de ese despido? Veámoslo en una doble columna, para enumerar en la primera los afirmados por la empresa en su nota de despido y al frente, en la segunda, los que el Tribunal estimó como demostrados pero para negarles su carácter o suficientes para fundar la invocada justa causa para el despido:

Hechos invocados por la empresa

1. El empleado utilizó personal de la empresa para beneficio propio en labores distintas al trabajo contratado.
2. El empleado utilizó vehículos de la compañía para beneficio propio en labores distintas al trabajo contratado.
3. El empleado ejecutaba diversos actos de su negocio propio, lo que implicaba competencia desleal y es un acto inmoral.

Hechos estimados probados por el Tribunal

1. "El señor Restrepo sí utilizaba los servicios de algunos subalternos de la compañía para la empacada de mercancías propias".
2. "El señor Restrepo sí utilizó el vehículo de reparto de la compañía para la movilización de mercancía propias".
3. "El señor Restrepo 'en igual forma procedía a adquirir algunos productos de la empresa, los que, luego de ciertos acondicionamientos, negociaba con utilidad para él o para la empresa de que hacía parte (Ravenna Comercial)' ".

El error de hecho aquí aparece como una paradoja, puesto que el Tribunal acepta como demostrados los hechos constitutivos de la causal de despido invocada por la empresa, pero a renglón seguido les niega gravedad o importancia o fuerza suficiente para fundar ese despido, no por razón de las pruebas mismas de esos hechos, sino, aquí de la paradoja, por razón de testimonios que no se refieren a la existencia de esos hechos para negarlos o desvirtuarlos sino para trasladar su responsabilidad a otras personas, que también, por otra paradoja, resultan ser al mismo tiempo testigos exculpadores del actor. Porque los testigos que, según el Tribunal, trasladan con mayor credibilidad la responsabilidad de los hechos expresados, del actor a los directivos, resultan ser también esos mismos directivos, o sea, los señores Jorge Jaramillo Arango y Jaime Posada Angel, con lo que asumen un papel dual inaceptable, unas especies de dioses Janos, con doble faz, testigos y directivos, pues al propio tiempo que exculpan al actor y se culpan a sí mismos, aunque en forma aparente, en el fondo se están exculpando ellos mismos también como directivos con una especie de poderes omnímodos que se arrogan aquí, no obstante —y quizás por eso mismo— que en el proceso no se juzgaba su propia conducta sino la ajena. Es apenas obvio que los testigos-directivos o directivos testigos ("tanto monta-monta tanto-Isabel como Fernando") no iban a culpar al actor-empleado de actos de inmoralidad y competencia desleal para con la empresa que dirigía, ejecutados durante el ejercicio de su administración y dirección, porque eso equivalía lógicamente a culparse ellos mismos de complicidad, negligencia o irresponsabilidad en el manejo de la compañía, lo que no irían a confesar segura-

mente, por lo cual al exculpar al empleado aparentemente se autoacusaban pero en el fondo se estaban exculpando también porque dan la impresión en sus dichos de que ejercían un poder omnímodo, todopoderoso, incontrolado, sin límites ni vallas, a tal punto que ellos y sólo ellos podían juzgar a qué actos de sus subalternos eran o no inmorales, implicaban o no una competencia desleal, unos Júpiters tonantes con poderes de condenar o absolver en forma inapelable. Con lo que también se exculpaban ellos mismos, pues, no pareciendo tener superiores que los controlasen, todos sus actos —inclusive los de autorización o tolerancia de la acción deshonesta y de competencia desleal de sus subalternos— eran para ellos y para todos, lícitos, aceptables y honestos! Ellos mismos actuaban como directivos y ellos mismos juzgaban los actos de sus subalternos... y de contera los suyos propios! Jueces y partes! Un círculo vicioso o cadena de la felicidad! El error de hecho en que incurrió el fallador es más protuberante si se tiene en cuenta que estimó probados en su providencia acusada los hechos invocados por la empresa como constitutivos de la causal de despido por 'competencia desleal e inmoralidad' según lo demostré con la doble columna, y, no obstante, sin desvirtuar esos hechos en sí mismos, sin desconocerlos como existentes y protuberantes en los autos, concluye ilógicamente, en forma ostensiblemente absurda, diciendo y decidiendo que 'los cargos que le fueron formulados al actor carecen del alcance que se les ha querido dar para justificar su despido', no por la conducta misma del empleado, sino por la conducta de otros, por una conducta ajena!

"El Tribunal de Medellín ha debido estudiar las numerosas, bien fundadas y convincentes razones que en diversos memoriales y alegatos presentó el distinguido apoderado de la empresa para sustentar esta causal sobre 'competencia desleal e inmoralidad', pero este aspecto que constituyó la columna vertebral del proceso, por decirlo así, no mereció un solo comentario, así fuese ligero, del fallador, cuando para cualquiera que tenga la misión de impartir justicia —y más para un Tribunal o entidad colegiada de segunda instancia— no pueden pasar desapercibidos aspectos tan fundamentales de orden legal y moral. Como si varios cargos, o uno solo siquiera, de competencia desleal e inmoralidad', probados según el mismo fallador, resultasen a la postre de poca monta y fáciles de exculpar! Menguado servicio se le presta a la justicia, al orden moral, a la honestidad, lealtad y buena fe que debe presidir las relaciones humanas —y con mayor razón las de orden laboral entre capital y trabajo, entre patronos y trabajadores— si los falladores, encargados de su vigilancia y cumplimiento, se hacen de las nuevas frente a hechos notorios, evidentes, de quebrantamiento de ese orden moral y jurídico para darles vía libre a esos mismos actos constitutivos de flagrantes violación, deslealtad e inmoralidad! Con razón nuestra sociedad va cada día de mal en peor en estas fundamentales materias! Lo anterior, en cuanto a las pruebas mal apreciadas por el fallador. Respecto de las dejadas de estimar, están el documento auténtico y el testimonio del señor Gustavo Estrada Zuluaga, quien fue empleado de la empresa "Indulana". El documento auténtico, que figura a folios 47 y 48, consiste en la carta que con fecha 12 de junio de 1973 le envía dicho señor a los señores "Industrial de Tejidos S. A.", doctor Mauricio González y doctor Darío Mejía Uribe. Y el testimonio del mismo Gustavo Estrada Zuluaga corre a folios 194 vto. a 200 vto., y en éste reconoce la autenticidad y su firma en el documento o carta referida. Pues bien: estas dos pruebas, fundamentales para demostrar la 'competencia desleal' del actor de la empresa, no fueron tenidas en cuenta, ni mencionadas siquiera, por el Tribunal. Y todavía son más importantes por cuanto el señor Estrada afirma que los informes sobre la conducta desleal del empleado Ricardo Restrepo para con "Indulana" se los suministró verbalmente y por escrito en diciembre de 1970, a los doctores Jaime Posada A. y Jorge Jaramillo, directivos de dicha empresa. Basta leer la carta y el testimonio citados para ver en detalle, enumerados y con nombres propios, los distintos actos de deslealtad, de competencia desleal, del actor para con la empresa, y de esto nada dice el Tribunal. Guarda un extraño y significativo silencio. Como si sólo valieran ciertas pruebas favorables al actor y no las con-

trarias. Pero lo más grave de estas dos pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal es que comprometen clara y abiertamente a los dos directivos de "Indulana", señores Jaime Posada Angel y Jorge Jaramillo Arango, pues allí relata cómo les informó oportunamente y en detalle de los distintos actos de competencia desleal, de franca y abierta deslealtad, del señor Restrepo para con dicha compañía, y a pesar de manifestarse sorprendidos no hicieron nada para corregir la situación en bien de la empresa que dirigían, sino que, por el contrario, la 'toleraron', como aparece de las pruebas citadas por el Tribunal, entre ellas, los propios testimonios de los mismos directivos Posada y Jaramillo, de las que consta que conocían las andanzas de competencia desleal de su empleado Restrepo pero no las desautorizaron o impidieron, por lo cual aparecen 'toleradas' en perjuicio de la misma sociedad que dirigían y debían defender. Por lo tanto, oportunamente denunció el señor Estrada el monopolio y las autoventas del actor, su doble condición de Jefe de Ventas, no sólo para otros, sino para sí mismo, de Jefe de Ventas que al propio tiempo era 'Jefe de Compras para sí', con la dualidad de que él se vendía y se compraba, era vendedor y comprador al tiempo, contra expresa prohibición de la ley (artículo 2170 del Código Civil) y de la moral. Y que tenía su propio negocio personal montado en la empresa "Indulana" referida. Luego, hay un error de hecho evidente, o mejor, se acentúa el error de hecho alegado, por no haber estimado el Tribunal esta prueba en relación con las otras mal apreciadas y de que se hizo antes mérito, para dar por acreditada esa competencia desleal e inmoralidad invocadas por la empresa para el despido, y por ignorar que los directivos Jaime Posada Angel y Jorge Jaramillo Arango sabían que el empleado Restrepo incurría en actos o hechos inmorales y perjudiciales para la empresa que así dirigían, pues con tales caracteres y alcances les fueron denunciados oportunamente. Esas pruebas, el documento y el testimonio del señor Estrada Zuluaga, no sólo sirven para demostrar también cómo el fallador incurrió en error evidente de hecho respecto de la prueba fehaciente de la competencia desleal e inmoralidad del empleado, causa justificativa de su despido invocada oportunamente por la empresa, sino también son idóneas para acreditar algo muy importante a saber: que los directivos de la empresa en el momento de la competencia desleal referida, señores Jaime Posada Angel y Jorge Jaramillo Arango, están descalificados para exculpar al actor, como lo hace el Tribunal, por ser ellos mismos responsables, y a sabiendas, es decir, cómplices, de esas inmoralidades, por lo cual ellos mismos quedaron convictos de inmoralidad y deslealtad para con la empresa, según dichas pruebas, no desvirtuadas, ni contradichas, ni tachadas en el proceso. Por amparar esos directivos con su extraña actitud, con su silencio o tolerancia, la conducta inmoral del empleado Restrepo, participaban ellos también como colaboradores o cómplices de dicho empleado —expresa o tácitamente— en los actos de éste contra la empresa y, por lo mismo, no sirven, ni pueden servir, sus 'testimonios' para exculpar o justificar la conducta de dicho empleado, desde un estricto aspecto moral, legal y de lógica jurídica, sino que, al propio tiempo, sirven para censurar y condenar su conducta por desleales ellos mismos para con la empresa a la que sirvieron —y de qué manera!— en dicha forma. Demostrado así el error de hecho evidente, sígulese en sana lógica que la causal de despido invocada por la empresa, sobre 'competencia desleal e inmoralidad' del empleado Restrepo está demostrada suficientemente, y que, por tanto, incurrió el fallador en las infracciones de leyes sustanciales y por los conceptos expuestos en el presente cargo. Por lo que, como consecuencia, debe caer su providencia recurrida, revocarse la de primer grado, también ilegal e injurídica, y, en su lugar, absolverse a la empresa de los cargos de la demanda".

El opositor replica los argumentos del recurrente en relación con el primer motivo de despido así:

"La facultad de mando y el deber de obediencia están limitados a la labor que deba desempeñarse, sin que le sea dable al patrono extender el ejercicio de ese poder a ninguna otra cuestión. De ahí que el trabajador pueda negarse, sin incurrir en responsabilidad, al cumplimiento de una orden que por no relacionarse con el servicio

prometido, puede calificarse como un acto arbitrario y desvío de esa atribución. Y es esto lo que, precisamente, ha ocurrido en este caso, y lo que el honorable Tribunal ha tomado en cuenta en la motivación de su proveído, para concluir que no hubo rebeldía por parte del trabajador respecto a la decisión de la compañía de cambiarle de empleo y a la orden que se impartió en el sentido de que debía acatar esa determinación" .....

"Es evidente que el patrono tiene la facultad de dirigir y coordinar las tareas en su establecimiento y que en ejercicio de esa facultad puede disponer ciertos cambios a medida que las necesidades lo indiquen. Pero este poder no es absoluto como lo entiende el acusador, sino restringido y juega dentro de ciertos límites que el patrono no puede traspasar como ha ocurrido en el caso de autos al ordenarle al trabajador el cambio a un empleo de inferior categoría. No ha incurrido el Tribunal, por este aspecto, en el error de hecho que se le atribuye".

Respecto a la argumentación sobre la segunda causal de despido replica:

"Estos directivos toleraron y consintieron la conducta del demandante, porque consideraron que ella no redundaba en perjuicio de los intereses de la empresa en cuanto a la posición económica de ésta en el mercado. Permitieron esos actos del trabajador porque éste no se beneficiaba a sí mismo con mengua de la lealtad que debía presidir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Porque no había en esa conducta una actividad contrapuesta a la del empleador, y ese trabajo no caía dentro de la órbita de la competencia desleal. No hubo, pues, por parte de esos directivos 'complicidad, negligencia o irresponsabilidad en el manejo de la compañía' como lo afirma el recurrente con extraña ligereza. Y estos razonamientos son, en esencia, los mismos que ha tomado en cuenta el fallador para concluir que por ese aspecto tampoco se justificaba el despido. Si el Tribunal estimó ese motivo alegado por el patrono, como algo adicional, fue precisamente porque éste pensó en aducirlo cuando el trabajador se opuso al cambio de empleo y no antes como pudo hacerlo, ya que ese pequeño negocio lo venía practicando el demandante desde hacía varios años".

Agrega que la carta de folios 47 y 48, que el recurrente indica como dejada de apreciar, sí fue apreciada por el sentenciador.

Se considera:

En relación con la carta en la cual la sociedad demandada le comunicó a Ricardo Restrepo Angel la decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por las razones que en ella se invocan y con las comunicaciones cruzadas entre demandante y demandado con anterioridad, dijo el Tribunal Superior:

"Esas causas o motivos para el despido, según la comunicación del primero (1º) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973). (fl. 16) fueron: el incumplimiento de las obligaciones laborales y el haber incurrido en grave insubordinación y rebeldía, al no haber tomado posesión del oficio que se le asignó desde el 25 de mayo, cuya orden se le reiteró en nueva nota del 28 del mismo mes. Se agrega aún como agravante la circunstancia de que en reunión del 26, en la oficina del Gerente encargado con la asistencia del señor Darío Mejía, el demandante aceptó el traslado y manifestó estar dispuesto a servir a la compañía, en la actividad que ella lo necesitara y considerara más indicado. Finalmente se le observa que 'ha incurrido en violación grave de la prohibición del artículo 60, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo al utilizar personal y vehículo de la compañía para beneficio propio en labores distintas al trabajo contratado, tal (sic) como recolección y reparto de mercancías, cobro de cuentas y diversos actos de su negocio propio, todo lo cual implica competencia desleal y es un acto inmoral'. Para el fin propuesto de calificar la legalidad y justicia de los motivos invocados como causa del despido, se precisa considerar las comunicaciones anteriores a que se hace referencia en la nota del despido, así como también las respuestas y planteamientos del actor a esas comunicaciones. La nota del 25 de mayo (fl. 12) firmada por el Gerente encargado expresa: 'Me permito comunicarle que la compañía ha determinado aprovechar su ex-

pertencia, para confiarle el cargo de Administrador de los servicios de Proveeduría en general (mercado, víveres, farmacia, carne etc.)'. Como fecha para la asunción de estas nuevas funciones se le señalaba el 'próximo lunes', es decir el 28 de mayo, y se le indicaba hacer entrega del cargo al doctor Darío Mejía, 'quien se encargará de recibirle'. La anterior comunicación mereció del destinatario, señor Ricardo Restrepo, la siguiente respuesta y comentarios (fl. 13): 'Doctor González: Le aviso el recibo de su nota de mayo 25 entregada el 26 de mayo —sábado— en las horas de la tarde. Como su texto contiene —expresamente una desmejora en mis condiciones de trabajo, actuales, Jefe de Ventas de Indulana desde hace 8 años, le manifiesto que no puedo aceptarla por tratarse de una clara renuncia prevocada; por lo cual continuaré ocupando mi cargo en la compañía con la misma responsabilidad y eficiencia conque he laborado en mis 14 años continuos en la misma'. (Esta comunicación tiene fecha 28 de mayo o sea la misma en que debía asumir las nuevas funciones, lo que se explica por haber recibido la notificación del cambio de posición en la empresa sólo el sábado 26 en las horas de la tarde). La nota anterior obtuvo como respuesta otra de la misma fecha (fl. 14) mediante la cual se le reitera la orden de asumir el nuevo empleo: 'como decisión que han tomado las directivas de la empresa', con el agregado de que 'esta posición ni desmejora su sueldo, ni lesiona su dignidad, por lo cual no hay desmejora en sus condiciones de trabajo'. Al siguiente día (mayo 29, fl. 15) don Ricardo Restrepo respondió así al doctor González: 'Le aviso el recibo de su nota del 28 de los corrientes. Sobre este particular le reitero lo que ya le había expresado por escrito, e insisto en que usted como representante de las actuales directivas, pretende sin razones válidas desmejorar mis condiciones de trabajo, vulnerando los derechos que me confiere la ley y lesionando mi dignidad de empleado profesional de la compañía durante los últimos catorce años; en los cuales he escalado la posición que, actualmente ocupo, de mayor jerarquía administrativa y laboral que aquélla para la cual pretenden enviarme'. De los textos transcritos resulta claro que la determinación de despedir al señor Restrejo sólo se adoptó el primero de junio de 1973, tomando como razón para ello la grave insubordinación de negarse a obedecer la orden de trasladarse al nuevo cargo asignado de Administrador de los servicios de Proveeduría general, en los cuales se quería 'aprovechar su experiencia', o más expresivamente como lo dice el testigo Darío Mejía (fl. 126 vto.) porque la Proveeduría se había crecido exageradamente, se encontraba con algunas dificultades de organización, y como el señor Restrepo se había desempeñado en forma excelente en la Proveeduría se consideró que era la persona más adecuada para desempeñar el cargo y resolver los problemas que allí se presentaban, o sea que hasta el 29 de mayo no había ningún cargo en su contra que hiciera necesario su despido ni siquiera aconsejable su traslado en el cual se pensó, por el contrario, por las dificultades de organización de la Proveeduría que había crecido exageradamente y tenia dificultades de organización, las cuales se estimó podrían ser resueltas por el demandante, dada su experiencia y por su excelente desempeño. Pero no se pensó en que también la voluntad del trabajador contaba al efecto, y que por más que la Proveeduría en ocho años hubiera crecido desmesuradamente, por lo que su desempeño se podía remunerar en igual forma que la jefatura de ventas de la empresa, aquél podía con razón estimar que el retornarlo al oficio o cargo por donde había empezado catorce años atrás, implicaba una desmejora en su categoría, como así lo puso de presente en forma inmediata. Fue luego de esta negativa, y como algo adicional, pero no determinante, que se le agregó en la nota de despido que 'por otra parte' había incurrido en violación grave de la prohibición del artículo 60, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo al utilizar personal y vehículo de la empresa para beneficio propio, es decir, se aludía a una práctica de vieja data, más que tolerada autorizada por los superiores, como aparece acreditado en el proceso. Porque no cabe desconocer que el señor Restrepo sí utilizaba los servicios de algunos subalternos y también el vehículo de reparto de la compañía para la empacada y movilización de mercancías propias como

así lo declaran los mismos subalternos de quienes se servía, y el mismo actor no lo niega. Pero no es menos cierto que estos actos no los llevaba a efecto en forma subrepticia y autónomamente sino con el conocimiento y consentimiento o autorización de sus superiores, como en igual forma procedía al adquirir algunos productos de la empresa, los que, luego de ciertos acondicionamientos, negociaba con utilidad para él o para la empresa de que hacía parte (Ravenna Comercial)".

La carta de 1º de junio de 1973 dirigida a Ricardo Restrepo A. por Mauricio González González, Gerente de Confecciones Colombia S. A. e Industrial de Tejidos S. A. dice lo siguiente: "Me permito comunicarle que a partir de la fecha damos por terminado su contrato de trabajo con la compañía. La compañía ha tomado esta decisión en vista de que usted ha incumplido sus obligaciones y ha incurrido en grave insubordinación y rebeldía, al no haber tomado posesión del oficio que se le asignó por comunicación del 25 de mayo, y que se le reiteró por comunicación del 28 del mismo mes. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que el día 26 de los corrientes, en reunión que tuvimos en mi despacho, con la asistencia del doctor Darío Mejía, usted aceptó el traslado y manifestó que lo hacía con todo gusto, pues estaba dispuesto a servirle a la compañía, en la actividad que ella lo necesitara y lo considerara más indicado. Por otra parte ha incurrido en violación grave de la prohibición del artículo 60, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo, al utilizar personal y vehículos de la compañía para beneficio propio en labores distintas al trabajo contratado, tal como recolección y reparto de mercancías, cobro de cuentas y diversos actos de su negocio propio, todo lo cual implica competencia desleal y es un acto inmoral. Le solicito hacer entrega de su puesto al doctor Juan J. Betancur".

De las consideraciones del Tribunal Superior no encuentra la Sala que hubiese sido erróneamente apreciada la correspondencia entre Ricardo Restrepo Angel e Industrial de Tejidos, Indulana, relacionadas con la terminación unilateral del contrato de trabajo del primero, pues no le hace decir a las cartas algo contrario o diferente a lo que ellas expresan. Si respecto a la causal o motivo primero, o sea la grave insubordinación y rebeldía al no haber tomado posesión del oficio que se le asignó, llegó el fallador a la conclusión de que bien podía pensar el demandante que se le desmejoraba al trasladarlo al cargo que había desempeñado años antes y que fue con el cual se inició como trabajador en la empresa, esta conclusión no es contraria a la lógica, pues no sólo el salario debe tenerse en cuenta para determinar si hay o no desmejora en las condiciones de trabajo. Esta conclusión no lo desvirtúa la aceptación de Restrepo Angel en el hecho 8º de la demanda sobre que se le había informado que no habría disminución en el salario, pues allí también afirma que ese no es el único factor importante en la relación de trabajo, y que jerárquicamente el cargo al cual se le trasladaba no era igual al que desempeñaba, como puede verse de la transcripción de lo pertinente del hecho 8º: "Tal notificación la respondía al doctor González el día 28 siguiente, observándole —expresamente— la evidencia desmejora en mis condiciones de trabajo que tal decisión conllevaba; sinembargo el mismo personaje el mismo día, insistió en su pretensión de disminuir y rebajar mi posición dentro de la empresa, aduciendo para ello que no tendría desmejora en mi sueldo, como si éste fuera el único factor integrante de la relación laboral. Por ello, y por otras razones, hube de ratificarle al doctor González González, en mi carta entregada al día siguiente el quebrantamiento unilateral e injusto de mis derechos por el traslado a una posición de mucha menor jerarquía administrativa, laboral y salarial".

Cuanto al segundo motivo invocado por el patrono para despedir al trabajador, el Tribunal afirma que al primero se le agregó: "Como algo adicional, pero no determinante". Cuanto a que era adicional el fallador no incurre en error alguno, pues la primera causal de despido fue adicionada con la segunda, formando dos motivos para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. Y respecto a que no era determinante, si bien es una apreciación que no tiene fundamento en las pruebas, no constituye error con incidencia en la violación de leyes sustanciales, porque el

Tribunal estudió en forma amplia los aspectos probatorios y jurídicos relacionados con esa causal, para concluir en que los hechos que se le atribuyeron en la nota de despido carecía de la gravedad suficiente para que fuera justo. Y aun cuando ese error sin trascendencia permitiera el examen de la prueba testimonial, el recurrente únicamente censuró concretamente la apreciación errónea de unos testimonios, los de Darío Mejía Uribe y Jorge Jaramillo Arango en relación con el primer motivo, y el de Jorge Jaramillo Arango y Jaime Posada Angel en relación con el segundo, siendo así que el Tribunal Superior también se apoyó en los testimonios de Juan José Betancur, Germán Vélez, Rodrigo Restrepo y Darío J. Rodríguez, quedando en firme su decisión si no se desquician esos soportes.

Conviene advertir que según la jurisprudencia de esta corporación que invoca el recurrente para el estudio de las pruebas no contempladas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, no basta que hayan sido consideradas en conjunto por el fallador de instancia, sino que es indispensable, como claramente se deduce de la sentencia de seis de octubre de mil novecientos setenta y dos, casación de Luis Alberto Ramírez contra Industria Electro Sonora S. A. "Sonolux", que el error de hecho evidente surja de la apreciación o inapreciación de las allí enumeradas; así dijo: "Mas cuando la sentencia reposa, al definir un hecho, en pruebas de una y de otra categorías, procede el ataque correspondiente respecto de ambas, porque la decisión se fundamente en ellas, pero habrá de demostrar, en primer término por ser la exigencia legal, el error sobre la prueba calificada como apta para la casación del trabajo, demostración que entonces abrirá el campo para el estudio debido de las que no son motivo restringido de ella, coordinándose así, para satisfacción del sistema de la persuación racional, la necesidad de establecer la verdad contenida en todos los soportes probatorios del fallo con la exigencia de que el error debe provenir de una de las que el legislador ha instituido para este motivo de quebranto extraordinario"... "Pero sí se requiere en todo caso que haya error acerca de prueba calificada, porque la ley exige que provenga de ella y porque, de no haberlo, la sentencia reposa sobre dicho soporte legal no destruido. Esta última consideración obliga, además, para la prosperidad del ataque, a que se destruyan, en su caso, los demás fundamentos probatorios de la decisión judicial, que de otra suerte la mantendrán en la forma técnica que imponen la ley y la doctrina, esto es, mediante singularización de ellas y demostración del error con carácter de evidente".

Como no se ha demostrado que el error provenga de la prueba documental y de la confesión del demandante, que han sido acusadas, no le es dable a la Corte, como ya se dijo, estudiar la testimonial en que se apoyó el fallador de segunda instancia. En consecuencia, no habiéndose comprobado que el Tribunal Superior incurrió en evidente error de hecho, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"El Tribunal estimó que estaban probados los hechos constitutivos de la causal de despido invocada por la empresa y consistente en que el empleado incurrió 'en violación grave de la prohibición del artículo 60 numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo al utilizar personal y vehículos de la compañía para beneficio propio en labores distintas al trabajo contratado, tal como recolección y reparto de mercancías, cobro de cuentas y diversos actos de su negocio propio, todo lo cual implica competencia desleal y es un acto inmoral', según lo expresa la empresa al empleado en su nota de despido de fecha 1º de junio de 1973 (fl. 16) (subrayo). Esa aceptación o reconocimiento por parte del Tribunal de la demostración de los hechos referidos, consta en el siguiente párrafo de su fallo en donde los comenta de este modo: 'Es decir, se aludía a una práctica de vieja data (la de la ejecución de tales actos de competencia desleal e inmoralidad por parte del empleado), más que tolerada autorizada por los superiores, como aparece acreditado en el proceso. Porque no cabe desconocer que el señor Restrepo sí utilizaba los servicios de algunos subalternos y también el vehículo de reparto de la compañía para la empacada y movilización de mercancías propias, como así lo declaran

los mismos subalternos de quienes se servía y el mismo actor no lo niega'. Pero luego de este explícito y claro reconocimiento de que los hechos básicos de una de las causales o motivos del despido estaba demostrada y en esa forma, el Tribunal trata de quitarles mérito con argumentos espaciosos e inválidos porque agrega en su fallo el siguiente comentario absurdo: 'Pero no es menos cierto que esos actos no los llevaba a efecto en forma subrepticia y automáticamente sino con el consentimiento o autorización de sus superiores, como en igual forma procedía al adquirir algunos productos de la empresa, los que, luego de ciertos acondicionamientos, negociaba con utilidad para él o para la empresa de que hacía parte (Ravenna Comercial)'. En primer lugar, la empresa nunca acusó al empleado de que los actos de violación grave de la prohibición invocada y de competencia desleal e inmoralidad los hubiera ejecutado subrepticiamente o a escondidas, en forma oculta, por lo cual sorprende el comentario del Tribunal para amparar la mala conducta de ese empleado. Por el contrario, citó testigos de esos actos que, precisamente por ejecutarlos a plena luz del día, dentro de la empresa misma, y con la colaboración o ayuda de personal de trabajadores de ella, en horas de trabajo, no podía realizar el empleado en la forma subrepticia como hubiera deseado el Tribunal. Tampoco alegó la empresa que esos actos los hubiera realizado el empleado automátimamente, puesto que acusó también a los directivos de la compañía por haber 'tolerado' esa conducta irregular, desleal y pésima del empleado, sobre lo cual guardó silencio el fallador. Pero, por lo mismo, esa 'tolerancia' los convertía en 'cómplices', porque los actos eran por sí mismo indebidos, ilegales, inmorales y no se saneaban por esa 'complicidad'. En esta forma débil e ilógica exculpó el Tribunal al empleado por haber cometido los actos —bien probados— de violación de la prohibición de usar personal y vehículos de la empresa y de competencia desleal, ya enumerados. Y precisamente por estar probados debidamente, de tal manera que el fallador no pudo negarlos, ni ocultarlos, y por ser tales excusas suyas débiles, infundadas e inválidas, ha debido decidir de acuerdo con esos hechos, claramente demostrados según el mismo Tribunal. Y como no lo hizo así sino que, por el contrario, falló como si esos hechos no existieran o no se hubiesen demostrado, incurrió en flagrante y ostensible violación de normas legales sustanciales de orden laboral que contemplan esos hechos como violación grave de la prohibición al trabajador de utilizar vehículos, y aún personal con mayor razón, de la empresa, para su propio beneficio y en labores distintas del trabajo para el que fue contratado, y que constituyen además, competencia desleal e inmoralidad de ese empleado, como lo reconoce el propio fallador al decir que ese empleado 'adquiría algunos productos de la empresa, los que, luego de ciertos acondicionamientos, negociaba con utilidad para él o para la empresa de que hacía parte (Ravenna Comercial)', o sea, que tenía un negocio propio que manejaba dentro de la empresa, y que compraba productos de ésta en su propio beneficio, lo que constituye 'competencia desleal' y es 'acto inmoral' aquí y en cualquier país civilizado. Por no haber aplicado el Tribunal esos hechos bien probados, siendo el caso de hacerlo, violó, por infracción directa, las distintas disposiciones legales sustanciales de orden laboral, y de carácter civil y comercial en conexión con aquéllas, que para el despido y a través del proceso invocó la empresa, bien directamente o por conducto de su distinguido representante legal en las instancias, y que enumeraré en seguida. Por lo tanto, acuso también el fallo recurrido, proferido por el honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, de que trato en esta demanda, por la causal primera de Casación contemplada por los artículos 60 del Decreto especial 528 de 1964 y 7º de la Ley 16 de 1969, por lo siguiente: A) Por ser dicho fallo violatorio, por infracción directa, por no haberlas aplicado a los hechos probados ya mencionados, siendo el caso de hacerlo, de las siguientes disposiciones legales sustanciales de carácter laboral, y de las de orden civil y mercantil de igual naturaleza que también enumero en seguida, y en conexión con aquéllas, a saber: El artículo 60 ordinal 8º del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 7º numerales 4º y 6º del Decreto legislativo 2351 de 1965, al encontrar probado fehacientemente

mente que el empleado Restrepo utilizó vehículos y personal de la empresa en favor de su negocio propio, o sea, en labores y objetos distintos del trabajo convenido, pero sin que el fallador hubiese aplicado dichas normas, siendo el caso de hacerlo, por la excusa inválida de que tales actos le eran 'tolerados' por unos directivos de la misma; los artículos 14 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 2158, 2165, 2186 y 2187 del Código Civil y 1263 del Código de Comercio, al rehusar el Tribunal calificar la conducta irregular de esos directivos de la empresa al exonerar al empleado Restrepo, sin poder hacerlo, del cumplimiento de normas de orden público como las citadas, conforme a dichos artículos 14 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo; el artículo 2178 del Código Civil, el numeral 5º de la letra a) del artículo 7º del Decreto legislativo 2351 de 1965, el artículo 58, ordinal 4º del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 11 de la Ley 155 de 1959 al no considerar siquiera la inmoralidad, debidamente probada, en que incurrió el empleado Restrepo al establecerle una clara competencia desleal, con la organización de su propio negocio particular, paralelo al de la empresa, en las instalaciones de la misma, lo que fue invocado por ella como motivo de despido; los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la buena fe y la fidelidad del trabajador; y el artículo 75, ordinal 4º del Código de Comercio sobre competencia desleal, y B) También acuso ese fallo por esta causal primera de casación por aplicación indebida de las siguientes disposiciones legales sustanciales de orden laboral, no siendo el caso de hacerlo, por cuanto hizo aplicación de las reglas jurídicas que tales disposiciones consagran, a unos hechos probados —y probados de acuerdo con clara apreciación del Tribunal— pero no regulados por dichas normas, a saber: El artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965, al condenar a la empresa 'Indulana' a pagarle al empleado Ricardo Restrepo la indemnización por despido ilegal e injusto de que trata esta norma, siendo así que dicho despido fue justo y legal, según quedó demostrado fehacientemente en el proceso; y 8º de la Ley 171 de 1961, al condenar a la empresa citada a reconocerle y pagarle al actor la pensión sanción de que trata dicha disposición, por despido injusto, cuando dicho despido fue justo y legal, según se acreditó claramente en los autos".

Para el opositor "la demanda parte de una premisa falsa, porque no es cierto que el Tribunal estime que los hechos atribuidos por la compañía al demandante, en su nota de despido, impliquen violación grave de la prohibición del artículo 8º del Código Sustantivo del Trabajo. Todo lo contrario, a lo largo de la sentencia el fallador, con cita de documentos y testimonios, afirma que la conducta del trabajador, consentida por la sociedad, no constituye causa justa de despido. Luego no hay infracción directa de la ley".

Se considera

El Tribunal Superior encontró demostrados algunos de los hechos invocados por el patrono para despedir al trabajador, pero consideró que ellos no constituían justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, por razones que ampliamente expresó.

Ahora bien: el ordinal 8º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo prohibe a los trabajadores: "Usar los útiles de herramientas suministradas por el patrono en objetos distintos del trabajo contratado". A su vez el numeral 6º del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 señala como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo "cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo...". Aun cuando en el caso en estudio el fallador de segunda instancia encontró demostrado que "el señor Restrepo sí utilizaba los servicios de algunos subalternos y también el vehículo de reparto de la compañía para la empacada y movilización de mercancías propias, como así lo declaran los mismos subalternos de quienes se servía y el mismo actor no lo niega", también estimó que esos hechos no constituían falta grave, que "carecen del alcance que se le ha querido dar

para justificar su despido", como expresamente lo afirmó, porque "no es menos cierto que estos actos no los llevaba a efecto en forma subrepticia y autónomamente sino con el conocimiento y consentimiento o autorización de sus superiores, como en igual forma procedía al adquirir algunos productos de la empresa, los que luego de ciertos acondicionamientos, negociaba con utilidad para él o para la empresa de que hacía parte (Ravenna Comercial)", conclusión a la cual llegó con base en los testimonios del doctor Jaime Posada, antiguo Gerente de Indulana y Jorge Jaramillo, antiguo Sub-Gerente de la misma, ambos representantes del patrono. Si el Tribunal Superior estimó que el hecho de utilizar vehículos de la empresa no constituía un incumplimiento grave de sus obligaciones por parte de Restrepo Angel no violó el ordinal 6º del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 por la vía directa por cuanto éste exige que sea grave la violación de las obligaciones del trabajador.

En la carta de despido se dice que la utilización de vehículos en beneficio propio "implica competencia desleal y es un acto inmoral". De ahí deduce el casacionista que también se invocó para despedir a Restrepo Angel la causal contemplada en el numeral del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Bajo este entendimiento tampoco el sentenciador de segundo grado violó la norma citada, pues consideró que ciertos actos realizados por el demandante que pudieran considerarse inmorales estaban autorizados o consentidos por sus superiores, representantes del patrono, como puede verse en el siguiente pasaje del fallo recurrido:

"Este testigo (refiriéndose al ex-Subgerente doctor Jorge Jaramillo) precisa mejor las circunstancias en que laboraba el actor y su comportamiento en cuanto a la adquisición de ciertos productos de Indulana, el uso de algunos servicios y en general de todo cuanto se le atribuye como indebido aprovechamiento, deslealtad y aun competencia con respecto a ciertos renglones de la producción, todo lo cual se hacía con conocimiento y consentimiento de los directivos, en escala reducida. A don Ricardo se le transportaba la entretela que compraba en la fábrica en vehículos de la empresa, así como se lo repartía a todos los compradores. En cuanto al acabado o apresto de las entretelas, dice el doctor Jaramillo con pleno conocimiento como Sub-gerente de Indulana, era el propio doctor Darío Mejía, quien como Jefe del Departamento Técnico, lo autoriza y con la autorización, también, el doctor Jaime Posada Angel a través del propio declarante como Sub-gerente, y la cantidad de entretela que se le vendía a don Ricardo era un porcentaje muy reducido dentro del volumen de ventas".

Si el Tribunal Superior encontró que los actos que ejecutaba Restrepo Angel no eran inmorales, no incurrió en violación del artículo 7º, numeral 4º del aparte A.) del Decreto 2351 de 1965, por lo cual tampoco se produjo las violaciones de los artículos 8º del mismo decreto y 6º de la Ley 171 de 1961. Por lo tanto el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el cinco de abril de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral.

Costas de cargo del recurrente.

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

Los Magistrados,

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NO CONCURRIR EN LA RELACION JURIDICA ENTRE LAS PARTES, LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO, Y PARTICULARMENTE LA SUBORDINACION ESPECIFICA QUE REQUIERE ESTE CONVENIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Ref.: Radicación Nº 5360. Acta Nº 28.

Bernardo Ramírez Cote, mayor de edad, vecino de Bucaramanga, identificado con cédula de ciudadanía número 2.028.251 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a la compañía **Expreso Brasilia S. A.** para que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 16 de octubre de 1966 hasta el 19 de enero de 1971, que dicho contrato terminó por decisión unilateral de la sociedad, y que durante la vigencia del contrato el salario fue variable; y para que la compañía fuera condenada a pagar descanso en domingos y festivos, prima de servicios, auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, auxilio monetario por incapacidad proveniente de enfermedad no profesional, servicio de clínica, honorarios médicos, indemnización moratoria y costas del juicio.

Los hechos relatados en la demanda son:

"Primero. Mi poderdante, Bernardo Ramírez Cote, desempeñó personalmente las funciones de Agente de la empresa 'Expreso Brasilia S. A.', desde el 16 de octubre de 1966, hasta el 30 de noviembre de 1970, fecha en que sufrió una afección cardiaca que lo incapacitó laboralmente a partir del 1º de diciembre de 1970".

"Segundo. La sociedad demandada, expresando que hacía uso de una cláusula estipulada en el contrato, comunicó al demandante, en una nota fechada en Barranquilla el 2 de diciembre de 1970, que el contrato no continuaría después del 20 de enero de 1971".

"Tercero. El demandante prestó sus servicios personales de Agente a la sociedad demandada, primero en Maicao, del 16 de octubre de 1966 al 15 de enero de 1969, y a continuación en Bucaramanga, hasta la finalización de su contrato de trabajo, en las circunstancias vistas anteriormente, finalización en 19 de enero de 1971".

"Cuarto. Las partes, formalmente celebraron 'varios' contratos durante el lapso de la relación, pero en realidad de verdad, los posteriores al primero, no fueron sino modificaciones del inicial. En todo caso, en ningún día hubo desvinculación de mi poderdante en relación con 'Expreso Brasilia S. A.', sino hasta el día 19 de enero de 1971, fecha en que terminó la relación laboral habida entre las partes. El contrato inicial fue firmado en Barranquilla el 16 de octubre de 1966, por el Gerente General de la empresa, a nombre de ésta, y mi poderdante. Los posteriores, o mejor, modificadores de las anteriores condiciones, fueron celebrados, por las mismas partes —gerente general— y mi poderdante, el 18 de marzo de 1967, 11 de enero de 1968 y 21 de enero de 1969. Los tres primeros regularon la relación en Maicao, y el último, en Bucaramanga. Estos contratos se adjuntan como pruebas".

"Quinto. Mi poderdante pensaba retirarse de la empresa en diciembre 31 de 1968 para radicarse en la ciudad de Bucaramanga, y con tal fin escribió una carta desde Maicao al Gerente general de Brasilia, pero dado el deseo de la empresa de que no se retirara de la misma, se le ofreció que continuara como Agente en Bucaraman-

ga, según nota que le dirigió el secretario general de la empresa, número G.S. 974, fechada en Barranquilla el 2 de diciembre de 1968, donde se le expresó que 'como es absolutamente indispensable hacerse cargo de la agencia inmediatamente, al señor gerente le agradaría conversar con usted ...' , por lo cual convinieron ambos en que mi poderdante no se retiraría del servicio de la empresa, sino que una vez entregada la agencia de Maicao, viajaría a Bucaramanga a encargarse o ponerse al frente de la agencia en Bucaramanga, traslado este del cual se dejó constancia en el acta de entrega de la agencia de Maicao, en la cual, firmada por el Agente que entregaba (Bernardo Ramírez Cote), el Agente que recibía (Alberto Ortiz B.) y por el Auditor de la empresa, Hernando González Suárez, se dejó la constancia de que se recibía a Bernardo Ramírez C., 'quien pasa a otra dependencia de la empresa', acta elaborada a las 6 de la tarde del 13 de enero de 1969, y donde se dice que 'terminada la entrega formal de las oficinas, los dos Agentes empiezan la labor de empalme, que durará dos días, durante los cuales don Bernardo instruirá en forma amplia a don Alberto sobre el desenvolvimiento de la agencia'. El acta se adjunta como prueba, así como las cartas mencionadas en este hecho quinto".

"Sexto. La empresa demandada, conforme a los contratos celebrados y de que se dio cuenta en el hecho cuarto anterior, dejó a cargo del Agente Bernardo Ramírez Cote 'las agencias que tenía establecidas (Expreso Brasilia S. A.) en Maicao y Bucaramanga' (se subraya)".

"Séptimo. El Agente Bernardo Ramírez Cote no constituía por sí mismo una empresa comercial, como que, además de la circunstancia anotada en el hecho anterior, la empresa 'Expreso Brasilia S. A.', conforme consta en los contratos celebrados, pagaba el arrendamiento de los locales donde funcionaban las agencias encomendadas al Agente, e igualmente corrían a cargo de dicha empresa los gastos de muebles, artículos de escritorio y papelería, que llevaban -la papelería- el sello distintivo de la empresa demandada. Los impuestos también corrían a cargo de la sociedad demandada, y durante 1966, 1967 y 1968, los gastos de luz, agua y teléfono, fuera de que, según lo atestiguan los mencionados contratos, Ramírez Cote no podía representar por sí, ni por interpuesta persona, a otra empresa de transportes terrestres".

"Octavo. En ninguno de los contratos celebrados se establece que 'el cumplimiento de las obligaciones contractuales las ejecutará (el Agente) a través de otras personas escogidas libremente' por él. Solamente se prevé que el Agente pueda necesitar de colaboradores, y en tal caso se echa a cargo del Agente el pago de ese personal, al decir: 'Los empleados que el buen funcionamiento de la Agencia demande serán por cuenta del Agente...', pero reservándose la sociedad demandada 'el derecho de vigilar la eficiencia y comportamiento de los empleados de la Agencia y podrá pedir el cambio del empleado que no le satisfaga en sus servicios' o que 'no observe buena conducta y honorabilidad', como se lee en los contratos celebrados entre las partes".

"Noveno. Por lo tanto, según lo anterior, no es verdad tampoco que el Agente tuviera completa autonomía técnica y directiva y pudiera libremente escoger y remover el personal de empleados que necesitara la agencia, como la empresa vanamente quiere hacerlo aparecer en una de las cláusulas de los contratos firmados con posterioridad al primero".

"Décimo. Por lo demás, el mismo, Ramírez Cote, estaba continuamente dependiente de la empresa y subordinado a ella, como que los directivos de la sociedad demandada le impartían indistintamente diversas órdenes, para ser acatadas, cuyo incumplimiento le podía acarrear llamadas de atención o dar lugar a exigirle informes o explicaciones, o a veces, amenazarlo con sanciones económicas, o con la terminación del contrato. Algunas de estas órdenes, que constan en circulares, o notas o cartas, prueban además que la prestación del servicio debía ser personal, y que la subordinación era continuada. También hay autorizaciones que indican lo mismo, además de los contratos firmados".

"Undécimo. El salario, variable, de mi poderdante, consistió en comisiones sobre ventas, en los porcentajes que se indican en los sucesivos contratos firmados por las partes. Tal comisión se liquidaba y pagaba mensualmente, por meses de calendario".

Las comisiones devengadas por mi poderdante, en su cuantía, se señalan en el Anexo número 1 de esta demanda. Allí mismo se indican y descuentan los gastos sufragados periódicamente o reservados para su pago, por mi poderdante, y se sacan las comisiones líquidas y su promedio líquido diario, que se constituyen el verdadero salario neto devengado, por el Agente Bernardo Ramírez Cote, durante todo su contrato de trabajo, y en los lapsos o períodos a que dicho Anexo se refiere".

"Duodécimo. El demandante laboró personalmente todos los días de la semana, sin habérsele remunerado nunca, el valor del descanso de domingos y festivos, del 16 de octubre de 1966 al 30 de noviembre de 1970".

"Décimo tercero. Además, laboró todos los domingos y festivos, de octubre 16 de 1966 al 30 de noviembre de 1970, al menos durante medias jornadas de trabajo".

"Décimo cuarto. El demandante sufrió el 30 de noviembre de 1970 una afección cardíaca, que lo incapacitó laboralmente, según prescripción médica a partir del 1º de diciembre de 1970 y durante los cinco (5) meses siguientes".

"Décimo quinto. En vista de la incapacidad laboral sufrida por el demandante, el entonces Presidente de la Junta Directiva de la sociedad demandada, don Jorge Guarín Olero, solicitó a la señora del demandante, doña Teresa de Ramírez, ponerse al frente de la agencia mientras durara la incapacidad de su esposo, y por lo mismo ella desempeñó el cargo de Agente, desde el 1º de diciembre de 1970 hasta el 19 de enero de 1971, fecha en la cual doña Teresa, ante la imposibilidad de su esposo don Bernardo Ramírez de entregar la agencia a quien había sido designado para recibir la agencia al vencimiento del contrato, también lo hizo ella personalmente, como consta en el acta levantada el 19 de enero de 1971. La orden para doña Teresa, o solicitud, para que se pusiera al frente de la agencia en Bucaramanga le fue dada por don Jorge Guarín Olero, telefónicamente desde Barranquilla, en los días iniciales de diciembre de 1970, pero doña Teresa venía desempeñando tal cargo desde el 1º de dicho mes".

"Décimo sexto. Por lo tanto, si bien es verdad que el pago de las comisiones correspondientes a las ventas efectuadas del 1º de diciembre de 1970 al 19 de enero de 1971, se hizo a nombre del señor Bernardo Ramírez, esas comisiones legalmente le pertenecían y pertenecen a la señora Teresa de Ramírez, por haber sido ella encargada, por la dirección de la empresa, de asumir la explotación y dirección de la agencia de la sociedad demandada en Bucaramanga, en vista de la incapacidad laboral del titular, su esposo. Por lo tanto, su pago no puede imputarse al pago del auxilio monetario por incapacidad laboral, que se está debiendo al demandante, don Bernardo Ramírez, a partir del 1º de diciembre de 1970, y durante los cinco (5) meses siguientes, y hasta el 30 de abril de 1971".

"Décimo séptimo. Con motivo de la enfermedad cardíaca, que le produjo la incapacidad laboral antes señalada, mi poderdante tuvo que sufragar gastos de clínica, drogas, tratamientos, fuera de los honorarios médicos correspondientes, que hasta la fecha no le ha reembolsado la sociedad demandada".

"Décimo octavo. El 12 de abril de 1971, el demandante escribió una carta a la Gerencia General de la sociedad demandada, Barranquilla, donde le informaba que, habiendo consultado su propio caso con el doctor Edmundo Harker Puyana, abogado laboralista de la ciudad de Bucaramanga, y habiendo tenido éste ocasión de examinar atentamente los diversos contratos escritos celebrados con la empresa y todos los demás documentos referentes al desarrollo y ejecución de los mismos, el doctor Harker Puyana le había manifestado, como conclusión, que 'en mi caso los servicios prestados a esa empresa en el lapso indicado (16 de octubre de 1966 al 20 de enero de 1971) configuran sin lugar a dudas un verdadero contrato de trabajo, puesto que se encuentran allí reunidas las notas características de una relación laboral dependiente, y que en tal virtud tengo perfecto derecho, no sólo a la remuneración de mis servicios, que la empresa ya me ha satisfecho, sino también al pago de mis prestaciones sociales, integradas por el auxilio de cesantía, primas de servicios, vacaciones y auxilio monetario por enfermedad no profesional, que constituyó en mi caso el infarto del miocardio que pa-

decí el mes de diciembre último, época durante la cual se produjo mi relevo, y del cual apenas estoy en período de convalecencia'".

"Dadas las buenas y cordiales relaciones que siempre mantuve con esa empresa —finalizaba la carta de Ramírez Cote— yo confío en que ustedes sabrán atender este reclamo con ánimo desprevenido de colaboración y solidaridad con su antiguo trabajador, por lo cual me permito esperar una pronta y favorable respuesta que satisfaga mis justas aspiraciones'. Se adjunta copia de esa carta".

"Décimo noveno. La carta fue contestada por el entonces Gerente general, señor José D. Rondón L., con fecha mayo 5 de 1971, en la nota número G. S. 493, y en ella se le negó al demandante el pago de lo que reclamaba, carta en la cual aparece este párrafo: 'El contrato es muy claro y dice en forma expresa que usted es una persona independiente, que tiene completa autonomía técnica y directiva; que no estará sujeto a horarios o reglamento de trabajo de la empresa, y que el cumplimiento de sus obligaciones contractuales las ejecutará a través de otras personas escogidas libremente por usted como patrono directo de ellas' (el subrayado es mío)".

"Vigésimo. La sociedad demandada no ha pagado a mi poderdante, hasta la fecha, ni el valor correspondiente a la remuneración del descanso dominical y festivo (el valor del medio día de trabajo ejecutado por mi poderdante los domingos y festivos, cuyo valor debe pagarse doblado, se considera pagado con las comisiones devengadas por las ventas de dichos días), remuneración a que tiene derecho, por aparte de las comisiones ya pagadas, por tratarse de salario variable y haber laborado las semanas completas, ni tampoco ha pagado el auxilio monetario por incapacidad de enfermedad no profesional, ni los gastos correspondientes de clínica, drogas, tratamiento, médico etc., de dicha enfermedad ocurrida durante su relación laboral, ni ninguna prestación social, ni concedido vacaciones remuneradas, por lo tanto le debe la compensación de éstas, así como el auxilio de cesantía de 4 años, 3 meses de servicio, las primas de servicio de los semestres correspondientes a 1967, 1968, 1969, y 1970".

"Vigésimo primero. Como hasta la fecha la empresa 'Expreso Brasilia S. A.' no ha pagado a mi poderdante lo que legalmente le debe por concepto de salarios y prestaciones, adeuda a mi poderdante, desde la fecha de terminación del contrato, los llamados salarios caídos, o indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a razón de un día de salario por cada día de retardo, hasta que cancele su valor, indemnización moratoria que debe liquidarse con base en el último salario diario promedio devengado por mi defendido, para sacar el cual también ha de considerarse el valor de los descansos de domingos y festivos del lapso que va del 1º de diciembre de 1968 al 30 de noviembre de 1970, y que se reclaman también en esta demanda, salario promedio diario que, según cálculos hechos, se estima en una suma de $ 239.42".

"Vigésimo segundo. Con base en las comisiones líquidas, y en particular en los promedios líquidos diarios correspondientes al respectivo tiempo de servicios, se liquidó el valor, adeudado, por semestres, del descanso dominical y festivo, habida cuenta del número de domingos y de fiestas no caídas en domingos, que traen los calendarios del respectivo año solar. Habida cuenta del valor semestral por tal concepto, y del valor líquido de las comisiones pagadas semestralmente, se obtuvo el promedio semestral de salario para efectos de liquidar las correspondientes primas de servicio. (Los datos básicos para estas operaciones están contenidos en el Anexo número 1 a que se refiere el hecho undécimo)".

Por lo que hace al monto del salario básico para liquidar el auxilio de cesantía, la compensación de las vacaciones en dinero, el auxilio monetario por incapacidad de enfermedad no profesional, y los salarios caídos o indemnización moratoria, se tomó o liquidó, mes a mes, el valor del descanso remunerado de domingos, y de festivos que no cayeron en domingo, del lapso comprendido del 1º de diciembre de 1968 al 30 de noviembre de 1970; el total se le añadió al total de comisiones líquidas correspondientes a ese mismo año o lapso, devengadas por el demandante, y la suma se dividió por doce (12) para sacar el último

salario promedio mensual, y este se dividió por treinta (30), para sacar el último salario promedio diario devengado. (También los datos básicos que condujeron a estas operaciones y resultados se encuentran en el Anexo número 1)".

"Los resultados, discriminados, que fueron la base de las cuantías del petitum, correspondientes a los diversos conceptos, se indican en el Anexo número 2 de esta demanda".

El apoderado de la demandada solicitó que la entidad fuera absuelta de todos los cargos, propuso excepciones de inexistencia de las obligaciones, incompetencia de jurisdicción en cuanto a los contratos desarrollados en Maicao, y la genérica, y contestó los hechos, así:

"Al hecho 1º No es cierto. La cláusula DECIMA, del contrato civil para la explotación de un negocio, celebrado entre las partes, con fecha 21 de enero de 1969, dice textualmente: 'DECIMA: EL CONTRATISTA goza de autonomía técnica y directiva, y POR LO TANTO ESCOGERA Y RENOVARA LIBREMENTE SU PERSONAL y NO ESTARA SUJETO A HORARIO NI AL REGLAMENTO INTERNO DE EXPRESO BRASILIA S. A.'. En concordancia con esta cláusula, está la TERCERA del mismo contrato que dice: 'EL PAGO de los empleados que demanda el buen funcionamiento de la agencia SERA POR CUENTA DEL CONTRATISTA, lo MISMO QUE EL PAGO DE SUS PRESTACIONES SOCIALES YA QUE SON EMPLEADOS SUYOS, escogidos por él LIBREMENTE Y DEPENDIENTES DE EL UNICAMENTE. Como se ve, se trata de un verdadero PATRONO DE SUS TRABAJADORES. Es decir, persona que tenía a su servicio a OTRAS personas PAGADAS POR EL DIRECTAMENTE, y escogidas y removidas por él directamente bajo su EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD. Por lo tanto no puede hablarse de contrato de trabajo donde no existen los elementos exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata de un CONTRATISTA INDEPENDIENTE que no estaba sujeto a horarios ni a reglamentos de la empresa, y que POR EL CONTRARIO TENIA PERSONAS A SU SERVICIO, PAGADAS Y CONTRATADAS POR EL DIRECTAMENTE".

"Al hecho 2º La cláusula UNDECIMA del contrato de fecha 21 de enero de 1969, prevé las formas de su terminación e indica la fecha desde la cual empezó a operar. Es decir, el 20 de enero de 1969".

"Al hecho 3º No es cierto. Y aclaro. El contratista, dice el hecho de la demanda terminó su contrato de MAICAO el día 15 de enero de 1969, y el contrato celebrado para la explotación de la oficina de Bucaramanga empezó a operar el día 20 de enero de 1969. En ambos casos se trata de contratista independiente. Los contratos fueron distintos, y la demanda afirma que el de Maicao terminó el 15 de enero de 1969, lo que constituye una confesión del actor".

"Al hecho 4º No es cierto. Entre las partes nunca existió relación laboral. Como se ha dicho se trató de CONTRATOS DE EXPLOTACION DE UN NEGOCIO, en el cual el CONTRATISTA era independiente y gozaba de completa autonomía técnica y directiva, y contrataba personal y lo PAGABA EL MISMO CONTRATISTA INDEPENDIENTE de sus propios fondos. Era un verdadero patrono de sus trabajadores".

"Al hecho 5º El demandante nunca fue empleado de Brasilia S. A., sino un contratista independiente, como lo prueban los contratos suscritos entre las partes".

"Al hecho 6º Conforme a los contratos celebrados, el demandante era un contratista independiente".

"Al hecho 7º De conformidad con los contratos celebrados, y la plena confesión del actor, el contratista independiente era persona autónoma y libre en el desarrollo del contrato, y el mismo CONTRATISTA pagaba sus trabajadores, los enganchaba y los despedía, y el mismo demandante pagaba en unas ocasiones los arrendamientos, y en otras los gastos de luz, agua y teléfono, y reservaba plata para las prestaciones de sus empleados".

"Al hecho 8º Los contratos son muy claros. Y el mismo demandante confiesa que tenía trabajadores a su servicio, los pagaba, les reservaba dinero para sus prestaciones sociales, como patrono que era de sus trabajadores, y pagaba los arrendamientos en unos casos, y en otros los servicios de luz, agua y teléfono".

"Al hecho 9º Los contratos son muy claros y se ejecutaron de buena fe, porque creo y estimo que el demandante es un hombre de buena fe",

"Al hecho 10º No es cierto. Los contratos son muy claros y el desarrollo de la relación contractual muy claro también. El actor era patrono de sus trabajadores, a quienes enganchaba y pagaba libremente. Era el actor quien contrataba su personal, y les señalaba sus asignaciones libremente, desde el momento que él lo pagaba en forma directa".

"Al hecho 11º No es cierto que el demandante tuviera salario. El demandante era un contratista independiente, que como el mismo hecho lo acepta y confiesa, pagaba sus empleados y hacia los pagos de los servicios de la oficina que explotaba mediante los contratos respectivos".

"Al hecho 12º No me consta. Se trata de un contratista independiente que no estaba sujeto, como lo dicen los mismos contratos a horarios u órdenes de la empresa, en cuanto a la manera de cumplir con sus obligaciones contractuales, como contratista independiente".

"Al hecho 13º Lo mismo que se contestó al hecho anterior".

"Al hecho 14º No me consta. El contratista independiente era persona desligada de la empresa y era un patrono verdadero de sus trabajadores".

"Al hecho 15º No me consta".

"Al hecho 16º No es cierto. El actor podía libremente designar a las personas que estimara convenientes y necesarias para el cumplimiento de sus contratos y él las pagaba directamente".

"Al hecho 17º La demandada nada debe al contratista independiente".

"Al hecho 18º Se trata de simples conceptos".

"Al hecho 19º Es cierto lo que dice la carta respectiva".

"Al hecho 20º La demandada pagó al demandante todo lo que se pactó. El contratista independiente es una figura contemplada por la ley muy claramente".

"Al hecho 21º La demandada nada debe al contratista independiente".

"Al hecho 22º Son cuentas alegres de la demanda. La demandada, como se ha dicho, cumplió todas sus obligaciones, de buena fe, para con el contratista independiente".

En la primera audiencia de trámite, el Juez Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga, declaró probada la excepción de incompetencia de jurisdicción por lo que hace al contrato celebrado entre las partes, ejecutado en Maicao y que terminó el 31 de diciembre de 1968. Esta decisión fue apelada por el apoderado del actor y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

En sentencia de 9 de abril de 1975, el juez del conocimiento declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones, absolvió a la demandada de todos los cargos y condenó en costas al actor. El apoderado de Ramírez Cote apeló de la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de 26 de septiembre de 1975, confirmó en todas sus partes la providencia apelada y no impuso condenación por las costas de la segunda instancia. El apoderado del demandante interpuso contra el fallo del ad quem, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con base en la primera causal de casación laboral, se presenta un solo cargo. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El recurrente aspira a que se case totalmente la sentencia de segunda instancia, para que se revoque la del a quo y en su lugar se condene a Expreso Brasilia S. A. a pagar a Bernardo Ramírez lo que corresponda por los conceptos deducidos en la demanda que originó el pleito, y por el tiempo comprendido entre el 20 de enero de 1969 y el 19 de enero de 1971, y se provea sobre costas.

El cargo

Está presentado así:

"Acuso la providencia impugnada de haber violado indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 37, 28, 57 obligación 4ª, 65, 127, 172, 173, 176, 177, 186, 189, (14 del Decreto 2351 de 1965), 192 (8º del Decreto 617 de 1954), 227, 249, 253 (17 del Decreto 2351 de 1965) y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 1613, 1614, 1615 del Código Civil, en relación con

los preceptos 2079, 2081 y 2095 de este último estatuto y 1262, 1264 y 1317 del Código de Comercio".

"Esta violación se produjo como consecuencia del error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador al no haber dado por demostrado, estándolo, que en las relaciones habidas entre Bernardo Ramírez Cote y Expreso Brasilia, S. A. en la ciudad de Bucaramanga, durante el lapso comprendido entre el 20 de enero de 1969 y el 19 de enero de 1971, estuvieron presentes los requisitos propios de un contrato de trabajo".

"Tal error evidente de hecho, a su vez, provino de la apreciación equivocada por el ad quem del contrato que obra al folio 92, en original, y a folio 10, en copia; de las relaciones de folios 3 a 7, de las comunicaciones de folios 17 a 29; de los memorandos de folios 30 a 55; de las circulares de folios 56 a 73; de los testimonios de Beatriz de Porras (folios 121 a 124), Daniel Cordero (124 a 127), Alejandro Pardo (129 a 131) y Rodolfo Tarazona (132 a 136); de la inspección ocular de folios 151 y 153 a 154; y de los documentos de folios 194 a 209".

El recurrente sostiene que las comunicaciones, memorandos y circulares contienen de modo indudable, órdenes e instrucciones, no sólo en relación con el manejo de la agencia, como la prescripción minuciosa de la contabilidad, sino atinentes a actividades completamente ajenas a ese manejo, como gestiones relativas al cambio de agente en el Socorro, entrega de cartas a personas influyentes de Barrancabermeja, pago de letras a terceros, etc., en tal grado tajantes que descartan la posibilidad de que el demandante no hubiera estado jurídicamente subordinado a "Expreso Brasilia S. A.".

Agrega el impugnador que esa clase de órdenes e instrucciones que tornaba ineludible su acatamiento por el destinatario, no se acomoda a la pura exigencia de cumplimiento de obligaciones contraídas por las partes en contratos conmutativos de naturaleza distinta al de trabajo.

Alega el censor que el contrato de folio 92 es un contrato de trabajo al que se quiso revestir de apariencias de uno comercial o civil, de las que se despojó por la manera como las partes lo ejecutaron, y que a esa conclusión no se oponen el que la remuneración fuera exclusivamente porcentual, porque un trabajador subordinado no está sujeto a pérdidas, ni el que se cumpliera el cometido con la ayuda de otras personas que no podía nombrar ni mantener con entera libertad y remuneraba con el porcentaje percibido, ni el que respondiera por todos los deterioros o pérdidas que sufricran los objetos bajo su custodia, porque ello es obligación típica del empleado de manejo, y es criterio que se refuerza con el pago por la sociedad demandada de los gastos de arriendo, papelería, muebles y artículos de escritorio.

Termina el cargo con la afirmación de que los testimonios fueron mal apreciados por el ad quem, pues apenas muestran el aspecto externo de las relaciones habidas entre las partes, compatible, sin duda, con un contrato de naturaleza laboral.

Se considera:

El sentenciador de segundo grado encontró íntegramente ajustada a derecho la providencia apelada, porque consideró que no concurrían en la relación jurídica entre las partes en litigio, los elementos esenciales del contrato de trabajo, y particularmente la subordinación específica que requiere este convenio.

El contrato que aparece al folio 92 no muestra los elementos del contrato de trabajo, por lo que su apreciación no indica error de hecho en la consideración del fallador.

Por la cláusula primera del contrato, el contratista asume la explotación y dirección de la agencia que tenía la empresa en la ciudad de Bucaramanga, y se obliga a atenderla con sumo cuidado y diligencia en lo referente a ventas de pasajes al público, recibo y entrega de encomiendas, carga, giro y despacho de buses, movimiento contable del negocio, a hacer oportunamente las remesas que fuere del caso enviar y a hacer cumplir los reglamentos de Expreso Brasilia S. A. De tal manera que no se prometía un servicio dirigido ni se contraía una obligación de medio como en el contrato de trabajo, sino que se asumía la explotación y dirección de un negocio, se contraía una obligación de resultado, como es propio del mandato comercial,

La cláusula segunda estipula comisión del 7½% sobre el valor de los pasajes y del 15% sobre el de las encomiendas y prohibe cobrar comisión sobre seguros y timbres. Esta forma de retribución no es ajena a ciertos contratos de trabajo, pero no determina la existencia del vínculo laboral porque también es propia de la remuneración del servicio del comisionista.

Con la cláusula tercera se conviene en que el pago de los empleados que demande el buen funcionamiento de la agencia será por cuenta del contratista, lo mismo que el de sus prestaciones sociales, por ser empleados suyos, escogidos por él libremente y dependientes de él únicamente. Estas circunstancias son completamente ajenas a las obligaciones del trabajador y no caben dentro de un contrato de trabajo, siendo, en cambio, normales dentro del mandato comercial. En la misma cláusula la empresa se reservó el derecho a pedir al contratista el cambio del empleado que no observe buena conducta y honorabilidad. Obsérvese que no está reservado el derecho de exigir el cambio del empleado, lo cual obligaría al comisionista a efectuar la remoción, sino que simplemente se reserva el derecho de pedir el cambio, lo cual implica que el comisionista puede discutir sobre la buena conducta de su empleado antes de acceder al cambio, con lo cual no se presenta la subordinación de tipo laboral sino la conciliación entre la autonomía del mandatario y los intereses del comitente.

La responsabilidad que consagra la cláusula cuarta, para que el comisionista responda por todos los deterioros o pérdidas que sufran los objetos que estén bajo su custodia así como las encomiendas, giros, carga demás, no es propia de todos los trabajadores, se encuentra en los de manejo por su servicio especial, pero es inherente a las obligaciones del comisionista, por lo que no puede por sí mismo configurar una relación laboral.

En razón de la cláusula quinta, la empresa corre con los gastos de arrendamiento de local, papelería, muebles y artículos de escritorio, mientras corresponde al contratista el pago de los servicios de luz, agua y teléfono. Esta división de gastos no se concibe en el contrato de trabajo, sino que es propio de los contratos de agencia comercial, por lo cual no puede decirse que esa obligación de la empresa es determinante de una relación laboral.

La obligación del comisionista de rendir cuentas de su gestión en un todo de acuerdo con sus libros de contabilidad, concuerda perfectamente con la facultad que por la cláusula sexta tiene la empresa de inspeccionar la oficina en su funcionamiento, la contabilidad, los libros y la papelería, sin que ello sea materia de un contrato de trabajo, ya que si existiera un patrono, él tendría el control de ese funcionamiento de la oficina y de la contabilidad, libros y papelería, por lo cual no se concebiría que se reservara derecho de inspección sobre lo que estaría bajo su propia dirección.

El contratista tiene la obligación legal de poner a disposición inmediata del comitente los dineros que reciba, sin que pueda usarlos para otros fines y con responsabilidad por la demora, luego la cláusula séptima del contrato es una obligación comercial que no configura de manera alguna subordinación específica laboral.

La prohibición de representar a otras empresas de transporte terrestre, que contiene la cláusula octava, no puede confundirse con el pacto de exclusividad permitido en la legislación laboral, porque esa prohibición está contemplada en la reglamentación de las relaciones comerciales, y como se vio por la cláusula primera, aquí no se trata de un servicio subordinado sino de una obligación de resultado.

La obligación de liquidar mensualmente la comisión correspondiente al señor Bernardo Ramírez Cote, de que habla la cláusula novena, tampoco determina de manera alguna el que la relación entre las partes haya sido laboral, pues apenas contiene la determinación del tiempo en que ha de cumplirse la obligación del comitente.

La autonomía técnica y directiva del comisionista, su facultad de escoger y renovar libremente el personal y la falta de horario y de reglamento, son características completamente opuestas a la subordinación laboral, por lo tanto, cuando esas circunstancias se consignaron en la cláusula décima del contrato, se mostró que la naturaleza de la relación no podía ser laboral.

Las modalidades sobre duración y terminación del contrato, de que se ocupa la cláusula undécima, no son exclusivas del

contrato de trabajo, por lo cual no se puede deducir de ellas lo que pretende el impugnador.

Los folios 3 a 7 del cuaderno número 1 contienen una relación de comisiones, gastos y promedios desde enero de 1969 hasta noviembre de 1970, que hizo Bernardo Ramírez Cote sobre la agencia de Bucaramanga. Esa relación no configura ninguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo que echó de menos el sentenciador, pues como ya se vio, el comisionista suele devengar una comisión en la forma estipulada en el contrato, y la relación del señor Ramírez no determina siquiera que esas comisiones tengan el carácter de salario.

Las comunicaciones de folios 17 a 29, los memorandos de folios 30 a 55 y las circulares de folios 56 a 73 se refieren a diferentes materias, pues mientras algunos escritos aluden a detalles minuciosos de la contabilidad o a órdenes o instrucciones sobre el manejo de la agencia, lo que es natural dentro de las relaciones comerciales contratadas; otros se contraen a disposiciones sobre entregas de dinero que resultan de la cuenta corriente que se forma entre las personas que tienen negocios que producen créditos y débitos por remesas mutuas; y algunos tratan de asuntos completamente ajenos al manejo de la agencia, como lo advierte el recurrente, cuales son gestiones relativas a la entrega de otras agencias o a la consecución de rutas, pero que por no constituir un servicio personal permanente, sino solicitudes de favores exporádicos, no pueden constituir un servicio permanente de los que se regulan por el contrato de trabajo. En esos documentos no se encuentran disposiciones propias del ordenamiento de la prestación de un servicio subordinado, sino instrucciones propias del contrato de mandato comercial o de la cuenta corriente, o de gestiones ocasionales ajenas a las actividades desarrolladas por el señor Ramírez, por lo cual tampoco es evidentemente erróneo apreciar tales documentos como faltos de fuerza probatoria del contrato de trabajo alegado por el demandante.

La inspección ocular, folios 151 y 153 a 154, solamente sirve para demostrar las comisiones liquidadas en los años 1969 y 1970, pero ninguna luz arroja sobre las relaciones jurídicas entre las partes, por lo que su consideración no puede llevar como lo pretende el recurrente, a la conclusión de que existió contrato de trabajo entre Bernardo Ramírez Cote y Expreso Brasilia S. A.

Los documentos que figuran de los folios 194 a 209 del primer cuaderno, se refieren a la liquidación de las comisiones, sin que de ellos se desprenda elemento alguno que sirva para establecer la relación laboral alegada por el demandante, por lo cual no es apreciación indebida de tales escritos el no haber deducido el contrato de trabajo.

Por lo que hace a los testimonios que se indican como mal apreciados, se ha de advertir que no habiéndose demostrado el error de hecho en la apreciación de las otras pruebas, no es procedente fundar ese error en la prueba testimonial. Además, los testigos señalados por el recurrente demuestran precisamente que el señor Ramírez no recibía órdenes ni estaba sujeto a horario ni a reglamento, pues el único que habla de órdenes o instrucciones, el señor Rodolfo Tarazona, no puede mantener su afirmación pues dice que él suponía tales órdenes e instrucciones, y cuando es requerido para que explique, tiene que admitir que no sabe de tales hechos.

Si del examen de las pruebas pudiera resultar alguna duda sobre la existencia del contrato de trabajo alegado, las observaciones que se han hecho al estudiar el cargo, hacen ver que no es posible configurar como evidente el error de hecho invocado en la demanda de casación, lo que mantiene las apreciaciones del Tribunal en virtud de su relativa autonomía en el examen y valoración de las pruebas.

No habiéndose encontrado apreciación equivocada de las pruebas señaladas en el cargo, tampoco resulta que se hubiera cometido el error de hecho alegado, lo que hace que no prospere la acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio seguido por Bernardo Ramírez Cote contra la compañía Expreso Brasilia S. A.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, CON AUTORIZACION DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, POR LIQUIDACION O CLAUSURA DE LA EMPRESA, NO CONSTITUYE DESPIDO Y MUCHO MENOS CON EL CARACTER DE INJUSTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 30.

Mediante libelo que correspondió al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, Ciro Alberto Valderrama M. demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad "Archila Briceño y Compañía Limitada", para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía se la condenase a pagarle las cantidades de $ 49.759.20 por concepto de indemnización por despido injustificado; $ 1.550,00 mensuales como pensión de jubilación, a partir del 23 de diciembre de 1971; $ 89.83 diarios, desde el 22 de diciembre de 1971 y hasta cuando se cancelen las sumas anteriores, a título de indemnización moratoria, y las costas del juicio.

Relató en la demanda que había prestado servicios a la demandada durante 15 años, 4 meses y 8 días, o sea desde el 14 de agosto de 1956 hasta el 22 de diciembre de 1971, fecha en la que la empresa dio por terminado unilateralmente el contrato y sin que mediara justa causa para ello, pues invocó la Resolución número 0025 de 25 de agosto de 1971, emanada del Ministerio del Trabajo, por medio de la cual se le concedió autorización para terminar los respectivos contratos individuales, pero no se cumplieron, previamente, los requisitos a que estaba sujeta esa autorización, como eran el pago de salario, subsidios, primas, vacaciones, derechos prestaciones legales, extralegales e indemnizaciones y "garantizar el pago de las pensiones de jubilación a quienes actualmente disfrutan de este derecho o a quienes tengan la perspectiva a él". La misma resolución previó que el permiso carecía de validez si no se comprobaba el cumplimiento de lo anterior, pero "Archila Briceño y Cía Ltda." no hizo esa comprobación ante el Ministerio ni pagó jamás al demandante el valor de la indemnización correspondiente al despido injustificado, ni garantizó el pago de la pensión especial que le correspondía de acuerdo con la Ley 171 de 1961. Valderrama devengó, durante el último año de servicio, un salario promedio mensual de $ 2.695.00 y al momento de ser despedido ya había cumplido 50 años de edad.

La empresa, al contestar la demanda, negó especialmente el hecho quinto, expresando: "no es cierto el número 5º, porque la nota que se entregó al señor Valderrama el 22 de noviembre de 1971 no preavisó el 'modo' contemplado en el literal h) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 ('decisión unilateral'), para el cual exige la ley una 'justa causa', sino el previsto en el literal e) del mismo artículo 6º, en relación con el artículo 5º y el 40 de dicho decreto y el 466 del Código Laboral, que es un 'modo' radicalmente distinto". Negó, así mismo, que el actor tuviese derecho a la indemnización y a la pensión que reclama; afirmó ignorar la edad de éste y aceptó los restantes hechos. Se opuso a las pretensiones del demandante y solicitó que se le condenara en costas.

Tramitada la controversia, el juzgado del conocimiento la desató, en sentencia de quince de julio de mil novecientos setenta y cinco, absolviendo a la demandada de todos los cargos e imponiendo las costas al actor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de su Sala Laboral, en fallo proferido el diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, resolvió la apelación interpuesta por el procurador judicial del promotor de la litis, en el sentido de revocar la decisión del a quo y condenar a "Archila Briceño y Cía. Ltda." a pagar a Ciro Alberto Valderrama la suma de $ 42.730.72 por concepto de indemnización por despido; $ 1.550.00 mensuales, desde el 23 de diciembre de 1971, como pensión de jubilación, y el 80% de las costas de primera instancia; la absolvió de los restantes cargos y no hizo condenación en costas en la alzada.

Contra el fallo anterior interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada. Habiéndole sido concedido por el Tribunal y admitido por esta corporación, se procede a decidirlo con estudio de la correspondiente demanda y del escrito de réplica.

La impugnación

Aspira a que la sentencia sea casada totalmente y a que la Corte, en función de instancia, confirme en todas sus partes la decisión absolutoria del juzgado.

Para tal efecto, con apoyo en la causal primera de casación, formula los dos cargos que se van a examinar:

Primer cargo

Aparece enunciado y sustentado así:

"Como infracción de medio, violación por vía directa y errónea interpretación, de los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968), en relación con los artículos 40 ibidem y 45 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual indujo al sentenciador a violar, por aplicación indebida, el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968) y el 8º de la Ley 171 de 1961".

"El sentenciador da por probado que el Ministerio del Trabajo autorizó la clausura de labores de la empresa que represento, aunque dice que no fue una autorización 'pura y simple' para dar por terminados los contratos de trabajo sino que para que la empresa llevara a cabo tales DESPIDOS (sic) era preciso, como requisito PREVIO, el cumplimiento y ejecución de ciertas exigencias. Y más adelante agrega: 'Como no aparece demostrado por la parte demandada, que es a quien corresponde la carga de la prueba de los MOTIVOS DEL DESPIDO', etc.".

"Independientemente de las cuestiones de hecho, salta a la vista que el sentenciador confunde la causal legal de terminación de los contratos 'por clausura definitiva de la empresa o establecimiento' (literal E del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965), para la cual el artículo 40 del mismo decreto exige la autorización del Ministerio y el 466 del código un aviso previo, con la ruptura unilateral del contrato, por voluntad exclusiva del patrono, contemplada en el literal H del mismo artículo 6º y en el artículo 7º del citado decreto, con su parágrafo, que son las normas que regulan el 'despido', obligan a precisar las justas causas que lo originen, enumerándolas taxativamente".

"De allí que repute 'despido' el preaviso legal de la extinción de los contratos por clausura de la empresa, que no encuentre la 'justa causa' de esos 'despidos' autorizados por el Ministerio y que, consecuencialmente, aplica, sin ser pertinente, el artículo 8º del decreto sobre indemnización por despido injusto, y el 8º de la Ley 171 de 1961 sobre pensión-sanción por despido injusto después de quince años de servicios".

El opositor sostiene que el Tribunal adoptó su decisión con base en el análisis que hizo el acervo probatorio, por lo cual no pudo darse la violación por vía directa que plantea el cargo. Solicita, en consecuencia, el rechazo de éste.

Para resolver se considera

Aun cuando el Tribunal no consigna en el fallo un razonamiento que implique una interpretación expresa del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, literal e), es evidente que implícitamente la interpreta cuando entiende que la terminación del contra-

to "por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento" constituye un despido del trabajador. Y tal entendimiento es equivocado, pues el dicho literal, como los restantes de la norma, apenas consagra un modo legal de extinción de los contratos de trabajo. De esos modos, solamente el señalado con la letra h) se traduce en despido, por ser producto o consecuencia de la voluntad unilateral del empleador. Así lo tiene explicado la jurisprudencia de la Sala, entre otras providencias, en la proferida el 9 de febrero de 1971 en el juicio ordinario seguido por Carlos Enrique Narváez contra Central Automotor Limitada, en la cual expuso:

"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 es esa decisión unilateral injusta. Sistema legal que difiere del establecido anteriormente por el código de trabajo, cuyo artículo 64 reparaba la ruptura unilateral e ilegal del contrato, al paso que el vigente lo que indemniza es la terminación unilateral sin justa causa. Lo que explica que la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo del Trabajo, que invoca el acusador, respecto de dicho código, no sirva para situaciones que hoy difieren en su tratamiento legal, y que 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 el 84 del código laboral".

Con fundamento en lo anterior, el cargo que se examina resulta fundado. Mas él no es suficiente, por sí solo, para desquiciar la sentencia impugnada, ya que ésta tiene, además, otros soportes, edificados sobre cuestiones fácticas, que sólo se tratan en el siguiente ataque. Su eficacia, por tanto, queda condicionada a la del segundo, pues para lograr la destrucción de todos los pilares del fallo es necesario que los dos cargos prosperen.

Segundo cargo

"Violación, por vía indirecta y aplicación indebida de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968) y 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con los artículos 3º, 6º, 7º, 18 y 40 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968) 45, 67, 68, 69 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo y 1530, 1531, 1532, 1533, 1536, 1537 y 1539 del Código Civil, de aplicación supletoria conforme al artículo 19 del Código Laboral".

"A estas infracciones fue inducido el sentenciador por equivocada apreciación del

documento público, y auténtico por tanto, de folios 74 a 76; de la demanda y su respuesta; de las posiciones absueltas por la empresa (fls. 33 a 38) y del acta de inspección judicial de folios 81 a 86, la carta de folio 9, el certificado de folio 10 y el aviso de folio 54 certificado por la autoridad a folio 57, el recibo de folio 56, las conciliaciones de folios 58 a 61 y la convención colectiva de folios 77 a 79. Y por falta de apreciación de los documentos visibles a folios 48 a 53 y 63 a 73. Todo lo cual lo llevó a incurrir en los errores de hecho de 'dar por probado, sin estarlo, que la autorización del Ministerio estuvo condicionada al pago 'previo' de todas las prestaciones, inclusive la cesantía, y aun de la 'indemnización por despido sin justa causa', como también al pago ante un inspector del trabajo, previsto en la convención colectiva para los afiliados al sindicato. Y en no dar por probado, siendo evidente, que el Ministerio autorizó la clausura de las actividades de la empresa; que ésta pagó al actor todo lo debido, inclusive la cesantía, al terminar su contrato de trabajo, y que la condición de garantizar las pensiones de jubilación causadas o eventuales no se refirió al actor, y para los demás resultó de imposible ejecución".

En la sustentación del cargo, el acusador expresa:

"La resolución ministerial de folios 74 a 76 cita en su parte motiva la convención colectiva de trabajo, en la cual se convino que los pagos se harían ante un inspector, 'a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la terminación del RESPECTIVO contrato de trabajo' y se suscribiría 'el acta correspondiente', pero sin tomarla como fundamento del permiso otorgado, según lo entendió el sentenciador. Y en su parte resolutiva, artículo 1º, al exigir el pago de las prestaciones, aunque utilizó el término 'previo' refiriéndose a ese requisito lo hizo para darle énfasis, pues el pago de la cesantía, v. gr., no puede hacerse previamente a la expiración de los contratos de trabajo, por prohibición legal, sino con posterioridad o cuando más simultáneamente con dicha extinción, salvo casos de taxativas excepciones (artículos 254, 255, 37, 68 y 69 del código y 18 del Decreto 2351). La condición de pagar las prestaciones, incluyendo la cesantía, antes de la extinción del contrato sería moralmente imposible (artículo 1532 del C. C.) y debería tenerse por fallida (artículo 1537 ibídem). Además, la garantía del pago de las pensiones de jubilación no se refería a la totalidad de los trabajadores sino a los ya pensionados (los 5 de la lista de folio 72) y los que habían cumplido los veinte años de servicios pero no tenían la edad jubilatoria (los otros 5 de la lista del mismo folio). Y NO EL ACTOR, como lo dijo el representante de la empresa al absolver las posiciones que el sentenciador invoca (fls. 33 a 38). También se mencionó 'indemnizaciones' entre los pagos 'previos' recomendados a la empresa, y el sentenciador, al folio 132, al insistir en que el 'despido' fue 'ilegal e injusto', agrega: '... cuanto más si se tiene en cuenta que en parte alguna se acreditó el pago de la indemnización por DESPIDO'. Habrá error más evidente en la apreciación de la resolución ministerial por el sentenciador? Si se autoriza la clausura de una empresa, conforme al artículo 40 del Decreto 2351, la terminación de los contratos quedará encajada en la causa LEGAL del literal E del artículo 6º del Decreto 2351, y no en el H; por lo mismo, si al conceder la autorización de clausura se habla de pago de 'indemnizaciones', habrá de entenderse referida a las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedades profesionales, y no a las debidas por 'despido sin justa causa'. Con idéntica razón, si el Ministerio pide que se garanticen las jubilaciones, tendrá que referirse a las causadas o a las de quienes hayan laborado veinte años pero no tengan la edad legal; jamás a las que se habrían causado si el contrato terminara por 'despido sin justa causa', y no por autorización del propio Ministerio.

"A estos protuberantes errores de estimación de la resolución ministeral, se agrega la falta de apreciación de las comunicaciones en que la empresa pide insistentemente al Ministerio y al Instituto Colombiano de Seguros Sociales que le fijen la caución que debe prestar para garantizar las DIEZ pensiones enumeradas al folio 72, y tanto el Ministerio como el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales le dan evasivas durante tres años y acaban invocando el decreto que cambió el sistema de cauciones por el de reservas contables, su-

pervigiladas por el Estado (Decreto 2677 de 1971), (fls. 66 a 68), expedido en la misma fecha en que terminó el contrato de trabajo del actor. Se evidencia así que la condición de garantizar el pago de las pensiones no se pudo referir al señor Ciro Alberto Valderrama sino a los diez enunciados al folio 72. Y que aún respecto de ellos, la condición se hizo imposible y debe reputarse fallida conforme al artículo 1537 del Código Civil desde la vigencia del Decreto 2677".

El opositor afirma que el cargo es deficiente porque no ataca todos los soportes probatorios de la sentencia; que plantea un 'hecho nuevo' como lo es la ilegalidad de la resolución proferida por el Ministerio del Trabajo; y que, en todo caso, el ad quem no cometió los errores de hecho que se le endilgan, por lo cual el ataque no puede tener éxito.

Se estudia:

El Tribunal, como se dejó advertido, estimó que cuando el contrato terminaba por liquidación o clausura definitiva de la empresa se estaba en presencia de un caso de despido, siendo de cargo del patrono la prueba de la justa causa que hubiese tenido para producirlo. En busca de esa justificación penetró en el examen del material probatorio y, como no la encontró establecida, condenó al pago de la respectiva indemnización y de pensión especial de jubilación.

La sentencia contiene el siguiente aparte:

"Siguiendo los términos de la carta de terminación del contrato de trabajo, se tiene que si bien es cierto que conforme a la Resolución número 0025 de 25 de agosto de 1971 emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de la cual se 'concede una autorización previo el cumplimiento de algunos requisitos' como reza el epígrafe (fls. 74 a 76 y 106 a 108), se trata de una providencia administrativa condicionada en su cumplimiento y ejecución a ciertos requisitos, como así se desprende de los literales a) y b) del artículo primero de la mencionada resolución, así como del 'PARAGRAFO' del citado artículo, cuyo tenor literal se transcribió a folio 3 de esta sentencia así como los literales a) y b) señalados por éste".

"Es decir, que en el presente evento no basta la simple autorización pura y simple para dar por terminados los contratos de trabajo sino que para que la empleadora lleve a cabo tales despidos, es preciso como requisito previo, el cumplimiento de las previsiones anteriormente anotadas por el artículo 1º ya comentado y su parágrafo".

La aludida resolución, en su parte dispositiva, dice:

"Artículo primero. Autorizar a la empre- ARCHILA BRICEÑO Y CIA. LTDA., en liquidación, con domicilio principal en Bogotá, para que su actual representante legal dé por terminados los contratos de trabajo del personal de trabajadores vinculados a la empresa, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

"a) Pago de salarios, subsidios, primas, vacaciones, derechos prestacionales legales, extralegales e indemnizaciones;

"b) Garantizar el pago de pensiones de jubilación a quienes actualmente disfruten de este derecho o a quienes tengan la perspectiva de él.

"Parágrafo. La presente autorización carece de validez si la empresa ARCHILA BRICEÑO Y CIA. LTDA. no comprueba ante este despacho el cumplimiento de los literales a) y b) del artículo precedente".

Es incuestionable, conforme a los anteriores términos de la resolución, que el permiso en ella contenido, estaba sujeto a la condición de que previamente se le diera cumplimiento a las exigencias previstas en los literales a) y b), pero en el entendimiento, desde luego, de que tales obligaciones existieran a cargo de la empresa. Es, pues, desde este punto de vista como debe examinarse la prueba, ya que si la empresa no cumplió aquellos requisitos, estando obligada a hacerlo, el permiso para dar por terminados los contratos quedó sin efecto o validez, y no se estaría entonces frente al "modo" contemplado en el literal e) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, sino ante una ruptura unilateral e injustificada del vínculo por parte del empleador. Pero si los satisfizo en su totalidad, o parcialmente por no estar obligada a todos, aquel modo habría tenido cabal realización.

No existe discrepancia alguna acerca del cumplimiento del literal a), en lo relativo a salarios y prestaciones, pues, además de

que no se invocó lo contrario como presupuesto de las pretensiones de la demanda primitiva, así se comprobó en la diligencia de inspección judicial (fls. 81 a 86) y lo admitió el fallador de segundo grado en su sentencia. Este concluyó que el despido había sido injusto, porque no se "acreditó por la demandada el pago de la indemnización por despido ni la garantía del pago de la jubilación del demandante que acreditó su edad con el documento de folio 12 y el tiempo de servicios de 15 años 4 meses y 8 días con los elementos probatorios mencionados en esta sentencia cuando se trató lo atinente a la relación de trabajo, que sitúa al actor con clara perspectiva al derecho a pensión jubilatoria a términos del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en su inciso segundo".

Como se ve, el sentenciador, que partió de la base equivocada de que la terminación del contrato con fundamento en el literal c) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 equivalía a un despido, estimó que la indemnización que la empresa debía pagar y la pensión que debía garantizar, de conformidad con la resolución ministerial, eran las que tenían como causa el despido injustificado, reguladas respectivamente, en el artículo 8º inciso 2º de la Ley 171 de 1961. Mas no podía tratarse de esas indemnización y pensión por cuanto, como tantas veces se ha dicho ya, la terminación del contrato, con autorización del Ministerio del Trabajo, por liquidación o clausura de la empresa, no constituye despido y mucho menos con el carácter de injusto.

Al haber interpretado de este modo la referida resolución, hizo el sentenciador una errónea apreciación de esta prueba, y también de las otras que sirven de apoyo a su decisión, puesto que fueron examinadas bajo el mismo supuesto equivocado de que el contrato no había terminado mediante el cumplimiento de un modo legal, sino por decisión unilateral de la empresa. Así, estimó que la carta de folio 9, por medio de la cual se informó al trabajador sobre el permiso otorgado por el Ministerio y sobre la fecha en que su contrato dejaría de tener vigencia, acreditaba el hecho del despido, y que la justificación de éste —que, a su juicio, sólo podía consistir en el pago de la propia indemnización por despido y de la pensión especial que se origina en esta misma causa— no surgía de las comprobaciones hechas en la diligencia de inspección judicial ni de las otras pruebas que apreció, entendiendo, por el contrario, que la falta de ese pago, o de la garantía correspondiente, resultaba plenamente demostrada con las manifestaciones que hizo el representante legal de la empresa al absolver el interrogatorio de parte a que fue sometido. De otro lado, la referencia que en la resolución se hace a alguna cláusula de la Convención Colectiva no tiene incidencia en el problema debatido, pues, tal como lo reconocen las partes y el fallador, dicha convención no le era aplicable al demandante.

La equivocada apreciación que hizo el ad quem de las pruebas reseñadas, lo condujo a incurrir en los errores de hecho que se le imputan y en las violaciones de ley que la censura precisa.

Los dos cargos, en consecuencia, prosperan y la sentencia deberá ser casada.

Consideraciones de instancia

Se complementan o adicionan las hechas al estudiar los cargos, con las siguientes:

La Resolución número 0025 de 25 de agosto de 1971 autorizó a la sociedad "Archila Briceño y Cía. Ltda.", en liquidación, para dar por terminados los contratos de trabajo, previo el cumplimiento de ciertos requisitos. De éstos, se alegó en la demanda que no se habían cumplido los relativos a indemnizaciones y pensión de jubilación. En cuanto a lo primero, es claro que aquella providencia no podía referirse a indemnizaciones distintas de las provenientes de accidente de trabajo o enfermedades profesionales, cuya existencia en favor del actor no ha sido demostrada y ni siquiera alegada por éste, o a la que específicamente prevé para el caso de que el contrato termine por liquidación o clausura de la empresa, el numeral 5º del artículo 13 del Decreto 1373 de 1966, que reza: "Cuando proceda la autorización de cierre o clausura de una empresa que tenga celebrados con sus trabajadores contratos individuales por un tiempo mayor, o que su vigencia resulte también de la convención colectiva, el contrato sindical o el pacto colectivo, debe pagarse, o garantizarse de-

bidamente a juicio del ministerio, por la empresa, la correspondiente indemnización por los salarios que se dejaren de percibir por el trabajador, por el tiempo restante respectivo". Esta obligación surgía para la empresa en el caso de que tuviera celebrado con el trabajador un contrato a término fijo, cuya duración excediera de la fecha en la cual se le puso fin en virtud de la mencionada autorización. Pero en el expediente, a folio 8, obra el contrato que vinculó a las partes, y en él se pactó, en su cláusula tercera, que la duración sería por tiempo indeterminado. No concurrían, por tanto, las circunstancias previstas en la norma y tampoco esta otra indemnización llegó a existir a cargo de la empresa.

En lo concerniente a la obligación de "garantizar el pago de las pensiones de jubilación a quienes actualmente disfruten de este derecho o a quienes tengan la perspectiva a él", no aparece acreditado en los autos que el demandante Valderrama se encontrara en alguna de esas situaciones. No se demostró que la empresa le estuviese pagando pensión de jubilación en el momento en que terminó el contrato ni que en esa fecha tuviera "perspectiva" a pensión, pues su tiempo de servicio apenas alcanzaba a 15 años y unos meses y esa "perspectiva" había que entenderla referida a la pensión plena u ordinaria y no a la que habría podido causarse por vía de excepción o de sanción, siendo evidente, por lo demás, que no se estaba frente a un retiro voluntario del trabajador y que el contrato no terminaba por decisión unilateral e injusta de la empresa.

En tales condiciones, debe concluirse que la empleadora tampoco estaba obligada a satisfacer, en relación con Ciro Alberto Valderrama, las exigencias del literal b) del artículo primero de la Resolución 0025 de 25 de agosto de 1971, emanada del Ministerio del Trabajo, por cuya razón las pretensiones de la demanda, que tienen como fundamento el incumplimiento de ellas y las del literal a) en lo tocante a indemnizaciones, deben ser resueltas desfavorablemente al actor. Como así lo decidió el a quo, se confirmará 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 la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, y, en sede de instancia, CONFIRMA la del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dictada el quince de julio del mismo año, por medio de la cual absolvió a la sociedad "Archila Briceño y Cía. Ltda." de todos los cargos formulados contra ella por Ciro Alberto Valderrama y condenó en costas al actor.

Las costas de la segunda instancia a cargo del apelante. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE DEL TRABAJADOR

Dicha causal no exige que sea voluntario o con ánimo de perjudicar al patrono el rendimiento deficiente del trabajador para que sea móvil legítimo de la terminación del vínculo laboral por iniciativa de aquél.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref. Expediente Nº 5439. Acta Nº 24.

Con el propósito de obtener que se infirme parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior de Medellín de 22 de noviembre de 1975, en cuanto confirmó la denegación de las súplicas subsidiarias de su demanda laboral dirigida contra la firma "Industria de Aceros Ltda.", y de obtener después que se reforme el de la primera instancia y se acceda a reconocerle indemnización por despido injusto y pensión de jubilación derivada de aquel despido, la señora Clara Emilia Gómez de Bolívar recurre en casación contra aquel fallo y lo sustenta conforme se lee de folios 10 a 17 de este cuaderno, sin que se hubiera planteado réplica a su demanda.

Formula para ello un solo cargo, que reza textualmente así:

"La sentencia acusada viola indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida, los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenido en los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 (Art. 3º Ley 48 de 1968) y 8º de la Ley 171 de 1961 como consecuencia de la aplicación indebida de los artículos 8º y 7º del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968), artículo 2º del Decreto 1373 de 1966, artículos 193, 227, 277, 278 y 280 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto 3041 de 1966 por haber incurrido el honorable Tribunal en errores de hecho manifiestos resultantes de la estimación equivocada e indebida de los documentos que a continuación procedo a individualizar:

"a) A folios 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 103 y 107 obran cuadros de informes sobre rendimiento de trabajo cumplido por la señora CLARA EMILIA GOMEZ DE BOLIVAR y otros trabajadores entre ellos Romelia Rivera y Héctor Pineda, con los cuales se pretende demostrar que la demandante disminuyó voluntariamente el ritmo de trabajo con perjuicio de los intereses de la sociedad INDUSTRIA DE ACEROS LIMITADA, deficiente rendimiento que fue alegado como motivo justificado para terminar el contrato de trabajo que vinculó a las partes.

"En ninguno de tales documentos apreciados por el juzgador de segunda instancia se consagra que la trabajadora CLARA EMILIA GOMEZ DE BOLIVAR estuviera en uso de su capacidad normal de trabajo. Unicamente se registra el hecho de la disminución del rendimiento en comparación con el trabajo ejecutado por otros trabajadores de la empresa en relación con actividades análogas, sin considerar la situación especial que venía efectando de tiempo atrás la capacidad laboral de la demandante;

"b) A folios 135 y ss., se consigna la confesión del apoderado de la parte demandada al admitir que es cierto que el despido de la demandante se produjo cuando dicha señora estaba tramitando una pensión de invalidez con el seguro social, hecho que

se corrobora con la copia de la Resolución número 7039 de julio 16/74 dictada por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales en virtud de la cual aparece reconocida dicha pensión de invalidez a favor de CLARA EMILIA GOMEZ DE BOLIVAR, documento que se agrega al expediente por orden del juzgado. Con esta prueba que fue indebidamente apreciada se acredita, pues, que el estado de la demandante en el momento en que fue despedida era completamente anormal y que dicha situación venía presentándose de tiempo atrás, complicada por trastornos neuróticos como quedó establecido en el informe del Jefe de la Sección Médico-Legal de la Caja Seccional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de Antioquia, de fecha 30 de octubre de 1973 visible a folio 86 del expediente;

"c) A folios 86 y 88 del expediente obran los documentos que contienen, el primero, certificación del Jefe de la Sección Médico-Legal de la Caja Seccional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de Antioquia, de fecha 30 de octubre de 1973 en el cual consta que consultó la historia clínica de CLARA GOMEZ SALAZAR, carnet 02-0221560 y encuentra que presenta trastornos neuróticos, desencadenados más por el ambiente de trabajo, según contenido de la historia e informe del servicio social; el segundo, al efectuar los descargos con fecha 27 de octubre de 1973 la señora CLARA GOMEZ DE BOLIVAR manifiesta que su enfermedad no le permite dar más rendimiento, que no puede permanecer sentada, que sufre dos clases de asfixia, una que la ahoga y otra que la entumece, de tal manera que el bajo rendimiento que se le atribuye no es por su voluntad ni puede atribuirse a negligencia o descuido sino a la grave enfermedad que la aqueja.

"Con los documentos y la confesión del apoderado de la parte demandada, anteriormente descritos, se demuestra claramente que la causa del deficiente rendimiento de la demandante fue la grave enfermedad que la aquejaba y no su propósito deliberado de causar un perjuicio a la sociedad INDUSTRIA DE ACEROS LIMITADA.

"Al estudiar peticiones relacionadas con indemnización por despido injusto y pensión especial vitalicia de jubilación, el honorable Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: 'Mediante comunicación fechada el 6 de febrero de 1974, se notificó a la actora la terminación de su contrato de trabajo a partir del 24 de los mismos mes y año, la cual es del siguiente tenor en lo pertinente: '...Por medio de la presente le comunicamos que la empresa dará por terminado su contrato de trabajo a partir del día 24 de febrero del corriente año, por los motivos contemplados en el numeral 9º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 7º del Decreto legislativo 2351/65. En consecuencia del cumplimiento de las disposiciones laborales y después de haber agotado todos los trámites legales, le estamos notificando este despido con quince (15) días hábiles de anticipación a partir del día de hoy seis (6) de febrero de 1974' (fl. 45).

"El artículo 7º, aparte A), numeral 9º del Decreto 2351 de 1965 sustituto del 62 del Código Sustantivo del Trabajo, expresa: 'son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: Por parte del patrono: El deficiente rendimiento en el trabajo, en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable, a pesar del requerimiento del patrono'. Más adelante agrega el mencionado estatuto, en su parágrafo final: 'En los casos de los numerales 9º a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días".

"Al haber invocado la empleadora como causa determinante del despido de la demandante el deficiente rendimiento en el trabajo, según se viene de anotar, dio estricto cumplimiento al trámite exigido en las disposiciones precedentemente mencionadas.

"Por lo demás, con los elementos de convicción aportados al proceso por la empleadora, quedó suficientemente demostrado que la demandante con el deficiente rendimiento en el trabajo en el último año y medio de servicios, se colocó en posición de despido justo como en efecto lo hizo la empleadora. Este deficiente ritmo en el trabajo aparece acreditado con los cuadros comparativos de rendimiento que le presen-

tó la empresa en relación con la capacidad de la trabajadora y con el rendimiento promedio en labores análogas, cumplido por Romelia Rivera y Héctor Pineda, fechados en octubre 4/72, abril 17/73, mayo 17/73, junio 1º/73 y febrero 2/74, visibles a folios 80, 83, 85, entre otros, fuera de los informes de baja producción de folios 74 y ss., 106 y 107.

"Es de advertir que carece de fundamento legal y jurídico la afirmación de la parte actora al expresar que 'el cuadro que se tuvo como base para establecer el bajo rendimiento, no se ajusta a las prescripciones legales, toda vez que se ignora con cuántos trabajadores se comparó mi rendimiento, que debió haberlo sido con todo el personal de la sección donde yo laboraba y no con trabajadores escogidos caprichosamente por la compañía'. (Hecho 3º, fl. 1), por cuanto que el rendimiento en el trabajo de la actora se comparó con dos trabajadores de la misma, que cumplían en la sección de ensamble de visagrería, labores análogas (Romelia Rivera y Héctor Pineda), de los cuales el último de los nombrados era de reciente vinculación y por tanto carente de experiencia, ignorándose en el sub lite si en dicha sección fuera de los dos operarios mencionados, había más, y la parte actora nada hizo por demostrarlo.

"A raíz del deficiente rendimiento en el trabajo que venía presentando la demandante, fue requerida por la demandada en varias oportunidades, sin que hubiera logrado corregir en un plazo razonable aquella irregularidad, tal como consta a folios 73, 77, 79 y 82.

"Así las cosas, se tiene que el deficiente rendimiento en el trabajo acusado por la actora en el último año y medio de servicio, trajo como consecuencia lógica su despido, mediante justa causa comprobada, sin derecho a que se le indemnice. Y el proceder de la compañía demandada no aparece que hubiera sido premeditado con el ánimo de causarle perjuicios a la trabajadora, ni con visos de ligereza, sino que él culminó mediante un proceso dispendioso, durante el cual se le hicieron a la trabajadora sucesivos requerimientos con el fin de que corrigiera aquella anomalía, de acuerdo a su capacidad y su salario, con resultados a la postre negativos". (Fls. 160 a 163 del expediente).

"La comparación entre lo deducido por el honorable Tribunal y la evidencia que resulta de los documentos y confesión que se indican como apreciados indebidamente hace resaltar como evidente el error de hecho en que incurrió el juzgador de segunda instancia al dar por demostrado, no estándolo, que la trabajadora CLARA EMILIA GOMEZ DE BOLIVAR se encontraba en condiciones normales de trabajo y que voluntariamente incurrió en bajo rendimiento en perjuicio de los intereses de la sociedad INDUSTRIA DE ACEROS LIMITADA y al no dar por demostrado, estándolo, que el deficiente rendimiento a que se refiere la carta de despido y los cuadros comparativos elaborados por la empresa sobre rendimiento de la demandante y de otros trabajadores de la misma fue ocasionado por la precariedad de la salud de la señora CLARA EMILIA GOMEZ DE BOLIVAR quien estaba afectada por la grave enfermedad de asma, la cual a la postre determinó que fuera declarada inválida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales dentro del mes siguiente a la fecha en que el despido se produjo.

"La equivocación en que incurrió el juzgador de segunda instancia al estimar las pruebas que se dejan relacionadas se hace más protuberante al leer los siguientes apartes del fallo impugnado: 'No obstante lo anterior, ese deficiente rendimiento quizás obedeció a los quebrantos de salud que aquélla venía padeciendo, como aparece demostrado en los autos con los distintos medios de prueba (documental y testimonial), y como ella lo explicó en la audiencia de descargos a que fue sometida, visible a folio 88, destacándose entre tales elementos de convicción el reconocimiento que le hizo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales de la pensión de invalidez a partir del 21 de marzo de 1974, en cuantía de $ 876.00 mensuales, esto es, transcurrido menos de un mes de la fecha del despido (febrero 24/74), reconocimiento que se hizo mediante Resolución número 7039 de julio 16 de 1974, con retroactividad a aquella fecha (f. 130). (Véase igualmente la documentación complementaria de folios 129, 131 y 132). Es más, el propio personero judicial de la sociedad demandada

a folio 134, admite implícitamente que cuando la demandante fue despedida se encontraba tramitando en el seguro social una pensión de invalidez.

"Resulta indudable, entonces, que la actora sí se hallaba desde hacía algún tiempo con deficiencias orgánicas, hecho que no puede desconocer la empleadora, por las visitas frecuentes que hacía aquélla al Instituto Colombiano de Seguros Sociales en busca de asistencia médica como puede verse a folios 6 y ss., pero esa circunstancia no podía tolerarse indefinidamente porque ella ocasionaba perjuicios a la compañía.

"La sociedad opositora fundamenta la afirmación de que la ex-trabajadora no padecía ninguna enfermedad en la certificación médica de folio 71, expedida por el doctor Luis Alfonso Vélez C., pero este documento, por sí solo, como proveniente de un particular que no es parte en el proceso, no podría estimarse como elemento de convicción porque no constituye un medio legal de prueba, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (Casación diciembre 15 de 1965. García Merlano).

"El reconocimiento que hizo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales a la reclamante Gómez de Bolívar de la pensión de invalidez, tuvo su origen precisamente en el dictamen del Departamento Médico Legal del Instituto. Dicho beneficio excluye por sí solo la pensión proporcional de jubilación que aquí se demanda' (fls. 164 y 165).

"Los errores de hecho anotados se produjeron precisamente como consecuencia de la estimación equivocada de las pruebas mencionadas y determinaron la absolución de la sociedad INDUSTRIA DE ACEROS LIMITADA de los cargos relacionados con indemnización por despido injusto y reconocimiento y pago de pensión vitalicia de jubilación proporcional al declarar legal y justo el despido que puso término al contrato que vinculó a las partes, infringiendo de esta manera los preceptos sustantivos señalados al comienzo de este cargo en la forma ya indicada.

"Si el ad quem no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados habría concluido necesariamente que la sociedad INDUSTRIA DE ACEROS LIMITADA terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo que la vinculaba a CLARA EMILIA GOMEZ DE BOLIVAR al desconocer que su ex-trabajadora se encontraba afectada gravemente por una enfermedad que le produjo la invalidez permanente y consecuentemente, le impedía dar rendimiento normal en sus labores habituales y condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto y al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación proporcionalmente al tiempo servido en la cuantía y términos contenidos en los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (Ley 48 de 1968) y el 8º de la Ley 171 de 1961, pronunciamiento que deberá hacer la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia en sede de instancia, tal como se solicita en el capítulo cuarto de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación. En la contestación de la demanda y en los documentos que fueron presentados oportunamente y aportados al expediente se establece sin lugar a dudas los extremos de la relación contractual laboral, advirtiéndose que en relación con ellos no hubo discusión entre las partes durante el proceso".

De su parte, el Tribunal ad quem discurrió sobre los temas debatidos en la forma siguiente:

"Indemnización por despido injusto: Mediante comunicación fechada el 6 de febrero de 1974, se notificó a la actora la terminación de su contrato de trabajo a partir del 24 de los mismos mes y año, la cual es del siguiente tenor en lo pertinente: '... Por medio de la presente le comunicamos que la empresa dará por terminado su contrato de trabajo a partir del día 24 de febrero del corriente año, por los motivos contemplados en el numeral 9º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 7º del Decreto legislativo 2351/65. En consecuencia del cumplimiento de las disposiciones laborales y después de haber agotado todos los trámites legales, le estamos notificando este despido con quince (15) días hábiles de anticipación a partir del día de hoy seis (6) de febrero de 1974' (fl. 45).

"El artículo 7º aparte A), numeral 9º del Decreto 2351/65 sustituto del 62 del Código Sustantivo del Trabajo. expresa: 'Son justas causas para dar por terminado uni-

lateralmente el contrato de trabajo: Por parte del patrono: El deficiente rendimiento en el trabajo, en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable, a pesar del requerimiento del patrono". Más adelante agrega el mencionado estatuto, en su parágrafo final: "En los casos de los numerales 9º a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días".

"Al haber invocado la empleadora como causa determinante del despido de la demandante el deficiente rendimiento en el trabajo, según se viene de anotar, dio estricto cumplimiento al trámite exigido en las disposiciones precedentemente mencionadas.

"Por lo demás, con los elementos de convicción aportados al proceso por la empleadora, quedó suficientemente demostrado que la demandante con el deficiente rendimiento en el trabajo en el último año y medio de servicios, se colocó en posición de despido justo como en efecto lo hizo la empleadora. Este deficiente ritmo en el trabajo aparece acreditado con los cuadros comparativos de rendimiento que le presentó la empresa en relación con la capacidad de la trabajadora y con el rendimiento promedio en labores análogas, cumplido por Romelia Rivera y Héctor Pineda, fechados en octubre 4/72, abril 17/73, mayo 17/73, junio 1º/73 y febrero 2/74, visibles a folios 80, 83, 85, entre otros, fuera de los informes de baja producción de folios 74 y ss., 106 y 107.

"Es de advertir que carece de fundamento legal y jurídico la afirmación de la parte actora al expresar que 'el cuadro que se tuvo como base para establecer el bajo rendimiento, no se ajusta a las prescripciones legales, toda vez que se ignora con cuántos trabajadores se comparó mi rendimiento, que debió haberlo sido con todo el personal de la sección donde yo laboraba y no con trabajadores escogidos caprichosamente por la compañía'" (hecho 3º, fl. 1), por cuanto que el rendimiento en el trabajo de la actora se comparó con dos trabajadores de la misma, que cumplían en la sección de ensamble de bisagrería, labores análogas (Romelia Rivera y Héctor Pineda), de los cuales el último de los nombrados era de reciente vinculación y por tanto carente de experiencia, ignorándose en el sub lite si en dicha sección fuera de los dos operarios mencionados, había más, y la parte actora nada hizo por demostrarlo.

"A raíz del deficiente rendimiento en el trabajo que venía presentando la demandante, fue requerida por la demandada en varias oportunidades, sin que hubiera logrado corregir en un plazo razonable aquella irregularidad, tal como consta a folios 73, 77, 79 y 82.

"Así las cosas, se tiene que el deficiente rendimiento en el trabajo acusado por la actora en el último año y medio de servicios trajo como consecuencia lógica su despido, mediante justa causa comprobada, sin derecho a que se le indemnice. Y el proceder de la compañía demandada no aparece que hubiera sido premeditado con el ánimo de causarle perjuicios a la trabajadora, ni con visos de ligereza, sino que él culminó mediante un proceso dispendioso, durante el cual se le hicieron a la trabajadora sucesivos requerimientos con el fin de que corrigiera aquella anomalía, de acuerdo a su capacidad y su salario, con resultados a la postre negativos.

"No obstante lo anterior, ese deficiente rendimiento quizás obedeció a los quebrantos de salud que aquélla venía padeciendo, como aparece demostrado en los autos con los distintos medios de prueba (documental y testimonial), y como ella lo explicó en la audiencia de descargos a que fue sometida, visible a folio 88, destacándose entre tales elementos de convicción el reconocimiento que le hizo el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales de la pensión de invalidez a partir del 21 de marzo de 1974, en cuantía de $ 878.00 mensuales, esto es, transcurrido menos de un mes de la fecha del despido (febrero 24/74), reconocimiento que se hizo mediante Resolución número 7039 de julio 18 de 1974, con retroactividad a aquella fecha (fl. 130). (Véase igualmente documentación complementaria de folios 129, 131 y 132). Es más, el propio personero judicial de la sociedad de-

mandada a folio 135, admite implícitamente que cuando la demandante fue despedida se encontraba tramitando en el Seguro Social una pensión de invalidez.

"Resulta indudable, entonces, que la actora sí se hallaba desde hacía algún tiempo con deficiencias orgánicas hecho que no puede desconocer la empleadora, por las visitas frecuentes que hacía aquélla al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales en busca de asistencia médica como puede verse a folios 6 y ss., pero esa circunstancia no podía tolerarse indefinidamente porque ella ocasionaba perjuicios a la compañía.

"La sociedad opositora fundamenta la afirmación de que la ex-trabajadora no padecía ninguna enfermedad en la certificación médica de folio 71, expedida por el doctor Luis Alfonso Vélez C., pero este documento por sí solo, como proveniente de un particular que no es parte en el proceso, no podría estimarse como elemento de convicción porque no constituye un medio legal de prueba, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia. (Cas. diciembre 15 de 1965, García Merlano).

"El reconocimiento que hizo el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a la reclamante Gómez de Bolívar de la pensión de invalidez, tuvo su origen precisamente en el dictamen del Departamento Médico Legal del Instituto. Dicho beneficio excluye por sí solo la pensión proporcional de jubilación que aquí se demanda.

"En este orden de ideas, procede la confirmación total del fallo que se revisa".

La Sala considera

Tiende el cargo a demostrar que el sentenciador erró de hecho por no haber tenido en cuenta que el deficiente rendimiento aducido por la empresa para prescindir de los servicios de la trabajadora Gómez de Bolívar no fue deliberado por parte de ésta y con el propósito de perjudicar a su patrono sino consecuencia de su mal estado de salud, que llevó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales a reconocerle pensión de invidalidez dentro del mes siguiente a su despido. Y cree el recurrente que tal yerro deriva de indebida apreciación de los cuadros e informes donde se evalúa el rendimiento de la señora de Bolívar; de la confesión que le atribuye al apoderado de la empresa sobre el conocimiento que ella tenía a tiempo de despedir a la trabajadora de que ella gestionaba en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales el pago de pensión de invalidez; del certificado de dicho instituto sobre el hecho de que la actora presentaba trastornos neuróticos "desencadenados más por el ambiente de trabajo" y de lo dicho por ella misma en la diligencia de descargos por el deficiente rendimiento laboral que se le imputaba.

Pero acontece que, según quedó transcrito, la decisión impugnada no se fundamentó únicamente en las pruebas que cita el cargo, y que del examen de estas últimas no surge con la evidencia indispensable para que preste mérito en casación el error de hecho atribuido al sentenciador ni, menos aún, que ese yerro pretendido hubiera determinado la decisión desfavorable a los intereses de la actora que se ataca en el recurso.

Antes bien, la presunta confesión del apoderado de la compañía no tiene esa calidad conforme a lo previsto por el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil; el reconocimiento de pensión por invalidez a la demandante es hecho que no proviene de la Industria de Aceros demandada sino de un tercero, como lo es para el litigio el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y por ello carece de influencia para calificar como legal o injusto el despido de la señora Gómez de Bolívar; lo dicho por la aludida señora en sus descargos no prueba en favor de ella, pues nadie puede crear pruebas en su mismo beneficio; y la prolija evaluación del rendimiento laboral de doña Clara Emilia es conducta que el artículo 2º del Decreto 1373 de 1966 le exige tener al patrono cuando vaya a despedir a un trabajador con invocación de la causal prevista en el artículo 7º, aparte A, ordinal 9º, del Decreto legislativo 2351 de 1965, que fue la aducida en el presente caso.

Y si a ello se añade que la dicha causal no exige que sea voluntario o con el ánimo de perjudicar al patrono el rendimiento deficiente del trabajador para que sea

móbil legítimo de la terminación del vínculo laboral por iniciativa de aquél, viene a desvanecerse integralmente el mérito del cargo y, en consecuencia, no le es dable prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas porque no aparecen causadas.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO CON SOCIOS DE UNA SOCIEDAD

Existe vinculación de carácter laboral con socios de una sociedad comercial, si hay prestación personal de servicios de los socios en beneficio del pretendido patrono.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.)

Acta Nº 24.

Clemente Maldonado Guette, mayor, vecino de Barranquilla, demandó por medio de apoderado judicial a la Sociedad Franco Colombiana de Especialidades Farmacéuticas-Sofracol Ltda., con domicilio en Bogotá, para que fuese condenada a pagarle la indemnización de perjuicios por ruptura ilegal y unilateral del contrato de trabajo, de acuerdo con el tiempo servido, salarios moratorios, auxilio de cesantía, primas semestrales de servicios, vacaciones, causadas y no disfrutadas y vacaciones proporcionales, por todo el tiempo servido y de acuerdo con el sueldo devengado; el valor de los descansos en domingos y feriados, la pensión restringida de jubilación por el tiempo servido y atendiendo al despido sin justa causa y a la edad del peticionario, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Clemente Maldonado Guette firmó contrato de trabajo con la sociedad demandada el 1º de marzo de 1956 para desempeñar las funciones de Agente Viajero en las poblaciones de Gamarra, El Banco, Plato y en los departamentos de Bolivar y Córdoba, prolongándose la relación de trabajo hasta el día 14 de enero de 1970, con un tiempo servido de 13 años, 10 meses y 14 días; por el período anterior le fueron canceladas las prestaciones sociales correspondientes, con la excepción de la suma de $ 5.421.61 indebidamente retenida; aun cuando aparentemente la causa de la terminación del contrato de trabajo que terminó el 14 de enero de 1970 fue la de renuncia voluntaria, la sociedad demandada presionó a Maldonado para que la presentara con el fin de que pudiera continuar a su servicio mediante la celebración de una sociedad comercial para burlar el pago de las prestaciones sociales en fraude a la ley; esa sociedad fue constituida por Escritura pública número 1827 de 9 de noviembre de 1970 de la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla, con un capital de $ 20.000.00, siendo los únicos socios el demandante y su señora; desde el 14 de enero de 1970 hasta la fecha de la constitución de la sociedad no hubo solución de continuidad en la prestación de servicios como Agente Viajero por parte de Maldonado, quien continuó prestando esos mismos servicios después de dicha fecha, devengando comisión por el desempeño del cargo; esa prestación personal del servicio terminó el 4 de diciembre de 1972 por decisión unilateral e injusta del patrono. El 5 de diciembre de 1969 la sociedad demandada le encomendó a Maldonado en virtud de un convenio privado, la explotación de sus productos para toda la región de la Costa, mediante una comisión del 20% sobre los cobros y ventas; el demandante prestó un servicio personal, bajo continuada subordinación y dependencia y con un salario retributivo, a SOFRACOL LTDA., lo que configura un verdadero contrato de trabajo, desde el 14 de enero de 1970 hasta el 14 de diciembre de 1972, habiendo prestado servicios por un

período total de 16 años nueve meses sumando el tiempo del primer contrato; en el último año devengó un promedio mensual de $ 10.000.00. A pesar de que el primer contrato de trabajo terminó el 14 de enero de 1970 y que desde esa fecha en adelante las relaciones se rigieron aparentemente por un convenio privado entre las partes y posteriormente surgió una sociedad regular de comercio, Maldonado en ningún momento constituyó por sí mismo una empresa, sino que a todo lo largo de la relación fue un trabajador dependiente y subordinado. La sociedad demandada está en mora de pagarle la pensión de jubilación restringida, por tener más de cincuenta años de edad, y los demás conceptos reclamados en el juicio.

Al contestar la demanda el apoderado de la Sociedad Franco Colombiana de Especialidades Farmaceuticas, Sofracol Ltda., aceptó como hechos ciertos de fecha de iniciación y terminación del primer contrato de trabajo a que se refiere el demandante y negó o dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de compensación, prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas y falta de causa para pedir.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, dictó sentencia el catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso: "Primero. Condénase a la empresa denominada SOCIEDAD FRANCO COLOMBIANA DE ESPECIALIDADES FARMACEUTICAS, SOFRACOL LTDA., a pagar al demandante señor CLEMENTE MALDONADO GUETTE, la suma de DOSCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 92/100 M. L. ($ 214.594.92), por los siguientes conceptos:

Prestaciones sociales	$	97.499.37
Indemnización por despido injusto	$	117.095.55
Total	$	214.594.92

Segundo. Condénase igualmente a la empresa demandada a pagar al demandante señor CLEMENTE MALDONADO GUETTE, un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus prestaciones sociales la suma de DOSCIENTOS VEINTE Y SIETE PESOS CON 37/100 M. L. ($ 227.37) diarios, a partir del día cinco (5) de diciembre de 1972 y hasta cuando se le cancelen dichas prestaciones. Tercero. CONDENASE a la empresa demandada a pagar al demandante señor CLEMENTE MALDONADO GUETTE a pagar la suma de CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y TRES PESOS CON 44/100 M. L. ($ 4.193.44), por concepto de su pensión de jubilación restringida, a partir del día cinco (5) de diciembre de 1972. Cuarto. Absuélvase a la demandada de los demás cargos de la demanda. Quinto. Costas a cargo de la entidad demandada".

Apeló el apoderado de la sociedad demandada. El Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, constituida por el Magistrado ponente y dos Conjueces por impedimentos de los otros dos Magistrados que la componen, decidió el recurso de la siguiente manera: "REFORMASE la sentencia apelada, la cual quedará así: 1º CONDENASE a la empresa SOCIEDAD FRANCO-COLOMBIANA DE ESPECIALIDADES FARMACEUTICAS, SOFRACOL LTDA., a pagar al demandante señor CLEMENTE MALDONADO GUETTE, la suma de $ 83.541.79 por los siguientes conceptos:

Indemnización por despido (lucro cesante)	$	7.957.75
Vacaciones		10.231.35
Prima de servicio		19.705.32
Auxilio de cesantía		45.647.37
Total	$	83.541.79

2º CONDENASE asi mismo a la empresa SOCIEDAD FRANCO COLOMBIANA DE ESPECIALIDADES FARMACEUTICAS, SOFRACOL LTDA., a pagar al señor CLEMENTE MALDONADO GUETTE, la suma de $ 227.37 diarios por concepto de salarios caidos a partir del día 5 de diciembre de 1972 y hasta cuando se realice el pago de dichas prestaciones. 3º ABSUELVASE a la demandada de los otros cargos formulados en la demanda. 4º Sin costas".

Recurrió en casación la demandada en el juicio. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte no recurrente se abstuvo de replicar.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el casacionista: "Con la presente demanda de casación se pretende que la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— CASE PARCIALMENTE la sentencia recurrida en los numerales 1º y 2º, por los cuales se condenó a la sociedad demandada a pagar la suma de $ 83.541. 79 M/cte., por concepto de indemnización por despido, vacaciones, prima de servicio y cesantía, según discriminación que allí aparece y se confirmó la condena al pago de $ 227.37 diarios desde el 5 de diciembre de 1972 y hasta cuando se paguen las anteriores prestaciones, por concepto de indemnización moratoria o salarios caídos. Una vez constituída la honorable Corte en sede de instancia, se servirá REVOCAR los numerales primero, segundo y quinto del fallo de primer grado, declarar probadas las excepciones perentorias propuestas en la contestación de la demanda y absolver a la demandada de todas las súplicas de la demanda, imponiendo al actor la condena al pago de las costas judiciales".

Con base en la causal primera de casación el recurrente formula cuatro cargos y uno con fundamento en la causal segunda, que se estudiarán en su orden.

Cargo primero

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, modificado 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, 24 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, 64 del mismo código, modificado por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, 186 y 189 del mismo código, modificado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 249 y 253 del mismo código, modificado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, 306 y 65 del mismo código, en concordancia con los artículos 1317, 1324, 1325 y 1320 del Código de Comercio (Decreto-ley 410 de 1971), artículo 1º Ley 48 de 1946 y artículo 4º del Decreto 3072 de 1962, 5S ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo y 1714 y 1715 del Código Civil. La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo en forma indirecta, al haberlas aplicado indebidamente el ad quem al caso sub judice, pues con fundamento en ellas condenó a la demandada al pago de las sumas que aparecen en la parte resolutiva de su providencia, cuando su correcta aplicación lo habría conducido a absolverla de tales peticiones del libelo".

Como errores ostensibles de hecho señala los siguientes:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que entre el 15 de enero de 1970 y el 4 de diciembre de 1972, entre el demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo; b) Dar por demostrado, sin estarlo, que en el mismo período el demandante prestó un servicio personal y estuvo subordinado y sujeto a órdenes e instrucciones de carácter laboral que le impartía la sociedad demandada; c) Dar por demostrado, sin estarlo, que en el mismo período el demandante devengó un salario por servicios dependientes prestados a la sociedad demandada; d) No dar por demostrado, estándolo, que en dicho lapso sólo existió una vinculación de carácter contractual, en la modalidad Agencia Comercial, primero con el demandante y luego con la sociedad Maldonado y Compañía Ltda., regida por las disposiciones del Código de Comercio; e) Dar por demostrado, sin estarlo, que los pagos de comisiones efectuados a Maldonado y Compañía Ltda., durante el período a que se refiere el punto 1º, son constitutivos de salario; f) Dar por demostrado, sin estarlo, que entre el demandante y el demandado existió una sola relación contractual laboral ininterrumpida, desde el 1º de marzo de 1956 hasta el 4 de diciembre de 1972; g) Dar por demostrado, sin estarlo, que la vinculación del demandante y la sociedad demandada a través de la sociedad Maldonado y Compañía Ltda., fue de carácter laboral, con posterioridad al 15 de enero de 1970; h) Dar por demostrado, sin estarlo, que las instrucciones dadas por Sofracol Ltda. a Clemente Maldonado Guette y a Maldonado y Compañía Ltda. con posterioridad al 15 de enero de 1970, configuran una subordinación jurídica de carácter laboral; i) No dar por demostrado, estándolo, que voluntaria y libremente el demandante aceptó que a partir del 15 de enero de 1970 co-

menzara una nueva vinculación, ésta de carácter comercial, con la sociedad demandada, como agente o distribuidor de los productos farmacéuticos de la misma; j) No dar por demostrado, estándolo, que los pagos de comisiones efectuados por la sociedad demandada con posterioridad al 15 de enero de 1970, lo fueron a la firma Maldonado y Cía., en la creencia de buena fe por parte de aquélla que dicha sociedad ya estaba constituida legalmente; k) No dar por demostrado, estándolo, que hasta la constitución de la sociedad Maldonado y Compañía Ltda. la mayoría de la correspondencia fue dirigida al demandante, y luego de constituida dicha firma, se remitió a nombre de ella; l) No dar por demostrado, estándolo, que en muchas de sus comunicaciones el demandante mismo utilizaba el sello y la sigla "Maldonado & Cía."; m) No dar por demostrado, estándolo, que el señor Maldonado tenía organizada una empresa comercial, cubriendo él mismo los salarios y gastos de viaje de sus vendedores dependientes; n) No dar por demostrado, estándolo, que al menos se probó que la entidad demandada actuó de buena fe, y que tuvo motivos serios y atendibles, fundados en justificadas razones, para considerar que con posterioridad al 15 de enero de 1970 no existió entre ella y el demandante ningún vínculo contractual laboral, sino uno de agencia comercial; ñ) Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada obligó al demandante y a su esposa a constituir la sociedad Maldonado y Compañía Limitada; o) No dar por demostrado, estándolo, que el demandante adeudaba a la sociedad demandada y aún le adeuda la suma de $ 54.045.70 M/cte. deuda expresamente reconocida por aquél y compensable con cualquier eventual acreencia a favor del mismo".

Estima como pruebas erróneamente apreciadas:

"1º) La demanda del proceso, en cuanto a la confesión que ella pueda contener (fls. 1 a 6); 2º) La respuesta de la demanda, en cuanto a la confesión que ella pueda contener (fls. 43 a 45); 3º) Contratos de trabajo suscritos con el actor (fls. 10 y 47, 48 y 49); 4º) Carta dirigida al demandante por la sociedad demandada el día 4 de diciembre de 1970 (fl. 51); 5º) Carta dirigida al demandante por la sociedad demandada el 5 de diciembre de 1969 (fl. 9); 6º) Carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el día 5 de diciembre de 1969 (fl. 52); 7º) Carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el día 5 de diciembre de 1969 (fl. 52); 8º) Carta de renuncia presentada por el demandante el 5 de diciembre de 1969 (fls. 14 y 50); 9º) Liquidación final de prestaciones sociales (fls. 16, 17, 18, 19, 53, 54 y 56); 10º) Carta dirigida al demandante por la sociedad demandada el día 26 de enero de 1970 (fls. 28 y 55); 11º) Inspección judicial practicada en las oficinas de la sociedad demandada en Bogotá (fls. 101 a 105); 12º) Copia de la Escritura pública número 1787 del 14 de noviembre de 1970, de la Notaría Primera de Barranquilla, por la cual se constituyó la sociedad Maldonado y Compañía Ltda. (fls. 11 y 12, 67 y 68); 13º) Carta dirigida al demandante por la sociedad demandada el día 21 de noviembre de 1972; 14º) Liquidación de Maldonado & Cía. conforme el artículo 1324 del Código de Comercio (fls. 57 y 89); 15º) Cartas sin firma responsable, del 18 y 23 de noviembre de 1972 (fls. 13 y 15); 16º) Cartas cruzadas entre el demandante y la sociedad Maldonado y Compañía, de una parte, y la sociedad demandada, de otra parte, en relación con las actividades de agencia comercial desarrollados por el primero (fls. 58, 59 y 60, 63, 22 y 23, 20, 21, 25, 61 y 62 y 63 y 100); 17º) Declaraciones rendidas por Ana Beatriz Barrera Chaves, Gilberto González Gómez, ante el Juzgado 10 Laboral de Bogotá (fls. 92 a 96)".

Y como no apreciadas:

"1º) Copia de la carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el 30 de junio de 1972 (fl. 24); 2º) Carta dirigida por la sociedad demandada al señor Arquímedes López Alvarado de fecha 27 de octubre de 1972 (fl. 27); 3º) Carta dirigida al demandante por la sociedad demandada el 17 de diciembre de 1969 (fls. 29 a 34)".

Al sustentar el cargo el recurrente transcribe pasajes del fallo acusado y dice que en ellos se observa el error fáctico del Tribunal al considerar la existencia de una relación laboral ininterrumpida entre el 1º de marzo de 1958 y el 4 de octubre de 1972, siendo así que se demostró que existieron dos vinculaciones contractuales claramen-

te definidas, la primera de índole laboral que expiró el 14 de enero de 1970 y la segunda de carácter comercial, primero con el demandante y luego con la sociedad Maldonado y Cía. Ltda., compañía esta que Maldonado constituyó libremente con su esposa y que es un contrato de agencia comercial en donde están ausentes los requisitos de prestación personal del servicio y subordinación jurídica a la demandada apareciendo solamente en él las normas y directivas propias de todo comercio como son las obligaciones recíprocas para las partes. Dice que la evidencia procesal demuestra todo lo contrario de la conclusión a que llegó el fallador, como surge de la confesión contenida en los hechos 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 y 13 sobre la existencia de dos contratos diferentes, y aun cuando el demandante alega que fue presionado para renunciar y luego para constituir la sociedad, las pruebas, acreditan que las cosas no sucedieron como las presentó el demandante. Así los documentos de folios 10, 47, 48, 49, 14 y 50 que la vinculación laboral iniciada el 1º de marzo de 1956 se terminó en forma libre y espontánea mediante renuncia que presentó Maldonado el 5 de diciembre de 1969, con efectividad al 15 de enero de 1970, cuyo motivo fue el de pasar a ser distribuidor a partir de esta última fecha de los productos de Sofracol mediante la relación comercial prescrita en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, como consta en las cartas que se cruzaron las partes y que obran a folios 9 y 52, según las cuales no había entre ellas nexo laboral y Maldonado como distribuidor vendría a constituir una empresa, pruebas que desvirtuarían la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues aun cuando la demandada dio instrucciones a Maldonado, al no existir prestación personal de servicios, ni subordinación jurídica, mal podrían tomarse dichas instrucciones como constitutivas de una relación laboral, pues todo acto jurídico bilateral origina deberes para ambas partes.

Cuanto a la constitución de la sociedad Maldonado & Cía., dice el recurrente que carece de importancia en la litis, pues bien haya sido Maldonado el distribuidor como persona natural o la citada compañía, la naturaleza de la relación jurídica fue comercial y no laboral. Considera también que no hay prueba alguna de que la demandada hubiese obligado al demandante a constituir una sociedad, como implícitamente lo acepta el Tribunal Superior al citar el artículo 4º del Decreto 3072 de 1962, y entre otras cosas, frente a una escritura pública, sólo podría ser declarada la indebida presión para constituir la sociedad mediante la acción correspondiente ante la justicia civil y previa declaratoria de la nulidad relativa del contrato por vicio del consentimiento. Observa que es el mismo demandante, carta de folio 66, quien remite a la demandada copia de la escritura pública, lo que significa que estaba dando cumplimiento a un acuerdo anterior de las partes para que la distribuidora fuera manejada por una persona jurídica, pues además es el mismo Maldonado quien antes de la constitución de la sociedad suscribe la correspondencia con la sigla "Maldonado & Cía." y la respalda con un sello de igual leyenda (fls. 59 y 60, 61, 62, 65, 66 y 100), demostrando así que fue el resultado de un voluntario acuerdo, y no que el demandante se vio obligado a constituirla para que la demandada le burlara las prestaciones.

En relación con la correspondencia dice que no aparece demostrado que todas las cartas se dirigen a Maldonado aún después del 15 de enero de 1970, existiendo igualmente cartas dirigidas a Maldonado & Cía. antes de la constitución de la sociedad, sin referirse individualmente a cada una de ellas y sin tener en cuenta que varias fueron dirigidas por el actor a la demandada. Dice que la carta de 26 de enero de 1970 (fl. 13) se dirige a Maldonado Guette porque se refiere al pago de sus prestaciones sociales como trabajador de la empresa, lo que igualmente ocurre con la de folio 22 que trata de deudas contraídas personalmente por el actor, y con la de folios 63 y 64, que niega un reclamo de Maldonado por comisiones presuntamente devengadas como vendedor, y en la cual se aclara que Maldonado y Cía., no puede solicitar el pago de comisiones que corresponden a Clemente Maldonado, por haber existido dos vinculaciones diferentes. Las cartas de folios 58, 59 y 65 están firmadas por el demandante en representación de Maldonado y Cía.; las de folios 8, 20, 21

y 25 son de 1972 y están correctamente dirigidas a Maldonado & Cía., que ya se había constituido, y la de folios 61 y 109 se remiten a la demandada por Maldonado y Cía. Considera el recurrente que el examen superficial de las anteriores probanzas le sirvió para ratificar la naturaleza laboral y no comercial del convenio vigente a partir del 15 de enero de 1970, incurriendo en error manifiesto, máximo cuando en la inspección judicial se dejó constancia que los pagos de comisiones se hicieron a Maldonado y Cía. y no al demandante con posterioridad al 14 de enero de 1970; que la correspondencia se cruzaba entre Maldonado y Cía. y Sofracol Ltda., y que a la finalización del contrato mercantil se liquidó a la primera sociedad las regalías a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio (fls. 101 a 104, 57 y 99).

Respecto a los testimonios el impugnador dice que el Tribunal los rechaza sin dar razón alguna, siendo así que manifestaron claramente que el señor Maldonado sólo fue trabajador dependiente hasta el 14 de enero de 1970, habiendo actuado en adelante como representante de Maldonado y Cía. sin estar sujeto a horarios u órdenes, siendo responsable del pago de sueldos y comisiones a sus empleados.

Por último el recurrente argumenta así sobre otros aspectos de la acusación:

"Pero aún en el supuesto de que esa honorable corporación no acepte los anteriores razonamientos, no obstante estar ajustados a la ley y al correcto análisis y valoración de las pruebas, y llegue a la conclusión de que en el período mencionado atrás existió un contrato de trabajo, dentro de esta tesis acogida por el Tribunal, también aparecen ostensibles errores de hecho. No obstante aceptar que existieron dos contratos diferentes, y que el mismo demandante confiesa en la demanda que todas las prestaciones sociales del período anterior, con excepción de un saldo de $ 5.421.61 le fueron canceladas (hecho 4º), el sentenciador incurre en el error de volver a liquidar la cesantía por todo el tiempo servido, (fl. 180), cuando en el mejor de los casos ha debido calcular esta prestación únicamente por el tiempo mencionado arriba del segundo contrato, o sea del 15 de enero de 1970 al 4 de diciembre de 1972, lo cual hubiera reducido notablemente la condena, teniendo en cuenta además que el saldo correspondiente al primer contrato corresponde a la primera vinculación, y que cualquier reclamo por tal concepto se halla prescrito, como se demostrará en otro cargo. En segundo lugar, desconoció el Tribunal la deuda a cargo del señor Clemente Maldonado y a favor de Sofracol Ltda. en cuantía de $ 54.045.78 M/cte., aceptada expresamente por aquél, lo cual consta en las cartas de folios 22, 23 y 24 acompañadas por el mismo demandante a su libelo, y sobre los cuales ha debido declarar probada la excepción de compensación, sobre cualquier saldo deducido en contra de mi representada. De otra parte, erró el *ad quem* al encontrar probada la mala fe patronal, siendo así que la demandada discutió con motivos razonables y atendibles el carácter comercial del segundo vínculo, lo cual abona su buena fe, máxime si se tiene en cuenta que el documento que dio origen a esta segunda relación, visible al folio 9, contiene una estipulación expresa en la cual se señala que el convenio de distribución no entrañará "ningún nexo laboral" (aparte c) y que todas las cláusulas del mismo fueron aceptadas por el actor (fl. 52), a más de que los servicios no fueron prestados personalmente por aquél sino a través de terceros vendedores, y que la mayor parte del contrato se ejecutó con la sociedad Maldonado & Cía. Ltda., por manera que aún admitiendo la existencia del segundo vínculo laboral, al menos no podía ponerse en tela de juicio que la demandada entendió en forma legítima y fundada que no estaba obligada a pagar suma alguna por concepto de prestaciones sociales al demandante, sino la regalía o utilidad que para los contratos de agencia comercial consagra el artículo 1324 del Código de Comercio, la cual oportunamente ordenó liquidar, conforme aparece a folios 57 y 99 del expediente".

Se considera

Sobre la existencia de un contrato de trabajo durante todo el período de la vinculación de Clemente Maldonado Guette con la sociedad demandada, dijo el Tribunal Superior luego de relacionar numerosas pruebas del proceso:

"Todas estas incidencias, con pleno respaldo probatorio documental en el expediente, permiten a la Sala compartir la conclusión del a quo en el sentido de que las relaciones entre las partes fueron siempre, desde el 1º de marzo de 1956 hasta el 4 de diciembre de 1972, de carácter laboral, ya que el señor Clemente Maldonado prestó un servicio personal como agente viajero y como distribuidor, recibió una remuneración salarial en forma de comisiones y estuvo sometido a una subordinación jurídica hacia Sofracol Ltda., dependencia que se pone de manifiesto en muchas comunicaciones escritas que obran en el informativo y que fueron acertadamente analizadas en la sentencia recurrida. El hecho de que en el mes de noviembre de 1970 se hubiera constituido la sociedad Maldonado & Cía. Ltda., no desvirtúa la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo, ya que con dicha sociedad no aparece celebrada convención alguna. Como oportunamente se señaló, el convenio de distribución de 5 de diciembre de 1969 se firmó con la persona de Clemente Maldonado. Y la constitución posterior de la compañía cae entonces bajo el imperio del artículo 4º del Decreto 3072 de 1968, citado por el actor en el libelo (fl. 4) entre las 'razones de la demanda'. Los testigos traídos al juicio por la demandada no alcanzan a desvirtuar esta conclusión, ya que no son lo suficientemente responsivos y el segundo de ellos, Gilberto González, señala una absoluta imprecisión de fechas al anotar como topes en las relaciones laborales de las partes las del 1º de enero de 1963 (?) al 14 de enero de 1970 (ver folio 94)".

En el cargo que se estudia el recurrente no ha desvirtuado la conclusión del fallador de segunda instancia sobre la prestación personal de servicios por parte de Maldonado Guette, por cuanto a ella no se opone, como lo ha sostenido la jurisprudencia, que con el trabajador laboren otras personas, si es aceptado por el patrono. Ni esta circunstancia configura por sí sola una empresa, que requiere para su existencia el aporte de un determinado capital al desarrollo de la actividad correspondiente, ni tampoco puede deducirse de la constitución de una sociedad comercial máxime cuando como lo dice el Tribunal, con ésta ni se celebró contrato alguno. Además la jurisprudencia ha entendido que aún mediando una sociedad en la vinculación, ésta puede ser de carácter laboral si hay prestación personal de servicios de los socios en beneficio del pretendido patrono.

Cuanto a la subordinación jurídica, las instrucciones que la sociedad demandada impartió a Maldonado Guette bien podían considerarse como la exigencia del cumplimiento de unos deberes emanados de un acto jurídico bilateral diferente al laboral, o como órdenes que el beneficiario del servicio daba al demandante en cuanto al modo o cantidad de trabajo. Si el sentenciador estimó que se trataba de estas últimas y que configuraban la subordinación jurídica, no incurrió en manifiesto error de hecho.

Al no haber demostrado el recurrente que Maldonado Guette no prestó servicios personales, que constituía una empresa comercial, o que no estaba subordinado a la sociedad demandada, no se ha acreditado que el Tribunal hubiese incurrido en error de hecho al encontrar probado la existencia de una relación de trabajo durante todo el período que las partes estuvieron vinculadas con base en el servicio personal prestado por el actor en el juicio y la subordinación jurídica de éste ante la demandada; aplicó correctamente, en consecuencia, los artículos 22, 23, 24 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con los otros errores de hecho sobre los cuales argumenta el recurrente en la parte final del cargo, cabe observar que el Tribunal no aceptó expresamente que existieran dos contratos de trabajo diferentes, con terminación del primero el 15 de enero de 1970 y del segundo el 4 de diciembre de 1972. Por el contrario, al liquidar la indemnización por despido sin justa causa estimó que el contrato debía terminar el 9 de enero de 1973, por haberse pactado un plazo de un año el 10 de enero de 1966, estimando así que la relación laboral no se interrumpió el 15 de enero de 1970. La misma consideración hizo al liquidar las vacaciones no disfrutadas, pues tomó como comienzo de las anualidades el mes de diciembre de 1969. Por otra parte, si en el hecho 4º de la demanda se afirma que a Maldonado le fueron canceladas las prestaciones hasta el 14

de enero de 1970, con excepción de un saldo de $ 5.421.61, el auxilio de cesantía y las otras prestaciones se piden por todo el tiempo de servicios, dando a entender el demandante que estimaba que no hubo solución de continuidad en su relación de trabajo.

Respecto a la deuda de $ 54.045.78 a cargo de Clemente Maldonado y a favor de la sociedad demandada, el recurrente señala como erróneamente apreciadas los documentos de folios 22, 23 y 24. El primero es una carta dirigida por Philippe Duchamp a Clemente Maldonado el 22 de junio de 1972 en la cual le informa que el extracto de su cuenta arroja el 8 de junio próximo un saldo en su contra de $ 54.045.78, de los cuales $ 46.000.00 corresponden a anticipos en dinero y al valor de la camioneta Dodge que Maldonado compró y $ 8.045.78 a sumas dejadas en su poder y solo parcialmente cubiertas por las comisiones que se han liquidado (fls. 22 y 23). El segundo, de folio 24, es la carta de respuesta de Maldonado a Sofracol Ltda. de fecha junio 30 de 1972, en la que acepta que es cierto lo del saldo de la camioneta sobre el cual abonará a partir del mes de agosto $ 1.000.00 ó $ 2.000.00 mensuales, y en cuanto a la otra cantidad, dice que si se liquidan las últimas relaciones enviadas, el saldo a su cargo no pasaría de $ 1.000.00. Si de estas cartas no dedujo el Tribunal Superior que a la terminación del contrato el 4 de diciembre de 1972, cinco meses después, que aún Maldonado adeudaba los $ 54.045.78 y que esta suma era exigible, no incurrió en manifiesto error de hecho, porque la correspondencia mencionada sólo demuestra, con la aclaración que hizo Maldonado, al saldo en 30 de junio de 1972.

Por último, sobre el error de hecho de haber dado por demostrada el Tribunal Superior la mala fe de la sociedad, como se insiste sobre esta acusación en forma más amplia y completa en el cargo quinto, se resolverá si el error evidente existió o no al examinar este último.

No surgiendo error de hecho notorio de las pruebas contempladas en la Ley 7ª de 1968, no le es dable estudiar a la Corte por las limitaciones impuestas por dicha ley, si los testimonios señalados por el casacionista fueron erróneamente apreciados.

Al no haberse demostrado la existencia de los errores de hecho indicados por el recurrente, 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, modificado 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 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, 185 y 189 del mismo código, modificado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 249 y 253 del mismo código, modificado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, 306 y 65 del mismo código, en relación con los artículos 22, 23, 24, 127 del mismo código, y artículos 1317, 1324 y 1325 del Código de Comercio (Decreto-ley 410 de 1971). La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma indirecta, al haberlas aplicado indebidamente el ad quem al presente caso, pues con apoyo en las mismas impuso a la demandada las condenas visibles en la parte resolutiva de su decisión, cuando su acertada aplicación conllevaba la absolución de tales súplicas".

Como errores de hecho el recurrente señala los siguientes:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la suma de $ 6.820.90 a que se refieren los documentales de folios 57 y 99, es el promedio mensual de lo devengado por el demandante en el último año de servicios, por concepto de salarios; b) Dar por demostrado, sin estarlo, que las sumas que aparecen en las referidas documentales de folios 57 y 99, contienen los promedios mensuales de lo devengado por el demandante, en cada uno de los dos semestres de 1970, 1971 y 1972; c) Dar por demostrado, sin estarlo, que la misma suma de $ 6.820.90 M/cte., que consta en los ya citados documentos de folios 57 y 99, es el último salario o sueldo mensual que devengó el demandante, y la cantidad de $ 227.37 M/cte., el último salario diario percibido por aquél; d) No dar por demostrado, estándolo, que la suma de $ 6.820.90 M/cte., es el promedio mensual de lo recibido por la sociedad Maldonado & Cía. a título de comisiones, por el lapso comprendido entre el

15 de enero de 1970 y el 4 de diciembre de 1972; e) Dar por demostrado sin estarlo, que la suma de $ 6.820.90 M/cte., debe tomarse como base salarial para liquidar la cesantía, las primas de servicios, la compensación en dinero de vacaciones y la indemnización moratoria y la indemnización por despido reclamada por el actor. En las anteriores equivocaciones incurrió el Tribunal por la errónea apreciación de las pruebas que a continuación se precisan: 1º) Inspección judicial practicada en las oficinas de la sociedad demandada en Bogotá (fls. 101 a 105). 2º) Liquidación de prestaciones de Maldonado & Cía. de acuerdo a los artículos 1324 y 2036 del Código de Comercio (fls. 57 y 99)".

Al sustentar el cargo el impugnador dice que la falta de prueba de los salarios devengados por el trabajador le acarrea a éste el despacho desfavorable de sus peticiones, pues corre en su contra la carga de la prueba, sin que puedan los falladores tomar cualquier base arbitraria de remuneración. Cita jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo de catorce de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro y asevera que en el caso en estudio, aún en el entendimiento que considera equivocada de que la vinculación entre las partes fue de naturaleza laboral, no se encuentra la probanza relativa a la remuneración y argumenta:

"En efecto, la sentencia acusada toma las sumas de $ 6.820.90 mensuales y $ 227.37 diarios, como bases para liquidar la cesantía, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido, e indemnización moratoria, (fls. 178 y 179) lo cual es manifiestamente equivocado pues las mencionadas cantidades están tomadas de la documental que en original y copia obra a folios 57 y 99 y que fue constatada durante la inspección judicial, resultando que los referidos promedios diarios y mensual aparecen calculados sobre todo lo devengado por la sociedad Maldonado & Cía. Ltda. desde el 15 de enero de 1970 al 4 de diciembre de 1972 por concepto de comisiones. No corresponden, pues, dichas cifras, ni al promedio diario o mensual de lo percibido en el que sería último año de servicios (5 de diciembre de 1971 al 4 de diciembre de 1972), ni al último sueldo devengado por el actor, por lo cual no podían tomarse para calcular la cesantía, ni la compensación en dinero de vacaciones, ni la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, ni la indemnización moratoria. En cuanto a las primas de servicio que el Tribunal ordenó pagar por los años de 1970, 1971 y 1972, el sentenciador acepta igualmente su error al tomar los promedios anuales de dichos años (fl. 179) que aparecen en el certificado de folios 57 y 99, siendo así que en esta prueba no aparecen los promedios semestrales, que según reiterada jurisprudencia de esa honorable Sala son los que debe tener en cuenta el juzgador para fulminar condenas por este concepto. Y como no existen en los autos otros elementos de juicio sobre el particular, ya que ni la inspección judicial ni el dictámen pericial arrojan luz sobre los promedios salariales requeridos para calcular los derechos laborales ya mencionados, al producirse el quebranto de fallo impugnado, la sentencia de instancia habrá de ser absolutoria en todas sus partes, por ausencia de prueba sobre este elemento esencial de la relación contractual laboral".

Se considera

El fallador de segunda instancia tomó como salario para liquidar la indemnización por despido sin justa causa, el auxilio de cesantía, las vacaciones y la indemnización por mora, la suma de $ 6.820.90, considerándola como último promedio mensual devengado. Sin embargo, de acuerdo con el documento que obra a folio 99, ese promedio mensual corresponde a lo devengado durante el período comprendido entre el 15 de enero de 1970 y el 4 de diciembre de 1972. Salta a la vista el error y en consecuencia prospera el cargo en este aspecto de la acusación. La sentencia se casará en lo pertinente y en la decisión de instancia se tomará el promedio salarial que aparezca demostrado.

Cuanto al salario tenido en cuenta para liquidar las primas de servicios, si el Tribunal Superior tomó el anual y no el semestral, la pretendida violación de la ley sería directa y no a través de errores de hecho. Por lo tanto no prospera la acusación en este aspecto.

Cargo tercero

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, modificado por el artículo séptimo (7º) de la Ley 16 de mil novecientos sesenta y nueve (1969), esto es, por ser violatoria de la ley sustancial, a causa de la indebida aplicación de los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado este último por el artículo diez y siete (17) del Decreto 2351 de 1965, y artículo 65 del mismo código, en relación con los artículos 488 y 489 del mismo código 32 y 151 del Código de Procedimiento Laboral. La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo en forma indirecta, al haberlas aplicado indebidamente el ad quem al presente caso, siendo así que su correcta aplicación ha debido conducirlo a absolver a la sociedad demandada del pago de la cesantía correspondiente al contrato de trabajo que finalizó el 14 de enero de 1970 y de la indemnización moratoria. La infracción se imputa a los siguientes errores de hecho cometidos por el Tribunal en su sentencia: a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada adeuda al actor la suma de $ 5.421.61 M/cte., descontada de la cesantía liquidada en enero de 1970; b) No dar por demostrado, estándolo, que cualquier saldo de prestaciones sociales causadas a favor del demandante por el contrato de trabajo que finalizó el 14 de enero de 1970, se encuentra prescrito; c) Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante interrumpió la prescripción de tales acreencias con las documentales de folios 13 y 15; d) No dar por demostrado, estándolo, que el demandante dejó transcurrir el plazo trienal previsto en la ley, sin reclamar el saldo de $ 5. 421.61 M/cte., que consideró le fue descontado ilegalmente por la demandada, a la terminación del primer contrato de trabajo; e) No dar por demostrado, estándolo, que por no existir deuda líquida a cargo de la demandada como resultado del primer contrato finalizado el 14 de enero de 1970 cuya naturaleza laboral no se ha discutido, no había lugar a condenar a aquélla a pagar al demandante indemnización moratoria alguna. Los errores anteriores debe atribuirse a la errónea apreciación que hizo el ad quem de las siguientes probanzas: 1º) La demanda del proceso (fls. 1 a 3). 2º) Respuesta de la demanda (fls. 43 a 45). 3º) Documentales del 18 y 23 de noviembre de 1972 (fls. 13 y 15). 4º) Diligencia de notificación de la demanda al representante legal de la sociedad demandada, de fecha 5 de febrero de 1973 (fl. 42). 5º) Liquidación de prestaciones sociales y comprobantes de pago del primer contrato de trabajo cuya vigencia terminó el 14 de enero de 1972 (fls. 16, 17, 18, 19, 28, 53, 54 y 56). 6º) Inspección judicial practicada en las oficinas de la sociedad demandada en Bogotá (fls. 103 y 104).

Demostración del cargo

En la demanda confiesa el actor que el primer contrato, cuya naturaleza laboral no se controvierte, finalizó el día 14 de enero de 1970, y que le fueron canceladas todas las prestaciones sociales, salvo un saldo de $ 5.421.61 que la demandada descontó ilegalmente y retiene indebidamente (hechos 3º, 4º, 7º y 17). Al contestar la demanda, la sociedad demandada propuso entre otras excepciones, la de prescripción (fl. 45). El juez de primer grado, ni siquiera se ocupó de analizar tales excepciones, mientras que el Tribunal sólo se refiere expresamente a las vacaciones y primas de servicio de 1970, 1971 y 1972, para afirmar que no se encuentran prescritas, y en forma implícita sostiene la misma tesis con respecto a la mencionada deuda de $ 5.421.61 "...descontada sin justificación de las prestaciones sociales liquidadas en enero de 1970", pues la adiciona al valor de la liquidación del auxilio de cesantía, y le sirve de presupuesto para fulminar la sanción moratoria (fls. 180 y 181). La diligencia del folio 42 demuestra que la notificación del auto admisorio de la demanda se verificó el día 5 de febrero de 1973, o sea 22 días después de expirado el término de prescripción consagrado en los artículos 488 y 151 de los estatutos sustantivo y procedimental laboral, por manera que resulta improcedente ordenar a la demandada el reintegro del mencionado saldo, si es que se admite en forma hipotética que tuvo existencia legal, e igualmente es desacertado condenarla a pagar una indemnización moratoria bas-

tante cuantiosa, por el no pago de una presunta deuda ya prescrita. Es importante que el mismo demandante acepta y sobre esa base fundamental se trabó la litis, que existieron dos contratos diferentes, y así se cuestiona el origen legal del segundo de ellos, es lo cierto que el primero, de naturaleza laboral no debatida, expiró el 14 de enero de 1970, motivo por el cual toda reclamación relacionada con éste ha debido presentarse antes del 14 de enero de 1973. Es totalmente equivocado el procedimiento seguido por el Tribunal al despachar la súplica de cesantía, pues no obstante haber admitido atrás la dualidad contractual que planteó la parte actora en la demanda (fl. 177), al liquidar esta prestación toma en cuenta un período ininterrumpido del 1º de marzo de 1956 hasta el 1º de enero de 1973 (inclusive desconociendo que el contrato de agencia comercial terminó el 4 y no el 31 de diciembre de 1972) (fl. 180), y le descuenta al total la cantidad de $ 11.440.83 M/cte., que aparece en la liquidación de folios 53 y 54 como si se tratara de un pago parcial, siendo así que, como ya se explicó, aquélla fue una liquidación definitiva por terminación del contrato de trabajo el 14 de enero de 1970, motivo por el cual, aún dentro de la tesis errónea que le otorga carácter laboral a la segunda vinculación, la cesantía únicamente podría liquidarse por el tiempo comprendido entre el 15 de enero de 1970 y el 4 de diciembre de 1972, y cualquier saldo eventualmente insoluto correspondiente al primer convenio, se encontraba ya prescrito al momento de verificarse la notificación del auto admisorio de la demanda, por fuerza de los mandatos legales sustantivos citados al comienzo de la censura. No habiendo analizado el sentenciador la excepción de prescripción, menos podría referirse expresamente a su posible interrupción derivada de los documentos visibles a folios 13 a 15, pero virtualmente acepta tal situación al mencionar el fallo que '...el señor Maldonado había elevado a la empresa demandada reclamos por jubilación, cesantía, domingos y feriados e indemnización por despido, así como el reintegro de $ 5.421.61 (fls. 13 y 15 correspondientes a 18 y 23 de noviembre de 1972)' (fl. 178). Pero sucede que los mencionados escritos son totalmente ineficaces para apoyar una posible interrupción de la prescripción, desde luego que ni siquiera están firmadas por el demandante, ni los terceros que aparecen recibiéndolas fueron llamados a reconocer sus firmas y se ignora la vinculación de aquéllos con la sociedad demandada, que no puede derivarse de un simple sello estampado en la segunda nota, cuyo reconocimiento tampoco se verificó, ni parece lógico que si las cartas originales hubieran sido remitidas en realidad a Sofracol Ltda. en Bogotá, han debido llegar por correo y no por entrega personal, todo lo cual les resta un absoluto valor probatorio, incurriendo el Tribunal en yerro ostensible al darles un mérito del que carecen por completo. Finalmente, es importante anotar que aun cuando la demanda fue presentada el día 12 de enero de 1973 (fl. 6 vto.), el procedimiento laboral no es aplicable el primer inciso del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, puesto que en aquél existe norma expresa reglamentaria de la materia en el artículo 151, por manera que no es viable la referencia consagrada en el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, a lo cual se agrega la circunstancia de que la parte actora no alegó en ningún momento haber interrumpido la prescripción por este medio, ni en los autos consta el cumplimiento de los presupuestos contenidos en la norma citada del estatuto del año 1970. Procede por tanto la casación de la sentencia, y en función de instancia, absolver a la demandada de la petición relativa al reintegro del saldo de $ 5.421.61, cuya retención indebida le atribuyó a la sociedad patronal, por estar prescrita la acción para el cobro del mismo, e igualmente, revocar la condena por indemnización moratoria, como consecuencia que es de aquélla según se lee en la motivación del fallo impugnado".

Se considera

En el entendimiento de que existió una sola relación laboral, el Tribunal Superior liquidó el auxilio de cesantía por todo el tiempo servido y obtuvo una cantidad de $ 83.236.72, de la cual dedujo en primer

término la suma de $ 31.570.13, que el demandante había recibido en virtud de liquidaciones parciales, $ 11.440.83, que se le había pagado el 26 de enero de 1970, y obtuvo un saldo de $ 40.225.76, al cual agregó $ 5.421.61 "descontada sin justificación de las prestaciones liquidadas en enero de 1970", para un valor por concepto de cesantía de $ 45.647.37, al cual condenó.

La operación hecha por el Tribunal es confusa, por cuanto dedujo una cantidad que se había pagado por concepto de liquidación definitiva, siendo así que según sus consideraciones no existió solución de continuidad en el contrato de trabajo, y por que además lo que se entregó realmente no fue $ 11.440.83, sino $ 6.019.22. De ahí que aun cuando tenga razón el recurrente en lo relacionado con la presunta deuda de $ 5.421.61 a cargo de Maldonado Guette, y a favor de la sociedad demandada, cuya existencia y exigibilidad no se demostró en el curso del proceso, la cantidad resultante del auxilio de cesantía, luego de deducir del total liquidado de $ 83.236.72 las cantidades de $ 31.570.13 por cesantías parciales y $ 6.019.22 que reconoció se había pagado efectivamente por cesantía definitiva, o sean $ 37.589.35, se obtiene un resultado de $ 45.647.37, igual al señalado por el Tribunal Superior como valor de la condena por auxilio de cesantía. Por lo expuesto no prospera el cargo.

Cargo cuarto

"Acuso la sentencia por la causal segunda de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, por contener la sentencia del Tribunal decisiones más gravosas en contra de mi representada, en relación a las impuestas por el a quo, no obstante que la demandada fue la única apelante contra el fallo de primer grado. Conforme a reiterada jurisprudencia de esa honorable Sala, esta causal no exige la indicación de normas violadas ni el concepto en que lo fueron, siendo suficiente con demostrar en qué forma se hizo más onerosa la situación del único apelante con el fallo de segunda instancia, con infracción del principio de la 'reformatio in pejus'. El juez de primera instancia condenó a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de $ 6.820.90 M/cte. por concepto de vacaciones (fl. 158), no obstante lo cual el Tribunal elevó dicha suma a $ 10.231.35 M/cte. (fl. 179) cuando hizo la liquidación de este derecho conforme al artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, no obstante que el actor se conformó con la decisión del a quo, motivo por el cual incurrió en la irregularidad denunciada en esta censura".

Se considera

El juez de primer grado condenó a la sociedad demandada a pagar a Maldonado Guette, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva, la suma de $ 6.820.90 por vacaciones. El Tribunal Superior aumentó esta condena a $ 10.231.35. Como el demandante no apeló del fallo de primera instancia, incurrió el ad quem en la reformatio in pejus al hacer más gravosa la situación del único apelante, la parte demandada en relación con esa petición de la demanda. Prospera el cargo y en la decisión de instancia se fijará la cuantía de la condena teniendo en cuenta la prosperidad de este cargo y la del segundo.

Quinto cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, modificado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial, a causa de la indebida aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 59 ordinal 1º, 186 y 189 del mismo código, modificado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 249 y 253 del mismo código, modificado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, y 306 del mismo código, y artículos 1714 y 1715 del Código Civil. La infracción de las normas sustanciales anotadas se produjo en forma indirecta, pues su correcta aplicación ha debido conducir al sentenciador a absolver a la sociedad demandada de la súplica relativa a la indemnización moratoria. El quebranto se originó en evidentes errores de hecho que de modo manifiesto aparecen en el expediente. 1º) No dar por demostrado, estándolo, que la demandada pagó al actor las sumas que de buena fe consideró deberle a la terminación del contrato de traba-

jo. 2º) No dar por demostrado, estándolo, que la demandada no pagó al demandante acreencias laborales a la terminación del segundo contrato, por considerar de buena fe y con razones atendibles, que se había ejecutado un contrato comercial y no laboral, sin prestación personal de servicios y subordinación por parte del señor Maldonado. 3º) Dar por demostrado, sin estarlo, la mala fe patronal que se colige de los hechos expuestos en la sentencia, cuando éstos acreditan más bien que existían motivos serios que ponían en duda la verdadera naturaleza del segundo contrato. 4º) No dar por demostrado, estándolo, que acerca de las acreencias laborales a cuyo pago condenó el Tribunal, existía y existen dudas razonables de hechos y de derecho. 5º) Dar por demostrado, sin estarlo, que existían saldos a favor del demandante y a cargo de la demandada, siendo así que es el primero quien adeuda a la segunda la suma de $ 54.045.78 M/cte., compensable con cualquier acreencia laboral que eventualmente hubiere podido resultar a favor del actor. Los errores fácticos anotados se derivan de la errónea apreciación de las siguientes pruebas. 1º) La respuesta de la demanda. (fls. 48 y 49). 2º) Cartas cruzadas entre el demandante y la sociedad demandada el 5 de diciembre de 1969 (fls. 9, 50 y 52). 3º) Liquidación final de prestaciones sociales (fls. 16, 17, 18, 19, 53, 54 y 56). 4º) Inspección judicial practicada en las oficinas de la sociedad demandada en Bogotá (fls. 101 a 105). 5º) Carta dirigida al demandante por la sociedad demandada el 22 de junio de 1972 (fls. 22 y 23). 6º) Liquidación de Maldonado & Cía. conforme al artículo 1324 del Código de Comercio (fls. 57 y 99). 7º) Copia de la escritura pública de constitución de la sociedad Maldonado & Cía. Ltda. (fls. 11 y 12, 67 y 68). 8º) Cartas dirigidas a la sociedad demandada por el actor (fls. 58, 59, 60, 61, 62, 65, 66 y 100). Además, se dejó de apreciar la carta del 30 de junio de 1972, dirigida por el demandante a la sociedad demandada y presentada por éste junto con la demanda inicial (fl. 24).

Demostración del cargo

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas en los cargos anteriores, en el presente se impugna concretamente la condena al pago de la indemnización moratoria que en desproporcionada cuantía impuso el Tribunal a la sociedad demandada, teniendo por demostrado la mala fe, en primer término, con apoyo en el 'análisis de los hechos expuestos en esta sentencia', motivo de carácter indeterminado y genérico, y por ende equivocado, pues precisamente ha dicho la jurisprudencia de esa honorable Corte que bien puede llegarse a concluir la existencia de una relación contractual laboral, pero ello no conlleva en forma automática la imposición de la sanción moratoria, que reprime la mala fe patronal, acreditada por otras circunstancias diversas de la sola discusión de la naturaleza del convenio de prestación de servicios. En el caso sub judice, la misma carta del 5 de diciembre de 1969 plasma el convencimiento de las partes acerca del cambio de la naturaleza del vínculo laboral por otro de carácter comercial, a partir del día 15 de enero de 1970, como expresamente lo señala el aparte c) de la citada misiva, aceptada expresamente en otra nota suscrita por el actor, en la misma fecha. Por lo demás, las mismas comunicaciones y las otras documentales impugnadas, respaldan la misma creencia que tuvieron las partes contratantes durante la ejecución del segundo contrato, de estar cumpliendo un convenio de agencia comercial, pues el señor Maldonado no prestó un servicio personal sino manejó su empresa para la distribución de los productos de Sofracol Ltda. a través de vendedores, a quienes él mismo pagaba los sueldos y gastos de viaje. Tampoco existió subordinación que le implicara cumplimiento de órdenes, horarios, etc, fuera de las obligaciones propias emanadas de todo contrato. La mayor parte del tiempo, el convenio de agencia comercial fue cumplido por una persona jurídica, la sociedad Maldonado & Cía. Ltda. que el actor constituyó con su esposa voluntariamente, como se desprende de la misma copia de la escritura y de la carta del folio 66. Finalmente, la demandada liquidó a dicha firma el valor de la regalía, o utilidad a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio, lo cual abona también la creencia de que hasta el final la representación ejercida por la sociedad Maldonado & Cía. Ltda. era pro-

pia del contrato de agencia comercial que tuvo vigencia del 15 de enero de 1970 al 4 de diciembre de 1972. Y en cuanto al saldo de $ 5.421.61 M/cte., presuntamente existente a favor del actor a la terminación del contrato de trabajo el 14 de enero de 1970, no sólo se encuentra prescrito, como ya se demostró a propósito del tercer cargo, sino que, además, la demandada tuvo igualmente justificada persuación de no estar adeudando dicha cantidad al señor Maldonado, desde luego que él le debía y aún le debe una suma varias veces superior, en cuantía de $ 54.045.78 M/cte., como se desprende de las cartas de folios 22, 23 y 24, acompañadas a la demanda, lo que motivó que en la contestación de la demanda se alegara la excepción de compensación (fl. 45), pero que no mereció ninguna atención a los juzgadores de instancia. No teniendo asidero los presupuestos con base en los cuales el sentenciador calificó de mala fe patronal y por ende, absolver a Sofracol Ltda. de la indemnización moratoria. Al no hacerlo, infringió el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con las demás disposiciones citadas al comienzo del cargo, debiendo prosperar el quebranto del fallo acusado en el punto atacado en la presente censura, y en sede de instancia revocar el del a quo para exonerar a la sociedad demandada del pago de la sanción moratoria".

Por su parte el Tribunal Superior dijo sobre la indemnización moratoria: "La mala fe patronal, que se colige del análisis de los hechos expuestos en esta sentencia y sobre todo, de la retención indebida de $ 5.421.61 correspondientes a la liquidación practicada en enero de 1970, deducción que aún no ha podido explicar la empresa, conduce a la Sala a confirmar la sanción moratoria, con base en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y a razón de $ 227.37 diarios desde el 5 de diciembre de 1972 y hasta cuando se produzca el pago de las prestaciones relacionadas en esta providencia".

Se considera:

En carta de diciembre 5 de 1969 Sofracol Ltda. (fl. 9) le confirma a Clemente Maldonado las conversaciones sostenidas anteriormente, según las cuales Sofracol Ltda. le encomienda la explotación de sus productos para los departamentos de la Guajira, Cesar, Magdalena, Atlántico, Bolívar, Sucre y Córdoba, reconociéndole el 20% de los cobros que se hagan en esa zona, y actuando Maldonado como distribuidor de los productos de Safracol, siendo de cuenta de aquél los gastos de ventas, viajes, sueldos y comisiones de vendedores. Esta carta-contrato, aceptada por Maldonado en la misma fecha (fl. 52), tiene cláusulas propias de un contrato de carácter comercial, diferente al de trabajo. Con base en ella bien podía entender la sociedad demandada que a partir de la fecha en que comenzó a ejecutarse, la relación de trabajo que la había vinculado con Maldonado terminó para dar nacimiento a una diferente, máxime si éste había renunciado del puesto que desempeñaba para encargarse de la distribución de productos varios (fl. 50). Si el Tribunal Superior llegó a la conclusión de que esa nueva relación también fue laboral, no por ello se desvirtúa ese convencimiento de buena fe de la demandada sobre que la naturaleza de la relación jurídica fue comercial a partir del 15 de enero de 1970, fecha hasta la cual laboró Maldonado como trabajador subordinado sin discusión alguna, y se inició una nueva modalidad de carácter discutible entre demandada y demandante. Este entendimiento lo mantuvo Sofracol Ltda. hasta la terminación del nuevo vínculo, pues liquidó a Maldonado sus regalías de acuerdo con el Código de Comercio.

Cuanto a la deuda de $ 5.421.61 a cargo de Maldonado y a favor de Sofracol Ltda. que ésta dedujo de la liquidación de prestaciones sociales correspondientes al primer período de naturaleza laboral indiscutible, y cuya deducción Maldonado aceptó en su oportunidad, no fue tenida en cuenta para deducirla de las condenas impuestas por el Tribunal Superior; y respecto a la primera liquidación, si el fallador de segunda instancia consideró que no hubo solución de continuidad en la relación de trabajo, la deducción que hizo la sociedad demandada, caso de que fuese indebida, no podía seguir gravitando en contra de Sofracol Ltda. cuando estimó que dicha liquidación no tuvo valor alguno, porque la terminación del contrato se produjo, no en la primera ocasión, sino en la segunda, de acuerdo con los planteamientos del Tri-

bunal y los hechos que encontró demostrados. Es decir, que para efectos de la indemnización por mora la situación que debía tenerse en cuenta era la de la terminación efectiva del contrato y no la que la sociedad demandada tuvo por tal.

Habiéndose acreditado por el recurrente que el fallador de segunda instancia incurrió en manifiesto error de hecho al no haber dado por demostrado que la sociedad demandada no pagó al demandante las acreencias laborales a la terminación del contrato de trabajo por considerar de buena fe y con razones atendibles que entre las partes se ejecutó un contrato comercial y no uno de naturaleza laboral, el cargo prospera en este aspecto de la acusación y el fallo impugnado se casará en lo relacionado con la condena por indemnización por mora, de la cual se absolverá a la demandada en sede de instancia.

Cuanto a la deuda de $ 54.045.78 a cargo de Maldonado Guette y a favor de Sofracol Ltda., no demostró el recurrente que a la terminación de la relación laboral existiese ni que fuese exigible, por lo cual no prospera este aspecto de la acusación.

Consideraciones de instancia

La relación entre Sofracol Ltda. y Maldonado Guette terminó el 4 de diciembre de 1972. En el documento de folio 99 aparece que entre el 1º de enero de 1972 y el 4 de diciembre del mismo año el demandante recibió por comisiones la suma de $ 60.593.77. No se determinó en ese documento lo recibido entre el 5 de diciembre y el 31 del mismo mes de 1971, pero como sí se indicó el valor de las comisiones durante todo el año de 1971, el promedio diario de ese año se obtiene dividiendo el total de $ 101.419.40 por 360, lo que da un resultado de $ 281.80. Multiplicado este promedio por veintiséis (26) días trabajados en diciembre, se obtiene una cantidad de $ 7.126.80 que agregada a $ 60.593.77, da un total devengado en el último año de servicios de $ 67.720.57. El promedio mensual es de $ 5.643.38 y el diario de $ 188.11, factores que se tomarán para liquidar la indemnización por despido, el auxilio de cesantía y las vacaciones. Habiendo trabajado Maldonado Guette desde el 1º de marzo de 1956 hasta el 4 de diciembre de 1972, el período comprendido entre esta última fecha y el 1º de enero de 1963, se liquidará con el promedio de lo devengado en el último año de servicios (artículo 17 del Decreto 2351 de 1965). Haciendo las operaciones da un resultado de $ 56.026.22. Respecto al período que va del 1º de marzo de 1956 y el 31 de diciembre de 1962 se tomará la cantidad de $ 15.027.72, que fue la liquidada por la sociedad demandada el 14 de enero de 1970, como consta en el documento que obra a folios 18 y 19. El valor total de la cesantía es por lo tanto de $ 71.053.94. Deduciendo de la anterior cantidad la suma de $ 31.570.13, que recibió Maldonado Guette por cesantías parciales, y $ 6.019.22 que le fue entregado según documento de folio 16, y que el Tribunal Superior estimó que debía descontarse de la cesantía definitiva, se obtiene un saldo de $ 33.464.59, que es la cantidad que se fijará como valor de la condena por auxilio de cesantía.

En relación con la indemnización por terminación del contrato de trabajo el fallador de segunda instancia estimó que el lucro cesante era equivalente al valor de un mes y cinco días. Con base en el salario de $ 5.643.38, esta indemnización asciende a $ 6.583.89.

Consideró el Tribunal Superior que a Maldonado Guette se le adeudaba la compensación por tres vacaciones causadas, pero no disfrutadas. El valor de las mismas es, tomando el salario promedio de $ 5.643.34, de $ 8.464.96. Mas como el juez de primer grado condenó, a la demandada por este concepto a pagar $ 6.820.90, para no incurrir en la reformatio in pejus y en virtud de la prosperidad del cargo cuarto, se fijará en esa cuantía el valor de la respectiva condena.

Las costas del juicio se fijarán en un 80%. No hay costas en la segunda instancia ni en la casación, por haber prosperado parcialmente los recursos.

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 cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco en cuanto condenó a la sociedad Franco Colombiana de Especialidades Farmacéuticas, Sofracol Ltda., a pagar a Clemente Maldonado

Guette las sumas de $ 7.857.75 por indemnización por despido; $ 10.231.35 por vacaciones; $ 45.647.37 por auxilio de cesantía y $ 227.37 por concepto de indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y en sede de instancia reforma la sentencia de primer grado, la cual quedará así: 1º CONDENASE a la sociedad Franco Colombiana de Especialidades Farmacéuticas, Sofracol Ltda., a pagar al señor Clemente Maldonado Guette las siguientes cantidades de dinero:

a) SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON 89/100 ($ 6.583.89) por concepto de indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo; b) TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON 59/100 ($ 33.464.59) por concepto de auxilio de cesantía; c) DIEZ Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCO PESOS CON 32/100 ($ 19.705.32) por concepto de primas de servicios; d) SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS CON 90/100 ($ 6.820.90) por concepto de vacaciones.

2º ABSUELVESE a la sociedad Franco Colombiana de Especialidades Farmacéuticas, Sofracol Ltda., de los demás cargos de la demanda instaurada por Clemente Maldonado Guette. Costas de cargo de la parte demandada en el juicio en un ochenta por ciento (80%). No la casa en lo demás.

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 23 de julio de 1976,

Resuelve:

1º **HOMOLOGASE** el laudo recurrido dictado el diez de febrero de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, con sede en Bucaramanga, convocado para decidir el conflicto surgido entre "Transportes Colombia S. A." y el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander "Sindiasalariados".

2º **ACLARASE** que lo acordado por las partes en la etapa de arreglo directo consta en las respectivas Actas y no en la parte motiva del Laudo recurrido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., julio veintitrés de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 15.

El "Sindicato de Choferes Asalariados de Santander" presentó el catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco un pliego de peticiones a la Empresa "Transportes Colombia S. A.", que había sido aprobado por la Asamblea General del Sindicato el 8 del mismo. Las conversaciones de la etapa de arreglo directo se iniciaron el cuatro de marzo siguiente y terminaron el siete de abril del mismo año. En esta primera etapa los negociadores llegaron a acuerdos en relación con los puntos segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, décimo primero, décimo segundo, décimo tercero y décimo cuarto del pliego de peticiones. No hubo acuerdo en torno a los puntos primero, tercero, décimo, décimo quinto y décimo sexto.

La etapa de conciliación se inició el veintitrés de abril de mil novecientos setenta y cinco y terminó el veintitrés de mayo del mismo año, sin que se hubiese acordado fórmula alguna sobre los puntos que quedaron pendientes en la etapa de arreglo directo.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en Resolución número 003193 de 12 de agosto de 1975 convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, cuya sede se fijó en la ciudad de Bucaramanga. El Sindicato de Trabajadores designó como árbitro al doctor Alfonso Carrascal Conde y Transportes Colombia S. A. al doctor Augusto Fonrodona Puyana; quienes posesionados designaron de común acuerdo como tercer árbitro al doctor Iván Santos Ballesteros.

El Tribunal así integrado se instaló el veintiuno de enero de mil novecientos setenta y seis, y luego de haberle concedido las partes una prórroga de diez días, dictó el fallo arbitral el diez de febrero del mismo año. Notificado el laudo a las partes, el Gerente de Transportes Colombia S. A. interpuso el recurso de Homologación dentro del término legal. No observándose 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 por las partes, ni en la concesión del recurso, éste se decidirá previo estudio de la impugnación presentada por el apoderado de la sociedad recurrente.

El fallo arbitral

La parte resolutiva del laudo dictado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio dispuso:

"Primero: SALARIO BASE PARA LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES. La Empresa Transportes Colombia S. A., para efectos de pagos de descansos compensatorios, primas de servicios, salario por incapacidad, por enfermedad, cesantías, vacaciones, indemnizaciones, etc. liquidará y pagará a los choferes fijos y turnadores a su servicio, tomando como base la suma de sesenta y cinco pesos ($ 65.00) diarios de salario; b) Cuando por disposición de la empresa el bus no esté en servicio el conductor recibirá el salario base establecido en la cláusula anterior. Igualmente recibirá esta suma el turnador al que no se le asigne bus durante el día laboral. Parágrafo: Se entiende que queda incorporado al laudo la cláusula tercera de la Convención Colectiva anterior que fijó un salario equivalente al 20%, en días ordinarios de la suma cobrada a los usuarios del servicio y entregada a la empresa o a la persona que ésta designe, y en días domingos y festivos el 25% de la suma cobrada a los usuarios y entregada a la empresa o a la persona que ésta designe. Segundo: PRIMA DE VACACIONES. La Empresa de Transportes Colombia S. A. pagará a sus trabajadores, choferes asalariados a su servicio, fijos y turnadores, una prima de vacaciones por el valor de doscientos pesos ($ 200.00) a cada uno, que les será pagada junto con el valor correspondiente a las vacaciones durante la vigencia de este laudo. Tercero: PRIMA ESPECIAL. Sin perjuicio de la prima ya establecida en Convención Colectiva de trabajo, ni de la prima de servicios establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, la Empresa Transportes Colombia S. A. pagará a cada trabajador una suma equivalente a siete (7) días del salario que devenga cada trabajador, la cual será pagada en el mes de diciembre de cada año. Cuarto: VIGENCIA DE LAS CONVENCIONES ANTERIORES. La Empresa Transportes Colombia S. A. y el Sindicato establecen que los puntos, incisos, parágrafos y cláusulas del laudo arbitral, acuerdos y actas suscritas por las partes, al igual que las cláusulas de la Convención signada el 16 de junio de 1973, y que no hayan sido modificadas por el presente laudo, continuarán vigentes, hasta la vigencia del mismo. Quinto: VIGENCIA DEL LAUDO. Este laudo arbitral tiene vigencia por un año, contado a partir de la fecha de su ejecutoria, siguiendo vigente, las cláusulas pactadas en la Convención Colectiva del 16 de junio de 1973".

El recurso

El apoderado de Transportes Colombia S. A. al sustentar el recurso acusa en primer término la parte motiva del laudo y luego la parte resolutiva, para pedir la anulación total del fallo arbitral.

Acusación a la parte motiva. Para el recurrente el Tribunal de Arbitramento Obligatorio "incursionó, sin facultad legal para ello, en los acuerdos concluidos por las partes en la etapa de arreglo directo y so pretexto de lograr una unidad, dizque para la clarificación del conflicto y 'poder unificar un criterio respecto a la totalidad de la convención colectiva a regir las relaciones obrero-patronales, sea pertinente transcribir primero aquellos puntos o cláusulas respecto a las cuales hubo total acuerdo', los modificó sustancialmente, los cambió en su esencia y estableció un ordenamiento diferente al acuerdo logrado entre las partes, que en relación con los puntos materia del mismo, lo fue en forma total". Compara las transcripciones que hizo el Tribunal de los puntos sobre los cuales se llegó a un acuerdo con los que fueron acordados en la etapa de arreglo directo, para concluir que no coinciden y que fueron cambiados sustancialmente.

Se considera

En relación con el aspecto a que se refiere la acusación dijo el Tribunal de Arbitramento Obligatorio:

"Conforme al artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo, como los árbitros 'deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y conciliación' es del caso que, el Tribunal, atendiendo el texto de las diversas actas levantadas durante la tramitación del pliego, limite su decisión a los pun-

tos no resueltos. De allí que para clarificación del conflicto a resolver y poder unificar un criterio respecto a la totalidad de la Convención Colectiva a regir las relaciones obrero-patronales, sea pertinente transcribir, primero, aquellos puntos o cláusulas respecto a las cuales hubo total acuerdo".

A continuación de lo anterior el Tribunal de Arbitramento Obligatorio transcribe textualmente del pliego de peticiones los siguientes "Puntos resueltos": Segundo; parágrafo del cuarto; quinto; sexto; séptimo; octavo; décimo primero; décimo segundo; décimo tercero y décimo cuarto.

Entiende el apoderado del recurrente que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio estimó que las partes habían acordado los puntos tal como fueron transcritos. Sin embargo, si la transcripción se hizo con base en las peticiones originales, debe entenderse que los árbitros se limitaron a hacer referencia a aquéllas sobre las cuales se produjo un acuerdo, para lo cual hubiera bastado con señalarlas por el número, con el fin de no pronunciarse sobre las mismas y determinando así su competencia. Mas como puede tornarse equívoca la consideración del Tribunal y entenderse como lo hace el recurrente, se hará la correspondiente aclaración, aun cuando por encontrarse en la parte motiva no obligaría a las partes.

Acusación contra el artículo 1º del laudo

Sobre el particular dice el recurrente:

"En el Acta número 2, de fecha 4 de marzo de 1975, en la etapa de arreglo directo, los trabajadores consignan lo siguiente: 'Sin embargo con el ánimo que se tiene para adelantar las negociaciones dentro de un ambiente cordial y diálogo consiente, sereno y de mutuo respeto, planteamos a la empresa que como fórmula para discusión de esta petición sería mejor enfocarla desde el punto de vista de que se tome como base para la liquidación de prestaciones sociales, para cada trabajador en cada caso el promedio del salario recibido por el chofer en los últimos tres meses según lo expresa el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo y para todos los casos, descontando de este tiempo y para el promedio, los tiempos perdidos por el chofer por culpa de la empresa por no darle vehículo para trabajar'. En el Acta número 5 de Conciliación, de fecha 23 de mayo de 1975, y que el Tribunal tenía obligación de analizar y valorar, se encuentra una constancia dejada en la siguiente forma: 'El conciliador representante de los trabajadores dejó la siguiente constancia: 'Los trabajadores no aceptan considerar en ninguna forma el cambio del sistema que para el pago del salario en días ordinarios y festivos está vigente actualmente en la Empresa Transportes Colombia S. A., por las siguientes razones: 1º) El Sindicato no presentó en su pliego de peticiones solicitud alguna que tenga que ver con aumento de los salarios vigentes o con cambio del sistema actual de porcentaje'. Además, dicho conciliador reconoce que 'el sistema actual de porcentaje para el pago de salarios en jornada ordinaria, dominical y festiva, fue establecido por fallo de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio especialmente convocado para la Empresa Transportes Colombia S. A. Este fallo fue recurrido ante la Corte Suprema de Justicia, quien declaró tanto la cláusula quinta que establece el sistema de salario como las demás cláusulas del referido laudo arbitral, exequibles'. Así mismo en el Acta número 5, de fecha antes citada, en la sesión del Tribunal de Arbitramento correspondiente al 26 de enero de 1976, los trabajadores ante el Tribunal son enfáticos en manifestar que tienen derechos adquiridos por el laudo arbitral de 1970, que el sistema de remuneración ha sido ratificado por convenciones posteriores y que en razón de estar conformes con esa modalidad es por lo cual no quieren ni solicitan cambio alguno. Por su parte, tanto en la etapa de arreglo directo, como en la etapa de conciliación y ante el Tribunal de Arbitramento, la empresa fue enfática en afirmar que el sistema de remuneración para todos los efectos no podía ser variado por el Tribunal de Arbitramento ya que debía respetarse en todo caso los acuerdos convencionales vigentes entre ellos el acta a que hace mención el conciliador, vigente desde el mes de noviembre de 1974, y que la empresa ha venido cumpliendo; el laudo arbitral a que también se ha venido haciendo referencia y fundamentalmente el acuerdo suscrito entre el Gobierno nacional y las Empresas Nacionales de Transporte y de que da cuen-

ta el comunicado conjunto de los Ministerios de Obras Públicas, de Trabajo y Seguridad Social, con el Director General del Instituto Nacional del Transporte, de fecha octubre 9 de 1973, que hace referencia a modalidades del contrato de trabajo, prestaciones sociales, jornada laboral, salario, depósito de garantía y otras medidas que aparecen en la copia que debidamente autenticada acompaño al presente escrito. Este acuerdo, lo mismo que las actas de fijación de salarios básicos, laudo arbitral anterior, convenciones colectivas vigentes no podían ser modificados por el Tribunal de Arbitramento y al hacerlo afectó derechos y facultades de las partes reconocidos, por normas convencionales vigentes, con lo cual violó manifiestamente el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo".

Transcribe el recurrente la decisión arbitral cuya nulidad se pide y continúa:

"En conformidad con lo ya expuesto el Tribunal no podrá introducir ningún cambio al sistema salarial vigente, a riesgo de violar el acuerdo celebrado entre los Ministros de Obras Públicas, de Trabajo, Director General del Transporte, pues allí en el citado acuerdo se dejó a las partes establecer en convenciones colectivas todos los sistemas referentes al salario como base de liquidación de prestaciones sociales para todos los efectos legales, tal como lo consigna la norma segunda del acuerdo indicado. Como atrás se dejó sentado los trabajadores fueron enfáticos al manifestar que a través del pliego de peticiones no estaban solicitando ningún aumento de salario, ni mucho menos modificación de las bases ya existentes para su liquidación. No obstante la expresa manifestación a que se ha hecho referencia y la no inclusión en el pliego de peticiones de este punto, el Tribunal a través de su artículo primero de la parte resolutiva del laudo, decide lo siguiente: 'Parágrafo. Se entiende que queda incorporada al laudo la cláusula tercera de la Convención Colectiva anterior que fijó un salario equivalente al 20%, en días ordinarios de la suma cobrada a los usuarios del servicio y entregada a la empresa o a la persona que ésta designe, y en días domingos y festivos el 25% de la suma cobrada a los usuarios y entregada a la empresa o a la persona que ésta designe'. En efecto en el Acta número 2, de fecha 4 de marzo de 1975, en la etapa de arreglo directo, los negociadores por parte del sindicato consignan lo siguiente: 'Los negociadores en representación de los trabajadores (choferes) expresan su posición, aclarando que ni en el pliego ni en las conversaciones se ha planteado modificación alguna al sistema de pago de salario, el cual se continuará efectuando por porcentaje de recaudos diarios al 20% en días ordinarios y 25% en días dominicales y festivos trabajados'. Siendo tan claro el sindicato en este aspecto el Tribunal sin consideración alguna por los planteamientos del sindicato, incluye dentro de su laudo arbitral y a través del parágrafo que se transcribe una decisión que no le competía ni le compete y que al no ser objeto de petición alguna, ni motivo de conflicto, no podía, por ende, ser objeto de decisión. En consecuencia, el Tribunal al incluirlo en su laudo, extralimitó sus funciones. El Tribunal de Arbitramento desconoció el texto claro del Decreto 579 de 1975 que al establecer el subsidio a los choferes del servicio público, como en él se expresa, lo fue con la finalidad de evitar nuevas peticiones salariales que graven la economía de las empresas públicas de transporte. Es muy claro el aparte c) del considerando o de los considerandos del Decreto 578 de 1975 que dice: 'c) Que uno de los factores que inciden en los costos de operación del transporte público colectivo urbano es el valor de los salarios que deben pagarse a los conductores' (subrayado es mío). Los árbitros investidos de la calidad de Jueces de la República no podían ignorar las disposiciones legales, convencionales y arbitrales relacionadas con la materia objeto de su decisión, máxime cuando la empresa tal como consta a través de la posición asumida frente al conflicto y consignada en diversas actuaciones que aparecen en el expediente, llamó la atención del Tribunal sobre la existencia de dichas disposiciones. Por tanto el Tribunal no podía ignorar la existencia del Decreto 579 de 1975 y fue así como en razón de esta omisión el Tribunal proveyó sobre salario, sobre salarios bases de prestaciones sociales, aumentó la prima de vacaciones y a través del punto tercero de su laudo CREO UNA NUEVA

PRIMA ESPECIAL, no prevista ni contemplada en laudos o convenciones anteriores".

Se considera

El punto primero del pliego de peticiones elevado por el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander es del siguiente tenor:

"Primero. SALARIO BASE PARA LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES. a) La Empresa Transportes Colombia S. A. para efectos de pagos de descansos compensatorios, primas de servicio, salario por incapacidad, por enfermedad, cesantías, vacaciones, indemnizaciones, etc., liquidará y pagará a los choferes fijos y turnadores a su servicio, tomando como base la suma el equivalente a noventa pesos ($ 90.00) diarios; b) Cuando por disposición de la empresa el bus no esté en servicio el conductor recibirá el salario base establecido en la cláusula anterior. Igualmente recibirá esta suma, el turnador al que no se le asigne bus durante el día laboral".

Sobre este punto el laudo dispuso:

"Primero. SALARIO BASE PARA LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES. La Empresa Transportes Colombia S. A., para efectos de pagos, de descansos compensatorios, primas de servicio, salario por incapacidad, por enfermedad, cesantías, vacaciones, indemnizaciones, etc., liquidará y pagará a los choferes fijos y turnadores a su servicio, tomando como base la suma de sesenta y cinco pesos ($ 65.00) diarios de salario; b) Cuando por disposición de la empresa el bus no esté en servicio el conductor recibirá el salario base estipulado en la cláusula anterior. Igualmente recibirá esta suma el turnador al que no se asigne bus durante el día laboral. Parágrafo. Se entiende que queda incorporado al laudo la cláusula tercera de la Convención Colectiva anterior que fijó un salario equivalente al 20%, en días ordinarios de la suma cobrada a los usuarios del servicio y entregada a la empresa o a la persona que ésta designe, y en días domingos y festivos el 25% de la suma cobrada a los usuarios y entregada a la empresa o a la persona que ésta designe".

La decisión del Tribunal comprende dos partes: la que se refiere a la fijación del salario básico para liquidar el descanso compensatorio y ciertas prestaciones y que debe pagarse al trabajador cuando éste no labora por disposición del patrono, y la que dispone que queda incorporada al laudo la cláusula tercera de la Convención Colectiva anterior.

Respecto a la primera el recurrente considera que las partes en las etapas precedentes de arreglo directo y conciliación manifestaron que no solicitaban cambio alguno en el sistema de remuneración. Ahora bien: la petición primera y la decisión que sobre ella recayó no implican cambio alguno de la forma como se remunera a los trabajadores, que estaba pactada en la convención anterior, sino que fija un nuevo salario básico para liquidar ciertas prestaciones y descansos, aumentando el que ya estaba pactado, señalando una cuantía menor de la pedida, por lo cual el Tribunal de Arbitramento se ajustó al pliego de peticiones dentro de los límites de la equidad, sin que aparezca violación alguna de los derechos de las partes.

Afirma el apoderado de la empresa recurrente que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio no podía modificar el acuerdo suscrito entre el Gobierno nacional y los empresarios y choferes asalariados de que da cuenta el comunicado de octubre de 1973 firmado por los Ministros de Obras Públicas y de Trabajo y Seguridad Social y por el Director General del Instituto Nacional de Transporte, pero sin que precise en virtud de qué norma constitucional, legal o convencional, los árbitros estaban obligados a someterse a dicho acuerdo, al decidir el conflicto. Tampoco encuentra demostrado la Sala que los árbitros hayan ignorado el Decreto 579 de 1975, ni que al establecer dicho decreto el subsidio a los choferes del servicio público lo hizo con la finalidad de evitar nuevas peticiones salariales.

Cuanto a la segunda parte contenida en el parágrafo del artículo que se revisa, los árbitros se limitaron a reproducir lo que sobre la forma de remuneración se encontraba pactado en la convención colectiva, acogiendo así las manifestaciones de las partes a que alude el recurrente sobre su conformidad con dicho sistema, y atendiendo la petición décima quinta del pliego de peticiones sobre vigencia de la convención

anterior firmada el 16 de junio de 1973 en cuanto no se hubiere modificado en virtud de los acuerdos sobre dicho pliego. No se produjo, en consecuencia, ningún cambio sobre el sistema salarial vigente.

Como la Sala no encuentra vicio alguno que afecte la validez del artículo primero del laudo, lo homologará.

Acusación contra el artículo tercero del laudo

Luego de afirmar el recurrente que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio creó una nueva prima especial, no prevista ni contemplada en laudos o convenciones anteriores, argumenta:

"En efecto, el Laudo Arbitral de 1970 y la Convención Colectiva de 1973 al hablar de las primas le dieron su denominación concreta. El Tribunal de Arbitramento con la simple denominación de 'PRIMA ESPECIAL' consagra una nueva prima equivalente a siete días de salario, pagadera en los meses de diciembre de cada año y concretamente señala que no se trata de la prima ya establecida en convención colectiva ni de la prima de servicios consagrada por el Código Sustantivo del Trabajo. Si ello es así, necesario es concluir que se trata de una nueva prima lo cual, conforme a la reiterada jurisprudencia de esa alta corporación, como punto nuevo, escapa a la decisión del Tribunal, razón por la cual debe ser ANULADO el punto TERCERO del laudo recurrido. Para este efecto invoco la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— en sentencia de 21 de febrero de 1974. Recurso de homologación interpuesto por el departamento del Huila contra Laudo Arbitral de 11 de septiembre de 1973. Recurso de homologación interpuesto por la Clínica Shaio contra laudo arbitral de 15 de junio de 1974 y recurso de homologación de Flota Mercante Grancolombiana en el conflicto con la Unión de Marinos de Colombia, contra el laudo arbitral de 1975, jurisprudencias todas que se invocan, como ya se dijo, como respaldo de la nulidad que se demanda del punto tercero".

Se considera

En sentencia de veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y cuatro dictada en el recurso de homologación interpuesto por el Gobernador del departamento del Huila contra el laudo proferido el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto surgido entre el mencionado departamento y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de las Obras Públicas Departamentales del Huila, esta Sala de la Corte, Sección Primera, estimó que los ordenamientos del laudo sobre prima extralegal de vacaciones y sobre la obligación, también extralegal, de proporcionar un vehículo para las comisiones de traslado y el transporte de todo el personal a las fuentes de trabajo y de éstas a sus hogares, aunque contenidas en el pliego de peticiones y no resueltas en las etapas de arreglo directo y conciliación, rebasaban la competencia arbitral por constituir prestaciones extralegales que no pueden imponerse fuera de la voluntad de las partes en conflicto, y argumentó así: "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 mas acorde con las concepciones nacionales, que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio puede aumentar las que ya se hallan 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. 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".

La anterior jurisprudencia fue ratificada en sentencia de doce de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, y treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cinco.

Un nuevo estudio de las facultades que a los árbitros otorga el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, lleva a la Cor-

te a modificar esa jurisprudencia, lo que se hará conjuntamente por las dos Secciones de la Sala de Casación Laboral.

El artículo mencionado faculta a los árbitros para decidir el conflicto de intereses o económicos en cuanto no pudo ser resuelto total o parcialmente por las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y regula esa competencia al señalar que el fallo que se dicte no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por las normas convencionales vigentes. Esta limitación para decidir los conflictos colectivos de carácter económicos debe armonizarse con los fines que éstos persiguen, o sea el mejoramiento de las condiciones de trabajo y de modo particular de las prestaciones y salariales.

Los derechos y facultades que no pueden afectar los árbitros con sus fallos son en primer término los reconocidos en la Constitución Nacional, tales como el de propiedad y demás derechos adquiridos, el de asociación, reunión, huelga y todos aquéllos que establecen directa o indirectamente un régimen de protección al trabajo y garantizan al empresario el ejercicio de su actividad; en segundo término los reconocidos por las leyes cuando desde el punto de vista del trabajador constituyen un mínimo que no puede afectarse y los que por ser de orden público son irrenunciables, y respecto del patrono los que emanan de su calidad de subordinante, de propietario de la empresa, de director del establecimiento; y en relación con los convencionales son aquéllos que por haber consolidado situaciones subjetivas concretas o que por no haber sido propuesta su variación por parte legalmente habilitada para hacerlo, deban ser respetados en el laudo.

Esta interpretación conduce a darle efectividad a la regla general, acorde con su finalidad, de que los árbitros en la solución del conflicto económico deben proceder dentro de la equidad y atendiendo las circunstancias objetivas sociales y económicas del mismo, por de lo contrario podría viciarse de inexequibilidad el laudo respectivo, y decidiendo sobre todas las peticiones de los trabajadores que no fueron objeto de acuerdo con el patrono, para acceder total o parcialmente a las mismas con las limitaciones ya vistas, o negarlas por esas circunstancias.

La creación de prestaciones extralegales no afecta derecho o facultad del patrono, pues no puede tenerse como tal el hecho de que no se hubiera reconocido o impuesto de antemano a su cargo por actos aceptados por él voluntariamente. De manera que por no haberse consagrado en la ley o en las convenciones colectivas una determinada prestación, no por ello existe para el patrono un derecho a que no se le imponga, por lo cual no es razón para declarar la nulidad del ordenamiento arbitral que el establecimiento de nuevas prestaciones se hagan contra su voluntad o sin su consentimiento, porque las decisiones del fallo arbitral obligan a éstas si han sido tomadas dentro del marco de la equidad y no afectan sus derechos reconocidos por la Constitución, las leyes y la convención colectiva. No debe olvidarse, además, que una de las finalidades de la convención colectiva es la de mejorar las condiciones económicas de los trabajadores y que para conseguir ese objetivo los de empresas de servicios públicos carecen del instrumento de la huelga que se sustituye por el Arbitramento Obligatorio para que mediante el laudo respectivo se le dé solución al conflicto cuando las partes no se avienen voluntariamente a resolverlo.

Por último, si de conformidad con la jurisprudencia que se revisa es posible a los árbitros aumentar la cuantía de las prestaciones extralegales establecidas convencionalmente, no se ve con claridad la razón para que no sea válida la creación de esas prestaciones, pues en uno y otro caso se aumenta para el patrono la carga económica, todo dentro de la finalidad del conflicto de intereses o económicos, que es diferente al jurídico.

En el caso que se estudia el Sindicato de Trabajadores pidió en el punto décimo:

"PRIMA ESPECIAL. Sin perjuicio de la prima ya establecida en Convención Colectiva de Trabajo, ni de la prima de servicios establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, la Empresa Transportes Colombia S. A. pagará a cada trabajador una suma equivalente a 15 días del salario que de-

venga cada trabajador, la cual será pagada en los meses de junio y diciembre de cada año".

En el laudo esa petición se resolvió así: "Tercero. PRIMA ESPECIAL. Sin perjuicio de la prima ya establecida en Convención Colectiva de Trabajo, ni de la prima de servicio establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, la Empresa Transportes Colombia S. A. pagará a cada trabajador una suma equivalente a siete (7) días del salario que devenga cada trabajador, la cual será pagada en el mes de diciembre de cada año".

Como se observa los árbitros decidieron conforme a la petición décima sin excederla, por lo cual se ajustaron al pliego y sin que esté demostrado que esa decisión sea contraria a la equidad. De acuerdo con lo expuesto la creación en el laudo de una prima especial incluida por el Sindicato en el pliego de peticiones es válida y en consecuencia la decisión arbitral que se estudia se homologará.

Acusación sobre la vigencia del laudo

La formula así el recurrente:

"VIGENCIA DEL LAUDO. Sobre este particular el Tribunal expresa lo siguiente: 'Quinto. VIGENCIA DEL LAUDO. Este laudo arbitral tiene vigencia por un año, contado a partir de la fecha de su ejecutoria, siguiendo vigentes, las cláusulas pactadas en la Convención Colectiva del 16 de junio de 1973'. En esta parte el Tribunal no tomó en consideración el texto de la petición del sindicato que es del siguiente tenor: 'Décimo sexto. VIGENCIA. La Convención Colectiva de Trabajo resultante de este pliego de peticiones tendrá una vigencia de un (1) año contado a partir del primero (1º) de marzo de mil novecientos setenta y cinco (1975)'. La cláusula sobre vigencia del laudo debe tomarse en su integridad y al tomarse como tal debe ser anulada, por cuanto el Tribunal fue más allá de lo pedido por el Sindicato en su pliego de peticiones y al decidir sobre vigencia del laudo incluyó un punto que no era materia de su decisión y parcialmente le dio una retroactividad al 16 de junio de 1973, aspecto completamente irregular, violatorio de la ley, y por lo demás, violatorio del principio de que los laudos sólo pueden disponer hacia el futuro y en ningún caso con retroactividad de primer o segundo grado. Así lo tiene consagrado esa honorable corporación en las sentencias a través de las cuales ha decidido los recursos de homologación en los casos y mencionados, cuando afirma que la retroactividad que se disponga por medio de un laudo arbitral viola los artículos 467, 461-1, 479-2 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo. Es de observar, de otra parte, que la facultad de un Tribunal de Arbitramento está señalada en forma clara, concreta, y precisa por el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y que por dicha razón el Tribunal al dirimir el conflicto debe hacerlo de manera concreta, o sea, respecto de puntos que al no ser decididos por acuerdo de las partes en las etapas de arreglo directo y conciliación y serlo por el Tribunal de Arbitramento su decisión en los términos del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo contengan el elemento normativo que va a regular los contratos individuales durante la vigencia del laudo. De acuerdo con lo anterior se encuentra justificada la petición del sindicato cuando dijo que en el punto décimo quinto del pliego que 'los puntos, incisos, parágrafos y cláusulas del laudo arbitral, acuerdos y actas suscritas por las partes, al igual que las cláusulas de la Convención Colectiva que resulte de este pliego de peticiones continuará vigente y en consecuencia serán transcritas a la nueva Convención Colectiva de Trabajo que se firme y en consecuencia será éste el único documento que regirá las relaciones obrero-patronales entre la empresa y sus trabajadores'. (Subrayado es mío). El Tribunal decidió el punto en su contenido total, es decir, tomando en cuenta la petición del sindicato en el sentido de que las disposiciones y en general el conjunto del motivo a que hace mención el punto décimo quinto del pliego fueran transcritas a la nueva convención colectiva para tener así un documento único regulador de las relaciones entre la empresa y sus trabajadores. El Tribunal sobre este aspecto decidió lo siguiente: 'Cuarto. VIGENCIA DE LAS CONVENCIONES ANTERIORES. La Empresa Transportes Colombia S. A. y el Sindicato establecen que los puntos, incisos, parágrafos y cláusulas del laudo arbitral, acuerdos y actas suscritas por las

partes, al igual que las cláusulas de la convención signada el 16 de junio de 1973, y que no hayan sido modificadas por el presente laudo, continuarán vigentes, hasta la vigencia del mismo'. Siendo así, que el Tribunal no decidió el punto tal como lo había pedido el sindicato y al no quedar transcritas en el laudo las cláusulas de laudos y convenciones anteriores, acuerdos, incisos, parágrafos, etc., este punto del laudo también debe ser ANULADO por cuanto el Tribunal al consignarlo en la forma que lo hizo a través de la decisión cuarta de su providencia, también extralimitó sus funciones".

Se considera

El punto quinto del fallo arbitral no implica retroactividad alguna, pues señala como iniciación de su vigencia una fecha posterior a su expedición, lo que está de acuerdo con la petición décima sexta del pliego respectivo sobre duración de la convención por un año, y aun cuando se pidió que el término comenzara a contarse a partir del 1º de marzo de 1975, los árbitros decidieron que el año se iniciara con posterioridad a la expedición del laudo. Ni puede tomarse en sentido retroactivo la disposición sobre que continuaran vigentes las cláusulas pactadas en la Convención Colectiva del 16 de junio de 1973, pues tal decisión no se refiere a las arbitrales, sino a lo que las partes habían pactado en convención colectiva anterior que sigue rigiendo las relaciones de las mismas hasta tanto se firme una nueva convención colectiva que las modifique, o un laudo que disponga en igual forma al poner fin al conflicto con los efectos de convención colectiva.

Así también lo dispuso el punto cuarto del fallo arbitral que recoge la petición décima quinta del pliego, que dice:

"Décimo quinto. VIGENCIA DE CONVENCIONES ANTERIORES. La Empresa Transportes Colombia S. A. y el sindicato establece que los puntos, incisos, parágrafos y cláusulas del laudo arbitral, acuerdos y actas suscritas por las partes, al igual que las cláusulas de la convención signada el 16 de junio de 1973, y que no haya sido modificada por la convención colectiva que resulta de este pliego de peticiones continuará vigentes y en consecuencia serán transcritas a la nueva convención colectiva de trabajo que se firme y en consecuencia será éste el único documento que regirá las relaciones obrero-patronales entre la empresa y sus trabajadores".

Si los árbitros no transcribieron todas las cláusulas del laudo y convenciones anteriores en el fallo que se examina no significa que no hubiesen decidido la petición respectiva, pues acogieron la primera parte y no accedieron a la segunda, que versa sobre la recopilación de normas, cuya omisión en el fallo arbitral no quita vigencia a los "puntos, incisos, parágrafos y cláusulas del laudo arbitral, acuerdos y actas suscritas por las partes, al igual que las cláusulas de la convención signada el 16 de junio de 1973". Es de observar que la única transcripción que hace el fallo de norma convencional que quedó vigente fue acusada por el recurrente, posición contraria a la que ahora adopta. Además, como lo ha dicho esta Sala de Casación Laboral: "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 conservarlos sobre el tiempo futuro, se requiere la disposición del nuevo ordenamiento". (Sentencia de doce de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, homologación laudo dictado para decidir conflicto entre Fundación Shaio y su Sindicato de Trabajadores).

No habiendo excedido los puntos cuarto y quinto del laudo que se revisa las peticiones de los trabajadores y no afectando derechos y facultades de las partes, se homologarán.

Como la Sala observa que el punto segundo no acusado tampoco afecta derechos y facultades de las partes reconocidas por la Constitución, por las leyes o por normas convencionales vigentes, también se homologará, lo que conduce a una homologación total del laudo que se examina.

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,

Resuelve:

1º HOMOLOGASE el laudo recurrido dictado el diez de febrero de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, con sede en Bucaramanga, convocado para decidir el conflicto surgido entre "Transportes Colombia S. A." y el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander "Sindiasalariados".

2º ACLARASE que lo acordado por las partes en la etapa de arreglo directo consta en las respectivas actas y no en la parte motiva del laudo recurrido.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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., Jerónimo Argáez Castello, Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez L., Hernando Rojas Otálora, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Nos apartamos de lo decidido en la sentencia que puso fin al recurso de homologación contra el laudo dictado para dirimir el conflicto colectivo entre el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander y la Empresa Transportes Colombia S. A.

En sentencias anteriores de la Sala se había formado jurisprudencia en el sentido de que los árbitros no tenían facultad para crear prestaciones no impuestas por la ley o no aceptadas por las partes en convenciones colectivas, y que solamente podían aumentar las prestaciones consagradas por el legislador o admitidas convencionalmente.

El fundamento de la jurisprudencia que venía sosteniendo la Sala, consiste en que el aumento de una prestación legal o convencional conlleva una mejora en las condiciones de trabajo, mientras que la creación de una prestación no legal ni convencional implica la modificación de las condiciones de trabajo en el sentido de imponer al patrono un nuevo riesgo del cual no estaba obligado a responder.

Es verdad que la ley puede imponer al patrono nuevas obligaciones y que éste puede asumir riesgos que no le haya impuesto la ley, pero no es dado al tribunal arbitral cambiar fundamentalmente las condiciones que rigen los contratos de trabajo, sino modificar las existentes cuando se haya pedido el cambio y no se haya logrado acuerdo sobre él.

Las prestaciones sociales son obligaciones patronales que corresponden a los riesgos patronales, por lo cual la creación de una nueva prestación es la imposición de una obligación correspondiente a un nuevo riesgo del trabajo.

Los aumentos de salario o de prestaciones son directamente cuestiones económicas, pero la creación de una protección nueva, de una prestación social respecto a un riesgo que no compete al patrono, es una cuestión jurídica porque implica la imposición de una obligación no simplemente de tipo económico, sino que hace asumir al patrono un riesgo que no le ha impuesto la ley ni él ha aceptado.

No puede considerarse con el criterio superficial de la sentencia, que todo se resuelve en una mejora económica, sino que es necesario observar cómo algunas cuestiones económicas envuelven asuntos jurídicos, para decidir los cuales no están facultados los árbitros, pues ellos solamente tienen capacidad para determinar las cuestiones puramente económicas, mas no las jurídicas.

Por las razones expuestas, nos apartamos de la sentencia anterior que modificó la jurisprudencia sobre facultades de los árbitros, la cual creemos ajustada a derecho.

Bogotá, julio 23/76.

Alejandro Córdoba Medina; Jerónimo Argáez Castello.

LA SANCION A UN TRABAJADOR DEBE SER CONSECUENCIA INMEDIATA DE LA FALTA COMETIDA

Desde luego, esa inmediatez no significa simultaneidad ni puede confundirse con una aplicación automática de la sanción, pues bien puede ocurrir —y es normal que así acontezca— que los hechos o actos constitutivos de falta requieran ser comprobados mediante una previa investigación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio treinta de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 33.

Mediante libelo que correspondió al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, Heliodoro Gómez Marmolejo demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada "Ingenio Riopaila Ltda." para que, con seguimiento de los trámites señalados para el juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, fuese condenada a pagarle las sumas que resulten probadas por los conceptos de auxilio de cesantía, primas de servicio, compensación de vacaciones, indemnización por despido injusto, pensión especial de jubilación al cumplir la edad de 50 años, indemnización moratoria, las demás a que haya lugar con aplicación del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral y las costas y costos del juicio.

Relató en la demanda que había prestatado servicios personales a la empresa, con varias soluciones de continuidad y en diferentes cargos, desde el 3 de enero de 1950 hasta el 15 de marzo de 1973, fecha en la que fue despedido alegándose como causa para ello una falta cometida el 9 de diciembre de 1972, o sea tres meses antes. Durante el desarrollo del contrato jamás tuvo una llamada de atención y, antes por el contrario, el 1º de mayo de 1970 se le distinguió con el botón de oro de Riopaila. Su última remuneración promedio fue de $ 3.000.00 mensuales y no se le ha practicado el examen médico de retiro a pesar de haberlo solicitado insistentemente.

La demandada afirmó no constarle el tiempo de servicio anterior el año de 1956; aceptó que había terminado unilateralmente el contrato, pero con justa causa; negó los restantes hechos; propuso las excepciones de prescripción, pago y "la innominada" y formuló oposición a las pretensiones del actor.

Surtido el trámite de rigor, el juzgado del conocimiento, desató la controversia, en fallo proferido el dieciocho de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, condenando a la empresa a pagar la suma de $ 8.844.40 por concepto de excedente de cesantía, primas de servicios y compensación de vacaciones; declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción y de pago; la absolvió de los démás cargos y le impuso "costas parciales" al demandante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, desató el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del trabajador, revocando los puntos cuarto y quinto de la sentencia del juzgado para, en su lugar, condenar a "Ingenio Riopaila Ltda." a pagar a Heliodoro Gómez la cantidad de $ 46.814.75 por concepto de indemnización por despido injusto; $ 1.703.26 mensuales, a partir del día en que cumpla o hubiere cumplido 50 años de edad, como pensión restringida de jubilación, y las costas de la primera instancia. Confirmó las demás par-

tes de ese proveído y no hizo pronunciamiento sobre costas en el recurso.

Contra la decisión anterior, dictada el once de abril de mil novecientos setenta y cinco, ha interpuesto recurso de casación la parte demandada. Habiéndole sido concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se le va a resolver mediante el estudio conjunto de la demanda que lo sustenta y el escrito del opositor.

El recurso

Pretende la casación parcial de la sentencia impugnada, en cuanto revoca los puntos cuarto y quinto de la del a quo y, en su lugar, condena a la empresa a pagar indemnización por despido, pensión de jubilación y costas, para que la Corte, en función de instancia, confirme las absoluciones del juzgado por esos mismos conceptos y condene al demandante al pago de las costas de la segunda instancia.

Con tales miras, el impugnador formula un solo cargo, con fundamento de la causal primera de casación, así:

Cargo único

Acusa la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, los ordinales 3º y 5º del literal A) del artículo 7º del Decreto legislativo 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, y, como consecuencia, por aplicación indebida, los artículos 8º, numerales 1º, 2º y 4º, en sus apartes a) y d), del Decreto 2351 de 1965 y 8º, incisos 2º y 3º, de la Ley 171 de 1961.

En su demostración, el recurrente expresa que el Tribunal acepta y da por establecidos los hechos y actos ocurridos en las instalaciones del Ingenio Riopaila el 9 de diciembre de 1972 y que constituyen la causa del despido. Pero que, sin embargo, al hacer el análisis de las disposiciones legales en las que la empresa apoyó su determinación, por haberlas interpretado erróneamente, llegó a conclusiones distintas de las que correspondían.

En efecto, —dice— con relación a la causal 5º del artículo 7º estima que para que tenga eficacia como justa causa de despido todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el establecimiento o lugar de trabajo, se requiere que dicho acto sea demostrado o comprobado por la justicia penal, lo cual es contrario al alcance y contenido y al recto entendimiento del precepto, ya que éste no predica tal exigencia ni en su letra ni en su espíritu, como sí lo hacía el ordinal 5º del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que dejó de regir, precisamente, por haber sido sustituido por la norma que señala como violada.

Así mismo, interpretó equivocadamente el ordinal 3º del mencionado artículo 7º al considerar "que los actos graves de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, referidos esos actos contra 'vigilantes', no comprende o incluye a los Agentes de Policía, para concluir con semejante interpretación del precepto legal, que no está demostrada la justa causa invocada por la empresa para el despido del trabajador, porque los actos de la naturaleza antes indicada en que incurrió el demandante, lo fueron contra Agentes de Policía y no contra 'vigilantes' de la empresa, como si el vocablo 'vigilante', empleado por la norma, no comprendiera a todos aquéllos que velan con mucho cuidado por una persona o cosa procurando que no ocurra nada perjudicial, como es la función fundamental del Policía".

Este mismo ordinal también fue mal interpretado por el fallador al exigir que el acto grave de violencia que él contempla debe ser "intencional" para que configure una justa causa de despido, pues, de ese modo, restringe y limita la operancia de la norma, que no contiene el elemento "intención" y, por lo mismo, la interpreta equivocadamente al señalarle un alcance inadecuado.

Y le imputa, por último, una tercera equivocada interpretación de esta causal al introducir otro nuevo requisito para que opere como justa causa de despido, consistente en que "debe existir una relación de causalidad inmediata" entre la falta que se invoca y el despido, exigiendo que el motivo en que éste se apoya sea presente y no pretérito. Para el recurrente, "entre uno y otro extremo de la hipótesis legal prevista (ocurrencia del acto grave de violencia y el despido del trabajador) debe necesariamente transcurrir un término que con-

lleva un pretérito, y que la ley en ningún caso señala, determina o fija un número preciso de días o meses, como límite máximo, pues su operancia y aplicación requiere siempre que el patrono utilice el tiempo necesario e indispensable para adelantar las investigaciones que sean del caso, a fin de tomar la decisión que estime conducente: despido del trabajador, o la aplicación de una simple sanción disciplinaria".

Al estimar el Tribunal —concluye— que el contrato terminó sin justa causa, violó directamente, por errónea interpretación, los numerales 3º y 5º del literal A) del artículo 7º del Decreto 2351, y, como consecuencia, por aplicación indebida, las otras normas que la censura precisa.

El opositor, con trascripción parcial de la carta por la cual se dio por terminado el contrato, hace hincapié en la necesidad de que exista relación de causalidad inmediata entre la falta y el despido, y alega que la empresa la tuvo como comprobada el mismo 9 de diciembre y que la determinación sólo la tomó el 6 de marzo del año siguiente. Niega que el sentenciador hubiese incurrido en yerro de interpretación y solicita que el fallo sea mantenido.

Se considera

Al estudiar lo relativo a la causal 5ª, que alude a "todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar del trabajo, o en el desempeño de sus labores", el Tribunal expuso:

"En cuanto a la causal quinta invocada, hasta la presente no se ha demostrado que el trabajador hubiese cometido un acto delictuoso y es de observar que esta norma se refiere a actos delictuosos que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar del trabajo o en el desempeño de sus funciones y los actos delictuosos que se le imputan al trabajador y que hasta ahora no han sido demostrados por la justicia penal, acaecieron en el Centro Deportivo del Ingenio Riopaila, en una fiesta que se ofrecía a los trabajadores, donde abundaban las bebidas alcohólicas, o sea, que no estaba colocado en el numeral 5º invocado".

Se observa, pues, que el ad quem, para no considerar al trabajador incurso en la dicha causal, se apoyó en tres razones diferentes, a saber: a) Que no se ha demostración que el trabajador hubiese cometido el acto delictuoso que se le imputa; b) Que tal acto delictuoso hasta ahora no ha sido demostrado por la justicia penal; y c) Que ese acto no ocurrió en el taller, establecimiento, lugar de trabajo, ni mientras el trabajador desempeñaba sus labores.

Por manera que, aún admitiendo que el juzgador interpretó mal el precepto al exigir que el acto delictuoso estuviese comprobado por la justicia penal, su conclusión permanecería apoyada en los otros dos soportes, construidos sobre cuestiones fácticas, que el impugnante dejó sin atacar. A este mismo resultado se llegaría si se estimase, por faltarle claridad al párrafo transcrito, que la afirmación acerca de la no demostración del delito dice referencia únicamente a la justicia penal, pues, aún así, la razón distinguida en el literal c) sería suficiente para sustentar el rechazo dado a la mencionada causal 5ª.

En lo tocante con el otro motivo alegado como justificación del despido, consagrado en el numeral 3º del mismo artículo 7º materia de la acusación, advierte la Sala que basta con que se estudie la tercera equivocada interpretación que el censor le atribuye al fallador, pues si bien le señaló los otros dos alcances a la norma, los desechó luego, para fundar en definitiva su concepto sobre la inaplicabilidad de aquel numeral en la falta de relación de causalidad inmediata entre los hechos imputados y el despido. Sobre el particular, dice así el fallo:

"Suponiendo, en todo caso, que el trabajador hubiera infringido la causal tercera del artículo 7º, aparte A) del Decreto 2351 de 1965, anota la Sala que fue invocada, no en forma inmediata, sino 3 meses después de ocurridos los hechos, no existiendo una relación de causalidad inmediata, punto sobre el cual ya se pronunció este Tribunal y para mayor ilustración se permite transcribir la parte pertinente del fallo proferido...".

La Corte no sólo no considera equivocado, sino pleno de acierto, el anterior criterio del Tribunal, el cual corresponde, por lo demás, a lo sostenido por los más connotados autores de derecho laboral. La sanción debe ser consecuencia inmediata de

la falta cometida, o, por lo menos, impuesta con tanta oportunidad que no quede la menor duda de que se está sancionando la falta que se imputa y no otra. Esta relación inmediata entre causa y efecto debe existir, no solamente cuando se trata de la causal que se examina, sino respecto de todas las contempladas en el artículo 7º como justificativas del despido, y, en general, siempre que se imponga al trabajador cualquier tipo de sanción. Desde luego, esa inmediatez no significa simultaneidad ni puede confundirse con una aplicación automática de la sanción, pues bien puede ocurrir —y es normal que así acontezca— que los hechos o actos constitutivos de falta requieran ser comprobados mediante una previa investigación, o que, una vez establecidos, se precise de un término prudencial para calificar la falta y aplicar la condigna sanción.

En el asunto sub examine, no se discute si entre la fecha de la falta y la de la notificación del despido —9 de diciembre de 1972 y 6 de marzo de 1973— mediaron o no esas circunstancias, ni habría podido plantearse esa discusión en un cargo de la naturaleza del propuesto, sino que se afirma errónea interpretación de la norma por estimarse que ella no exige el requisito "relación de causalidad inmediata" que echó de menos el sentenciador. Pero como la referida condición sí está implícita en el precepto cuestionado, deviene evidente que no se hizo una equivocada inteligencia de él.

Resulta, de lo dicho, que la sentencia acusada no viola los textos legales singularizados en el cargo y que éste, en consecuencia, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha once de abril de mil novecientos setenta y cinco.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



ACTA DE CONCILIACION, CON EFECTO DE COSA JUZGADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 34.

Ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, Octavio Cambos demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad "Mitsubishi Corporation", con domicilio en Tokyo, Japón, apoderada y representada en Colombia por "Nitsubishi Colombia Limitada", y a "Mitsubishi Colombia Limitada", domiciliada en Bogotá, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se las condenase, conjunta y solidariamente, a pagarle las cantidades de US$ 36.090.28 por concepto de la comisión del dos por ciento (2%) de la suma de US$ 1.804.513, o su equivalente en moneda nacional colombiana en la fecha en que se haga el pago. US$ 3.007.52 diarios, o su equivalente en moneda legal colombiana, desde el 6 de diciembre de 1972 hasta el día en que sea pagada la comisión debida, a título de indemnización moratoria; y las costas y costos del juicio.

Relató en el libelo que había prestado servicios personales a las demandadas, como Asesor Técnico, desde el 1º de agosto de 1966 hasta el 29 de febrero de 1972. Con la primera no hubo contrato escrito de trabajo, aunque sí medió este vínculo, por haber sido contratado por la segunda, actuando ésta como intermediaria y como representante, sin declarar que obraba como tal, para ejecutar gestiones relacionadas con la licitación y celebración de varios contratos. Y con "Mitsubshi de Colombia Ltda." firmó los siguientes contratos: el de 30 de agosto de 1966, el de 6 de septiembre de 1966 y el de 2 de enero de 1968. Devengó un salario básico de $ 5.000.00 mensuales, más comisiones pactadas sobre cada negocio que gestionara, conforme a la cláusula tercera del contrato suscrito el 6 de septiembre de 1966, comisiones que unas veces fueron reconocidas por "Mitsubishi de Colombia Ltda." sin indicar que eran de cargo de "Mitsubishi Corporation", y otras advirtiendo que la obligada era la última. El día 10 de julio de 1972 se celebró en el Juzgado Novena Laboral del Circuito de Bogotá una conciliación en la que se habla de comisiones entregadas a él por "Mitsubishi Colombia Ltda." haciéndose constar que ninguna de ellas le fue entregada después del mes de junio de 1970. La conciliación comprendió "las diferencias expresadas y todos los reclamos y rechazos planteados por ambas partes" en la audiencia pública especial, con excepción de la comisión vinculada al contrato suscrito con la Empresa de Teléfonos de Bogotá, concretada en la carta número BCG-M-1969 de 27 de agosto de 1969. En la carta número BOG-M-5034 de 21 de diciembre de 1971, el Gerente de "Mitsubishi Colombia Ltda." le dice que "en el negocio de la Licitación 110 de TELECOM (dos plantas telefónicas para Cúcuta) usted recibirá una comisión del 2% del valor FOB del contrato que se firme". Este contrato fue suscrito entre la Empresa Nacional de Comunicaciones y "Mitsubishi Corporation" el 6 de diciembre de 1972; está distinguido con el número 4683; tiene por objeto el suministro de equipos y materiales, la instalación y el adiestramiento de personal técnico para el montaje y funcionamiento de dos centrales telefónicas en Cúcuta; su valor FOB es de un millón ochocientos cuatro mil quinientos trece dólares (US$ 1.804.513.00); fue aprobado por el Ministro de Comunicaciones; satisfizo el 12 de di-

ciembre de 1972 el impuesto de timbre nacional por valor de $ 90.906.00, y los derechos de publicación en el Diario Oficial por $ 4.400.00 el 15 del mismo mes y año, fecha en la que quedó legalizado. "Mitsubishi Corporation" no ha pagado la comisión relacionada con esa licitación, a pesar de haber culminado con éxito y de haberse firmado y perfeccionado el correspondiente contrato. La conciliación mencionada no comprendió la comisión que se reclama, pues ésta no se había causado y, por lo mismo, ninguna alusión se hizo a ella en el arreglo, ni fue objeto de discusión o análisis. La declaración de paz y salvo que contiene la conciliación no extinguió el derecho sobre esa comisión, y es criticable el comportamiento de "Mitsubishi Colombia Ltda." en la liquidación y pago de las prestaciones sociales, para, finalmente, reconocer en la conciliación la suma de $ 386.300.00. Las diferentes solicitudes de pago de la referida comisión obtuvieron respuesta negativa en carta de 27 de junio de 1973. "Mitsubishi Colombia Ltda." es una sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en Bogotá y representada por su Gerente-director Koichi Yamashita. "Mitsubishi Corporation" es una persona jurídica constituida con sujección a la legislación japonesa sobre la materia, cuya anterior razón social era "Mitsubishi Shoji Kaisha Limitada", apoderada y representada en Colombia por "Mitsubishi Colombia Limitada" y hace varios años opera en este país conjuntamente con "Mitsubishi Colombia Ltda.". Las empresas demandadas han funcionado y continúan funcionando en los mismos locales y oficinas, disponiendo indistintamente de la misma dotación de muebles, equipos y elementos, desarrollando en beneficio recíproco actividades ordinarias inherentes, conexas o complementarias; la citada sociedad colombiana ha comprometido en el caso de autos a la sociedad japonesa, de la cual es accionista en la cuarta parte del capital social, como representante y como intermediaria, en los términos de los artículos 32 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

Las demandadas se opusieron a las pretensiones del actor negando unos hechos y aceptando otros; se remitieron a los términos del acta de conciliación y calificaron su vinculación con "Mitsubishi Corporation" como de tipo mercantil o civil. Solicitaron condenación en costas para el demandante. Alegaron las excepciones de carencia de causa, cosa juzgada y prescripción.

Agotado el trámite de la primera instancia, el juzgado del conocimiento la desató, en sentencia de treinta de junio de mil novecientos setenta y cinco, condenando a "Mitsubishi Colombia Limitada" y "Mitsubishi Corporation", conjunta y solidariamente, a pagar a Octavio Gamboa la cantidad de US$ 36.090.26, o su valor en pesos colombianos al tipo de cambio oficial, por concepto de comisión insoluta, y el 50% de las costas; declaró no probadas las excepciones propuestas y no hizo pronunciamiento sobre la súplica por indemnización moratoria, a pesar de que en la parte motiva del fallo había llegado a la conclusión de que debía denegarse.

Contra la anterior decisión apelaron los apoderados de ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, la revocó, declaró probada la excepción de cosa juzgada, absolvió a las demandadas de todos los cargos, condenó al actor a pagar las costas del primer grado y declaró sin lugar a ellas en el segundo.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación que la Corte va a decidir, con estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito del opositor, puesto que le fue concedido por el Tribunal y admitido por esta corporación, que lo ha tramitado en legal forma.

La acusación

Pretende la casación total de la sentencia impugnada, y que la Corte, en la sede subsiguiente, confirme los puntos primero y segundo de la de primera instancia y la adicione, en el sentido de condenar a las empresas demandadas al pago de la indemnización moratoria impetrada en el libelo inicial y las costas de ambas instancias.

Para lograr esa finalidad se propone un solo cargo, formulado con fundamento en la causal primera del artículo 80 del Decreto 528 de 1964, en armonía con el artículo 7º de la Ley 16 de 1968".

Cargo único:

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 15 del Código Sustantivo del Trabajo; 20, 61, 78 del Código Procesal del Trabajo; 332 del Código de Procedimiento Civil y 2469 del Código Civil; y por falta de aplicación, los artículos 9º, 13, 14, 27, 35, 43, 55, 57, numeral 4º, 65, 127, 132, 135 y 142 del Código Sustantivo del Trabajo, y el 1º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, como consecuencia de evidentes errores de hecho provenientes de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas: "a) El contrato de trabajo que obra a folios 4 y 5; b) Las cartas dirigidas por el Gerente de la Mitsubishi Colombia Limitada al doctor Octavio Gamboa, que obran de folios 7 a 27 del cuaderno principal; c) La carta de 24 de febrero de 1972 suscrita por el Gerente de Mitsubishi Colombia Limitada sobre aceptación de la renuncia del trabajador, y la liquidación de prestaciones sociales de fecha 28 de febrero del mismo que obran a folios 28 y 29; d) La carta de marzo 2 de 1972 y la nueva liquidación de prestaciones sociales que obran de folios 30 a 32; e) La carta número BOG-M-5034 de 21 de diciembre de 1971 dirigida al trabajador Octavio Gamboa por el Gerente de la Mitsubishi Colombia Limitada, por medio de la cual le reconoce una comisión del dos por ciento (2%) del valor FOB del contrato que se firme con TELECOM sobre la Licitación 110/71 (folios 33 y 134); f) El acta de la diligencia de conciliación de fecha 10 de julio de 1972 que obra de folios 35 a 38 y 136 a 139; g) El contrato número 4683 que obra de folios 39 a 61; h) Las certificaciones de fechas 27 de junio de 1973 y 9 de junio del mismo año, del Secretario General de TELECOM, que obran de folios 62 a 64; i) La comunicación del Jefe de División de Suministros de TELECOM (folios 65 a 68); j) Los documentos de folios 69 a 72 referentes a la diligencia de consignación de prestaciones sociales ante el Juez Cuarto Laboral de Bogotá; k) El interrogatorio de parte absuelto por el Gerente de Mitsubishi Colombia Limitada señor Koichi Yamashita (folios 104 a 106); l) El documento de folio 121 suscrito por el Director de la Oficina Jurídica de TELECOM; m) La declaración del doctor Gonzalo Vargas Rubiano (folios 128 a 130)".

Los errores de hecho fueron los siguientes:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que entre los reclamos efectuados por el trabajador a las empresas demandadas, a la terminación del contrato de trabajo, sobre sus derechos, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral que dieron origen a las diferencias entre ambas partes y que fueron materia de la conciliación efectuada ante el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 10 de julio de 1972, se hubiese mencionado, incluido y comprendido los derechos referentes al pago del salario por comisión de dos por ciento (2%) reconocida al trabajador Octavio Gamboa por el Gerente de la empresa Mitsubishi Colombia Limitada, en carta de fecha 21 de diciembre de 1971.

"2º Dar por demostrado, sin estarlo, que en la conciliación celebrada, por medio de apoderado, entre la Mitsubishi Colombia Limitada y su ex-trabajador Octavio Gamboa el día 10 de julio de 1972, ante el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, está incluido o comprendido 'dentro de los distintos conceptos que abarcó ese acuerdo conciliatorio', el valor de los salarios variables correspondientes a la comisión del dos por ciento (2%) del valor FOB de la Licitación 110/71 de TELECOM, relacionada con el suministro de elementos e instalaciones de dos plantas telefónicas para la ciudad de Cúcuta, comisión salarial que fue reconocida al trabajador el día 21 de diciembre de 1971 por el Gerente de la Mitsubishi Colombia Limitada.

"3º Dar por demostrado, sin estarlo, que las empresas demandadas pagaron al trabajador Octavio Gamboa mediante consignación judicial en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, y 'por virtud de los efectos de la cosa juzgada en relación con la conciliación' efectuada el 10 de julio de 1972 ante el Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el valor de su salario-comisión que por la suma de US$ 36.090.26, le corresponde por haber adelantado el negocio de la Licitación 110/71 de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, que concluyó con la firma del contrato número 4683 entre la referida empresa

y la Mitsubishi Corporation el día 6 de diciembre de 1972".

En su demostración, el recurrente expresa que la "controversia se limita de definir si el salario pactado en forma de comisión del dos por ciento (2%), que fue reconocido por las demandadas al demandante mediante la carta número BOG-M-5034 de fecha 21 de diciembre de 1971 relativa al negocio de la Licitación 110/71 de TELECOM, quedó incluido o no, en la conciliación efectuada por los apoderados de la Mitsubishi Colombia Limitada y de Octavio Gamboa, verificada el 10 de julio de 1972, ante el Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá".

Y después de referirse a los hechos básicos del litigio en las instancias y de afirmar su plena demostración, como lo reconocieron también el juzgado y el Tribunal, sostiene que el ad quem apenas transcribe la parte del acta de conciliación referente al acuerdo a que llegaron las partes, sin atender, valorar ni examinar los antecedentes del acuerdo expresados en esa misma acta, en donde se consignaron, en forma concreta e inequívoca, cuáles eran los reclamos formulados por el demandante a las empresas, los puntos de coincidencia y los hechos sobre los cuales existían diferencias, que fueron resueltas y comprendidas en la "fórmula conciliatoria".

Acepta como correcta la conclusión del fallador en el sentido de que "la comisión cuyo pago se impetra en la demanda y que ha dado lugar al presente juicio, no es la misma participación eventual a que se refiere en su parte final el instrumento conciliatorio", pero la tilda de ineficaz e inoperante para deducir de ella, como lo hace a continuación, que "la comisión demandada está incluida dentro de los distintos conceptos que abarcó el acuerdo conciliatorio", porque el demandante no está reclamando la comisión que le fue ofrecida y reconocida por adelantar el negocio referente a la Licitación número 003 de la Empresa de Teléfonos de Bogotá (carta BOG-M-1969 de 27 de agosto de 1969), negocio y reclamo que sí se cuenta entre los que fueron materia de diferencias entre las partes y que concretamente se especificaron por ellas como aparece en el acta de conciliación. Lo que reclama el demandante es la comisión correspondiente a la Licitación 110 de TELECOM de que trata el documento auténtico de folio 33, y en ninguna parte del acta se menciona o se sugiere siquiera que para esa época el demandante hubiese formulado reclamo a las demandadas por dicha comisión. "Si el pago de esos salarios no aparece descrito entre los asuntos que fueron objeto de reclamo del trabajador Gamboa a sus patronos, ni se mencionó entre las propuestas y las contrapropuestas de arreglo que los apoderados de las partes describen en el acta de diligencia de conciliación, no puede deducirse, como lo hace el Tribunal, 'que la comisión demandada está incluida dentro de los distintos conceptos que abarcó el acuerdo conciliatorio'. Si no existe en la referida acta de conciliación ningún CONCEPTO en donde se exprese que el derecho que hoy se demanda fue considerado o mencionado entre los reclamos y diferencias sometidas a conciliación, debe concluirse que el Tribunal estimó de manera errónea el texto y contenido de la prueba consistente en el documento auténtico que constituye el acta de conciliación celebrada el día 10 de julio de 1972", lo que lo llevó a incurrir en el evidente error de hecho de dar por demostrado, sin estarlo, que en la conciliación estuvo comprendido el valor de la comisión demandada.

"En relación con los dos primeros errores evidentes de hecho que atribuyó a la sentencia del Tribunal —continúa afirmando el impugnante— y que condujeron al sentenciador a violar las normas de orden sustancial que señalo en este cargo, me he visto en la necesidad de señalar como equivocadamente apreciado todo el acervo probatorio que obra en el expediente, en vista de que el fallador apoya su decisión no sólo en el acta de conciliación sino que se remite también a 'los demás elementos de convicción que ha tenido a su disposición y de los cuales se ha hecho mención en el fallo' ", pero en ninguno de ellos se hace mención alguna a que la comisión que se reclama en este juicio haya sido sometida a acuerdo conciliatorio entre las partes. Si el Tribunal quiere ver en esos documentos auténticos lo que en ellos

no consta, incurre en errónea apreciación de los mismos.

En lo que respecta al tercer error de hecho, que incide en la absolución de las demandadas de la indemnización moratoria, advierte el atacante que de los documentos que menciona el Tribunal —folios 69 a 72— no puede deducirse que se haya pagado al actor el salario por comisión del dos por ciento que reclama en este proceso. Tales documentos sólo acreditan la consignación judicial de prestaciones, liquidación que no fue aceptada por el demandante.

La declaración del doctor Gonzalo Vargas Rubiano, quien ha sido y es Asesor Jurídico de las demandadas, no demuestra que los derechos que hoy se reclaman hayan quedado incluidos en la conciliación efectuada por los apoderados de las partes el 10 de julio de 1972. Dicho testimonio se refiere básicamente a un "proyecto" de acuerdo elaborado por uno de los abogados, en el cual tampoco se mencionan los salarios que en este juicio se demandan. Por otra parte, lo que gobierna y define los efectos del acuerdo conciliatorio lo constituye únicamente la materia que se hizo constar en el acta de conciliación en forma definitiva.

Concluye el recurrente su exposición aseverando que de todo lo expuesto, "resultan claramente demostrados los errores de hecho en que incurrió el Tribunal y que he singularizado en este cargo, los cuales aparecen de manifiesto en los autos, con incidencia en la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto a consecuencia de ellos se absuelve a las empresas demandadas de los cargos formulados en la demanda", por lo cual reitera su petición de que se case el fallo y se produzca la decisión de instancia conforme a lo solicitado en la demanda inicial.

El opositor se refiere a los antecedentes del arreglo conciliatorio a que llegaron las partes y, concretamente, al proyecto de acuerdo elaborado, según lo afirma, por el apoderado de Gamboa, visible a folios 131-133, para sostener que éste debe ser examinado conjuntamente con aquél para "decidir si los antagonistas llegaron a un acuerdo completo de sus diferencias laborales o si dejaron pendientes de futuras discusiones y litigios otras 'comisiones' distintas de la única allí señalada". La diferencia entre el proyecto y el acta judicial "radica en que el primero dejaba abierta la posibilidad de nuevos litigios sobre comisiones en general y sobre un negocio, con Teléfonos de Bogotá, en particular, pues sólo habría dejado conciliadas expresamente las prestaciones sociales y los 'salarios básicos u ordinarios'; mientras que el segundo sustrajo del arreglo un negocio específico, el de Teléfonos de Bogotá, cambiando la carta de 27 de agosto de 1969 por otra nueva, para dejar eliminados, revocados y sin valor todos 'los contratos, CARTAS Y COMUNICACIONES que los han vinculado (al ingeniero con la empresa) hasta la fecha, con la UNICA Y EXCLUSIVA EXCEPCION de la nueva participación eventual que EN ESTA MISMA FECHA se ha pactado, por carta separada' sobre el negocio de Teléfonos de Bogotá. Fue, pues, la revocación de todas las CARTAS anteriores sobre comisiones o participaciones 'eventuales' en cualesquiera otros negocios iniciados por el ingeniero, o en curso, pero no perfeccionados todavía (simples expectativas, y no derechos ciertos), entre ellas la de folio 33, de 21 de diciembre de 1971, sobre dos plantas telefónicas para Cúcuta, lo que obtuvo mi mandante a cambio de elevar el precio de la conciliación, de $ 250.000.00 a más de $ 360.000.00".

Arguye que no puede imputarse error evidente de hecho al sentenciador cuando entendió el documento de folios 35 a 38 en el sentido de que quedaban conciliadas también las simples expectativas emanadas de una carta de 1971 sobre comisiones eventuales por un negocio en Cúcuta, y que bastaría que tal entendimiento fuera discutible o dudoso, para que el efecto de la cosa juzgada se mantuviera intacto y llevara a denegar las peticiones del impugnador.

Se considera.

En verdad, como lo anota el recurrente, el tema en discusión en el recurso extraordinario, así como aconteció también en el debate desarrollado en las instancias, gira alrededor del acta de conciliación suscrita por los apoderados de "Mitsubishi Colombia Limitada" y del demandante Octavio Gamboa, ante el Juzgado Noveno Laboral

del Circuito de Bogotá, el día 10 de julio de 1972, visible en fotocopias autenticadas a folios 35 a 38 y 136 a 139. Se trata de precisar si en ese arreglo conciliatorio quedó incluida o no la comisión de dos por ciento (2%) sobre el valor del contrato con TELECOM para la instalación de dos plantas telefónicas en la ciudad de Cúcuta —Licitación 110— a que se refiere la carta de 21 de diciembre de 1971, enviada por "Mitsubishi Colombia Ltda." a Gamboa y que obra a folio 33. El Tribunal concluyó que sí había sido materia de la conciliación, con examen fundamental, y prácticamente exclusivo, del acta correspondiente. Es cierto que analizó e hizo mención de otras pruebas, pero con la finalidad de establecer otros hechos diferentes; y que, aun en el punto cuestionado, aludió a "los demás elementos de convicción", pero sin que su decisión, a este respecto, aparezca realmente sustentada en prueba distinta de la referida acta. Por ello no es de recibo la alegación que construye el opositor sobre el "proyecto" de arreglo a que alude, pues, no constituyendo ese documento soporte del fallo, su inclusión en la acusación, como prueba no apreciada, quedaba a juicio del recurrente. La Corte no puede examinarla, por lo tanto, para efectos de la solución del recurso, sino para la correspondiente decisión de instancia, si a ello hubiere lugar.

Sentado lo anterior, procede el análisis de la mencionada acta de conciliación, que en lo pertinente dice:

"Interrogados los comparecientes acerca de los hechos que originan sus diferencias, dijeron que sus poderdantes no discuten los siguientes hechos y circunstancias en que están de acuerdo; a) Que el Ingeniero Gamboa estuvo vinculado a Mitsubishi Colombia Ltda. por un contrato de trabajo, desde el 1º de agosto de 1966 hasta el 29 de febrero de 1972, con un sueldo fijo de $ 5.000.00 mensuales, contrato que terminó por renuncia voluntaria del empleado; b) Que durante ese lapso, la empresa le pagó al empleado todos sus salarios, primas de servicio, vacaciones y demás prestaciones causadas, liquidados exclusivamente con base en el salario fijo; c) Que Mitsubishi Colombia Ltda. le entregó al Ingeniero Gamboa algunas sumas giradas para él por Mitsubishi Shoji Kaisha, de Tokyo, Japón, en distintas ocasiones, entre ellas, principalmente, US$ 33.252.30 en agosto de 1969; US$ 1.089.69 en septiembre de 1969; US$ 1.056.15 en enero de 1970; US$ 1.050.00 en abril de 1970 y US$ 558.87 en junio de 1970, y ninguna con posterioridad a esta última fecha; d) Que el Ingeniero Gamboa no fue inicialmente inscrito en el Seguro Social, pero sí lo estuvo a partir de enero 13 de 1971 y hasta la terminación de su contrato de trabajo; e) Que habiéndose el Ingeniero Gamboa negado a recibir el monto de su liquidación definitiva o final, por inconformidad con ella, la empresa la consignó a la orden del Juzgado 4º Laboral de Bogotá. Que las diferencias entre sus poderdantes radican en que el Ingeniero Gamboa sostiene que los referidos valores remitidos por Mitsubishi Shoji Kaisha y entregados por Mitsubishi Colombia Ltda., constituyen pagos del salario variable adicional al sueldo fijo, mientras que Mitsubishi Colombia Ltda. niega la calidad salarial de esos pagos que en su concepto corresponden a operaciones ocasionales convenidas por el Ingeniero Gamboa con Mitsubishi Shoji Kaisha Limited, sociedad extranjera, en las cuales Mitsubishi Colombia sólo interviene para la entrega de los valores autorizados por aquélla. También discrepan en que este último reclama como salario la comisión sobre el valor de un contrato con la Empresa de Teléfonos de Bogotá, a que se refiere la carta número BOG-M-1969, de fecha agosto 27 de 1969, y su consecuencial incidencia para la reliquidación de las vacaciones y prestaciones causadas; reclama prestaciones e indemnizaciones por enfermedad que afirma haber sufrido durante la vigencia del contrato y cuyas secuelas se prolongan todavía, y reclama la indemnización moratoria (salarios caídos) por la deficiente liquidación de sus referidos salarios y prestaciones, por la demora en su pago y por la negativa a hacerle practicar el examen médico de retiro y entregarle el correspondiente certificado de salud. En tanto que la empresa niega el carácter salarial de la comisión aludida, por las razones ya dichas y, además, porque la comisión misma no se ha causado, pues el contrato está pendiente de la aprobación oficial definitiva; niega las prestaciones por enfermedad, cuya atención correspondería al Instituto

Colombiano de Seguros Sociales, y niega deber indemnización moratoria alguna, por haber pagado en su oportunidad e integridad todos los salarios y prestaciones causados, haber consignado judicialmente el valor de la liquidación final del contrato y no estar obligada al examen y certificados médicos de retiro por no haber sometido al Ingeniero Gamboa a ningún examen médico para el ingreso ni durante el contrato. Después de discutidas distintas propuestas y contrapropuestas de arreglo, los comparecientes someten a la aprobación del juzgado, conjuntamente, la siguiente fórmula conciliatoria de todas las diferencias expresadas y todos los reclamos rechazos planteados por ambas partes:

"Mitsubishi Colombia Limitada pagará al Ingeniero Octavio Gamboa, tan pronto como el juzgado apruebe este arreglo, la cantidad de trescientos veinticinco mil trescientos setenta y un pesos con sesenta y ocho centavos ($ 325.371.68), que sumada a los cuarenta mil novecientos veintiocho pesos con treinta y dos centavos ($ 40.928.32) depositados a la orden del mismo Ingeniero Gamboa en el Juzgado 4º Laboral de Bogotá totalizan Trescientos sesenta y seis mil trescientos pesos ($ 366.300.00), a título de conciliación, con cuyo pago el Ingeniero quedará a paz y salvo con Mitsubishi Colombia Limitada y con Mitsubishi Shoji Kaisha por todos los salarios, comisiones, prestaciones, indemnizaciones y demás conceptos relacionados directa e indirectamente con los contratos, cartas y comunicaciones que los han vinculado hasta la fecha, con la única y exclusiva excepción de la nueva participación eventual que en esta misma fecha se ha pactado entre la Mitsubishi Shoji Kaisha y el Ingeniero Gamboa, por carta separada, en las condiciones que en ella se expresan, carta esta que sustituye completamente y deja sin efecto la de 27 de agosto de 1969 ya citada".

El ad quem, después de transcribir parcialmente el acta, específicamente la parte que contiene el arreglo, razonó así:

"Ahora bien, con la lectura del texto del acta cuya transcripción en lo pertinente se ha hecho, en concordancia con los demás elementos de convicción que el Tribunal ha tenido a su disposición y de los cuales ya se ha hecho mención, concluye sin lugar a dudas que la comisión cuyo pago se impetra en la demanda y que ha dado lugar al presente juicio, no es la misma participación eventual a que se refiere en su parte final el instrumento conciliatorio; por manera que la comisión demandada está incluida dentro de los distintos conceptos que abarcó el acuerdo conciliatorio sin que por otra parte la Sala encuentre que se vulneren derechos ciertos del trabajador, por lo cual la mencionada conciliación, a juicio del Tribunal, produce la totalidad de los efectos liberatorios y de cosa juzgada, en los términos de los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento Laboral, que a su turno determina el juzgador, que debe declarar probada la excepción correspondiente con el resultado consecuencial de absolver a las demandadas de la súplica respectiva. Por tanto se impone revocar la condenación fulminada por el juez a quo sobre este aspecto de la litis".

En el acápite que antecede está el verdadero fundamento de la decisión impugnada, fundamento que puede sintetizarse así: Como la comisión reclamada en el juicio no es la misma participación eventual a que se refiere el acta, vale decir, la pactada en la carta de 27 de agosto de 1968 para una licitación de la Empresa de Teléfonos de Bogotá y que expresamente se dejó por fuera de la conciliación por ser objeto de un acuerdo separado, concluyese que aquélla —la que es materia del pleito— sí quedó comprendida dentro del arreglo conciliatorio.

El razonamiento del fallador de segundo grado habría resultado perfecto si la comisión demandada por el negocio con TELECOM, del mismo modo que la estipulada con la Empresa de Teléfonos, hubiese figurado entre las discrepancias o diferencias manifestadas por las partes al inicio y consignadas detalladamente en el acta, para conciliarlas luego, previa su discusión y el examen de recíprocas propuestas y contrapropuestas, como allí se expresa. Mas el sentenciador no reparó en que la dicha comisión no fue reclamada, ni discutida ni motivo de desavenencia entre las partes, sino que se limitó a apreciar los términos del arreglo, la referencia general que se hizo a "cartas y comunicaciones" y la exclusión de la participación convenida en

la carta de 27 de agosto de 1963. Si hubiera atendido al texto completo del acta, muy seguramente su conclusión habría sido otra, pues se habría percatado de que las diferencias habían sido planteadas de manera clara y concreta y de que el acuerdo no podía versar sobre materias distintas. Es que la existencia de un previo desacuerdo, diferencia o conflicto es de la esencia de la conciliación, y, por lo mismo, sólo puede conciliarse lo que es materia de discusión. Aquélla no puede concebirse sin ésta, por falta absoluta de causa o razón.

Siendo evidente, como lo es, que entre las diferencias que las partes presentaron al juez el 19 de julio de 1972 no estaba comprendida alguna relacionada, directa ni indirectamente, con la comisión acordada por el negocio con TELECOM, era forzoso concluir que esa diferencia inexistente no pudo ser conciliada por las partes mediante el arreglo a que llegaron, sin necesidad de que, para entenderlo así, se requiriera una declaración expresa de exclusión de ese punto. No sucede lo propio con la comisión relativa a la operación con la Empresa de Teléfonos, pues que, existiendo discrepancia sobre ella y no queriendo las partes que quedara solucionada con la fórmula de avenimiento, era preciso que se la excluyera explícitamente. Por la misma razón apuntada, la mención genérica a "contratos, cartas y comunicaciones que los han vinculado hasta la fecha", sólo puede entenderse referida a aquéllos que han dado lugar a las diferencias conciliadas, y no a otros que hasta ese momento no habían originado conflicto alguno. Por lo demás, en el acta no se dijo que las empresas quedaban a paz y salvo con Gamboa, sino que, con el pago que se efectuó, "el Ingeniero quedará a paz y salvo" con ellas.

Hizo, pues, el Tribunal una equivocada apreciación de la prueba examinada, por haberla estimado fragmentariamente, y, como consecuencia de ello, incurrió en el error de hecho que le imputa el censor, consistente en haber tenido como probado que hubo conciliación, con efectos de cosa juzgada, sobre la comisión materia de controversia en las instancias. El cargo, en este aspecto, resulta fundado y prospera.

En lo tocante con la indemnización por mora, el sentenciador expuso:

"Como quiera que la indemnización moratoria impetrada se fundamentó en una pretensa falta de pago de la comisión y consecuencial errónea liquidación de salarios y prestaciones del trabajador a la terminación del contrato de trabajo, habiéndose demostrado por otra parte, no sólo el pago según las documentales de folios 69 a 72 relacionadas con la consignación judicial de salarios y prestaciones efectuada por la demandada al demandante ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, sino por virtud de los efectos de la cosa juzgada en relación con la conciliación demostrada en el proceso, es forzoso concluir que no hay lugar a sancionar con indemnización moratoria a la parte demandada, y por tanto la súplica por este concepto no prospera...".

Se apoya la absolución por este extremo en la consignación hecha por las demandadas de la suma que estimaron deber por concepto de salarios y prestaciones y en los efectos de cosa juzgada de la conciliación demostrada en el juicio. Si bien esta prueba, como se dejó visto, fue objeto de mala apreciación en lo concerniente a la comisión materia del pleito, no lo fue en cuanto se deriva de ella la conclusión de que también hubo conciliación acerca del valor de las prestaciones sociales y de la incidencia de otras comisiones devengadas por el trabajador en el monto de esas prestaciones. Así mismo fueron bien apreciados los documentos de folios 69 a 72 que informan sobre la consignación realizada en el Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá. De manera que la equivocada apreciación parcial del acta de conciliación no es suficiente para generar el error que se atribuye a esta parte del fallo, ya que la conclusión del juzgador quedaría sostenida por la propia acta y por las diligencias de consignación judicial, pruebas que, con la salvedad hecha, fueron correctamente apreciadas.

El cargo, en consecuencia, prospera parcialmente.

Consideraciones de instancia

Como se advirtió al estudiar el cargo, las partes concretaron el litigio al aspecto relacionado con la comisión demandada y a la indemnización moratoria. No discutieron la naturaleza laboral del vínculo que las

ató, aun cuando resulta plenamente demostrado, en lo que respecta a "Mitsubishi Colombia Limitada" con los documentos de folios 2 a 6, con las confesiones hechas en la respuesta a la demanda, en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal y en el acta de conciliación de folios 35 a 38; y en cuanto a "Mitsubishi Corporation", con las confesiones hechas por el mismo representante legal en el aludido interrogatorio y acta de conciliación, y con las documentales de folios 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 34, 71 y 72.

El documento de folio 33 acredita que al trabajador se le ofreció una comisión del dos por ciento (2%) sobre el valor FOB del contrato que se firme con TELECOM para la instalación de dos plantas telefónicas en Cúcuta, conforme a la Licitación 110. La actividad desplegada por Gamboa en la referida licitación y negociación se halla demostrada con los documentos de folios 62 y 63, 64, 65 a 68; y la celebración y el valor del contrato —que lo fue la cantidad de US$ 1.804.513.00— con el documento de folios 39 a 61. De todo lo cual resulta que el demandante tiene claro derecho a la comisión pactada, o sea a la suma de US$ 36.090.26, o a su equivalente en moneda legal colombiana al tipo de cambio oficial en la fecha en que el pago se efectúe.

La comisión controvertida no fue materia de la conciliación celebrada entre las partes, recogida en el acta de folios 35 a 38, por las razones expuestas al estudiar el recurso de casación y porque el documento de folios 131 a 133, señalado como antecedente, no modifica esta apreciación por no aparecer contemplada en ese "proyecto" de arreglo. Se desestima el testimonio rendido por el doctor Gonzalo Vargas Rubiano por haber intervenido activamente, en su carácter de asesor jurídico de las demandadas, en relación con los hechos o circunstancias que rodearon la cuestión litigiosa.

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 materia del presente recurso, proferida en este juicio y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 23 de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada y absolvió a las empresas "Mitsubishi Colombia Limitada" y "Mitsubishi Corporation" de la petición por comisión insoluta y condenó al actor a pagar las costas del primer grado, y, en sede de instancia, CONFIRMA la dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el treinta de junio del mismo año. No la casa en lo demás. Sin costas en la segunda instancia y en el recurso extraordinario.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora, con salvamento de voto.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Ref.: Expediente Nº 5350.

Disiento con todo respeto, de la sentencia proferida dentro del expediente de la referencia, por los siguientes motivos:

El acta de conciliación celebrada el 10 de julio de 1972 por los apoderados de "Mitsubishi Colombia Limitada" y de Octavio Gamboa, ante el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, después de ser analizada por la Sala, fue considerada por la mayoría como prueba que el ad quem había apreciado en forma equivocada, por cuanto la estimó fragmentariamente, y, como consecuencia de ello, lo llevó a incurrir en el error de hecho que le imputa el recurrente, el que consistió en dar por demostrado que hubo conciliación, con efectos de cosa juzgada, sobre la comisión materia de controversia en las instancias.

A la conclusión anterior llegaron, previa la argumentación de que el razonamiento del sentenciador impugnado habría resultado perfecto si la comisión cuestionada, "...del mismo modo que la estipulada con la Empresa de Teléfonos, hubiese figurado entre las discrepancias o diferencias manifestadas por las partes al juez y consignadas detalladamente en el acta, para conciliarlas luego, previa su discusión y el examen de recíprocas propuestas y contra propuestas, como allí se expresa. Mas el sentenciador no reparó en que la dicha comisión no fue reclamada, ni discutida, ni motivo de desavenencia entre las partes sino que se limitó a apreciar los términos del arreglo, la referencia general que se hizo a "cartas y comunicaciones" y la exclusión de la participación convenida en la carta de 27 de agosto. Si hubiera atendido al texto completo del acta, muy seguramente su conclusión habría sido otra, pues se habría percatado de que las diferencias habían sido planteadas de manera clara y concreta y de que el acuerdo no podía versar sobre materias distintas. Es que la existencia de un previo desacuerdo, diferencia o conflicto es de la esencia de la conciliación, y, por lo mismo sólo puede conciliarse lo que es materia de discusión. Aquélla no puede concebirse sin ésta, por falta absoluta de causa o razón". Y que era evidente, que como entre las diferencias "que las partes presentaron al juez... no estaba comprendida alguna relacionada, directa o indirectamente, con la comisión acordada por el negocio de TELECOM, era forzoso concluir que esa diferencia inexistente no pudo ser conciliada por las partes mediante el arreglo a que llegaron, sin necesidad de que, para entenderlo así, se requiriere una declaración expresa de exclusión de ese punto.

Al contrario, estimo que el acta de conciliación examinada por el sentenciador de segundo grado en concordancia con otros elementos de convicción que menciona, fue certeramente apreciada por ésta.

En efecto, en esa acta —en la que se repite actuaron las partes representadas por sus mandatarios judiciales—, celebrada el 10 de julio de 1972, los comparecientes manifestaron que después de "...discutir propuestas y contrapropuestas de arreglo... sometían a la aprobación del juzgado, conjuntamente, una fórmula conciliatoria de todas las diferencias expresadas y todos los reclamos y rechazos planteados por ambas partes...", consistente dicha fórmula en el pago que hará Mitsubishi Colombia Limitada al Ingeniero Octavio Gamboa, tan pronto como el juzgado aprobara ese arreglo, de la cantidad de $ 325.371.68, la que sumada a $ 40.928.32 depositados a favor del mismo Ingeniero Gamboa, arrojaba un total de $ 366.330.00, a título de conciliación, con cuyo pago quedaría el Ingeniero Gamboa a paz y salvo "...por todos los sa-

larios, comisiones, prestaciones, indemnizaciones y demás conceptos relacionados directa o indirectamente con los contratos, cartas y comunicaciones que los ha vinculado hasta la fecha, con la única y exclusiva excepción de la nueva participación eventual que en esta misma fecha se ha pactado... por carta separada, en las condiciones que en ella se expresan, carta que sustituye completamente y deja sin efecto la de 27 de agosto de 1969 ya citada".

Además, se advierte en dicha acta que antes de concluir en las consecuencias y fines que se proponían obtener las partes, éstas, en lo que hace relación al asunto controvertido, se colocaban en posiciones contrarias y antagónicas, pues, mientras la una sostenía que las comisiones estipuladas constituían salario variable adicional al sueldo, la otra parte negaba esa calidad salarial por cuanto correspondían a operaciones ocasionales convenidas, agregando expresamente que también discrepaban en el mismo sentido en el caso específico referente a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, el inicialmente indicado en la carta de 27 de agosto de 1969 —antes aludida— y su consecuencial incidencia para la reliquidación de las vacaciones y prestaciones causadas, caso este que consideraron como única y exclusiva excepción dentro del acuerdo conciliatorio que sometieron enseguida a la aprobación del juez.

Es así como se deduce indefectiblemente que fue ostensible y clara la intención de los comparecientes y por consiguiente terminante y conjunta su consentida voluntad, de que merced a ese acuerdo conciliatorio que proponían, una vez aprobado por el funcionario, quedaban solucionadas las divergencias que existían entre sus mandantes —las que por cierto se habían discutido desde tiempo atrás—, "...por todos los salarios, comisiones, indemnizaciones y demás conceptos relacionados directa o indirectamente de los contratos, cartas y comunicaciones que los han vinculado hasta la fecha, con la única y exclusiva excepción..." —como textualmente lo dijeron los mandatarios judiciales—, de la participación eventual, que en esa fecha pactaban, de la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

En la interpretación de este acuerdo conciliatorio es fácil inferir, entonces, que los apoderados hablando en nombre y representación de su respectivo poderdante, convinieron, entre otros, que todo lo atinente a "...comisiones... y demás conceptos relacionados directa o indirectamente con los contratos, cartas y comunicaciones que los han vinculado hasta la fecha..." —con la única y exclusiva excepción distinguida concretamente por ellos,— quedaba resuelto definitivamente en gracia a ese acuerdo, con la fuerza vinculante que le otorgaba el funcionario al advertir a las partes que hacía tránsito a cosa juzgada. Y no puede ser otro o distinto el fin que se proponían los apoderados, pues los términos que emplearon, mediando su conocimiento y experiencia, dejan ver, sin lugar a duda, al deseo patente de generalizar el arreglo no sólo a las diferencias que directamente sobrevinieren por las mismas causas, sino también por aquéllas que indirectamente tuvieren relación.

De este modo, como la comisión cuestionada conlleva el carácter de las comisiones contenidas en cartas y comunicaciones que vincularon a las partes hasta la fecha de celebración del acuerdo conciliatorio, ha de admitirse que tenía que considerarse incorporada en el arreglo, en virtud de la intención manifiesta y de la voluntad verdadera de los comparecientes, deducidas del contenido íntegro del acuerdo conciliatorio y de los antecedentes como venían precedidas las desavenencias y discrepancias que existieron entre las partes por causa y con ocasión de sus vinculaciones jurídico-contractuales.

En consecuencia, insisto en decir que el Tribunal no incurrió en el error de apreciación que se le ha atribuido y por lo mismo no ha debido prosperar el cargo formulado.

Con todo respeto,

Fecha ut supra.

Hernando Rojas Otálora.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONTRATOS DE TRABAJO Y DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS SIMULTANEAMENTE ENTRE LAS PARTES

Buena fe patronal

La existencia de un vínculo laboral no la desvirtúa la circunstancia de que por el mismo período el demandante y la demandada hubiesen estado vinculados por un contrato de arrendamiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 29.

Cristina Contreras Vda. de García, Graciela García Contreras de Barragán y José Ramón García Contreras, todos mayores y vecinos de Cúcuta, demandaron por medio de apoderado judicial en su carácter de causahabientes de don Ramón García Ochoa, a la señora Ina María Briceño de Casas, también mayor y vecina de Cúcuta, para que se la condenase a pagarles los siguientes valores por concepto de prestaciones, salarios e indemnizaciones debidas al extrabajador fallecido Ramón García Ochoa: a) Cesantía por el tiempo servido entre el último día de 1925 hasta el 26 de octubre de 1970; b) Primas de servicios de los tres últimos años; c) Compensación de vacaciones de los últimos cuatro años de servicios; d) Pensión de jubilación desde el 26 de octubre de 1970 hasta el 26 de septiembre de 1972, fecha de la muerte del extrabajador; e) Cinco años de jubilación post-mortem, a beneficio de la cónyuge sobreviviente doña Cristina Contreras Vda. de García; f) Asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica que fue sufragada por los familiares del trabajador; g) Indemnización por no pago oportuno de las prestaciones sociales a que tenía derecho el trabajador desde el 26 de octubre de 1970 hasta cuando el pago se verifique. Además, las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Ramón García Ochoa reclamó el reconocimiento y pago de las prestaciones que le correspondían como trabajador que fue de Julio Briceño, Blanca E. Piñeros e Ina María Briceño de Casas, sucesivamente hasta el día 26 de octubre de 1970, fecha en que se terminó el contrato de trabajo. García Ochoa falleció el 12 de septiembre de 1972 sin que sus peticiones hubieran alcanzado resultados positivos; Cristina Contreras Vda. de García, cónyuge sobreviviente de don Ramón García Ochoa, Graciela García Contreras de Barragán y José Ramón García Contreras, hijos legítimos del mismo, piden en este juicio en su condición de causahabientes legítimos del ex-trabajador, con vocación para percibir los beneficios que él no alcanzó a gozar por negativa del patrono a reconocerlos. La señora Ina María Briceño de Casas, en tentativa de arreglo ofreció a Ramón García Ochoa la suma de $ 70.000.00 como cálculo de mesadas de jubilación probables. Ramón García Ochoa comenzó a trabajar en 1925 con don Julio Briceño; fallecido éste continuó trabajando con doña Blanca Piñeros Herrera, y fallecida ésta, prosiguió con doña Ina María Briceño de Casas, última patrona, quien responde de todas las obligaciones que se reclaman en virtud de la sustitución patronal. Al retirarse del servicio Ramón García Ochoa reunía los requisitos para gozar

de la pensión de jubilación a que estaba obligado el patrono por tener un patrimonio superior a $ 800.000.00 y su viuda tiene derecho a percibir la pensión post-mortem.

Al contestar la demanda por medio de apoderado judicial, Ina María Briceño de Casas negó los hechos y fundamentó su defensa principalmente en que García Ochoa fue un contratista independiente tanto de ella como de doña Blanca E. Piñeros y Julio Briceño.

Cumplido el trámite de primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral de Cúcuta, que conoció del juicio, dictó sentencia el veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y cinco, por medio de la cual condenó a la señora Ina María Briceño de Casas, a pagar a los causahabientes de don Ramón García Ochoa, señores Cristina Contreras Vda. de García, José Ramón García Contreras y Graciela Contreras de Barragán, los siguientes valores: treinta mil setecientos quince pesos ($ 30.715.00) por concepto de auxilio de cesantía; cinco mil cuatrocientos pesos ($ 5.400.00) por concepto de primas de servicios correspondientes a los tres últimos años de labores; tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00) por concepto de compensación de vacaciones de los cuatro últimos años de servicios. Absolvió a la demandada de los demás cargos; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a la demandada.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Laboral, decidió el doble recurso en fallo de veinte de agosto de mil novecientos setenta y cinco, en los siguientes términos:

"Primero. Revocar el numeral segundo de la sentencia apelada, y en su lugar condenar a la señora Ina María Briceño de Casas a pagar a la viuda de don Ramón García Ochoa o a los causahabientes del mismo, tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia, conforme a la parte motiva de la misma y a las normas legales pertinentes, una pensión de jubilación de un mil ochenta pesos ($ 1.080.00) mensuales, desde el día veintiséis (26) de octubre de 1972. Segundo. Condenar a la misma demandada a cubrir a los demandantes como sanción moratoria por el no pago de las acreencias laborales, un día de salario de veintiún pesos ($ 21.00), desde el veintiséis (26) de octubre de 1970, y hasta cuando se cubra la totalidad de las condenas acá realizadas. Tercero. Modificar el numeral primero del fallo recurrido en sus literales a), b) y c), y en su lugar disponer: a) El auxilio de cesantía ascenderá a la cantidad de diez mil setecientos cincuenta pesos con veinticinco centavos ($ 10.750.25) y no a la que trae el fallo impugnado; b) La prima de servicios ascenderá a la cifra de un mil ochocientos noventa pesos ($ 1.890.00), y no a la que dispone la sentencia recurrida; c) El valor de las vacaciones será de dos mil quinientos veinte pesos ($ 2.520.00), y no del que contiene la providencia materia de alzada. Cuarto. Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás. Quinto. No hacer condenación en costas en esta instancia".

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte demandada. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el casacionista: "Aspiro a que la honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la providencia gravada, en cuanto por sus numerales 1º, 2º y 3º condenó a mi acudida a pagar a los demandantes, por sustitución, una pensión plena de jubilación de $ 1.080.00 mensuales desde el 20 de octubre de 1972, salarios caídos de $ 21.00 diarios desde el 26 de octubre de 1970, auxilio de cesantía de $ 10.750.25, primas de servicios de $ 1.890.00 y compensación de vacaciones de $ 2.520.00, para que, en su lugar, como ad quem, revoque el numeral 1º de la del a quo y absuelva a Ina María Briceño de Casas de todas las pretensiones que fueron deducidas en su contra; o en cuanto por sus numerales 1º y 2º condenó a mi procurada a pagar a los demandantes pensión de jubilación y salarios caídos, para que, en su defecto, como fallador de instancia confirme el numeral 2º de la sentencia de primer grado: o, por último, en cuanto por su numeral 2º condenó a mi representada a pagar indemnización por mora, para que, en sede de instancia, confirme la ab-

solución que por este concepto impartió el a quo; en cualquier caso, proveyendo sobre costas como es de rigor".

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente presenta tres cargos que se estudiarán en su orden.

Cargo primero

"Acuso la sentencia impugnada de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 186, 189 (14 del Decreto 2351 de 1965), 192 (8º del Decreto 617 de 1954), 249, 253 (17 del Decreto 2351 de 1965), 260, 275 (como quedó sucesivamente modificado por los artículos 12 de la Ley 171 de 1961, 1º de la Ley 5ª de 1969, 15 del Decreto 435 de 1971, 10 de la Ley 10 de 1972 y 1º, parágrafo 2º, de la Ley 33 de 1973), 306, 488 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La violación de estas normas se produjo como resultado del error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador al dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo que vinculó a Ramón García Ochoa con mi procurada no terminó el 3 de octubre de 1953 sino el 26 de octubre de 1970. Este error, a su turno, es el producto de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas: de la demanda inicial del juicio (fls. 12 a 19); de los contratos de folios 23 y 24 y 26 y 27; del documento de folio 29; de los interrogatorios absueltos por los demandantes que obran de folios 45 a 50; de la diligencia de inspección judicial de folios 84 a 88, y de los testimonios de Francisco Neira (fls. 55 y 53), Edmundo Fernández (fls. 68 y 69), Alberto Flórez (fls. 69 y 70) y Norberto Rodríguez (fls. 70 a 72). El documento de folio 29 demuestra, contra lo afirmado por el ad quem, que Ramón García estuvo vinculado a mi procurada por un contrato de trabajo cuya fecha de iniciación se ignora y que terminó el 3 de octubre de 1953. Después de esta fecha, y con certeza desde 1959, las relaciones entre Ramón García Ochoa y mi asistida estuvieron regidas, hasta la muerte de aquél, por contratos de arrendamiento de inquilinatos de propiedad de ésta, que le permitieron vivir con las comisiones del recaudo de arriendos, contratos similares a los de folios 23 y 24 y 26 y 27, según lo confiesa el parágrafo del punto 5º de la demanda y se ve, además, sin dificultad, de las referencias que tales contratos hacen a anteriores situaciones análogas y de los resultados de la inspección judicial. Es que aquella confesión y esta inspección muestran a Ramón García Ochoa, desde 1959, como arrendatario de mi patrocinada, recibiendo el pago de unos porcentajes por recaudo de arrendamientos, pero no como trabajador de la construcción a su servicio, ni con ninguna clase de vinculación contractual laboral para con ella, que no puede surgir, por sí sola, del recibo de los mencionados porcentajes dentro de las circunstancias que confiesa el parágrafo destacado. A esta afirmación no se opone, como erradamente lo sostiene el fallador, ninguno de los tres primeros testimonios que él aduce en apoyo de su conclusión, ni siquiera cuando responden a una pregunta que claramente insinúa la contestación. En efecto, aún en tales casos, estos declarantes no precisan el tiempo durante el cual Ramón García Ochoa trabajó para cada una de las personas que reputan haber sido sucesivamente sus patronos y si afirman 15 ó 20 años de servicios en tales condiciones, que comenzaron en 1930 ó 1933, y terminaron con mi acudida como último de tales patronos, ello coincide exactamente con la fecha de terminación del vínculo laboral que señala el documento de folio 29 y con la circunstancia, que recoge la inspección judicial, de que Ramón García Ochoa no figura como trabajador de la construcción, al servicio de mi patrocinada, con posterioridad a esa fecha. Y el último, el rendido por Norberto Rodríguez, que asevera que Ramón García Ochoa trabajó hasta su fallecimiento para mi asistida, fue descalificado en parte por el propio ad quem —que acepta tales servicios sólo hasta 1970— y rebatido a plenitud por los resultados de la inspección judicial y por el texto del documento de que se acaba de hacer mérito. Y menos puede oponerse a lo antes afirmado, lo que manifiestan en su propio provecho los demandantes al responder los interrogatorios a que fueron sometidos, y que el ad quem, con crasa equivocación, asimila a confesión".

Para el opositor el Tribunal Superior tuvo en cuenta básicamente los testimonios de Edmundo Fernández Ramírez, Alberto

Flórez y Norberto Rodríguez García, quienes están de acuerdo en que Ramón García Ochoa prestó sus servicios sucesivamente a Julio Briceño, Blanca E. Piñeros c Ina María Briceño de Casas, o sea que demuestran la existencia de los requisitos consagrados en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo. Agrega que si el recurrente considera que las relaciones entre Ramón García Ochoa y la demandada desde el 3 de octubre de 1953 se regían por contratos de arrendamiento, ha debido citar como normas indebidamente aplicadas los artículos 67 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo, y que la afirmación de que Ramón García Ochoa trabajó mediante el cobro de arrendamientos, no tiene asidero probatorio, porque de los documentos de folios 29 y 30 de la inspección judicial y de las declaraciones de renta de la demandada se establece la vinculación laboral desde el año de 1930 hasta el 27 de octubre de 1970. Por último dice que el testimonio de Francisco Neira no fue apreciado, por lo cual el cargo está mal planteado al afirmarse que lo fue con error.

Se considera

En el documento de folio 29 el señor Ramón García Ochoa declara, "como administrador de varios trabajos de propiedad de la señora Blanca E. Piñeros H. y la señorita Ina María Briceño", que se retira en unión de otros trabajadores, por terminación de los trabajos, y que le han sido cubiertas todas las prestaciones sociales. Está fechado en octubre 3 de 1953. Aun dando por cierta la fecha a pesar de que antes ningún funcionario tomó nota del mismo, antes de haber sido presentado al proceso por la demandada, por sí solo no demuestra dicho documento que no es cierto que García Ochoa hubiera prestado sus servicios personales a la demandada durante el lapso que encontró acreditado el Tribunal con base en otras pruebas.

Los documentos de folios 23 y 24 y 26 y 27 son copias de los contratos de arrendamiento celebrados el veintisiete de octubre de mil novecientos setenta entre Ina María Briceño de Casas, por una parte, y Ramón García O. y Cristina Contreras de García, por otra, cada uno sobre inmuebles diferentes. Estos contratos no demuestran por sí solos que con anterioridad a los mismos Ramón García Ochoa no prestó servicios personales a la demandada.

El hecho cinco (5) de la demanda con que se inició el juicio dice:

"El tiempo de trabajo servido por don Ramón García Ochoa abarca el lapso comprendido entre el mes de julio de 1925 hasta el 25 de octubre de 1970 es decir, 543 meses. Parágrafo. El 26 de octubre de 1970, la señora Ina María Briceño de Casas resolvió cambiarle a García su condición de trabajador y darle en arrendamiento una de sus múltiples edificaciones para inquilinato, a fin de que viviera con las comisiones del recaudo de arriendos. "De este hecho se deduce que el contrato de trabajo entre García Ochoa y la demandada terminó el 26 de octubre de 1970, pero no se desprende que no hubiese existido contrato de trabajo entre ellos con anterioridad a esa fecha, ni aun relacionándolo con los documentos de folios 23 y 24 y 26 y 27, que acreditan, que, como se firma en la demanda, a partir del 27 de octubre de 1970 se celebró un contrato de arrendamiento entre Ina Briceño de Casas y Ramón García Ochoa.

En la inspección ocular se tomó nota de los pagos cruzados entre Ramón García Ochoa e Ina María Briceño de Casas, tal como consta en las declaraciones de renta de los años de 1959 a 1965. Allí aparecen sumas pagadas por Ramón García Ochoa a la demandada, por concepto de arrendamiento, y cantidades pagadas por Ina María Briceño de Casas a García Ochoa por concepto de porcentaje que devengó por recaudo de arrendamiento. De estas declaraciones de renta surge la existencia de contratos de arrendamiento entre García y la señora de Casas, y la prestación de servicios del primero a la segunda, conclusión esta última que confirma la existencia de un vínculo laboral, que no la desvirtúa la circunstancia de que por el mismo período García y la demandada hubiesen estado vinculados por un contrato de arrendamiento, pues éste no excluye necesariamente la posibilidad de que se configure un contrato de trabajo con base en la prestación de servicios personales del arrendatario para el arrendador, situación que no origina incompatibilidad alguna.

Cuanto a la censura por la apreciación

errónea de los interrogatorios a que fueron sometidos los demandantes el recurrente se limita a decir que con "craso equivocación" el ad quem asimila a confesión, lo manifestado por éstos en su propio provecho, sin que determine cuáles son esos hechos favorables tomados como confesión, quedando la Corte sin derrotero que le permita llegar previo su análisis a la conclusión de que se produjo una errónea apreciación de la prueba.

No surgiendo con evidencia de las pruebas contempladas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 error de hecho, la Corte se encuentra impedida para estudiar si éste se produjo a través de la apreciación errónea de la testimonial, que se encuentra excluida entre las relacionadas en dicha disposición que por su apreciación errónea o falta de apreciación origina el error de hecho en casación laboral.

No habiéndose demostrado la existencia con características de evidente del error de hecho que se le atribuye al fallo recurrido, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Acuso la providencia gravada de haber violado indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 260, 275 (como quedó sucesivamente modificado por los artículos 12 de la Ley 171 de 1961, 1º de la Ley 5ª de 1969, 15 del Decreto 435 de 1971, 10 de la Ley 10 de 1972 y 1º, parágrafo 2º de la Ley 33 de 1973), 67, 69 y 194 (15 del Decreto 2351 de 1965) del Código Sustantivo del Trabajo, 1º, 2º, 101, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970, 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 y 265 del Código de Procedimiento Civil. Tal violación se produjo a consecuencia de la comisión por el ad quem de dos errores evidentes de hecho: a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que Ramón García Ochoa estuvo vinculado por un solo contrato de trabajo, que se extendió desde 1930 hasta 1970, primero con Julio Briceño, luego con Blanca Piñeros y, por último, con Ina María Briceño de Casas; y b) Haber dado por establecido, sin estarlo, que los inmuebles de propiedad de mi procurada, en que Ramón García Ochoa le prestó a ella sus servicios mediante contrato de trabajo, fueron los mismos en que pudo habérselos prestado, antes del 3 de octubre de 1953, a Blanca E. Piñeros y Julio Briceño; y de un grave error de derecho: haber dado por probado, sin estarlo, Ina María Briceño de Casas es hija de Julio Briceño y Blanca E. Piñeros. Estos errores de hecho y de derecho fueron, a su vez, el producto de la equivocada apreciación de los siguientes medios de prueba: del certificado de folios 10 a 11; de los contratos de folios 23 y 24 y 26 y 27; de los documentos de folios 29 y 30; de los interrogatorios absueltos por los demandantes que obran de folios 45 a 50; del avalúo pericial de folio 61; de la diligencia de inspección judicial de folios 84 a 88, y de los testimonios de Francisco Neira (fls. 55 y 56), Edmundo Fernández (fls. 68 y 69), Alberto Flórez (fls. 69 y 70) y Norberto Rodríguez (fls. 70 a 72). Contra lo afirmado por el sentenciador, el documento de folio 30 demuestra que el contrato de trabajo que vinculó a Ramón García Ochoa con Blanca E. Piñeros y que terminó el 9 de agosto de 1953, fue distinto del que pudo haber vinculado a dicho señor, anteriormente, con Julio Briceño. Y el de folio 29, que el que ligó a Ramón García Ochoa con Blanca E. Piñeros e Ina María Briceño, y que terminó el 3 de octubre del mismo año, no sólo fue distinto del que pudo haberlo ligado antes con Julio Briceño, sino también del ya ameritado que lo unió con Blanca E. Piñeros. Esto no aparece contradicho, en manera alguna —al revés de lo que a sus respectos opina el ad quem— por los testimonios de que hace mérito, que si bien informan de servicios prestados por Ramón García Ochoa a Julio Briceño, a Blanca E. Piñeros y a mi procurada, no los aseveran ininterrumpidos ni menos ejecutados bajo una sola vinculación; ni tampoco, obviamente, por lo afirmado en su propio beneficio por los demandantes que el ad quem tomó con valor de confesión. De otra parte, ni el certificado de folios 10 y 11 ni el avalúo pericial de folio 61 comprueban que los inmuebles de propiedad de mi patrocinada, en algunos de los cuales prestó servicios como trabajador de la construcción Ramón García Ochoa, hubieran sido primero de Julio Bri-

ceño y luego de Blanca E. Piñeros. Y la inspección judicial, que tan solo indica que Blanca E. Piñeros e Ina María Briceño eran propietarias de inmuebles diferentes entre 1959 y 1965, por los cuales aparecen pagando diversas sumas por reparaciones locativas a personas distintas de Ramón García Ochoa y percibiendo de éste, arrendamientos también diferentes, tampoco establece que tales inmuebles hubieran pertenecido con anterioridad a Julio Briceño. Y menos los testimonios ya aludidos —desde luego que ninguno de ellos menciona este aspecto de modo específico— o las dichas manifestaciones de los demandantes, en su propio beneficio, que el fallador confundió con confesiones. Por último, con la advertencia de que el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 sólo limita el error de hecho como motivo de casación laboral, ocurre que el ad quem dio por acreditado que mi patrocinada es hija de Julio Briceño y de Blanca E. Piñeros con unos medios probatorios distintos de los solemnes exigidos por la ley, como lo fueron las declaraciones de que se ha hecho mérito, los propios dichos de los demandantes y —cosa curiosa— una reminiscencia del fallador acerca de otro proceso. Si no hubo, pues, sustitución de patronos, ni servicios por veinte o más años en una misma unidad de explotación económica, pero, ni siquiera familiar, mal pudo haber nacido para Ramón García Ochoa el derecho a una pensión plena de jubilación transmisible por sustitución a los demandantes en este juicio, ni a prestaciones distintas de las que él declaró haber recibido en los documentos de folios 28 y 30".

Para el opositor no se configuran los errores de hecho por cuanto las pruebas fueron apreciadas correctamente. En relación con el error de derecho anota que el recurrente ha debido citar como violado el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y al no hacerlo así la proposición jurídica es incompleta. Estima además que la circunstancia de si la demandada fue hija o no de Julio Briceño no tiene relevancia en el pleito, porque ese hecho no se afirmó en la demanda como presupuesto básico de la acción, sino el de la sustitución patronal.

Se considera

El documento de folio 29 es una constancia firmada por Ramón García Ochoa de que se retira en unión de otros trabajadores por la terminación de los trabajos de propiedad de la señora Blanca E. Piñeros H. y la señorita Ina María Briceño P. y que le fue cubierto el valor de todas las prestaciones sociales, fechada el 3 de octubre de 1953. El documento de folio 30 es una constancia firmada por Ramón García O. y otros, en la cual declaran que se retiran en forma voluntaria del servicio de la señora Blanca Emma Piñeros Herrera y que se les han cubierto las cantidades que les corresponden por prestaciones sociales; está fechado el nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y tres.

De los documentos mencionados no surge necesariamente que el contrato de trabajo que celebró Ramón García Ochoa con Blanca E. Piñeros fue distinto del que pudo haber vinculado anteriormente a García con Julio Briceño ni que del que vinculó al mismo con Blanca E. Piñeros e Ina María Briceño, ni que éste fuese distinto al que pudo ligarlo con Julio Briceño y con Blanca E. Piñeros, por cuanto no acreditan cuándo comenzó cada uno de los contratos que se dieron por terminados el 9 de agosto de 1953 y el 30 de octubre del mismo año. Ni se oponen las pruebas que se analizan a la conclusión del Tribunal Superior de que García Ochoa prestó servicios personalmente en forma sucesiva a Julio Briceño, Blanca E. Piñeros e Ina María Briceño, fundamentada en otras pruebas del proceso.

Cuanto a la censura que hace el recurrente sobre la apreciación del certificado que obra a folios 10 y 11 y del avalúo que se encuentra a folio 61 el Tribunal Superior únicamente los apreció para dar por demostrado con ellos que los bienes de propiedad de la demandada tenía un valor de $ 3.520.000.00. Por tanto no pudo incurrir, a través de la apreciación errónea de esas pruebas, en el error de hecho que se le atribuye de haber dado por demostrado que los inmuebles relacionados en el certificado fueron antes de propiedad de Blanca E. Piñeros y de Julio Briceño.

Es curioso y extraño que el fallador de segunda instancia hubiere tenido en cuen-

ta una prueba que no obraba en el proceso y de la cual tuvo conocimiento al decidir un juicio diferente. Pero si dedujo de esa prueba al "recordada" en el actual litigio que Ina María Briceño de Casas es hija de Blanca Piñeros Herrera, tal error de derecho no sería suficiente para casar la sentencia recurrida, porque a la señora Ina María Briceño de Casas no se la legitima pasivamente por tener la calidad de heredera, sino en su carácter de patrona sustituta.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Acuso violación indirecta, por aplicación indebida, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, originada en el error evidente de hecho en que incurrió el ad quem al dar por establecido, sin estarlo, que mi patrocinada actuó de mala fe al negar la existencia del contrato de trabajo con Ramón García Ochoa tal como fue planteada en la demanda inicial del pleito. A este error llegó el sentenciador por la apreciación equivocada de la demanda (fls. 12 a 19) y de su contestación (fls. 31 y 32); del certificado de folios 10 a 11; de los contratos de folios 23 y 24 y 26 y 27; de los documentos de folios 29 y 30; de los interrogatorios absueltos por los demandantes que obran de folios 45 a 50; del avalúo pericial de folio 61; de la diligencia de inspección judicial de folios 84 a 88 y de los testimonios de Francisco Neira (fls. 55 y 56). Edmundo Fernández (fls. 68 y 69), Alberto Flórez (fls. 69 y 70) y Norberto Rodríguez (fls. 70 a 72). Mi patrocinada, al responder la demanda, negó con toda la razón que Ramón García Ochoa hubiera ejecutado un solo contrato de trabajo desde 1925 hasta 1970. Y negó, así mismo con toda razón, que las relaciones de ella con dicho señor, de 1953 en adelante, hubieran sido de carácter laboral. Es que, en cuanto a lo primero, conforme se dejó demostrado en los cargos anteriores, a los que remito en lo pertinente, no resulta cierto que hubiera habido sustituciones patronales entre Julio Briceño y Blanca E. Piñeros, primero, y entre esta señora e Ina María Briceño de Casas, después; ni que los servicios que pudo prestar Ramón García Ochoa a los dos primeros lo hubieran sido en inmuebles actualmente de propiedad de esta última; ni que Julio Briceño y Blanca E. Piñeros hubieran sido antepasados de mi procurada. Y si bien resulta verdadero, en cuanto a lo segundo, que entre Ramón García Ochoa y mi acudida existió un contrato de trabajo, desde una fecha desconocida hasta el 3 de octubre de 1953, por el cual se le cancelaron las prestaciones a que se hizo acreedor, también lo es que desde entonces para adelante —que no apenas a partir de 1970— las relaciones entre ellos dejaron de ser de carácter contractual laboral, pues que aquél se convirtió en arrendatario de inquilinatos de propiedad de ésta, 'a fin de que viviera con las comisiones del recaudo de arriendos', como se dice en el parágrafo del hecho 5º de la demanda. Empero, si dichos cargos así no lo demostraran, por lo menos lo alegado en ellos acreditaría que la conducta de mi asistida, ante el juicio que se le promovió fue desde el principio será y estuvo apoyada en razones sólidas que la colocan en circunstancias de absoluta buena fe".

Para el opositor el Tribunal determinó en el fallo impugnado con base en el acervo probatorio, la inexistencia de una sola relación laboral mediante la sustitución de patronos, por un período entre 1930 y el 26 de octubre de 1970, descartando la posibilidad de un contrato de arrendamiento entre Ramón García Ochoa e Ina María Briceño de Casas. Encuentra, por otra parte, que lo realmente demostrado en el proceso es la mala fe patronal, como lo manifestó el Tribunal al estudiar lo referente a la sanción moratoria, cuando dijo:

"El séptimo pedimento persigue sanción por mora en el pago de las acreencias laborales. El señor juez absolvió de lo acá demandado argumentando que se había discutido de buena fe la existencia del contrato de trabajo y que el juzgado después de un largo esfuerzo había llegado a la conclusión de su existencia. Que siendo así, no era justo ni legal la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El razonamiento del juez es respetable pero no lo comparte la Sala. No lo comparte porque si la misma demandada acompaña a los autos los finiquitos dados por el causante Ramón García Ochoa en donde consta la existencia de un contrato de trabajo con sus an-

tepasados, el cual originó el pago de prestaciones sociales; si los dichos de los deponentes traídos al proceso hablan en forma reiterada y siempre acordes en circunstancias de tiempo, lugar y modo de ese vínculo contractual y si la misma señora Ina María Briceño de Casas registra en sus declaraciones de renta al citado García Ochoa como la persona encargada de administrarle los bienes, cobrarle los arriendos y hacerle la reparación de los inmuebles, cómo puede decirse con validez procesal que existe duda sobre el contrato laboral y que se ha discutido de buena fe su perfeccionamiento? Sostener la tesis contraria a la realidad procesal es cerrar los ojos y querer defender lo indefinible. Por las razones anotadas la corporación considera que acá es aplicable la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón de que al demandante no se le concedió en vida el valor de sus prestaciones, a pesar de un intento conciliatorio, como consta de la carta de folio 5, hasta el punto que una vez fallecido el señor García, fue necesario que sus herederos con su viuda a la cabeza, intentaran esta acción. En este orden de ideas, la Sala revoca la absolución del señor juez y condena a la demandada a cubrir salarios de mora de $ 21.00 diarios, desde el 26 de octubre de 1970, hasta cuando se cubran los valores a que se contraen las condenas de esta sentencia".

Se considera

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que cuando el patrono discute con razones valederas la existencia del contrato de trabajo o las pretensiones del trabajador y por eso no paga o consigna lo que posteriormente en el juicio se le reclama, queda exonerado de la sanción por mora. Esta jurisprudencia es válida precisamente para aquellos casos en los cuales, a pesar de haberse opuesto de buena fe el patrono al reconocimiento de los derechos el fallador de instancia encuentra demostrado los hechos que configuran el contrato de trabajo y las pretensiones del trabajador.

En el caso en estudio, como lo observa el recurrente, la demandada discutió con razones atendibles la existencia de una relación de trabajo entre ella y el señor García Ochoa por ciertos períodos, para lo cual acompañó algunos documentos que lejos de demostrar mala fe dan respaldo a su afirmación de que el contrato de trabajo con García Ochoa terminó en 1953. Además, bien podía ignorar, o tener dudas, sobre el vínculo que existió entre sus antecesores jurídicos y el mismo García Ochoa con anterioridad al contrato que rigió las relaciones laborales que estimó habían vencido en 1953.

Si con base en otras pruebas del proceso el Tribunal Superior dentro de la amplitud de que goza para apreciarlas encontró demostrado una vinculación laboral desde 1938 entre García Ochoa y Julio Briceño, Blanca Piñeros y la demandada, en forma sucesiva y continua, no por eso se desvirtúa la buena fe de la misma, como lo ha dicho la jurisprudencia.

Habiéndose demostrado que el Tribunal Superior incurrió en error manifiesto de hecho al dar por establecido que la demandada actuó de mala fe al negar la existencia del contrato de trabajo celebrado con García Ochoa y ejecutado dentro del período señalado en la demanda, prospera el cargo y la sentencia acusada se casará en cuanto condenó a la demandada a pagar a los demandantes la indemnización por mora, y en la decisión de instancia, para cuyas consideraciones sirven las que motivaron la prosperidad del cargo, se la absolverá de dicha petición.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada el veinte de agosto de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en cuanto en su ordinal segundo condenó a la señora Ina María Briceño de Casas a cubrir a los demandantes como sanción moratoria por el no pago de las acreencias laborales, veintiún pesos ($ 21.00) diarios desde el veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y hasta cuando se cancele la totalidad de las condenas impuestas, y en sede de instancia CONFIRMA el ordinal 2º del fallo de primer grado en cuanto absuelve a la demandada de la petición por indemnización moratoria.

Sin costas en el recurso.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



EL ARTICULO 59, ORDINAL 1º DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO PROHIBE A LOS PATRONOS "DEDUCIR, RETENER O COMPENSAR SUMA ALGUNA DEL MONTO DE LOS SALARIOS Y PRESTACIONES EN DINERO QUE CORRESPONDA A LOS TRABAJADORES, SIN AUTORIZACION PREVIA ESCRITA POR ESTOS, PARA CADA CASO, O SIN MANDAMIENTO JUDICIAL", CON EXCEPCION DE LOS CASOS CONTEMPLADOS EN LOS NUMERALES a), b) y c) DE LA MENCIONADA NORMA

Buena fe patronal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto diez y nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta Nº 30.

Se trata de resolver el recurso de casación interpuesto por Gercol Comercial Limitada contra la sentencia de 30 de octubre de 1975, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de trabajo instaurado por el señor Jaime Rodríguez García por intermedio de apoderado judicial, contra dicha sociedad y que fue resuelto en primera instancia por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

El demandante en el libelo de su demanda afirmó haber prestado sus servicios personales a la demandada mediante contrato de trabajo, desde el 7 de febrero de 1968 hasta el 15 de abril de 1973 en que por mutuo acuerdo fue terminado, devengando una remuneración mensual de $ 2.853.03, con base en la cual se le liquidaron sus prestaciones sociales, pero después de haber transcurrido un mes de la fecha del retiro, y que sin existir autorización expresa escrita del trabajador la sociedad le retuvo de ellas la suma de $ 2.931.80, expresando como razón para tal acto la depreciación de algunos enseres de uso del trabajador y de propiedad de aquélla y que estimó en $ 1.046.00, haciéndole igualmente aceptar letras por valor de $ 1.855.80, suma que en concepto del patrón le adeudaba por haberle cancelado a la empresa algunas mercancías con cheques sin fondos, cantidad esta que igualmente le descontaron de sus prestaciones, cancelándole, por concepto de éstas $ 14.239.74 y no $ 17.171.54 que era lo que legalmente le correspondía.

Fundándose el demandante en los hechos anteriores pidió se condenara a la demandada a pagarle los reajustes de cesantía y vacaciones indebidamente retenidos, el valor de la indemnización moratoria y las costas del proceso.

La demandada oportunamente por intermedio de apoderado constituido al efecto dio respuesta a la demanda aceptando los cuatro primeros hechos, negando los restantes, oponiéndose a las pretensiones del actor, proponiendo las excepciones del pago, carencia de acción, declinatoria de jurisdicción e inexistencia de la obligación, y en la primera audiencia de trámite la de compensación.

Finalizada la primera instancia el juez de conocimiento decidió la controversia mediante sentencia de 17 de julio de 1975, en cuya parte resolutiva dijo:

"Primero. DECLARAR PROBADA la excepción de COMPENSACION, propuesta por la parte demandada, hasta la cantidad

de DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($ 2.931.80) moneda corriente, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Como consecuencia de lo anterior, **Segundo.** ABSTENERSE de estudiar las peticiones primera y segunda de la demanda, igualmente, de conformidad con la parte motiva de este proveído. **Tercero.** ABSOLVER a la EMPRESA GERCOL COMERCIAL LIMITADA, de todos y cada uno de los cargos que le fueron formulados en la demanda por el señor JAIME RODRIGUEZ GARCIA de condiciones civiles conocidas en autos. **Cuarto.** CONSULTAR esta providencia si no fuere apelada".

Apelada la anterior providencia por el demandante ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste dictó sentencia en octubre 30 de 1975, cuya parte resolutiva reza:

"**Primero.** REVOCASE la sentencia apelada, así: a) Declárase no probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada y en su lugar CONDENASE a la EMPRESA GERCOL COMERCIAL LIMITADA, a pagar a favor del señor JAIME RODRIGUEZ GARCIA la cantidad de $ 2.931.80, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia: b) CONDENASE a la Empresa GERCOL COMERCIAL LIMITADA, legalmente representada, a pagar a favor del señor JAIME RODRIGUEZ GARCIA, de condiciones civiles conocidas de autos, a título de indemnización moratoria, la suma de NOVENTA Y CINCO PESOS CON 10/100 M/L. ($ 95.10) DIARIOS, a partir del 16 de abril de 1973, hasta cuando se le cancele el valor de las prestaciones sociales adeudadas, como lo expresa la parte considerativa de este fallo: c) ABSUELVESE a la demandada de las restantes súplicas de la demanda. **Segundo.** Costas de la primera instancia a cargo de la parte demandada. Sin costas en esta instancia".

La demandada recurrió entonces oportunamente en casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la cual fue replicada dentro del término legal por su contraparte, demanda que fija el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"Con el presente recurso de casación se pretende que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— CASE PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia proferida en el presente juicio, en los numerales primero, literales a) y b) y segundo de su parte resolutiva, en cuanto por ellos se REVOCO la sentencia del a quo, se declaró no probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada: se CONDENO a ésta a pagar al actor la cantidad de $ 2.931.80 M/cte., conforme a la parte motiva y $ 95.10 M/cte., diarios a partir del 16 de abril de 1973, hasta cuando se cancelen las prestaciones sociales adeudadas, a título de indemnización moratoria; y se DISPUSO que las costas de la primera instancia correrían a cargo de la parte demandada. Una vez constituida la honorable Corte en sede de instancia, se servirá CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Noveno Laboral de Bogotá e imponer la condena en costas a cargo del demandante".

En busca de este fin formula los tres cargos que se estudian en el orden de su presentación.

Primer cargo

Fue formulado así: "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, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la interpretación errónea de los artículos 59 ordinal 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1714, 1751 y 1716 del Código Civil, infracción que condujo a la violación consecuencial por indebida aplicación, de los artículos 186 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 306 del mismo código, 249 y 253 del mismo código, modificado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, y 65 del mismo código. La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma directa independientemente de las pruebas que obran en el expediente".

En demostración del cargo el recurrente expresa: "Después de afirmar que los extremos de la relación contractual se encuentran probados con las respuestas da-

das por la demandada a los hechos 1º, 2º y 3º del libelo, el ad quem con apoyo en antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo —sentencia de 11 de mayo de 1954— procede a señalar que en materia laboral la compensación no opera por el solo ministerio de la ley, pues tal medio extintivo de las obligaciones requiere autorización previa y escrita del trabajador o mandamiento judicial, según las voces del artículo 59 1º) del estatuto laboral, que en esto se aparta del artículo 1715 del Código Civil. Observa el sentenciador que en los autos no aparece prueba alguna mediante la cual el actor hubiera autorizado a su patrono para que éste le dedujera o compensara la suma de $ 2.931.80 M/cte., pues de las respuestas dadas por el representante legal de la sociedad demandada se establece claramente que el trabajador únicamente recibió la cantidad de catorce mil doscientos treinta y nueve pesos con 71/100 ($ 14.239.71) M/cte., por manera que la diferencia arriba anotada le fue retenida o compensada con simple autorización verbal del señor Jaime Rodríguez, pretermitiéndose en esta forma la formalidad escrita exigida por la regla 1ª del artículo 59, prueba ésta que no puede sustituirse por otras, 'como el asentimiento verbal del interesado'. Continúa el Tribunal indicando que la compensación civil se produce por el solo ministerio de la ley, aun sin conocimiento del demandado, lo que no ocurre en el derecho del trabajo, en el cual la citada figura jurídica está prohibida, con dos excepciones, el permiso anticipado, y escrito del trabajador y la existencia de mandamiento judicial. Sentada esta tesis concluye lo siguiente: 'Del examen del haz probatorio y especialmente de las respuestas dadas por el representante de la empresa demandada, se establece, sin lugar a dudas, que el demandante recibió la suma de $ 14.239.74 por concepto de prestaciones sociales y que mediante autorización verbal del trabajador se le compensó la cantidad de $ 2.931.80, compensación que se hizo en forma ilegal, por no mediar autorización escrita del interesado, ni haberse proferido mandamiento judicial, formalidades estas que el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, exige como requisitos especiales para que se estructure la compensación en derecho laboral. Como el trabajador se le retuvo la suma de $ 2.931.80 por concepto de sus prestaciones sociales, según liquidación que obra al folio 19, sin reunir los requisitos legales establecidos en el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, es obvio que debe revocarse la sentencia recurrida, que autoriza dicha compensación, sin que existiera autorización escrita del demandante para tal fin' (fls. 68 y 69). Finalmente, en cuanto a la letra de cambio que en fotocopia obra a folios 24 y 25, igualmente la descalifica por idéntica razón, no encontrando posibilidad de que ella respalde la excepción de compensación, por cuanto no se acreditó en el plenario que el actor hubiera autorizado por escrito que esa deuda se le compensara por el valor de sus prestaciones sociales. Al estudiar la súplica relativa a la indemnización moratoria, la Sala falladora sostiene que a la terminación del contrato de trabajo de Rodríguez García la demandada no le pagó a éste la totalidad de las prestaciones debidas, pues le retuvo $ 2.931.80, sin reunir los requisitos legales que establece el artículo 59, lo cual conlleva la fulminación de los salarios caídos conforme a la preceptiva del artículo 65 del Código del Trabajo. Fácilmente se observa que en la argumentación de la sentencia no se desconoce la existencia de la deuda a cargo del trabajador y a favor del patrono en la cuantía demandada de $ 2.931.80, ni tampoco la autorización que el primero dio al segundo para su retención y descuento, aunque en forma verbal, lo cual en su sentir la descalifica y la torna ilegal para estructurar la compensación, por omisión de la formalidad escrita que pregona el artículo 59 en su numeral 1º. Aceptando para efectos de este cargo los anteriores presupuestos fácticos, es ostensible el yerro hermenéutico del Tribunal, evidente desde que se apoya en jurisprudencia ya recogida por esa honorable Sala a partir de la sentencia del 10 de junio de 1965, con ponencia del honorable Magistrado doctor José Joaquín Rodríguez que modificó doctrinas anteriores, en la cual se dijo lo siguiente: 'No existe en la ley del trabajo compensación distinta de la civil (...). Son tres los sistemas de retención, deducción o compensación de deudas entre los sujetos de la relación de trabajo, a saber: le leen la orden previa escri-

ta del trabajador y el mandato judicial (...). Las normas prohibitivas de la compensación rigen durante la vigencia del contrato laboral; concluido éste aquella queda bajo las normas pertinentes del Código Civil (...). No son, pues, perpetuas o permanentes, las prohibiciones de la ley del trabajo, sino temporales, y, por consiguiente, no puede prolongarse su observancia más allá de la situación específica y concreta que quisieron contemplar; entender el privilegio de las prohibiciones con posterioridad a la expiración del contrato, se prestaría para cohonestar el incumplimiento de las obligaciones, finalidad que no puede atribuirse al legislador (...). No merecen reparos los fallos que admiten la compensación civil, si la deuda patronal es de dinero, líquida y exigible y a la vez tiene su origen en el contrato de trabajo, sin necesidad de orden previa escrita del trabajador ni mandamiento judicial distinto de la resolución judicial que declara probado en juicio este medio extintivo de las obligaciones...' (juicio de Néstor Trujillo Correa vs. Cooperativa de Empleados de TELECOM). Posteriormente ha sido reiterada la anterior jurisprudencia en varias sentencias, v. gr., 8 de julio de 1966, juicio de Nicolás Kyrkiris vs. Rafael Castelli y otros; 14 de diciembre de 1973, juicio de Alfredo Samper Salazar vs. Codep & Socorsa Ltda. y otras. Siendo equivocado el entendimiento que el ad quem dio a las normas del Código Laboral que se refieren a la compensación, resulta palmaria su infracción por el concepto de errónea interpretación, desde luego que el Tribunal no las concibió en su adecuado sentido y alcance, trazado por esa honorable corporación en cumplimiento de su misión unificadora de la jurisprudencia nacional. Dicho quebranto es patente pues la compensación alegada por la demandada desde la respuesta de la demanda está debidamente estructurada y ya se vio cómo no era necesaria la autorización previa escrita del trabajador, ni mandamiento judicial, en vista de que el contrato de trabajo ya había finalizado y por ende, eran aplicables las disposiciones civiles que le otorgan operancia a dicho medio extintivo de las obligaciones por el solo ministerio de la ley. La interpretación errónea apuntada repercutió en el quebranto consecuencial de las disposiciones consagratorias de los derechos prestacionales de cesantía, primas de servicio y compensación en dinero de vacaciones; así como de la indemnización moratoria, normas citadas al comienzo del cargo, pues la suma de $ 2.931.80, cuya compensación no aceptó el Tribunal, afectó para éste la liquidación final de prestaciones sociales y la mora en su pago, que en forma equivocada estimó el sentenciador estar adeudando el patrono al trabajador demandante, lo condujo a imponer a la demandada el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del estatuto sustantivo laboral, siendo esta condena improcedente por haberse extinguido las obligaciones principales de carácter salarial o prestacional. Procede por tanto la casación de la sentencia, para en su lugar, acceder a lo pedido en el alcance de la impugnación".

El opositor replica diciendo:

"En primer término ha de observarse, que la supuesta equivocación en la interpretación de las normas por parte del ad quem, no han sido concretadas por el recurrente ya que el distinguido censor, ha pretendido hacer depender el yerro en la interpretación de la ley sustancial, de la aplicación por el ad quem, de una u otra sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia. Esto es, que en su concepto, se incurre en la violación de la ley sustancial por errónea interpretación, cuando el fallador se aparta de una u otra jurisprudencia, independientemente de la concreción del ataque a la sentencia por la violación de la propia ley sustancial. En efecto, no expresa el acusador por qué los artículos 59 ordinal 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, referentes a la prohibición de retención del salario y prestaciones, fueron mal interpretados en sí mismos por el ad quem. Sin relacionar dichas disposiciones con los artículos 113, 150, 151, 152 y 400 del Código Sustantivo del Trabajo, que contienen las excepciones al principio general de prohibición de deducción, retención o compensación de suma alguna del monto de los salarios y prestaciones que corresponda a los trabajadores, sin su autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial. Lo anterior significa que el censor, ha confundido la violación de la ley sustancial por la vía directa con la inaplicabilidad no de la ley,

sino de una sentencia que hace parte del acervo de la jurisprudencia nacional. Por lo consiguiente, desde este punto de vista, ha de declararse que el acusador en realidad no ha expresado las razones determinantes de la violación de la errónea interpretación de las disposiciones sustanciales, señaladas como violadas por tal concepto. Por el otro lado se tiene que, de conformidad con la sentencia de diez (10) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), 'las normas prohibitivas de la compensación rigen durante la vigencia del contrato laboral; concluido éste aquélla queda bajo las normas pertinentes del Código Civil... No merecen reparo los fallos que admiten la compensación civil, si la deuda patronal es de dinero, líquida y exigible y a la vez tiene su origen en el contrato de trabajo, sin necesidad de orden previa escrita del trabajador ni mandamiento judicial distinto de la resolución judicial que declara probado en juicio este medio extintivo de las obligaciones...' De acuerdo con el artículo 1715 del Código Civil a quien el censor, equivocadamente le señaló en el cargo el número 1751 del Código Civil, la compensación se opera desde el momento que las deudas de una y otra parte reunan las siguientes calidades: 1ª ... 2ª... 3ª. Que ambas sean actualmente exigibles. Se tiene de lo anterior, pues, que la compensación alegada por la demandada no se encuentra estructurada en consideración a que, no aparece en el plenario la prueba de que la supuesta deuda a cargo del trabajador, fuera exigible al momento en que se operó la retención de la suma que se afirmó fue indebidamente deducida de las prestaciones sociales, por el contrario, puede observarse que en el documento de folios 24 y 25 referentes a la letra de cambio, la obligación vencía o se hacía exigible el quince (15) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973), fecha posterior en la que se efectuaron las retenciones. Significa lo anterior, que no habiéndose estructurado los supuestos de hecho o las calidades estructurales de la figura jurídica de la compensación, resulta que la sentencia acusada no es violatoria de los artículos 59 ordinal 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil, ya que, no habiéndose configurado la compensación civil, aparece insoluta la obligación de la empresa para con el demandante, de pagarle las sumas de dinero ilegalmente retenidas. Conclúyese, como consecuencia, que al haberse interpretado correctamente las disposiciones sustanciales antes señaladas los artículos señalados en el cargo como indebidamente aplicados, lo fueron por el contrario correctamente aplicados por el ad quem especialmente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por no habérsele pagado al trabajador a la terminación del contrato la totalidad de sus prestaciones sociales. Por todo lo cual, el cargo no debe prosperar".

Se considera

El recurrente acusa la sentencia por interpretación errónea de los artículos 59 ordinal 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, fundándose en que no es necesaria la autorización por escrito del trabajador para que se opere la compensación y que el fallador de segunda instancia ha debido reconocer su procedencia entre la suma de $ 2.931.80 que el trabajador adeudaba a la empresa a la fecha de su retiro y la cantidad equivalente deducida de lo que ésta le pagó por concepto de sus prestaciones sociales.

La Sala considera que el artículo 59 ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo prohibe a los patronos "deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita por éstos, para cada caso, o sin mandamiento judicial", con excepción de los casos contemplados en los numerales a), b) y c) de la mencionada norma y que no es del caso entrar a estudiar en la presente sentencia por cuanto no viene a propósito de lo concretamente controvertido en este proceso. El artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo reitera la prohibición antes mencionada en los siguientes términos: "El patrono no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita, por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales herramien-

tas, o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el patrono, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos del salario, entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere el monto del salario del trabajador en tres meses".

Con fundamento en todo lo antes expuesto la Sala llega a la conclusión de que para poder efectuar legalmente la compensación de deudas de los sujetos del contrato de trabajo, como en el caso en estudio, es requisito legal la orden previa escrita dada por el Trabajador.

Con el mismo criterio anterior se pronunció esta Sección Segunda en el proceso de Juan Bautista Corredor contra Alberto Carreño Nivia, en providencia de noviembre 6 de 1975 en donde dijo: "El artículo 59, ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo les prohibe a los patronos deducir retener o compensar cualquier suma del salario o las prestaciones monetarias que le correspondan al trabajador sin autorización previa y escrita de éste para cada caso o sin mandamiento judicial. Sólo exceptúa de esta prohibición las tres hipótesis que menciona en sus literales a), b) y c) que no es pertinente analizar ahora. Y el artículo 149 del mismo código reitera esta prohibición en cuanto a los salarios e incluye de manera expresa dentro de los descuentos o compensaciones vedados al patrono los relativos a deudas del trabajador para con el empresario sus parientes o sus representantes. Es indispensable entonces que cuando se discuta en juicio sobre la legalidad o ilegalidad de retenciones, deducciones o compensaciones de esta índole y llegue el momento de dirimir el litigio, que el sentenciador examine si se ha demostrado la existencia del motivo legalmente admisible para hacerlas, y si se adujo o no la autorización previa y escrita del empleado o, a falta de ella, la obligación legal de retener impuesta al patrono el mandamiento judicial el permiso del inspector del trabajo o la orden de cooperativa regularmente establecida. Si no se acredita una causa legítima para la deducción, compensación o retención efectuadas por el patrono, o si no se comprueba que hubo autorización escrita y previa del trabajador para que fueran hechas o que se está en presencia de alguna circunstancia equivalente a ella, como las que acabaron de mencionarse, resulta indudable que el proceder del patrono fue ilegítimo y así debe declararlo el sentenciador, en acatamiento de lo estatuido por los artículos 59, ordinal 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo".

De conformidad con lo antes expuesto se concluye que la correcta interpretación de la norma acusada es que en situación como la presente, es necesario autorización previa por escrito dada por el trabajador al patrono para que tenga validez legal la compensación, tal como precisamente lo afirmó el ad quem, lo cual significa que éste sí interpretó correctamente su intención o espíritu claramente expresados en ella y en consecuencia el cargo no prospera.

Segundo cargo

Fue formulado así: "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, esto es, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de la interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 59 ordinal 1º del mismo código. La anterior violación se produjo en forma directa, independientemente de las cuestiones de hecho".

Para demostrar el cargo el recurrente afirma:

"Para condenar a la sociedad demandada al pago de la suma de $ 95.10 M/cte., diarios a partir del 16 de abril de 1973, por concepto de indemnización moratoria el ad quem aplica el artículo 65 del estatuto laboral en forma mecánica, pues en su sentir basta con haber deducido un saldo insoluto en favor del trabajador demandante y a cargo del patrono demandado en cuantía de $ 2.931.80 M/cte., para que au-

tomáticamente se genere la sanción mencionada, olvidando por completo que la jurisprudencia de esta honorable Sala ha recordado en repetidas ocasiones que el artículo 65 no se puede aplicar sin tener en cuenta los motivos de duda, las razones atendibles y la buena fe patronal respecto de la existencia y exigibilidad de la deuda laboral y su cuantía. Dice así el Tribunal: 'Con arreglo al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y teniendo en cuenta que a la terminación del contrato de trabajo, el patrono no pagó al trabajador las prestaciones sociales debidas, por haber retenido éste la suma de $ 2.931.80, sin reunir los requisitos legales que establece el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo es procedente condenar a la sociedad demandada al pago de los salarios caídos, en cuantía de $ 95.10 diarios —suma esta que resulta de dividir el salario mensual de $ 2.853.03 por 30— a partir del 16 de abril de 1973, hasta el día en que se haga el pago...'. (Fl. 69). Los anteriores razonamientos son precisamente los que ha descalificado esa honorable corporación, pues las mismas razones que pretende el juzgador para condenar al pago total o parcial de una acreencia laboral, no son suficientes para que consecuencialmente prospere la súplica de indemnización moratoria, que requiere algo más, esto es, examinar si se estructura la buena fe patronal pues lo contrario conduce a un entendimiento maquinal del artículo 65 rechazado tradicionalmente por las doctrinas de la sala de Casación Laboral. En reciente sentencia del 2 de julio de 1975 con ponencia del mismo honorable Magistrado que ahora conoce del presente litigio, tuvo oportunidad la Corte —frente a un caso similar— de hacer un recuento de las principales doctrinas jurisprudenciales que abonan la tesis expuesta anteriormente, a las cuales me remito, habiendo concluido la sentencia de casación en los siguientes términos: 'Resulta, en consecuencia, que el sentenciador interpretó erróneamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber prescindido del elemento buena o mala fe patronales para condenar a satisfacer la indemnización moratoria por el pago parcial de la prima de servicios, en razón de lo cual prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia en este punto, a fin de confirmar la Sala, como Tribunal de Instancia, la absolución proferida al respecto por el juez de primer grado' (juicio ordinario de Cecilia Flórez de Salcedo vs. Comunidad Religiosa 'Hijas de la Sabiduría')".

El opositor replicó afirmando:

"En el desarrollo del cargo, el acusador indica que las razones del ad quem, para la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, son idénticas a las que tuvo para la condenación al pago de las prestaciones adeudadas por razón de la retención de las mismas, con arreglo al artículo 59 ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo. Nada más alejado de la realidad. En efecto la razón que tuvo el ad quem para la imposición de la condena al pago de las prestaciones sociales, fue la retención indebida de éstas, ya que, como se ha explicado en la oposición el cargo anterior, no se operó, no podía operarse el fenómeno de la compensación al faltar el elemento de la exigibilidad de la presunta deuda a cargo del trabajador, elemento sin el cual, en los términos del artículo 1715 del Código Civil no era factible la estructuración de la compensación, como medio de extinción de las obligaciones. Siendo esto así, se tiene que, como la demandada no podía retener sumas de dinero del trabajador tal como lo hizo, necesariamente ostenta la calidad de deudora para con éste por el valor de esas prestaciones sin que, existieran razones que justificaran su retención. Era, por lo consiguiente, imprescindible que el ad quem le diera aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la disposición castiga la mora patronal en el pago de sueldos y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, en la forma en que incurrió la parte demandada. Así, pues, la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dimana de la violación del artículo 65 ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo por parte de la demandada, sin que se hubiera estructurado la pretendida compensación que justificara la retención de prestaciones, sin la autorización escrita del trabajador. Por lo tanto, el cargo desde este punto de vista tampoco está llamado a prosperar y así solicito que se declare".

Se considera

El ad quem en la parte motiva de su sentencia al tratar lo referente a la indemnización moratoria, cuya condena decretó, sostuvo: "Con arreglo al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y teniendo en cuenta que a la terminación del contrato de trabajo, el patrono no pagó al trabajador las prestaciones sociales debidas, por haberle retenido éste la suma de $ 2.931.86, sin reunir los requisitos legales que establece el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, es procedente condenar a la sociedad demandada al pago de los salarios caídos, en cuantía de $ 95.10 diarios suma ésta que resulta de dividir el salario mensual de $ 2.853.03 a partir del 18 de abril de 1973 hasta el día en que se haga el pago. Debe revocarse la sentencia de primera instancia que absolvió a la parte demandada del pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 atrás citado. No es procedente hacer el reajuste de cesantía y vacaciones, peticiones contenidas en la demanda, porque al condenar a la empresa al pago de la suma retenida ilegalmente por concepto de prestaciones sociales y a la indemnización moratoria, se incurriría en una doble condena, con violación del principio non bis in idem".

La Sala observa que el ad quem al proferir condena por concepto de indemnización moratoria y por aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no tuvo presente como aparece claramente del texto antes transcrito los motivos o razones que indujeron al patrono para deducir la suma de $ 2.931.86 de la cantidad de $ 17.171.54 que le correspondió al actor por concepto de prestaciones sociales, es decir, se pronunció sin consideración a la buena o mala fe patronal, actuando en forma automática o mecánica, o sea interpretando la norma erróneamente. En el anterior sentido la Corte, dictó sentencia en julio 2 de 1975 en el proceso de Cecilia Flórez de Salcedo contra "Hijas de la Sabiduría", cuando expresó: "El sentenciador dijo sobre el particular: 'INDEMNIZACION MORATORIA. Muy claramente lo establece el artículo 65, que si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, deberá pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. En el presente caso, ya se estudió suficientemente, el patrono, no canceló las sumas correspondientes a primas de servicio y por tanto se hizo acreedor a la sanción anotada anteriormente para el citado artículo. En tales condiciones deberá condenársele al pago de la indemnización a razón de $ 46.66 diarios, o sea, desde el 16 de octubre de 1968, y hasta la fecha en que le sea cancelada la prestación. Se revocará la decisión del juez de primera instancia y así constará en la parte resolutiva de esta providencia'. De la motivación transcrita aparece sin lugar a dudas que el juzgador no tuvo en cuenta si la demandada tuvo motivos atendibles para cancelar sólo media prima anual de servicios, es decir si actuó de buena fe o, al contrario, sin ella, al abstenerse de cubrirla íntegramente. La citada motivación consiste tan solo en que 'no canceló las sumas correspondientes a las primas de servicio y, por tanto, se hizo acreedor a la sanción anotada anteriormente por el citado artículo, lo que a las claras significa que aplicó automáticamente o mecánicamente esa disposición, sin examinar la conducta de la comunidad demandada, a fin de averiguar hasta dónde fue razonable su actitud a este respecto. En punto a la interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo esta Sala hizo un recuento de sus doctrinas sobre el particular en sentencia de 24 de julio de 1973, dentro del proceso seguido por Víctor M. Espinel Blanco contra la Universidad de Pamplona, de la que se copia lo que sigue: Es indudable que la sentencia acusada incurre en interpretación errónea al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al revocar la del juzgado de primera instancia alegando que se abstuvo de condenar al pago de indemnización moratoria por la demora de 65 días en cubrir las prestaciones sociales del actor, 'invocando la buena fe de que no habla en ninguna parte la citada disposición', porque la jurisprudencia de esta Sala y la anterior del Tribunal Supremo del Trabajo, sin vacilación y en forma reiterada y uniforme, ha hecho ver cómo,

tratándose de una pena o sanción, no es jurídicamente posible imponerle automáticamente prescindiendo de la buena fe o mala fe de la conducta del patrono frente a su trabajador".

En consecuencia de lo antes expuesto el cargo prospera.

Como con la prosperidad de este cargo se cumplen las aspiraciones del recurrente en cuanto al punto atacado es innecesario el estudio del tercero ya que persigue la misma finalidad.

Consideraciones de instancia

Corresponde determinar si la demandada actuó de buena o mala fe por el hecho que dice el recurrente de "haber deducido un saldo insoluto en favor del trabajador demandante y a cargo del patrono demandado en cuantía de $ 2.931.80", del monto de sus prestaciones al momento de su liquidación.

Respecto del origen de la obligación anterior en el proceso aparece probado por la propia confesión del actor, al dar respuesta a las preguntas 7, 8 y 9 del interrogatorio que absolvió, que se hizo cargo de pagar a la sociedad la suma de $ 1.400.00 "y pico de pesos" por deudas contraídas a favor de ella por la señora Alicia de Arias, y con el objeto de cubrirle a ésta el valor de la alimentación y alojamiento que de ella había recibido, para lo cual pagó a Gercol con dos cheques, "con fecha abierta", los cuales fueron devueltos por el banco por falta de fondos y que los había entregado para cancelarlos a tiempo de su liquidación, con el fin de evitar quedar mal después de 5 años y dos meses de servicios.

Igualmente confesó el demandante en el hecho VII de su demanda y aceptó la demandada al dar respuesta a la pregunta décima quinta del interrogatorio de parte, que por depreciación de algunos enseres de propiedad de la empresa le fue descontada la cantidad de $ 1.075.00.

De la confesión contenida en la pregunta séptima del interrogatorio formulado por el ex-trabajador a su ex-patrono aparece que aquél endosó en favor de éste el cheque por la suma de $ 2.931.80 que se le había entregado en pago de prestaciones, por lo cual la empresa podía considerar que no había una deducción indebida, sino un pago por parte del trabajador de una suma que de antemano le adeudaba.

Para la Sala son suficientes las anteriores circunstancias para acreditar que la sociedad demandada procedió de buena fe, por lo cual no había lugar a la condena por indemnización moratoria.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia acusada en cuanto condenó a la Empresa Gercol Comercial Ltda. al pago de la indemnización moratoria en el literal b) del punto primero de su parte resolutiva y en sede de instancia CONFIRMA la absolución que por el mismo concepto pronunció el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en su numeral 3º de su parte resolutiva, NO SE CASA EN LO DEMAS el fallo recurrido.

Sin costas en este recurso.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LOS DECRETOS-LEYES 1050 y 3130 DE 1968, DISTINGUEN DE MANERA MUY CLARA LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y UNOS Y OTRAS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto diez y nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5508. Acta Nº 30.

Sin oposición de la contraparte y dentro del juicio propuesto por Fernando Montes Hernández contra la "Compañía Colombiana de Astilleros Ltda. (Corastil)", esta última recurre en casación contra el fallo proferido el 10 de febrero de 1976 por el Tribunal Superior de Cartagena para dirimir el proceso en segunda instancia, manteniendo la condena a pagarle pensión de jubilación al señor Montes hecha contra la empresa por el Juez Cuarto Laboral de aquella ciudad.

Aspira Conastil con el recurso a que se deje sin efecto la decisión del Tribunal, se revoque la del juez y se la absuelva luego de las súplicas del libelo. Para ello formula en la demanda (fls. 10 a 13 de este cuaderno) un solo cargo que reza textualmente así:

"Acuso el fallo impugnado de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, en relación con los preceptos 5º ibidem, 5º, 6º y 8º del Decreto 1050 de 1968 y 2º y 3º del Decreto 3130 del mismo año.

"Tal infracción se produjo a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el ad quem al dar por demostrado, sin estarlo, que mi patrocinada es una entidad o sociedad comercial del Estado con la connotación de empresa industrial o comercial del Estado.

"Este error evidente de hecho, a su turno, fue el producto de su equivocada apreciación del certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena que obra a folios 21 a 24 del cuaderno de la segunda instancia.

"En efecto, este certificado sólo acredita que mi asistida 'es una sociedad de responsabilidad limitada de economía mixta del orden nacional', cuyos dos únicos socios son, con aportes iguales, el Instituto de Fomento Industrial y el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional, pero no que la escritura de su constitución le conceda 'autonomía administrativa y capital independiente' y exprese que 'está sujeta en su funcionamiento al régimen de derecho privado'. Es que, como ella no obra en el expediente, estas últimas conclusiones tuvo que haberlas deducido el ad quem del certificado en cuestión, a menos que hubiera creído —con error aún más lamentable— que tal escritura de constitución era el Decreto 2380 de 1968, por medio del cual se creó la 'Empresa de Astilleros y Servicios Navales de Colombia', ésta sí como empresa industrial y comercial del Estado, que nada tiene que ver, para los fines de este proceso, con la 'Compañía Colombia de Astilleros Ltda.', sociedad de economía mixta que en él se demanda.

"Ahora bien, si el 'Fondo Rotatorio de la Armada Nacional' debe ser, conforme al artículo 2º del Decreto 3130 de 1968, un establecimiento público, no hay duda, por otra parte que el 'Instituto de Fomento Industrial' es una sociedad de economía mixta como lo aclara el artículo 1º del Decreto 166 de 1969, en la cual se desconoce el monto del aporte del Estado.

"Así las cosas, del informativo no cabe establecer una participación de éste, en la sociedad de economía mixta que represento, igual o superior al 90% de su capital social, único evento en el cual el régimen laboral propio de sus servidores, que es el de los trabajadores particulares, podría mudarse al propio de los servidores de una empresa industrial y comercial del Estado, que es el de los trabajadores oficiales.

"Por consiguiente, no le era lícito al fallador acumular el tiempo servido por el actor a la sociedad de economía mixta que patrocino con el trabajado por él a los Ministerios de Obras Públicas y de Defensa Nacional, para los efectos de decretarle pensión de jubilación".

El Tribunal, a su vez, argumentó así sobre el tema controvertido:

"En cuanto a la excepción sustentada en que los documentos emanados de CONASTIL no han sido reconocidos por sus signatarios, ya que son documentos que, según el excepcionante emanan de una entidad comercial de carácter privado, cabe observar que CONASTIL no es una entidad de derecho privado sino una entidad comercial del Estado, como se comprueba con el certificado expedido —a petición de la Sala por la Cámara de Comercio de Cartagena, con fecha 17 de diciembre de 1975— por consiguiente, los documentos emanados de CONASTIL son expedidos por funcionarios públicos y hacen plena fé (sic) sin necesidad de reconocimiento —luego no prospera la excepción propuesta al respecto—.

"Más aún: si no existiera en el certificado aludido la expresión de que es una sociedad comercial del Estado, por que se dijo en la escritura de constitución de CONASTIL que se le concede (a esta entidad) 'autonomía administrativa y capital independiente' y que 'está sujeta en su funcionamiento al régimen del derecho privado'? Acaso una sociedad privada necesita de tales autorizaciones por decreto ejecutivo cuando la ley civil se las tiene reconocidas

"De otra parte, las equivocaciones en que pudo haber incurrido el a quo, en cuanto a las citas que hizo acerca del contenido de los certificados aportados al proceso, carecen de importancia en cuanto a la parte resolutiva del fallo recurrido, por que la suma de los lapsos servidos es correcta; y sea como aseador o como obrero del varadero, lo cierto es que sirvió a las tres entidades, (la Armada, Ministerio de Obras Públicas y CONASTIL), por el tiempo señalado en la sentencia y que es el que exige la ley para tener derecho a la jubilación (artículos 68 ss. Decreto 1848/69).

"Antes de terminar esta motivación, conviene hacer la siguiente observación: En su escrito dirigido a la Sala, el doctor Miguel Henríquez Castañeda dice: 'No aparece en el proceso la prueba de que CONASTIL es una empresa oficial, ni que su capital esté aportado sustancialmente (ni en mínima parte) por el Estado o por organismos que canalicen dineros oficiales, como el IFI', y basada en esta afirmación la Sala resolvió pedir el certificado a la Cámara de Comercio de Cartagena, a que se hizo referencia para completar el certificado allegado por la parte demandada en la primera instancia, haciendo uso de claras facultades, certificado que deja sin valor las afirmaciones del ilustre abogado.

"Pues bien, con las certificaciones expedidas por las tres entidades oficiales de que se ha hecho mención, se comprueba el tiempo servido por el demandante al Estado colombiano y, cumplida la edad para tener derecho a la jubilación, hecho este también acreditado en el proceso, la sentencia recurrida se ajusta a la ley y se impone su confirmación".

Se considera

Los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968, que señalaron los derroteros para la reorganización de las entidades, organismos y agencias de la administración pública y para la formación y el funcionamiento de los entes descentralizados nacionales, distinguen de manera muy clara los establecimientos públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y unos y otras de las sociedades de economía mixta.

Es así como los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado que tienen como características comunes ser personas morales independientes, gozar de autonomía administrativa y poseer un patrimonio formado por bienes y rentas públicos, se diferencian entre sí por razón de sus fines pues mientras los establecimientos públicos tien-

den a cumplir funciones administrativas conforme a las reglas del derecho público, las empresas desarrollan actividades de naturaleza comercial e industrial reguladas generalmente por el derecho privado (Decreto 1050, artículos 5º y 6º).

A su vez las sociedades de economía mixta se distinguen de los entes anteriores no por razón de sus objetivos propios, que se asemejan a los de las empresas industriales y comerciales del Estado, sino por el origen de su patrimonio, que en ellas es aportado por particulares y por agencias oficiales para el desarrollo de actividades de industria y comercio conforme al derecho privado, por regla general (ibíd. artículo 8º).

En estas compañías, el grado de tutela y las condiciones de la participación estatal se determinan por la ley que las crea o autoriza o por el respectivo contrato social, según lo enseña el artículo 8º del aludido Decreto-Ley 1050. Y sobre el régimen jurídico de tales compañías, el artículo 3º del Decreto-Ley 3130 añade que cuando el Estado posee el 90% o más de su capital social, quedan sometidas al estatuto propio de las empresas industriales y comerciales estatales.

Es entonces la norma general que las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas jurídicas propias de los entes privados, inclusive en lo que atañe al estatuto laboral de sus servidores, y que sólo por excepción, cuando el aporte oficial es o excede del 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos relativos a las empresas industriales y comerciales del Estado y las personas que les sirven son generalmente trabajadores oficiales y en ocasiones que deben estar expresamente predeterminadas, empleados públicos (Decreto-Ley 3135 de 1968, artículo 5º).

De donde se desprende que, en tratándose de sociedades de economía mixta, cuando quiera que se intente acumular el tiempo servido en ellas con el laborado en organismos o dependencias oficiales para efecto de la pensión de jubilación, es indispensable para que proceda la acumulación que se demuestre que el aporte estatal en la compañía de que se trate es o excede del 90% del haber social, o sea que su régimen corresponde al de las empresas industriales y comerciales estatales y que, por ende, quienes laboren en ella son trabajadores oficiales o empleados públicos, según el caso.

De otra suerte, no es legalmente posible acumular el tiempo servido en agencias oficiales y en sociedades de economía mixta para reclamar el pago de aquella pensión, ya que así no se daría la hipótesis de haber laborado siempre dentro de la órbita estatal, que es requisito indispensable para que el empleado público o el trabajador oficial tengan derecho a pensionarse por cuenta del erario luego de cumplir la edad, y el tiempo de servicios que en cada ocasión sean menester.

Al analizar el asunto sub judice a la luz de las reflexiones anteriores, se descubre con facilidad el yerro del sentenciador al entender que CONASTIL es una empresa industrial y comercial del Estado cuando el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena (fls. 21 a 24, cuaderno 2º), en el cual funda su concepto, dice muy claramente que la Compañía Colombiana de Astilleros Ltda. "es una sociedad de responsabilidad limitada de economía mixta del orden nacional", según palabras textuales del certificado (fl. 21 ibíd.), o sea una entidad de naturaleza jurídica distinta a la de aquellas empresas.

Y como, por otro aspecto, no se demostró en el juicio que cuando menos el 90% del capital de CONASTIL corresponde a aportes estatales, ya que el aludido certificado sólo indica que son socios de ella por partes iguales el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional y el Instituto de Fomento Industrial, tampoco hay base para calificar a esa compañía como empresa comercial e industrial del Estado ni a quienes le sirven como trabajadores oficiales o funcionarios públicos, según el caso.

En efecto, el dicho Fondo puede tenerse como establecimiento público conforme a lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto-Ley 3130 de 1968. Pero, en cambio el Instituto de Fomento Industrial es sociedad de economía mixta, de acuerdo con su régimen estructural, y no se probó en el juicio si el aporte estatal en esta última sociedad alcanza siquiera a un 90% de su haber, para aclarar con ese fundamento si la contribución del IFI al capital de CONASTIL debía considerarse como de origen

nacional, por provenir de un ente sometido al estatuto propio de las empresas comerciales e industriales del Estado.

Resulta forzoso entender, en estas circunstancias probatorias que la sociedad de economía mixta denominada CONASTIL se rige por las normas del derecho privado, como es lo usual en esta clase de personas jurídicas (Decreto 1050 de 1968, artículo 8º) y que, por ende, el tiempo servido en ella no es acumulable con el laborado en agencias u organismos gubernamentales para efecto de merecer pensión de jubilación.

Aparecen pues configuradas las violaciones de textos sustanciales que el cargo le atribuye a la sentencia recurrida, lo cual impone dejarla sin efecto.

Nada cabe añadir a las consideraciones anteriores para encontrar, ya en sede de instancia, que las súplicas del señor Montes Hernández no están llamadas a la prosperidad porque su tiempo de servicios en CONASTIL no es acumulable al que aparece laborado por él en el Ministerio de Obras Públicas y en la Armada Nacional para el cómputo de la pensión de jubilación que reclama.

Ha de revocarse, por lo tanto, el fallo de la primera instancia y absolver, en su reemplazo, a CONASTIL de todas las súplicas del libelo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA el fallo recurrido, revoca el de la primera instancia y, en su lugar, absuelve a la Compañía Colombiana de Astilleros Ltda., CONASTIL, de todas las súplicas de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en casación.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VIATICOS

Reajuste del auxilio de cesantía.

El parágrafo del artículo 1º del Decreto 559 de 1969, reglamentario del artículo 5º del Decreto 3131 de 1968, dijo: "La fijación de los viáticos, en cada caso concreto, se hará tomando en consideración el lugar donde debe desempeñar la comisión y las disponibilidades presupuestales de la entidad".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 33.

Armando Constaín Cruz demandó por medio de apoderado judicial a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero con domicilio principal en Bogotá, para que se la condene a reconocerle lo siguiente: "1) El reajuste de viáticos a razón de ochenta pesos ($ 80.00) M/cte., diarios, según lo ordenado por el Decreto 559 del 13 de abril de 1958. 2) Reajuste correspondiente de la cesantía. 3) Prestación de la asistencia médica correspondiente, según órden emitida por la Caja. 4) Los correspondientes salarios moratorios. 5) Indemnización por despido injusto. 6) Todo lo demás que resultare probado en el proceso".

Según los hechos de la demanda Armando Constaín Cruz prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 19 de septiembre de 1958 hasta el día 1º de febrero de 1973, cuando el contrato terminó por despido sin justa causa; la entidad demandada le pagaba los viáticos en cuantía inferior a los $ 80.00 diarios fijados por el Decreto 559 de 1969, reglamentario del Decreto-ley 3181 de 1968, para empleados con asignación menor a $ 2.100.00. A la terminación de la relación laboral al demandante se le practicó examen médico ordenado por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, habiendo conceptuado el médico que lo examinó que "padece de inflexión tabique nasal. Exige intervención quirúrgica". La entidad demandada no ha cumplido con su obligación de prestarle la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria en relación con la enfermedad que padece y le liquidó el auxilio de cesantía y demás prestaciones sin tener en cuenta la suma de $ 80.00 diarios por concepto de viáticos.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aceptó la existencia del contrato de trabajo y su duración, mas no el despido injusto. En relación con el incumplimiento de las obligaciones por enfermedad, manifestó que estaban a cargo de los Seguros Sociales, y en cuanto a la cuantía de los viáticos dijo que el Decreto 559 de 1969 apenas señala un máximo.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juzgado del conocimiento, que lo fue el Once Laboral del Circuito de Bogotá, falló el litigio el dieciséis de mayo de mil novecientos setenta y cinco mediante sentencia por medio de la cual absolvió a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de todas y cada una de las súplicas que le formuló Armando Constaín Cruz en la demanda. Condenó en costas al demandante, quien apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en sentencia de trece de noviembre de mil novecientos setenta y cinco confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de Armando Constaín Cruz. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el casacionista: "Con la presente demanda de Casación se pretende que la Honorable Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en cuanto por ella se confirmó el fallo de primera instancia en cuanto al reajuste de viáticos solicitado y en cuanto al auxilio de cesantía y su reajuste. Una vez constituida esa Honorable Corte en sede de instancia se servirá REVOCAR en todas sus partes los apartes pertinentes al reajuste de viáticos y reajuste de cesantía con relación a los primeros y el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia en relación con estos puntos, imponiendo a la demandada el reajuste de viáticos solicitado a razón de $ 80.00 diarios entre el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1969 y el 1º de febrero de 1973 y el reajuste de la cesantía con base en el punto primero".

Con fundamento en la causal primera de casación laboral el recurrente formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

"Acuso la sentencia por la causal 1ª 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 a causa de errónea interpretación del artículo 5º del Decreto 3181 de 1968 reglamentado por el artículo 1º del Decreto 559 de 1969 y consecuencialmente del artículo 19 del Decreto 2127 de 1945.

Demostración del cargo

Para efectos de este cargo se aceptan los siguientes presupuestos: fácticos de la sentencia acusada: 1º La existencia de una relación laboral entre el recurrente y la demandada proveniente de la contestación de la demanda visible a folios 24 a 27 del cuaderno 1º de la documental que obra a folio 5 del mismo cuaderno contentiva de la carta de despido dirigida por la demandada al demandante, de la copia de la liquidación de prestaciones visibles a folio 64 del cuaderno 1º y finalmente del resultado de la inspección judicial practicada por el a que a las dependencias de la demandada visible a folios 61 a 63 del mismo cuaderno. 2º Que trabajó al servicio de la demandada por el tiempo comprendido entre el 19 de septiembre de 1968 y el 1º de febrero de 1973 (fl. 94 cuaderno 1º). 3º Que el último salario devengado fue la suma de $ 1.455.00 mensuales (fl. 94 cuaderno 1º). 4º Que devengó viáticos durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1969 y el 1º de febrero de 1973 (fl. 95 cuaderno 1º). 5º Que las sumas pagadas por concepto de tales viáticos fueron de $ 30.00 y $ 35.00 diarios (fl. 95 cuaderno 1º). El artículo 1º del Decreto 559 de 1969 estableció las escalas de viáticos para los empleados oficiales. El demandante, quien devengaba a la fecha de su retiro un salario inferior a los $ 2.100.00, debía recibir una asignación diaria de $ 80.00, por quedar comprendida su situación jurídica dentro del literal c) número 2, aparte b) de la referida disposición. Al haber sido el recurrente empleado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, fue empleado oficial por lo que debe aplicársele la tarifa establecida en el artículo 1º del Decreto 559 de 1969. El que el demandante hubiera recibido sumas de $ 30.00 y $ 35.00 diarios por concepto de viáticos es lo que viene a tener mayor relievancia para sustentar la argumentación de este cargo y se desprende del siguiente aparte del fallo que me permito transcribir: "... al actor se le pagó viáticos durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1969 y el 1º de febrero de 1973, conforme aparece en la documental de los folios 59, a razón de $ 30.00 y $ 35.00 diarios, sumas comprendidas dentro del máximo legal fijado, no sien-

do procedente entonces el reajuste solicitado". (Fl. 95 cuaderno 1º). Al efectuar el estudio de la petición sobre reajuste de viáticos, el Tribunal, si bien tuvo en cuenta en la parte motiva de la providencia el artículo 5º del Decreto 3181 de 1968, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 559 de 1969 exponiendo que 'en virtud de estas disposiciones, se autoriza la fijación de viáticos en proporción a la asignación mensual y al lugar donde debe de desempeñar (sic) funciones el servidor público en comisión', limitó el alcance de aplicación de las mismas a la suma de $ 30.00 y $ 35.00 diarios, informando que se hallaban comprendida dentro del máximo legal fijado' (fl. 95 cuaderno 1º). Tal análisis hermenéutico del ad quem es equivocado. Hubo error manifiesto en la interpretación del cargo que se analiza al pasar por alto el reconocimiento que la ley hace acerca del mínimo de derechos y garantías a favor de los trabajadores. Es más, el artículo 19 del Decreto 2127 de 1945, aplicable a los trabajadores oficiales, dispone que se tendrán incorporadas al contrato de trabajo, aunque en el mismo no se exprese, las disposiciones legales pertinentes en cuanto fueren más favorables para el trabajador. El principio de la 'favorabilidad' en materia laboral ha sido confirmado en reiteradas jurisprudencias de esa Honorable Corporación y por vía de ejemplo en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo. Expresa el artículo 1º del Decreto 559 de 1969 que cuando a 'un funcionario le sea conferida una comisión oficial dentro del territorio nacional, fuera de la sede habitual de su trabajo..., se le podrá autorizar viáticos en proporción a su asignación mensual y al lugar donde deba desempeñarse, incluidos los gastos permanentes de representación; con arreglo a las siguientes escalas: ... c) Cuando quiera que sea autorizada una comisión de duración superior a treinta (30) días, las escalas serán reducidas así: ... para asignaciones menores de $ 2.100.00 hasta $ 80.00 diarios'. Al entender el Tribunal que las sumas canceladas de $ 30.00 y $ 35.00 diarios por concepto de viáticos se hallaban dentro del máximo legal fijado, incurrió en interpretación errónea de la referida norma legal, ya que en manera alguna puede darse un alcance que no tiene el hecho de que efectivamente se hubiera efectuado un pago por concepto de viáticos, confundiendo, o mejor, refundiendo el verdadero significado de la disposición legal. Si la sentencia no hubiera incurrido en el equivocado entendimiento que de este cargo se le atribuye, sería forzoso concluir que las sumas a cancelar por concepto de viáticos, dadas las condiciones analizadas, serían el tope de $ 80.00 diarios establecido por la norma. El error de hecho en que incurrió el Tribunal 1º condujo a aplicar equivocadamente el precepto regulador del derecho impetrado: artículo 5º del Decreto 3181 de 1968 reglamentado por el artículo 1º del Decreto 559 de 1969 y en consecuencia, el artículo 19 del Decreto 2127 de 1945, por lo cual la decisión de segunda instancia debe ser casada y, en su lugar acceder a lo pedido en el alcance de la impugnación respecto de esta condena".

Para el opositor el recurrente ha debido incluir entre las normas violadas el artículo 3º del Decreto-Ley 3306 de 1963, que fue modificado por el artículo 5º del Decreto-Ley 3181 de 1968, para que la proposición jurídica fuese completa. Critica además la acusación, por cuanto habiéndose presentado como directa por interpretación errónea, se refiere a cuestiones fácticas que únicamente proceden cuando el cargo se propone por la vía indirecta. En relación con el fondo del cargo dice que el artículo 1º del Decreto 559 de 1969 fue interpretado correctamente, porque "se advierte que no hay en él un mandato ineludible de pagar un valor determinado por concepto de viáticos sino, simplemente, una escala de valores máximos que limitan el derecho de la administración a concretarlos en cada caso y desde este punto de vista, la disposición se ciñe estrictamente a su carácter de reglamento del artículo 5º del Decreto-Ley 3181 de 1968 precepto que como ya se vio se reduce a elevar el límite máximo del valor de los viáticos".

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre el reajuste de viáticos: "Pretende el demandante que se le reconozca un reajuste por viáticos, a razón de $ 80.00 diarios, en base al (sic) artículo 5º del Decreto 3181 de 1968, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 559 de 1969. En virtud de estas disposiciones, se autoriza la fijación de viáticos en proporción a la asig-

nación mensual y al lugar en donde debe desempeñar funciones el servidor público en comisión. Factores relacionados con el transporte, alimentación y alojamiento, deberán pues tenerse en cuenta dentro de una escala de remuneraciones, que principia con el sueldo mensual hasta $ 2.100.00, correspondiéndole por concepto de viáticos una suma que no puede ser superior a $ 80.00 diarios. En el caso a estudio, el actor se le pagó viáticos, durante el tiempo comprendido entre el primero de abril de 1969 al primero de febrero de 1973, conforme aparece en la documental de los folios 59, a razón de $ 30.00 y $ 35.00 diarios, sumas comprendidas dentro del máximo legal fijado no siendo procedente entonces, el reajuste solicitado. En estas circunstancias se confirmará este aspecto del fallo apelado".

Se considera

El artículo 5º del Decreto-Ley 3181 de 1968 eleva a doscientos cincuenta pesos diarios el valor de los viáticos a que se refiere el artículo 3º del Decreto número 3306 de 1963, que había dispuesto: "Cuando a una de las personas a que se refiere el artículo 1º le sea conferida una comisión oficial dentro del territorio nacional, fuera de su sede habitual de trabajo, podrá autorizarle los viáticos hasta por un máximo de ciento cincuenta pesos diarios, de acuerdo con reglamentación que dicte el Gobierno".

Por su parte el artículo 1º del Decreto 559 de 1969, reglamentario del artículo 5º del Decreto 3181 de 1968, dispuso: "Cuando a un funcionario le sea conferida una comisión oficial dentro del territorio nacional, fuera de su sede habitual de trabajo, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 8º del Decreto-Ley 3181 de 1968, se le podrá autorizar viáticos en proporción a su asignación mensual y al lugar donde debe desempeñarse, incluidos los gastos permanentes de representación, con arreglo a las siguientes escalas: ...".

En la escala correspondiente a las capitales de departamento, o las ciudades de Arauca, Leticia y San Andrés Islas cuando quiera que sea autorizada una comisión de duración superior a 30 días se fijó para las asignaciones menores de $ 2.100.00 "hasta $ 80.00 diarios".

Por último el parágrafo de este artículo dijo:

"La fijación de los viáticos en cada caso concreto, se hará tomando en consideración el lugar donde debe desempeñar la comisión y las disponibilidades presupuestales de la entidad".

De modo que cuando el Tribunal Superior entendió que al demandante le correspondía por su sueldo y la duración de las comisiones una suma que no podía ser superior a $ 80.00 diarios, estaba interpretando correctamente el artículo 1º del Decreto 559 de 1969, pues eso es precisamente lo que dice la norma o sea que la cuantía de los viáticos se fijará según las circunstancias sin que en ningún caso pudiera exceder del máximo fijado. De ahí que la conclusión a que llegó sobre que las cantidades de $ 30.00 y $ 35.00 diarios que se le pagaban a Constaín Cruz como viáticos estaban dentro del límite legal, no contrarió las normas acusadas que fueron interpretadas correctamente. El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo

"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 Procesal del Trabajo, por ser violatoria de la ley sustancial a causa de errónea intrepretación del artículo 17 literal a) de la Ley 6ª de 1945 y del parágrafo 2º del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 y consecuencialmente del artículo 5º del Decreto 3181 de 1968 reglamentado por el artículo 1º del Decreto 559 de 1969.

Demostración del cargo

Una vez establecida por el ad quem la relación laboral existente entre el recurrente y la demandada y más concretamente la existencia del correspondiente contrato de trabajo, (fls. 5º y 24 a 27 cuaderno 1º), así como los folios 61 a 63, 64 y 94 del cuaderno 1º, y establecida además la calidad de trabajador oficial del mismo al aceptar como necesario para el normal trámite de la acción el agotamiento previo de la vía

administrativa (fl. 8º cuaderno 1º), éste procedió al estudio de las peticiones que en el libelo se incluyeron. Al despachar la primera, reajuste de viáticos a razón de $ 80.00 diarios en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 3181 de 1968, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 559 de 1969, conceptúo que 'al actor se le pagó viáticos durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1969 y el 1º de febrero de 1973 conforme aparece en la documental del folio 59, a razón de $ 30.00 y $ 35.00 diarios, sumas comprendidas dentro del máximo legal fijado, no siendo procedente entonces el reajuste solicitado' hasta aquí el Tribunal. (Fl. 95, cuaderno 1º). Empero, hubo error al no interpretar la norma en todo su alcance pasando por alto el principio de la favorabilidad en materia laboral. De esta suerte, fue negado el reajuste impetrado a razón de $ 80.00 diarios desconociendo el mínimo a reconocer al trabajador que establece el artículo 1º del Decreto 559 de 1969. Consecuencialmente se impetró el reajuste de cesantía correspondiente, como corolario de la petición de reajuste de viáticos y con base en el último salario devengado de $ 1.455.00 mensuales, según aparece en la hoja de liquidación de prestaciones (fl. 64 cuaderno 1º) y constatado dentro de la inspección judicial practicada a las dependencias de la demandada (fl. 62, cuaderno 1º). Se limitó el Tribunal a expresar que por no haber prosperado la primera petición 'se confirmará igualmente la decisión absolutoria sobre este cargo' (fl. 95 cuaderno 1º). La Ley 6ª de 1945 en el literal a) del artículo 17 establece para el empleado oficial un auxilio de cesantía a razón de un mes de salario por cada año de servicios y a su vez, el parágrafo 2º del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, expresa que los viáticos otorgados a los empleados oficiales se entenderán como salario cuando se den en forma permanente, siempre que la radicación se haga por un término no menor de 6 meses durante el año. A folios 64 y 65 del cuaderno 1º, aparece fotocopia de la liquidación de prestaciones efectuada a favor del demandante en la que se ve por ejemplo, que dentro del tiempo comprendido entre junio de 1972 y diciembre de 1972, éste recibió viáticos por una suma superior a los ocho mil pesos ($ 8.000.00), los que dentro de la hipótesis de ser cancelados a razón de $ 35.00 diarios, darían más de 220 días, recuento muy superior a los $ 180.00 exigidos por el decreto. Al devengar el demandante como de la documental citada se desprende viáticos permanentes, consecuencialmente le es aplicable la tarifa establecida en el artículo 1º del Decreto 559 de 1969 por lo que su cesantía debe ser reajustada con base en la reliquidación a razón de $ 80.00 diarios tope legal de la aludida norma, dentro del tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1969 y el 1º de febrero de 1973. De no haber incurrido la sentencia en el equivocado entendimiento que se le atribuye en este cargo, sería forzoso concluir que las sumas a liquidar por concepto de cesantía serían muy superiores a las que en realidad fueron entregadas al trabajador como consta en la documental que obra a folios 64 y 65 del cuaderno 1º. Al no reconocer el reajuste de cesantía solicitado, la decisión de segunda instancia interpretó equivocadamente el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y el parágrafo 2º del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, incurrió el Tribunal en el error de hecho que lo llevó a aplicar indebidamente los preceptos reguladores del derecho descrito, por lo que la sentencia debe casarse y en su lugar despacharse favorablemente las peticiones contenidas en el alcance de la impugnación".

Para el opositor en la acusación se presenta una confusión sobre la vía escogida para formular el ataque, por cuanto la censura se presenta por interpretación errónea, pero en el desarrollo se refiere a cuestiones fácticas, pues analiza la fotocopia de la liquidación de prestaciones sociales que obra a folios 64 y 65, para inferir que el trabajador percibió viáticos durante el último año por un lapso superior a los 180 días y haciendo la paladina afirmación de que el Tribunal incurrió en un error de hecho que lo llevó a aplicar indebidamente los preceptos legales.

Se considera

En relación con la pretensión para que se condenara a la demandada al reajuste del auxilio de cesantía el Tribunal Superior se limitó a decir que como no había prosperado la petición sobre reajuste del

valor de los viáticos se confirmaría la decisión absolutoria del juzgado sobre ese otro reajuste.

Como puede verse el fallador de segunda instancia no hizo exégesis alguna del artículo 17, numeral a) de la Ley 6ª de 1945 ni del parágrafo 2º del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, pues nada dijo en torno a cómo debía liquidarse el auxilio de cesantía. Sólo que encontró que la liquidación estaba correcta de acuerdo con los factores salariales devengados por el demandante. Si el valor de los viáticos a que tenía derecho Constaín Cruz debía ser de $ 80.00 diarios y no del que realmente se le pagó, es cuestión que fue planteada por el recurrente en el cargo anterior sin éxito alguno. Y si los viáticos fueron devengados por 220 días, más de los 180 días exigidos por el parágrafo 2º del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, la cuestión sería fáctica como lo entendió el propio recurrente al decir que el Tribunal incurrió en error de hecho, e introduciendo, contra los postulados de la técnica del recurso de casación, un análisis probatorio, incompatible, como lo anota el opositor, con la acusación por interpretación errónea que es siempre directa.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida el trece de noviembre de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz, Luis Fernando Paredes Arboleda, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VICIO DEL CONSENTIMIENTO, SEGUN LAS EXIGENCIAS DEL ARTICULO 1513 DEL CODIGO CIVIL

El juzgador, con base en las pruebas que examinó, encontró demostrado que el documento de folio 74 "no fue firmado espontáneamente por el demandante, sino bajo amenazas y presiones de índole moral", y, a ese hecho, le aplicó el referido artículo 1513 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre diez y seis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 40

Ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, Horacio Zuluaga Vepes demandó, por medio de apoderado, a la sociedad denominada "Máquinas de Coser y Bordar Sigma S. A.", para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se la condenase a pagarle los valores que se demuestren por concepto de auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicio, comisiones y salarios insolutos, indemnización por "despido indirecto o provocado", descansos en domingos y festivos, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Afirmó en el libelo que había prestado servicios a la demandada, como Gerente de Zona y Administrador de la Academia en Medellín y con un salario de $ 3.500.00 mensuales más comisiones sobre ventas de máquinas de coser, desde el 22 de mayo de 1968 hasta el 14 de septiembre de 1971, fecha en la que se vio obligado a presentar renuncia, o, lo que es lo mismo, se le despidió en forma indirecta o provocada, "toda vez que me vi imposibilitado a trasladarme a la ciudad de Barranquilla como pretendía la empresa, y además se me presionó y extorsionó indebidamente, lo que me trajo como consecuencia graves perjuicios posteriores, al cancelarme la firma DANRIVER un contrato que con ella había celebrado en cuantía de $ 18.000.00, al publicar la demandada en el periódico El Colombiano de esta ciudad, el día 10 de octubre de 1971, un aviso lesionando mi reputación". Nunca fue empleado de manejo y, sin embargo, se le presionó moralmente para que firmara documentos que le perjudicaban, a fin de retenerle las prestaciones sociales. Se le deben, así mismo, los salarios correspondientes a los últimos catorce días de trabajo y comisiones por ventas de máquinas a varias entidades, entre ellas a la Caja de Compensación Familiar de Medellín.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor aceptando unos hechos y negando otros. Adujo que la comisión sólo se causaba al entregar la mercancía al comprador; que Zuluaga era empleado de manejo y como Administrador recibía dinero que debía entregar luego a la Cajera; que "es falso que se le hubiera presionado a firmar cualquier documento pues él en forma voluntaria no solamente reconoció el ilícito cometido con la empresa, sino que se obligó a pagar el faltante y ofreció fiador quien firmó en forma espontánea el mis-

mo documento; y que no se le deben las prestaciones que reclama, pues autorizó a la empresa para retenerle todo lo causado a su favor con el fin de cubrir el faltante en que incurrió por abuso de confianza.

A su turno, promovió demanda de reconvención con el fin de que se condenase a Zuluaga a pagar a la empresa "el valor del faltante registrado en la visita que le practicó la Revisoría Fiscal, los perjuicios causados por la violación del contrato de trabajo, que se ordene la compensación entre lo que el contrademandado debe a la sociedad y lo que resulte a su favor en el juicio, y que se le impongan las costas del proceso.

A las anteriores pretensiones se opuso el reconvenido, negando los hechos y alegando la excepción de falta de causa para pedir.

Tramitada la controversia, el juzgado del conocimiento la desató, en sentencia de siete de mayo de 1975, de la siguiente manera:

"1º CONDENASE a la sociedad denominada "MAQUINAS DE COSER Y BORDAR SIGMA S. A." representada en la ciudad de Medellín por el señor EFRAIN FLOREZ, como encargado de la Sucursal, y en la ciudad de Bucaramanga por su Gerente General, señor MARIO RODRIGUEZ PARRA, a pagar al señor HORACIO ZULUAGA YEPES las siguientes cantidades:

"a) Veintitrés mil seiscientos treinta y cuatro pesos con veintiocho centavos ($ 23.634.28) M/cte. por auxilio de cesantía; b) Seis mil setecientos noventa pesos con cuarenta centavos ($ 6.790.40) M/cte. por vacaciones compensadas en dinero; c) Seis mil setecientos noventa pesos con cuarenta centavos ($ 6.790.40) por primas de servicio; d) Tres mil setecientos ochenta pesos ($ 3.780.00) M/cte. por comisiones pendientes; e) Tres mil ciento sesenta y ocho pesos 76/100 ($ 3.168.76) M/cte. por salarios debidos; f) Diez y ocho mil quinientos cincuenta y nueve pesos con ochenta y ocho centavos ($ 18.559.88) M/cte. por concepto de indemnización por despido provocado, injusto, e ilegal; g) Doscientos veintiséis pesos con treinta y cuatro centavos ($ 226.34) M/cte., diarios, por indemnización moratoria, a partir del día 15 de septiembre de 1971 y hasta cuando se pague al demandante el valor de estas condenas o se consigne el mismo en el Banco Popular de esta ciudad, a favor del actor, y a órdenes de este despacho".

"2º ABSUELVESE a la sociedad denominada "MAQUINAS DE COSER Y BORDAR SIGMA S. A." de los demás cargos formulados por la parte actora en su libelo demandatorio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

"3º ABSUELVESE de la misma manera al señor HORACIO ZULUAGA YEPES, demandado en reconvención, de los cargos formulados por la empresa demandada en su libelo principal de este proceso, por las razones también ya expuestas en la parte pertinente de este fallo".

"4º DECLARASE configurada la excepción de falta de causa para pedir propuesta por el demandado en reconvención".

"5º DECLARASE igualmente probada la excepción de prescripción propuesta por la empresa demandada en su respuesta al libelo principal y en cuanto se refiere a las primas de servicio".

"6º DECLARASE no configurados los demás medios exceptivos propuestos en este proceso".

"7º Con costas rebajadas en un cincuenta por ciento (50%)".

De esa decisión apelaron los apoderados de ambas partes, recursos que fueron resueltos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo proferido el veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, revocando el del juzgado en cuanto condena a la demandada a pagar la suma de $ 18.559.88, (el Tribunal no expresa el concepto por el cual se había hecho esa condena); modificándolo en el sentido de señalar la suma de $ 22.217.45 como valor de la cesantía y confirmándolo en lo demás. Impuso las costas de ambas instancias a la demandada en un 50%. Posteriormente, en proveído del dos de diciembre del citado año, aclaró la sentencia en el sentido de que la condena que había revocado, por valor de $ 18.559.88, correspondía al concepto de indemnización por despido.

Contra el fallo anterior, el procurador judicial de la parte demandada interpuso recurso de casación, al que, habiendo sido admitido por esta corporación y tramitado en legal forma, se procede a decidir me-

diante el estudio de la respectiva demanda y del escrito de réplica.

La impugnación

Se plantea a través de un solo cargo, formulado con apoyo en la causal primera de casación, y persigue el quebrantamiento parcial de la sentencia acusada, "en cuanto modificó la condena del a quo por auxilio de cesantía y confirmó las proferidas por éste acerca de compensación de vacaciones, primas de servicios, salarios y comisiones insolutos e indemnización por mora y en cuanto confirmó, además, su declaración de no encontrar configuradas las excepciones de inexistencia de la obligación y de compensación, entre otras, para que, en su lugar, como ad quem, revoque tales condenas, declare probadas dichas excepciones y absuelva a mi acudida de los conceptos a que esas condenas se contraen, proveyendo sobre costas como es de rigor".

Cargo único

La sentencia infringe, por interpretación errónea, el artículo 1513 del Código Civil, y, por aplicación indebida consecuencial, los artículos 249, 253 (17 del Decreto 2351 de 1965), 186, 189 (14 del Decreto 2351 de 1965), 192 (8º del Decreto 617 de 1954), 306, 57, obligación 4ª, 127, 59, numeral 1º, 149 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 1714, 1715 y 1716 del Código Civil.

En su demostración, el recurrente expone:

"El ad quem le restó todo valor al documento de folio 74 por haber encontrado —lo que para los efectos de este cargo no se discute— que no fue firmado espontáneamente por el demandante, 'sino bajo amenazas y presiones de índole moral'. O sea que, sin duda posible, entendió que toda fuerza moral es viciadora del consentimiento, lo que constituye una equivocada hermenéutica del artículo 1513 del Código Civil. Porque, de conformidad con este precepto, sólo lo es aquélla, física o moral, 'capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición', hasta infundirle 'un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".

En seguida, suponiendo demostrada la interpretación errónea afirmada como fundamento de la acusación, procede a hacer las consideraciones que estima pertinentes para la correspondiente decisión de instancia.

El opositor formula críticas al cargo por el aspecto técnico, y en cuanto a la cuestión de fondo expresa que "la demanda de casación contiene falsos supuestos para sacar también falsas conclusiones". En efecto, dice, el Tribunal de Medellín "en forma alguna ha sostenido la tesis absurda mencionada por el recurrente" y en la sentencia no se encuentra la afirmación de que "toda fuerza moral es viciadora del consentimiento". "La sentencia estudia a conciencia el problema, analiza las pruebas correctamente y saca una conclusión para el caso determinado, y con base en ella falla un negocio determinado acorde con la ley".

Para resolver, se considera

El cargo sí precisa el concepto de la violación, pues concretamente afirma interpretación errónea de una norma y aplicación indebida de otras. Habiéndose escogido la vía directa para su formulación, mal podía referirse a errores de hecho y al material probatorio. La proposición jurídica comprende varias disposiciones laborales de carácter sustancial, de tal suerte que la que se invoca del Código Civil viene a constituir simple infracción de medio. No se predica el mismo concepto de violación de unos mismos preceptos legales, sino interpretación errónea de uno y, como consecuencia, aplicación indebida de otros, lo cual no es contrario a las exigencias técnicas del recurso. De consiguiente, carece de razón el opositor en los reparos que, por este aspecto, consigna en su escrito.

El Tribunal analizó los testimonios de Jorge López, Pablo Elías Prada Ortiz y Héctor Ramírez Zápate, relacionados con la visita fiscal practicada en la Academia Sigma de Medellín y que dio lugar a la elaboración y firma del documento de folio 74, así como las declaraciones rendidas por Elvia Naranjo Castrillón, Martha Medina de M., Luz M. Estrada Palacio y Sergio de Jesús Salazar sobre las circunstancias que ro-

dearon la suscripción de aquel documento por parte del trabajador Zuluaga.

A continuación, expuso:

"Los anteriores testimonios son suficientes para acreditar que el citado documento no fue firmado espontáneamente por el demandante, sino bajo amenazas y presiones de índole moral por lo cual carece de valor, tanto más si se tiene en cuenta que hasta la fecha no ha sido posible, no obstante la investigación penal adelantada determinar el valor de los faltantes, pues si bien es cierto que en la inspección judicial practicada a las dependencias de la firma 'Máquinas Sigma en Bucaramanga', en una hoja de Contabilidad, cuenta deudores varios, sub-cuenta Academia de Medellín, auxiliar faltantes, Código 12 nombre sub-cuenta Horacio Zuluaga le aparece un saldo de $ 139.078.78, discriminado en varios faltantes, a partir de septiembre 30/71, según actas de conciliación cada una por cantidades considerables, también es cierto, que estas actas parecen ser aquéllas a las que se refieren los deponentes citados por el demandado se le hizo firmar al actor con los clientes, haciéndose responsable de dichos faltantes, y que el actor alega en este juicio, y en el penal firmó presionado por el Revisor Fiscal y en la creencia de que los faltantes no eran muchos. Pero los datos que aparecen en esa diligencia son confusos, y no se aclararon por la imposibilidad que tuvo el funcionario comisionado de designar un perito que aceptara el cargo (fl. 132), no obstante la insistencia del señor apoderado del demandante".

"Desconociendo el valor legal al multicitado documento con base en el cual se fundamentaron las peticiones de la demanda de reconvención forzoso es confirmar la absolución que en relación con ella impartió el señor juez a quo.

Resalta de la precedente transcripción que el sentenciador no hizo exégesis alguna del artículo 1513 del Código Civil, precepto que indudablemente aplicó, pero sin mencionarlo siquiera. Y menos aún lo hizo objeto de interpretación para asignarle el sentido que censura el impugnante, pues en el pasaje reproducido del fallo, ni en alguno otro, existe frase o concepto que permita concluir que el Tribunal "entendió que toda fuerza moral es viciadora del consentimiento". El juzgador, con base en las pruebas que examinó, encontró demostrado que el documento de folio 74 "no fue firmado espontáneamente por el demandante, sino bajo amenazas y presiones de índole moral", y, a ese hecho, le aplicó el referido artículo 1513. Es decir, que estimó que la fuerza o coacción que se ejerció sobre el trabajador había sido de tal naturaleza o entidad que se cumplían las exigencias del artículo 1513 para que se tuviera como viciado el consentimiento prestado en esa forma. En otras palabras, que esa fuerza —configurada por las amenazas y presiones de índole moral relatadas por los testigos— había sido suficiente o "capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición", o de infundir "a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave". De este modo, pudo haber un error en la conclusión extraída de las pruebas o en la valoración de la fuerza o de los efectos producidos por ella en el ánimo del trabajador; o pudo ocurrir también que la norma no se hubiese aplicado debidamente por no caer el hecho demostrado bajo su dominio. Pero lo que no aconteció fue que hubiera sido interpretada, para aplicarla en el entendimiento de que toda fuerza moral, cualquiera que fuese su intensidad o magnitud, acarrea la consecuencia de viciar el consentimiento.

Aun cuando lo dicho es suficiente para negarle todo éxito a la acusación, no sobra agregar que la razón examinada no fue la única dada por el ad quem para desestimar el documento de folio 74 y, por contera, las peticiones de la demanda de reconvención, sino también la de que "hasta la fecha no ha sido posible, no obstante la investigación penal adelantada, determinar el valor de los faltantes" que el trabajador se obligó a pagar en aquel documento, pues los datos que aparecen en esa diligencia (la de inspección judicial) son confusos, y no se aclararon por la imposibilidad que tuvo el funcionario comisionado de designar un perito que aceptara el cargo (fl. 132), no obstante la insistencia del señor apoderado del demandante". Huelga decir que este soporte de la sentencia no fue atacado en el recurso.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia de la impugnación, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Horacio Zuluaga contra "Máquinas de Coser y Bordar Sigma S. A.".

Costas a cargo de la recurrente.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO CON LOS PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA

Si el contrato de trabajo con los profesores termina al finalizar el año lectivo o el plazo inferior expresamente pactado, no existe despido, sino finalización del vínculo de acuerdo con los apartes c) y d) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena Laboral. — Bogotá, D. E., septiembre veintiuno de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Radicación Nº 5461. Acta Nº 17.

Alberto de Jesús Jaramillo Jaramillo, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía número 1'332.002 expedida en Pensilvania (Caldas), demandó por medio de apoderado al Colegio Franciscano de Pío XII, para que fuera condenado a pagarle indemnización por rompimiento unilateral e injusto del contrato de trabajo, pensión proporcional de jubilación desde la fecha de la terminación del contrato, y las costas del juicio.

Los hechos relatados en la demanda dicen:

"1º El señor ALBERTO DE JESUS JARAMILLO JARAMILLO prestó servicios al COLEGIO FRANCISCANO DE PIO XII como Profesor de Matemáticas, durante un primer período que tuvo lugar entre el dos (2) de enero de 1955 y el 19 de julio de 1961.

"2º El señor ALBERTO DE JESUS JARAMILLO JARAMILLO. prestó nuevamente servicios al COLEGIO FRANCISCANO DE PIO XII durante un segundo período que estuvo comprendido entre el primero (1º) de enero de 1965 y el tres (3) de julio de 1973.

"3º Por lo tanto, el señor ALBERTO DE JESUS JARAMILLO JARAMILLO estuvo vinculado al COLEGIO FRANCISCANO DE PIO XII por espacio de 15 años y 15 días y durante dicho tiempo devengó no solamente los sueldos correspondientes a los años escolares sino también las vacaciones respectivas; aunque se le hizo la exigencia de que debía firmar contratos sucesivos de trabajo.

"4º En estas condiciones, a mi poderdante no se le dio la oportunidad de vincularse a ningún otro establecimiento de enseñanza; con excepción del período comprendido entre el ocho (8) de agosto de 1961 y el 30 de diciembre de 1964 en que estuvo al servicio de la misma comunidad franciscana en la ciudad de Medellín.

"5º El señor ALBERTO DE JESUS JARAMILLO JARAMILLO fue despedido de manera unilateral e iniustamente, por el señor Rector del COLEGIO FRANCISCANO DE PIO XII de esta ciudad.

"6º Como consecuencia del despido unilateral e injusto, el señor Rector del COLEGIO FRANCISCANO DE PIO XII ofreció pagar según acta levantada ante el señor Inspector Regional del Trabajo y Seguridad Social del Valle, la pensión parcial de jubilación, pero únicamente cuando el trabajador llegara a los 60 años de edad y al propio tiempo se negó a pagar la indemnización derivada de la terminación ilegal del contrato de trabajo.

"7º El señor ALBERTO DE JESUS JARAMILLO JARAMILLO devengaba a la terminación unilateral e injusta del contrato la suma mensual de CUATRO MIL SEISCIENTOS PESOS ($ 4.600.0).

"8º Mi patrocinado nació el 10 de enero de 1916 y por lo tanto tiene en la actualidad una edad muy superior a los 50 años.

"9º El COLEGIO FRANCISCANO DE PIO XII adeuda al señor ALBERTO DE JESUS JARAMILLO JARAMILLO la indemnización derivada de la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo y la pensión parcial de jubilación desde la fecha del despido".

El apoderado de la entidad demandada negó todos los hechos en que se apoya el libelo, se opuso a las peticiones y propuso excepciones de inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandado, prescripción y la genérica.

La Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali, en sentencia de 4 de marzo de 1975, condenó al Colegio Franciscano de Pio XII a pagar a Alberto de Jesús Jaramillo Jaramillo, $ 46.000.00 como indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y las costas de la instancia, y absolvió a la parte demandada de la petición sobre jubilación proporcional. Apeló de la providencia el apoderado de la parte demandada, y posteriormente el del demandante dijo adherir al recurso.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fallo de 10 de diciembre de 1975, revocó la absolución sobre pensión, contenido en el fallo del a quo, condenó al Colegio Franciscano de Pío XII a pagar al demandante $ 2.185.00 mensuales desde el 10 de enero de 1976, como pensión de jubilación, y las costas de segunda instancia, y confirmó en los demás la providencia apelada. Contra el fallo del ad quem, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

La acusación fue sustentada mediante dos cargos: uno con base en la primera causal de casación laboral y otro con apoyo en el segundo motivo del mismo recurso. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Con el recurso se aspira a que la Corte case totalmente la sentencia de segunda instancia para que se revoquen los ordinales primero y tercero del fallo de primer grado, en cuanto condenan a indemnización por despido y a costas, para que se absuelva a la demandada de tales peticiones, y para que se confirme el ordinal segundo de la misma sentencia del a quo en que fue absuelta la parte demandada de la pensión de jubilación.

Primer cargo

Dice el recurrente:

"Con apoyo en la causal primera de casación laboral (Decreto legislativo 528 de 1964, artículo 60, y Ley 16 de 1969, artículo 7º) acuso la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, en relación con el 4º del mismo decreto y con el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo. Consecuencialmente, el sentenciador violó, por aplicación indebida, el artículo 8º del citado Decreto 2351 y el 8º de la Ley 171 de 1961.

"Independientemente de las cuestiones de hecho, la condena a la indemnización por despido prevista en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y a la pensión-sanción reglada por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 se funda en que el contrato de trabajo que ligó a mi mandante con el profesor Jaramillo terminó por decisión unilateral de aquél (despido) y no por expiración del plazo fijo pactado, pues el sentenciador admite como probado, y realmente lo está, que a la expiración del año lectivo 1972-1973 el colegio le canceló sus prestaciones de todos los años anteriores y le expresó su voluntad de no contratarlo de nuevo para el siguiente año lectivo.

"Se trata, entonces, de una típica interpretación errónea del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, que distingue claramente dos eventos de extinción del vínculo laboral: el del literal c), "por expiración del plazo fijado pactado", y el del literal h), "por decisión unilateral de cualquiera de las partes".

Y más adelante agrega:

"El artículo 101, del Código Laboral es enfático en cuanto a la vinculación anual de los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, hasta el punto de que no exceptúa de esa temporalidad anual

ni siquiera los contratos celebrados por períodos mayores de un año, sino únicamente los estipulados "por tiempo MENOR". Quizo el legislador para la protección de los profesores, que ni siquiera por su voluntad expresa pudieran encadenarse a un establecimiento particular por más de un año escolar. Unicamente permitió plazos inferiores pactados por escrito, invalidando los que se pactan por más de un año.

"Si se entiende rectamente la norma, la expiración del contrato sub lite por vencimiento del plazo pactado fue 'legal', y no constituyó un despido (decisión unilateral del patrono). Y no constituyéndolo, la aplicación de las normas punitivas establecidas por el caso de despido sin justa causa, como el artículo 8º del Decreto 2351 sobre indemnización, y el 8º de la Ley 171 de 1961 sobre pensión-sanción, resulta a todas luces indebida".

Se considera

La sentencia acusada, además de abundantes transcripciones de normas laborales, conceptos, doctrina y jurisprudencia, contiene consideraciones sobre el sentido de beneficio y protección a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, que tiene la legislación laboral especial sobre tales trabajadores, la aplicación a los mismos de toda la legislación general de los trabajadores particulares, la única excepción relativa al término de duración del contrato de trabajo, que no es estrictamente fijo ni indefinido, y el antecedente sobre regulación de plazo fijo no mayor de dos años ni menor de cuatro meses; para concluir que el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo consagra un término presuntivo y supletorio que resulta plazo fijo y que implica para su terminación el aviso anticipado y expreso, sin el cual el contrato de prórroga por un lapso igual, que si se entendiera de otra manera se privaría a los profesores del incremento en la liquidación de cesantía, de la indemnización por despido injusto y de la pensión proporcional de jubilación, y que por ello ha de considerarse en el caso estudiado, que hubo despido injusto y que procede la condenación a la indemnización respectiva.

Respecto a la pensión proporcional, la providencia del ad quem se apoya en una sentencia de la Corte de fecha dos de julio de mil novecientos setenta y cinco, que en parte transcribe.

El artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo dice que el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor. Esta disposición contiene un ordenamiento supletorio de la voluntad de las partes, pues no excluye que los contratantes estipulen una duración inferior.

En el presente caso se tiene que las partes celebraron contratos por el año escolar, lo cual aceptan las partes y el mismo sentenciador.

El artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 hace diferencia clara entre la terminación del contrato por decisión unilateral y por expiración del plazo fijo pactado; son dos modos distintos de terminación del contrato, y el primero exige causal justificativa para que no haya indemnización por la ruptura unilateral.

La Sala Plena Laboral de esta Corte dijo en sentencia de 21 de abril de 1972.

"Adentrándose en el estudio que se le propone, la Corte entiende que de los modos de terminación del contrato laboral que establece el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 sólo constituye despido el de su literal h) que lo expresa en su concepción propia de decisión unilateral del patrono y en su equivalente jurídico de razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, en manifestación que, como la primera, recogen actos de voluntad muy diferente del consentimiento común (literal b), o de la expiración del plazo pactado (literal c), o del 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 unilate-

ral, 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 ibidem. Significa lo anterior que el despido tiene configuración propia y únicamente se le sanciona cuando se produce sin justa causa, por lo que las indemnizaciones del precepto octavo mencionado sólo se causan cuando el modo de terminación del contrato es esa decisión unilateral injusta. Sistema legal que difiere del establecimiento anteriormente por el Código del Trabajo, cuyo artículo 64 reparaba la ruptura unilateral e ilegal del contrato, al paso que el vigente lo que indemniza es la terminación unilateral sin justa causa. Lo que explica que la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo del Trabajo, que invoca el acusador, respecto de dicho código, no sirve para situaciones que hoy difieren en su tratamiento legal, y que aún la producida por la Sala, en sentencia que así mismo se cita, ceñida a aquella jurisprudencia, confunde la terminación ilegal con la injusta, lo que ha de revisarse en sentido de que la que indemniza el texto 8º en cita es la última, y la otra será sancionable, en su caso, pero por el régimen general de los perjuicios, con su prueba, o por las referencias específicas que el asunto tenga, en el suyo, o por uno y otras, pero no por las graduaciones y cuantías del estudiado precepto que sustituyó al 64 del Código Laboral". (Gaceta Judicial, Tomo CXLII, Pág. 476). Como el sentenciador en el presente caso entendió que la terminación por vencimiento del plazo pactado equivalía a despido injusto por no haberse dado oportunamente el preaviso requerido, interpretó mal la norma citada en relación con los artículos 4º y 7º del mismo decreto, y consecuencialmente aplicó mal los artículos 8º del decreto mencionado y el 8º de la Ley 171 de 1961, que condenó a la indemnización y a la pensión allí previstas para los casos de terminación unilateral y no por vencimiento del plazo pactado.

El plazo de duración del contrato de trabajo es fijado por ambos contratantes, luego no puede decirse que la terminación por vencimiento del plazo obedece a la decisión unilateral, como ocurre con el despido, sino que una parte dé cumplimiento a lo acordado por ambas.

La voluntad del patrono de no prorrogar el contrato, es distinto al despido, porque la no prórroga es el cumplimiento del acuerdo sobre plazo, que según la ley solamente puede prorrogarse por voluntad expresa o tácita de ambas partes, y el despido no obedece a otra causa laboral, sino a la voluntad del patrono, que se justifica si para ello existe una causa justa pero no cuando carece de ella.

Si el trabajador tuviera derecho a completar el tiempo necesario para la pensión de jubilación, no se habría consagrado la restringida sólo para los despidos, sino para todos los casos de terminación.

Antes que preservar un supuesto derecho "superior" del trabajador que no aparece consagrado en la ley, lo que se hace necesario es preservar la vigencia de la misma ley, dándole aplicación y no infringiéndola.

Si es inadmisible la equivalencia entre la terminación del contrato laboral por vencimiento del plazo y la que se opera por despido, menos puede aceptarse el que tal equivalencia solamente ocurra cuando el trabajador tiene más de diez años de servicios, porque ello equivale a decir que esas terminaciones son distintas, pero se convierten en la misma cuando el hecho del servicio cumple el término indicado, o sea, que ese hecho modifica la naturaleza de la terminación.

La vocación de permanencia de que habla la sentencia, solamente cabe en los contratos a término indefinido, como lo muestran los artículos 4º, 5º y 8º del Decreto 2351 de 1965, pero no puede haber tal vocación de permanencia cuando el trabajador consiente en que el contrato tenga un término fijo.

La invocación de la justa causa de terminación solamente procede como lo dice el artículo 61 de la misma obra, cuando hay decisión unilateral, mas no cuando se termina el contrato por vencimiento del plazo.

La injusticia que pueda resultar de la aplicación exacta de la ley, no puede remediarla el sentenciador, porque tendría que modificar la ley, atribuyéndose facultades que no le corresponden.

Tampoco se puede modificar la ley so pretexto de evitar situaciones generales que no le es dable al juzgador analizar.

Si fuera cierto que para la determinación del plazo no interviene la voluntad libre del trabajador, la ley habría prohibido la estipulación de duración fija, o limitado las prórrogas o convertido el contrato después de un periodo, en de duración indefinida, pero el juez no puede sustituir al legislador, ya que éste es el llamado a remediar el desequilibrio entre patrono y trabajador por medio de prohibiciones o limitaciones a la contratación, presunciones, etc., mientras el juez ha de aplicar la ley sin inclinarse a favor de ninguna de las partes, porque pecaría contra la imparcialidad que es garantía fundamental de la administración de justicia.

Una cosa es interpretar la norma para que produzca efectos en el mayor número de casos, y otro forzar la ley que contra su texto claro tenga aplicación casuística y contraria a la lógica.

El criterio de que la norma debe interpretarse en el sentido que abarque el mayor número de casos, no puede adoptarse contra los fundamentos de la ley y los efectos queridos por el legislador, porque por ese camino se llegaría en la materia de que nos ocupamos, a que toda terminación de contrato laboral produjera indemnización por despido, para que tuviera aplicación en el mayor número de casos. La equidad no puede aplicarse contra la ley, ni por supuestos vacíos de ella, sino "cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido" como lo dice el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, y sin desatender la analogía, los principios, la jurisprudencia, la costumbre, el uso, la doctrina, las convenciones y recomendaciones adoptadas por la organización y conferencias internacionales del trabajo y los principios de derecho común.

Cuando la ley contempló el caso de terminación por despido injusto después de diez años de servicios, no ignoró la terminación por vencimiento del plazo, sino que consideró solamente procedente la jubilación en el primer supuesto y no en el segundo, por lo cual no puede el juez sin convertirse en legislador, otorgar jubilación en un caso que la ley no consideró capaz de engendrar el derecho a la pensión, porque eso no es interpretación de la ley ni aplicación de la equidad, sino desconocimiento de la ley, de la doctrina y de los principios jurídicos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la sentencia que es materia del recurso, partiendo de las bases equivocadas que se han señalado, consideró que el contrato de trabajo había terminado por despido sin justa causa y en aplicación de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, confirmó la condenación por despido y ordenó el pago de pensión proporcional, cuando si hubiera interpretado correctamente los artículos 101 del Código Sustantivo del Trabajo y 4ª, 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, habría encontrado que no hubo despido y habría dejado de aplicar las normas sobre indemnización y sobre pensión proporcional.

El cargo prospera y habrá de casarse la sentencia acusada.

Consideraciones de instancia

El artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo determina la vigencia del vínculo con la sola excepción de que se estipule un término menor al del año escolar. De tal manera que si al profesor se le contrata cuando ya está corriendo el año escolar, su vinculación dura hasta la terminación de ese ciclo de enseñanza, y solamente es necesario determinar expresamente la duración del contrato cuando éste no se vaya a mantener por todo el año lectivo. Por otra parte, la norma está concebida de tal manera que un contrato por término mayor del año escolar, no cae dentro de las regulaciones del artículo V del título III del Código Sustantivo del Trabajo, donde se indica el derecho a cesantía por el año calendario con base en el trabajo del año escolar y se reglamentan especialmente las vacaciones a que da derecho ese lapso, sino que sería un contrato regulado por las normas generales con las consecuencias comunes a todos los contratos de trabajo.

Por lo anterior se comprende que el artículo 101 del estatuto mencionado no señala un término fijo como lo hacía la legislación anterior al Decreto 2351 de 1965, cuando para suplir la voluntad de las partes imperaba en los contratos laborales en general, duración de seis meses, sino que

acomoda la duración del contrato de profesorado a la naturaleza de la labor de enseñanza que se realiza por lapsos llamados años escolares, ya que el servicio profesional se cumple en esos períodos. Dentro del entendimiento expresado, el contrato termina por realización de la labor contratada según el aparte d) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, sin que sea necesario preaviso alguno.

El despido del profesor se produciría cuando el patrono terminara el contrato antes del vencimiento del año escolar o de el término fijo pactado por tiempo inferior, caso en el cual si no hubiere justa causa comprobada, se debería como indemnización el valor de los salarios del tiempo faltante para vencerse el plazo pactado o para cumplirse el lapso determinado por la labor contratada, en aplicación del inciso 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Si el contrato de trabajo con los profesores termina al finalizar el año lectivo o el plazo inferior expresamente pactado, no existe despido, sino finalización del vínculo de acuerdo con los apartes c) y d) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965.

Conviene advertir que las diposiciones del título III del Código Sustantivo del Trabajo se enderezan a determinar la situación contractual de algunos trabajadores que no encajan periódicamente en los términos comunes del contrato de trabajo, pero no tienen el mismo sentido de mejoramiento de grupos de trabajadores que contienen algunos capítulos del título IX de la misma obra.

Los contratos de trabajo celebrados entre las partes, cuyas copias se encuentran entre los folios 30 y 48 del primer cuaderno, tuvieron duración por el año lectivo y terminaron por la finalización del mismo, luego no existió el despido alegado por el demandante, sino la terminación prevista en el ordinal d) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 de donde se infiere que no es procedente la condenación que contiene la sentencia apelada, sobre indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo. Tampoco cabe la condenación a la pensión de jubilación restringida que se pide en la demanda, porque ese derecho lo consagra el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en los casos de servicios entre 10 y 15 años, como es el caso en estudio, solamente para los trabajadores que sean despedidos injustamente, y ya se vio que Alberto de Jesús Jaramillo no fue despedido sino que su contrato terminó por vencimiento del plazo presuntivo legal a la terminación de la labor contratada.

En consecuencia, se revocará la condenación contenida en la sentencia apelada, y la imposición de las costas de primera instancia y se confirmará la absolución que por los otros extremos dispuso el juez a quo. Tampoco habrá costas de segunda instancia para la demandada, porque su recurso prosperó.

Queda en los términos expuestos, rectificada la jurisprudencia que en relación con la pensión de jubilación y respecto a la duración y la terminación del contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, había sentado esta Sala.

Para efecto de una rectificación doctrinaria, se hace necesario resolver el segundo ataque.

Segundo cargo

El apoderado del recurrente dice:

"La sentencia al hacer más gravosa la situación de la única parte, mi mandante, que apeló oportunamente del fallo de primera instancia, revocando la absolución del a quo por concepto de pensión especial y condenando en su lugar, aplicó indebidamente el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil en relación el 144 del Código de Procedimiento Laboral (sobre aplicación analógica, a falta de regulación especial en el Código de Procedimiento del Trabajo), pues el Código de Procedimiento Laboral tiene reglas para la apelación de las sentencias de primera instancia (artículos 62, 65 y 66), que excluyen la 'apelación adhesiva' instituida para los procesos civiles.

"Me apoyo en la causal segunda de casación laboral".

Se considera

La sentencia de primera instancia fue dictada el cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco y quedó notificada el mismo día en estrados; el apoderado del demandado interpuso el recurso de apelación el cinco del mismo mes, o sea dentro de la

oportunidad señalada por el artículo 68 del Código Procesal del Trabajo, por lo cual le fue concedido el recurso. El apoderado del actor no interpuso recurso de apelación en el acto de notificación ni dentro de los tres días siguientes, sino que el doce del mismo mes manifestó adherir a la apelación con base en el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil.

El Código Procesal del Trabajo señala claramente cuáles son las oportunidades legales para interponer el recurso de apelación contra las sentencias de primera instancia, luego es improcedente la aplicación del artículo 353 del Código de Procedimiento Civil a los juicios de trabajo, porque no existe vacío que deba llenarse con disposición de materia diferente. Nada vale la razón alegada en la sentencia acusada, sobre "ser más amplia y benéfica para los intereses del trabajador" la apelación adhesiva, porque esa figura procesal se aplica a ambas partes y resulta igualmente amplia y benéfica para ambas.

No siendo aplicable a los juicios de trabajo, lo dispuesto por el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, en el presente caso se tiene que solamente apeló el apoderado de la entidad demandada, por lo cual la sentencia de segunda instancia que aumentó las condenaciones, incurrió en reformatio in pejus, y de acuerdo con la causal segunda de casación laboral, es fundado el cargo. La prosperidad del primer cargo hace innecesaria la de éste, que se estudió con fines de rectificación jurisprudencial.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA, la sentencia de diez de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio seguido por Alberto de Jesús Jaramillo Jaramillo contra el Colegio Franciscano de Pío XII, y en su lugar, obrando como tribunal de instancia REVOCA los numerales primero y tercero de la parte resolutiva del fallo de cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el mismo juicio, ABSUELVE a la parte demandada de la petición relativa a indemnización por despido y a las costas de primera instancia, y CONFIRMA en lo demás la sentencia de primer grado. Sin costas en la segunda instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALVAMENTO DE VOTO

Fundamento los motivos que he tenido para salvar mi voto en la sentencia que rectifica jurisprudencias anteriores de la Sala de Casación Laboral, precisamente en los argumentos expuestos en esas oportunidades, que considero válidos y por lo tanto me limitaré a transcribirlos:

Así, en sentencia de junio dos de mil novecientos sesenta y cinco, publicada en la Gaceta Judicial Tomos CXI y CXII, Nos. 2276 a 2277, páginas 447 y 448, se hizo por primera vez la distinción entre despido con causa legal y despido justo o con justa causa, para llegar a la conclusión de que el primero daba lugar a la causación de la pensión de jubilación contemplada en el ordinal 8º de la Ley 171 de 1961, comprendiendo entre el despido legal la terminación del contrato de trabajo a término fijo cuando el patrono decide unilateralmente que no se produzca la prórroga automática. Dijo así la Sala de Casación Laboral:

"La noción de 'despido' entraña siempre un acto de iniciativa patronal, así como en la 'renuncia' o el 'retiro voluntario' la iniciativa procede del asalariado. Donde concurren ambas voluntades para ponerle fin a la relación laboral, no podrá hablarse de 'despido' ni de 'renuncia' sino de 'acuerdo'; y cuando el contrato termina por el advenimiento de sucesos extraños a la voluntad de las partes, no se dirá que hubo despido, ni renuncia, ni acuerdo, sino la muerte del trabajador, o la sentencia del juez, o la conclusión de la obra, o la clausura forzada de la empresa, o la suspensión prolongada e includible del negocio, según el caso. ¿Cómo clasificar entonces la expiración del plazo pactado o presuntivo del contrato de trabajo? Si este evento legal de extinción operara fatalmente, por el solo transcurso del tiempo, es claro que no podría asimilarse ni a despido ni a renuncia, pues no cabe en lo humano acelerar o retardar la marcha de los días; mas bien pudiera reputarse una modalidad del mutuo acuerdo, porque ambas voluntades concurrieron a pactar el plazo fijo o, con no estipularle, se sometieron de antemano al término presuncional. No es así como ocurren las cosas, sin embargo. Dentro del régimen salarial predominante, en el que la mayoría no dispone de otra fuente de subsistencia que la retribución de su labor subalterna, el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia. Evidentes fundamentos de equidad natural, de conveniencia social y aun de orden público abonan esta tesis, admitida por la doctrina y desarrollada por la legislación contemporánea. De ahí que el código de la materia, aunque reconoce la licitud de la estipulación del término fijo y a la falta de ella establece la duración presuntiva de seis meses, morigera esa temporaneidad teórica con la providente institución de la prórroga automática (Art. 49), ya antes consagrada en el estatuto de 1945 (Decreto 2127, Art. 43) y, todavía más atrás, esbozada con timidez en el Código Civil (Art. 2066). Por virtud de dicha institución, el silencio o inactividad de los contratantes basta para renovar indefinidamente, de seis en seis meses, la relación laboral. En cambio, para que el vínculo se rompa al expirar el plazo, no basta que éste se venza; será además indispensable que, todavía dentro del plazo (y no después, como afirma el recurrente), cualquiera de las partes, ya el empleador ('despido'), ya el empleado ('renuncia'), haya expresado su voluntad de no perseverar en el contrato. Un antecedente legislativo que ilustra la cuestión se encuentra en la Ley 10 de 1934, que instituyó la cesantía para los empleados particulares (pues la de los empleados oficiales y la de los

obreros, tanto oficiales como particulares, apenas vino a consagrarse en el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 8ª de 1945), pero sólo por despido sin justa causa. Fue la llamada también 'cesantía sanción'. Dijo así la ley: "Artículo 14. En caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho (los empleados particulares) a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado, y proporcionalmente por las fracciones de año. 'Parágrafo. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración excepto, en este caso, cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello'. Entendido así el fenómeno, frente a un contrato con vocación de permanencia, se repite, es fuerza concluir que cuando el empleador no desea que se opere la prorroga automática, y para evitarla le notifica tal decisión (desde luego unilateral) a su empleado, lo que ocurre es un típico 'despido'. Despido con causa legal, naturalmente, porque la expiración del plazo pactado o presuntivo tiene ese carácter, conforme al artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero no despido 'justo' o con 'justa causa', porque el mismo estatuto ha circunscrito este concepto a los eventos que enumera en los artículos 62 y 63, según lo tiene recibido y explicado la jurisprudencia del trabajo. Ni tampoco despido 'injusto', como se lee en la sentencia, precisamente porque es legal. Y no se diga, con el acusador, que el literal g) del artículo 61 citado enuncia taxativamente los posibles casos de despido. Reza su texto: 'El contrato de trabajo termina... g) Por decisión unilateral en los casos de los artículos 48, 62 y 63...' Ni lógica ni gramaticalmente aparece la norma, limitando a esos casos las decisiones unilaterales. Y ya quedó expresado cómo el aviso que evita la prórroga automática obedece siempre a una decisión unilateral de cualquiera de los contratantes. Pero igualmente unilateral puede ser la determinación de suspender las actividades de la empresa por más de ciento veinte días (literal a) o la de liquidar definitivamente el establecimiento (literal f); causas extintivas cuya unilateralidad las hará equivalentes al despido cuando tengan además el carácter de 'decisiones' voluntarias".

La jurisprudencia anterior fue rectificada por la Sala de Casación Laboral en pleno, en sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos setenta y dos, publicada en la Gaceta Judicial Tomo CXLII, números 2352 a 2357 páginas 473 y siguientes, en la cual salvé el voto, por estimar, entre otras razones, que hay despido siempre que el patrono tome la iniciativa para que termine el contrato de trabajo.

Posteriormente en sentencia de julio dos de mil novecientos setenta y cinco, Cecilia Flórez de Saicedo contra "Hijas de la Sabiduría", se volvió a la jurisprudencia de junio dos de mil novecientos sesenta y cinco, en decisión de Sala Plena Laboral y con la presencia de un Conjuez que dirimió el empate que había surgido entre la Sección Primera y la Sección Segunda.

La Corte en esa oportunidad con razones que sigo compartiendo, se expresó en los siguientes términos, luego de transcribir las consideraciones del fallo de dos de julio de mil novecientos setenta y cinco:

"No obstante lo expresado, y con la única y exclusiva mira de preservar un derecho superior del trabajador, cual es el de completar el tiempo necesario para disfrutar de pensión de jubilación, la Sala aclara la doctrina antedicha en el sentido de que la voluntad del patrono de no prorrogar el contrato a término fijo, cuando el trabajador lleva más de diez años continuos de servicio, equivale a despidos sin justa causa, que permite imponer la pensión restringida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. El recurrente arguye que la tesis anterior, sentada en sentencia de 2 de junio de 1965 dentro del proceso seguido por Jorge Enrique Burgos contra Almacenes Tía, publicada en tomos CXI y CXII, números 2276 y 2277, páginas 442 y ss. de la Gaceta Judicial, tiene como base "la vocación de permanencia" del contrato de trabajo, circunstancia que no se cumple en el presente negocio, por cuanto "ese entendimiento no reza con el contrato de los profesores de enseñanza, regidos por normas de excepción, como son los artículos 101 y 102 del Código, los cuales no tienen esa vocación de permanencia,

sino precisamente la posibilidad anual de mutación". Pero es que la citada "vocación de permanencia" no puede derivarse del término fijo pactado o presunto, porque entonces jamás existiría, sino del hecho de la renovación sucesiva no interrumpida del respectivo contrato durante no menos de diez años, pues ese hecho demuestra una continuada voluntad de los contratantes de permanecer en el pacto, que si no se prorroga al cabo de los mismos, sin invocar causal justa de extinción del vínculo, conforme al artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, sino simplemente por la decisión patronal de no renovarlo, se configura un despido sin justa causa, aunque por un modo legal de terminación del contrato, mediante el cual se rompe la continuidad de las prórrogas anteriores y se cierra la puerta para que el trabajador logre alcanzar el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión jubilatoria. Y es que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, al prever restringida por "despido sin justa causa" después de diez años de servicios, se refiere a la terminación del contrato sin invocación de alguna de las causales justificativas que señalaban cuando entró en vigor los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, sustituidas hoy, dentro de la misma línea conceptual, por los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, lo que quiere decir que el precepto 8º de aquella ley estableció la mencionada pensión, después del citado lapso de labores, siempre que no se invocara justa causa para su terminación y el modo legal de extinguirlo por la expiración del plazo, no constituye esa justa causa de extinción del vínculo. Entendido de otra manera el dicho artículo 8º de la Ley 171, conduce a consagrar el principio de que pactado un contrato de trabajo a término fijo (un año, por ejemplo) y renovado sucesivamente, de manera expresa o presuntiva, por más de diez años, al acercarse al tiempo en que el trabajador pudiera adquirir derecho a pensión jubilatoria, el patrono podía no renovarlo, sin invocar ninguna de las causales justificativas de terminación, sino la sola expiración del plazo, impidiendo que el trabajador adquiriera el mencionado derecho, no obstante que aquel artículo establece la pensión restringida por "despido sin justa causa". Claro es que el entendimiento que aquí se fija al artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con el 6º del Decreto 2351 de 1965, hace equivalentes dos modos distintos de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado y la decisión unilateral en los casos de los artículos 7º y 8º del citado estatuto, lo que rechazó la Sala al comienzo de esta sentencia como tesis general o absoluta para todos los efectos jurídicos correspondientes. Pero tal equivalencia es procedente, según se explica, con el único y exclusivo fin de evitar la injusticia que se cometería con los trabajadores ligados por contrato a término fijo, a quienes la no renovación de su contrato después de diez años de prórrogas sucesivas, les impediría completar el tiempo para adquirir derecho a la pensión de jubilación de que disfrutan los vinculados por contrato indefinido, abriéndose la puerta para que los patronos siempre celebren el contrato de trabajo a término fijo y basados en el modo legal de terminación por vencimiento del plazo pactado, produjeran el que no hubiera lugar en el futuro a la causación de pensiones jubilatorias. De otro lado, no debe perderse de vista que en los contratos de trabajo, de acuerdo con numerosos autores, no obra completa siempre la autonomía de la voluntad por parte de los trabajadores, que han de someterse a las condiciones, aunque no ilegales, que fija el patrono, porque de esa celebración depende su subsistencia. Y así, exigido por éste, vr. gr. plazo fijo para concertarlo, aquéllos pueden verse en la práctica forzados a admitirlo a fin de tener acceso al servicio, no obstante su obvia preferencia por los de término indefinido. La mejor interpretación de una norma es la que le hace producir sus efectos jurídicos en el mayor número posible de casos y si el entendimiento del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 se restringe a la sola situación de los trabajadores ligados por contrato a término indefinido, quedan desamparados los vinculados por plazo pactado, no obstante que sucesivas prórrogas durante diez o más años, manifiesten la voluntad de ambos contratantes de mantenerse en el contrato, lo que permite inferir su vocación de permanencia. Este entendimiento, además, trae su apoyo en el propio estatuto laboral, que conforme a sus artículos 1º, 18 y 19, prevé que sus disposiciones han de interpretarse dentro de un espíritu de

coordinación económica, de equilibrio social y de equidad y es sabido que ésta es "justicia del caso concreto", que templa el rigor literal de las normas jurídicas cuando su aplicación a situaciones determinadas producen resultados injustos o consecuencias contrarias a la finalidad que les dio origen. Y es esto, lo que sucede en el asunto a estudio, la Ley 171 de 1961, en su artículo 8º, quiso evitar que se burlase el derecho a la pensión jubilatoria y de allí que estableciera la pensión especial o restringida, comúnmente denominada "pensión-sanción", para todos los trabajadores despedidos sin justa causa después de 10 años de servicio. Y si no previó el caso de la terminación del contrato por voluntad del patrono que aduce un modo legal de extinción del mismo (vencimiento del término) pero no una de las justas causas determinadas en la ley, la jurisprudencia puede, por equidad, llenar ese vacío, pues como lo explicó esta Sala en sentencia de 28 de marzo de 1969 (G. J. Nos. 2306, 2307 y 2308. Págs. 672 y ss.) con cita de Aristóteles, "y a quien es inevitable volver cuando quiera que de la noción de equidad se trata", "cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirla y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente, es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata".

Dejo así salvado mi voto,

Fecha ut supra.

José Eduardo Gnecco C.

SALARIO POR UNIDAD DE TIEMPO O POR RESULTADO.— SALARIO FIJO O VARIABLE.— LIQUIDACION DE LOS DOMINICALES Y FESTIVOS. BUENA O MALA FE PATRONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 41.

Por conducto de apoderado, **Pedro Díaz del Castillo Vega** demandó a la sociedad denominada "Editorial El Siglo S. A.", para que, mediante los trámites previstos para el juicio ordinario laboral de mayor cuantía, se la condenase a pagarle las sumas que resulten establecidas por concepto de auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicio, dominicales y festivos, indemnización por despido y por mora, y las costas del juicio.

Según las voces del libelo, Díaz del Castillo laboró para la demandada, mediante contrato de trabajo escrito y con un salario promedio en el último año de $ 7.065.05 mensuales, desde el 1º de septiembre de 1966 hasta el 17 de julio de 1972, fecha en la que se vio obligado a presentar renuncia. Al iniciarse el contrato el salario fue mixto: parte fijo y parte variable, pero desde el 1º de agosto de 1968 hasta su terminación fue variable en su totalidad y se establecía por el sistema de comisiones, habiendo sido la última pactada equivalente al 0,0007 por mil de los recaudos que efectuara, pues su oficio era el de cobrador. La demandada no le ha pagado el valor de los dominicales y festivos a que tiene derecho, ni las prestaciones e indemnizaciones que reclama.

La empresa dio contestación a la demanda, pero el juzgado no la aceptó al rechazar la personería del abogado que la firmaba, por deficiencias en la presentación del poder.

Tramitada la controversia, el **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá**, que fue el del conocimiento, la desató, en sentencia de veinticinco de julio de mil novecientos setenta y cinco, condenando a "Editorial El Siglo S. A." a pagar al actor las sumas de $ 45.176.61 por concepto de descansos dominicales; $ 17.105,65 por descansos festivos; $ 9.749.73 por reajuste de cesantía y las costas del juicio. La absolvió de las restantes pretensiones de la demanda.

Los apoderados de ambas partes recurrieron en apelación contra la anterior providencia, y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** resolvió la alzada confirmando las condenaciones decretadas por el a quo y agregando las siguientes: $ 1.239.21 por reajuste de prima de servicio: $ 275.48 diarios, a partir del 18 de julio de 1972 y hasta cuando se cancelen los demás valores resultantes del juicio, a título de indemnización moratoria, y le impuso las costas de la instancia.

Contra ese fallo, proferido el catorce de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, ha interpuesto recurso de casación el procurador judicial de la parte demandada. Y como el dicho recurso le fue concedido por el Tribunal y lo ha admitido esta Corporación en donde ha recibido la ritualidad de rigor, se le va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito de réplica.

La impugnación

Persigue la casación total de la sentencia recurrida, "en cuanto confirma la de pri-

mera instancia en sus artículos primero y tercero que conllevan la condena por descansos dominicales y festivos, reajuste de cesantía y en el aspecto en que modifica la de primer intancia condenando a la sociedad EDITORIAL EL SIGLO S. A. al pago del reajuste de una prima de servicios y a la indemnización moratoria de $ 275.48 diarios a partir del 18 de junio de 1972 y convertida esa Honorable Corporación en Tribunal de instancia revoque la sentencia proferida por el Juzgado 7º del Circuito Laboral de Bogotá en cuanto condena a la sociedad demandada al pago de los descansos dominicales y festivos y reajuste del auxilio de cesantía y la confirme en cuanto absolvió a mi representada del reajuste de prima de servicio y la indemnización moratoria, absolviendo a la sociedad demandada de todas las peticiones de la demanda".

El recurrente aspira a obtener la indicada finalidad mediante la formulación de tres cargos, los cuales se estudiarán en el mismo orden propuesto, sin que sea óbice para ello la falta de señalamiento de la causal de casación en que se apoyan, pues, por su enunciado, se advierte fácilmente que se está invocando la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

Primer cargo

Acusa violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 132, 133, 172, 173, inciso 1º, 174, 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, y, como consecuencia, aplicación indebida de los artículos 249, 306 y 65 de la misma obra.

En su desarrollo, el recurrente expresa:

"La interpretación errónea como lo ha sostenido esa Honorable Corporación consiste en darle a la norma jurídica un sentido que no tiene y esto es lo que ha sucedido en la sentencia de Pedro Díaz del Castillo contra Editorial El Siglo S. A., en donde el sentenciador de segunda instancia al confirmar la condena por descansos dominicales y festivos, proferida por el juez a quo ha dado un sentido totalmente diferente al que tienen los artículos acusados, lo cual aparece claro en una exégesis o interpretación conjunta que es necesario dar a las normas acusadas".

"El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la libertad de estipulación salarial para las partes que celebran un contrato de trabajo y sólo se les fija como límites el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas, y fallos arbitrales, lo anterior nos está indicando que cualquiera que sea la forma de determinar el salario por los contratantes, siempre hay un mínimo garantizado señalado por la ley, por unidad de tiempo que es el salario mínimo. Por su parte el artículo 133 del código divide los salarios en jornales y sueldos, el primero debe entenderse como pactado por días y el segundo por períodos mayores, el único entendimiento correcto que puede darse a esta norma es el que nos indica que no hace ninguna diferenciación entre salario por unidad de tiempo y salario por tarea, por obra, a destajo, a comisión, etc., sino que cualquiera que sea su modalidad si se estipula por días es jornal y si por períodos mayores sueldo, lo anterior significa que en Colombia cualquiera que sea la modalidad pactada por las partes en cuanto a salario ésta no puede ser sino jornal o sueldo, la interpretación que ha dado el Tribunal de considerar solamente como sueldo el salario por unidad de tiempo o como fija pactada por período mayor de un día es errónea y no se ajusta al verdadero sentido del artículo 133, lógicamente en concordancia con lo señalado por el 132".

"Clarificada la interpretación conjunta de los artículos 132 y 133 del código, debemos referirnos al contexto del artículo 174, para llegar a la conclusión de que también fue mal interpretado, al darle el sentenciador el carácter de jornal, al salario variable estipulado por jornadas mayores a la de un día y que por lo tanto en las categorías fijadas por el artículo 133 debía comprenderse como sueldo y en consecuencia los descansos dominicales y festivos se hallaban comprendidos en el pago recibido mensualmente por el demandante, la interpretación errónea es nítida al entender el sentenciador que un sueldo como era el pactado entre la demandada y Pedro Díaz del Castillo no comprendía el pago de los descansos dominicales y festivos, contrariando en forma clara el texto del inciso 2º del artículo 174, el cual por otra parte emplea el vocablo 'en todo sueldo', lo que nos está indicando que el legislador entendió la existencia de varias clases de sueldos, es

decir el variable y el fijo y este pensamiento del legislador es acorde con lo señalado en el artículo 133".

"La secuencia lógica de las normas cuya interpretación errónea hemos explicado, nos lleva a señalar que también se le dio un sentido que no tiene, por parte de la sentencia acusada, al artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto a la acepción 'cuando se trate de salario fijo', se le dio un sentido que no tiene y, fue el de considerar que no se refiere exclusivamente a los jornales, sino que podía comprender remuneraciones superiores a la jornada diaria, siempre y cuando éstas fueran variables, pero en realidad el sentido exacto del artículo 176 que permite considerar que la remuneración de los descansos obligatorios sólo hay que pagarlos en forma especial e independiente, al jornalero, al que se remunera por días bien sea salario fijo o variable y en este caso promediando lo realmente devengado en la semana inmediatamente anterior y comprendiendo únicamente los días realmente trabajados y la propia redacción del artículo 176 nos indica su sentido exacto, ya que el legislador tomó como indicativo para la liquidación de los descansos dominicales y festivos la comisión, es decir el término que puede abarcar los jornales, pretender extender a salarios pactados por jornadas superiores a la diaria, la aplicación del artículo 176 es darle a éste un sentido que no tiene, que no concuerda con el orden lógico y claro de las disposiciones legales sobre esta materia, y como así lo hizo el sentenciador de segunda instancia debe concluirse que interpretó erróneamente el artículo 176. Lo mismo puede predicarse de los artículos 172, 173 y 177 del código que en su orden determina el derecho al descanso dominical remunerado, la cuantía de la remuneración y el derecho al descanso remunerado en los días festivos, no se ajusta la interpretación de esta norma a su sentido exacto, por cuanto como ya se explicó el salario estipulado corresponde a la modalidad de sueldo y no a la de jornal y en estas condiciones debe entenderse que el descanso remunerado en la forma señalada por la ley y en la cuantía determinada por ello tanto para los dominicales como para los festivos se hallaba comprendido dentro del pago mensual que como sueldo recibía el demandante".

"La interpretación errónea de las normas citadas llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 249, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo al ordenar un reajuste de cesantía, un reajuste de prima de servicios y una indemnización moratoria que sólo tuvieron su fundamento en la condena por descansos dominicales y festivos que como vimos tuvo su fundamento en la interpretación errónea de las normas del Código Sustantivo del Trabajo que cito al proponer el cargo y que lógicamente llevarán a la Honorable Corte a casar la sentencia recurrida y convertida esa Honorable Corporación en Tribunal de Instancia deberá revocar la proferida por el juzgado de primera instancia en cuanto condena al pago de descansos dominicales y festivos y reajuste de cesantía a mi representada y confirmar en todo lo demás dicha sentencia".

El opositor observa que el tema planteado en el cargo ha sido estudiado y decidido por la Corte en numerosas sentencias y en forma contraria a la propuesta por el impugnante. Al respecto, cita y transcribe pasajes de varias providencias en las que se reitera ese criterio jurisprudencial y, con base en ellas, se opone a la prosperidad del ataque.

Se considera

El recurrente no parece desconocer la repetida y constante jurisprudencia de la Sala acerca del sentido y correcta interpretación de las normas legales que acusa como infringidas, pues lo que propone es un reexamen del asunto a fin de que se cambie la doctrina tradicional, conforme a la cual el salario sólo admite dos formas de estipulación, a saber: por unidad de tiempo o por resultado. La primera, que retribuye la duración del trabajo y toma el tiempo como base para la remuneración, comprende las modalidades de jornal y sueldo, según se estipule por días o por períodos mayores. Y la segunda, que tiene como medida del salario el esfuerzo o resultado de la actividad desplegada por el trabajador, admite las especies o modalidades de retribución por tarea, por obra, a destajo, por comisión, participación de utilidades y otras

similares. En esta forma de estipulación el salario siempre será variable y la norma aplicable para establecer la remuneración de los descansos es el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo; en tanto que en presencia de aquella primera el salario será fijo, pero sólo en la segunda modalidad de esta categoría la remuneración constituye sueldo, por haberse pactado por unidad de tiempo, por períodos mayores de un día y no ser variable. Por lo mismo, solamente en este último caso deberá entenderse incluido en la remuneración el valor de los descansos legalmente obligatorios, a términos del inciso 2º del artículo 174 ibídem.

Al hacer un nuevo y detenido estudio sobre el tema, no encuentra la Corte razón alguna que la conduzca a modificar el criterio que deja sintetizado, máxime cuando a primera vista se advierte que todas las argumentaciones del impugnador se edifican sobre el supuesto equivocado de que no existe ninguna diferencia entre el salario que se estipula por unidad de tiempo y el que se pacta teniendo en cuenta el resultado, esfuerzo o actividad y que la remuneración, cualquiera que sea la forma que se adopte, sólo puede ser clasificada como jornal o como sueldo, ignorando o prescindiendo totalmente de la otra categoría de salario que se acuerda o conviene sin consideración al factor tiempo.

Son abundantes las transcripciones de jurisprudencias que hacen tanto el Tribunal como el opositor. Pero como, según se observa, aún no se tiene una noción clara sobre el punto, no resulta impertinente reproducir apartes de algunos fallos que lo han estudiado de manera exhaustiva y completa:

"Es verdad que la norma legal que define el sueldo no dice que por tal deba entenderse la asignación fija. Sin embargo, ese objetivo lo usa el legislador en oposición al salario variable en el artículo 141 del código. Allí expresa que no es fijo en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea, modalidades de salario variable. Luego si en todas las tres de esta modalidad salarial no es fija la retribución, no es un desacierto decir que en la especie de la remuneración por unidad de tiempo, sí tiene el carácter de fijeza que le da el sentenciador.

"Al indicar el Tribunal el sentido del artículo 141, utiliza el argumento a contrario sensu conocida regla de interpretación ideada por la jurisprudencia, según la cual 'quien dice de uno niega de los otros' o 'la inclusión de uno importa la exclusión de otro'. Si de las dos especies de salario que la ley establece no es fijo el pactado por obra, o a destajo o por tarea o por comisión, etc., sí lo es el convenido por unidad de tiempo, conforme al criterio de interpretación expuesto.

"4. En doctrina la tesis del Tribunal tiene respaldo suficiente. En efecto, dice el tratadista Mario de la Cueva:

"'Tradicionalmente se ha distinguido entre salario por unidad de tiempo y salario por unidad de obra, conocido este último también con el nombre de salario a destajo. La diferencia fundamental que se señala consiste en que, en el primero, se calcula el salario atendiendo al tiempo, jornada diaria de trabajo, semana o mes, independientemente del resultado que se obtenga, en tanto que en el segundo se toma en cuenta, de manera principal, el resultado del trabajo'.

"'En el salario por unidad de tiempo la medida es siempre la misma; en el salario por unidad de obra, por el contrario, se presentan algunas modalidades, pues es natural que la medida sea distinta según los diferentes objetos a que se aplique la actividad del trabajador...' (Derecho Mejicano del Trabajo, T. Iº Pág. 670).

"El expositor Ludovico Barassi, expone:

"'El trabajo por tiempo es el tomado en consideración por sí mismo, independientemente de su resultado...'. 'Así, los empleados pagados por mes y los obreros pagados por semana o por quincena, son trabajadores por tiempo. Su actividad se toma en consideración, no en cuanto se logra un determinado resultado sino en cuanto corresponde al esfuerzo muscular o intelectual que se puede poner en función por el trabajador en un tiempo dado y al rendimiento medio que se deriva del esfuerzo. La consecuencia es que el criterio esencial es el del tiempo: el tiempo es la medida de la cantidad de energía producida. La retribución se ajusta por ello al tiempo de trabajo'.

"'En el destajo acontece lo contrario...', 'Aquí el criterio indirecto de medida del trabajo es el dado por el resultado, en el

que se encuentra la medida de la cantidad de trabajo que es normalmente necesaria para conseguirlo'. Su consecuencia —anota— es que por su razón de ser, el destajo es una forma de retribución o incentivo destinada a incrementar la producción.

"'El trabajador puede, por consiguiente, prestar servicios por tiempo o a destajo según las exigencias de la organización de la empresa. Es posible el pago del obrero del destajo al salario fijo', siempre que no se produzca disminución en la asignación. (Tratado de Derecho del Trabajo, Págs. 196, 109 y 123).

"Según lo expuesto, es correcta la tesis del Tribunal al sostener que el salario por unidad de tiempo es tipo de asignación fija. Por lo demás, las razones en que la funda, básicas de la decisión, no las acusa el cargo, como tampoco violación del artículo 141, motivo suficiente para mantenerla, de acuerdo con reiteradas doctrinas de la corporación:

"Conviene anotar que el salario fijo no deja de serlo en el supuesto de que durante la ejecución del contrato reciba aumentos por disposición del patrono o acuerdo de las partes, o por obra de elementos marginales, como el valor del trabajo suplementario, primas, bonificaciones, etc. Nada de eso altera el principio de que la medida de la retribución es siempre la unidad de tiempo.

"5. El salario que define el artículo 133 del Código se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. No es, pues, genérica, como lo entiende el recurrente. La de tal clase es materia de otro precepto legal, contenido en el artículo 127.

"A vista del artículo 28 del Código Civil, 'las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal'

"Si las palabras 'jornal' y 'sueldo' comprenden no sólo el salario estipulado por días o por períodos mayores, respectivamente como lo dispone la ley, esto es, por unidad de tiempo, sino que abarcan también el salario variable, en cualquiera de sus modalidades (por obra o a destajo y por tarea, por comisión, participación de utilidades, etc.), como lo asevera el recurrente, rebasarían lo que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraría el criterio fijado por la norma citada del Código Civil.

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (artículo 132 del 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.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de 'sueldo' o 'jornal', 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 de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las 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 suel-

do y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (artículo 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (artículo 134, inciso 1º). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (artículo 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 capacidad del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (artículo 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (artículo 177, inciso 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 exacta, 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 o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (artículo 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses). (Sentencia de 30 de enero de 1964).

"Este punto ha sido resuelto por la Corte en numerosos fallos, cuya doctrina amerece confirmada en el de 15 de febrero de 1963. (Sears Roebuck de Medellín S. A. contra Gaman Jaramillo Torres, G. J. Nos. 2306 a 2308), en el que expresa:

" 'El razonamiento del ad quem, sobre la cuestión sometida a examen, responde, en lo fundamental, a lo que expresa el acusador, esto es, que el artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere al salario estipulado por unidad de tiempo, que a la comisión no se le puede aplicar el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo y

que la percibida por el actor, variable y a título de salario, se gobiernan por el artículo 176 del estatuto mencionado'.

"Acerca de tales entendimientos la jurisprudencia de la Corte tiene definido con criterio que debe reiterarse:

" 'a) El salario que define el artículo 133 del código se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. Si las palabras jornal y sueldo comprendieran no sólo el salario estipulado por días o por períodos mayores, respectivamente, como lo dispone la ley, esto es, por unidad de tiempo, sino que abarcarán también el salario variable en cualquiera de sus modalidades (por obra o a destajo o por tarea, por comisión, participación de utilidades, etc.) como lo asevera el recurrente, rebasarían lo que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraría el criterio fijado por el artículo 28 del Código Civil (G. J. 2271 Pág. 401)';

" 'b) Si los contratantes de acuerdo con la facultad del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo para estipular libremente el salario, escogen la remuneración por unidad de tiempo, la regla aplicable para remunerar los descansos en domingos y festivos es el artículo 174; si optan por el salario variable opera la doctrina del artículo 176. Se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales. (La misma sentencia de la Corte en Gaceta Judicial y páginas citadas)';

" 'c) El salario variable 'no es fijo en su cuantía'. 'La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (artículo 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (artículo 177, inciso 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 lo 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 o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fa-

llador, sin réplica del recurrente'.

"'La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (artículo 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas, o meses)'. (Sentencia de 30 de agosto de 1973. Raúl Bautista Cerveto contra Impulsadora Colombiana de Hoteles Ltda.)".

No incurrió, por tanto, el Tribunal en la errónea interpretación que se le imputa ni en las demás violaciones de ley afirmadas en el cargo. Este, por consiguiente, no prospera.

Segundo cargo

Acusa violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 132, 133, 172, 173, 174, 176, 177, 249, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, infracciones provenientes de manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente el contrato de trabajo de folios 24 y 47 y la diligencia de inspección judicial de folios 43, 44 y 45; y por haber dejado de estimar las liquidaciones presentadas por el propio demandante a la empresa y que obran a folios 48, 49, 50, 51, 52, 53 y 54 del expediente.

Los errores de hecho fueron:

"a) No dar por demostrado, estándolo, que el salario mensual recibido por el demandante comprendía el pago de los descansos dominicales y festivos;

"b) No dar por demostrado, estándolo, que las liquidaciones de comisiones elaboradas por el demandante, comprendían el pago de los descansos dominicales y festivos, en la forma señalada por la ley;

"c) No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad obró de buena fe al considerar que dentro de las liquidaciones presentadas por el propio demandante se encontraban incluidos los descansos dominicales y festivos".

El censor sustenta este cargo así:

"Si el sentenciador de segunda instancia hubiere apreciado en forma correcta el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la sociedad demandada y especialmente la cláusula tercera y así mismo hubiera apreciado en forma correcta la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la demandada y no hubiera dejado de apreciar las cuentas presentadas por el demandante a la sociedad demandada, en las cuales relacionaba las semanas que se le adeudaban por cobros, hubiera tenido que concluir que el señor DIAZ DEL CASTILLO había recibido el pago de los descansos dominicales y festivos, dentro del salario mensual estipulado en el contrato y recibido por él, pues como lo señala el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo las partes pueden estipular libremente la modalidad de remuneración y ésta sólo puede dividirse en jornal o sueldo, aplicando el primero una jornada diaria de trabajo y el segundo cualquier jornada superior a la diaria, es decir que dentro de la libertad contractual, las partes pueden establecer un sueldo que sea fijo o variable, pero que siempre continuará siendo sueldo, por ser la jornada estipulada superior a la diaria, en estas condiciones un análisis correcto del contrato de trabajo y de la inspección judicial habrían llevado al sentenciador a considerar cancelados los descansos dominicales y festivos dentro del sueldo estipulado por las partes y en la forma que lo consagra el artículo 174 inciso 2º y lógicamente no habría aplicado indebidamente el artículo 176 que es aplicable a los salarios por jornal y no a sueldos. Este análisis se refuerza con la prueba no apreciada por el sentenciador de las cuentas o relación de comisiones presentadas por el propio demandante, a la sociedad demandada y en donde él reconoce el pago total del sueldo pactado en el contrato y en ninguna de ellas hace mención a los descansos dominicales y festivos, debiendo considerarse que acepta que se hallan incluidos dentro del pago de sus comisiones y que es el sentido obvio y natural de la prueba que el sentenciador no apreció.

"Por otra parte si se hubiera analizado en la forma correcta y sin desfigurar el contexto natural del contrato de trabajo en su acepción sueldo y no se hubieran dejado de apreciar las documentales que consisten en las relaciones de comisiones presentadas por el demandante a la sociedad habría tenido que llegar a la inexorable

conclusión de que la sociedad obró de buena fe al considerar que dentro del salario estipulado contractualmente y reclamado por el propio demandante, se incluía el pago de los descansos dominicales y festivos".

La parte opositora anota que todas las pruebas singularizadas en la acusación fueron correctamente apreciadas, incluidas las documentales de folios 48 a 54, por lo cual no puede predicarse de éstas falta de estimación. Y agrega que tales pruebas no fueron analizadas para establecer la buena o mala fe patronal y, por tanto, no pudo cometerse ningún error de hecho que acarreara la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se considera

Este cargo, en lo relativo a las condenaciones por descansos dominicales y festivos, reajuste de cesantía y prima de servicios, tiene el mismo fundamento del anterior, esto es, que el salario variable es sueldo cuando su pago se realiza por períodos superiores a la jornada diaria, para concluir que el pactado con el trabajador Díaz del Castillo era sueldo y dentro de él estaba comprendido el pago de los descansos en domingos y feriados. Ya se vio cómo ese planteamiento es equivocado, pues el concepto de sueldo —modalidad del salario estipulado por unidad de tiempo— resulta totalmente opuesto al salario variable, que es especie del que se pacta teniendo en cuenta el resultado y que, por lo tanto, está constantemente expuesto a las mismas fluctuaciones que se operen en éste.

El actor devengaba un salario a comisión, es decir, sujeto al resultado que le deparara su esfuerzo o actividad. Era, pues, esencialmente variable y no puede, en ningún caso, recibir la calificación de sueldo. No era posible, en consecuencia, que se tuviera como incluído en esa remuneración el pago de los descansos obligatorios, con aplicación inadecuada del artículo 174, inciso 2º, del Código Sustantivo del Trabajo.

Como la errónea apreciación que se atribuye al ad quem consiste, precisamente, en no haberle dado el carácter de sueldo al salario variable que percibía el trabajador —no obstante que el pago se hiciera por lapsos superiores a un día resulta lógico que la dicha equivocada estimación no se produjo, como tampoco los errores de hecho— que de tal circunstancia se han querido derivar.

En lo tocante con la indemnización moratoria, el Tribunal decretó condenación por este extremo apoyándose en doctrina de esta corporación en la que se sostiene que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. O sea que entendió bien el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, considerando implícito en él el elemento buena o mala fe, pero imponiendo la correspondiente condena por estimar que el desconocimiento de un mandato legal —artículo 176 del mismo código— no podía servir de fundamento para configurar la buena fe.

El fallador apreció los documentos de folios 48 a 54 para tener como demostrado el contrato de trabajo que vinculó a las partes; pero ciertamente no los tuvo en cuenta para decidir la petición sobre indemnización moratoria. Sin embargo, esta omisión carece de influencia en el resultado que se le dio al litigio en este punto, ya que el hecho de que fuera el propio trabajador quien elaboraba y presentaba las cuentas de cobro por las comisiones causadas, no autorizaba al patrono para presumir incluidos en ellas el valor de los descansos legalmente obligatorios, pues que esa obligación a su cargo aparece claramente establecida en la ley; la falta de inclusión en las dichas cuentas de los valores correspondientes a los descansos, tampoco lo exoneraba del deber de liquidarlos y cancelarlos oportunamente, con mayor razón si esas mismas relaciones o cuentas le permitían determinar con facilidad el respectivo valor del descanso. La falta de reclamo o cobro de sus derechos por parte del trabajador no puede erigirse en condición suspensiva de las obligaciones del patrono, ni revisten de buena fe a la mora o renuencia de éste para su cumplimiento.

Es claro, por tanto, que tampoco incurrió el sentenciador en el error de hecho que se le imputa por haber dejado de apreciar los referidos documentos, pues no des-

virtúan ellos la ausencia de buena fe que encontró establecida el Tribunal.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

Acusa interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la que se hace consistir en haberle dado a ese precepto una aplicación automática o mecánica, sin tener en cuenta el elemento buena o mala fe.

Se considera

Al estudiarse la censura precedente se dejó dicho que el fallador de segundo grado había adoptado su decisión condenatoria, por el extremo a que se contrae el cargo, haciendo suya la jurisprudencia de esta Sala que rechaza la ignorancia de la ley como excusa para el no cumplimiento oportuno de las obligaciones laborales. Lo que quiere decir que no puede alegarse ese hecho como justificativo, o generador de buena fe, de la falta de pago de lo debido al trabajador.

Al imponer el juzgador la sanción por no encontrar justificada la mora, no hizo una aplicación automática del artículo 65, sino que lo interpretó previamente y en forma que no resulta susceptible de reparos.

La acusación es infundada y no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el catorce de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Pedro Díaz del Castillo contra la sociedad "Editorial El Siglo S. A.".

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.— CONTRATO DE CARACTER ADMINISTRATIVO REGLADO POR EL DECRETO 3074 DE 1969

Al concluir que no existió contrato de trabajo entre las partes sino uno de carácter administrativo, no violó el Tribunal Superior el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, porque la competencia de la jurisdicción laboral se fundamenta en la afirmación del demandante de que estuvo vinculado con el demandado a través de un contrato de trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre 30 de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 36.

Pedro Pablo Camargo Rodríguez, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial al Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas" (Colciencias), establecimiento público nacional, creado por Decreto 2869 de 20 de noviembre de 1968, domiciliado en Bogotá, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

"1º) Que el FONDO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS Y PROYECTOS ESPECIALES "FRANCISCO JOSE DE CALDAS" (COLCIENCIAS) debe pagar a PEDRO PABLO CAMARGO la suma de OCHO MIL CIEN PESOS ($ 8.100.00) MONEDA LEGAL, valor correspondiente a sueldos insolutos por el período comprendido entre el 1º y el 26 de enero de 1973. 2º) la suma de NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS ($ 97.200.00), MONEDA LEGAL, valor de los salarios insolutos comprendidos entre el 15 de enero de 1973 y el 15 de enero de 1974, término correspondiente al contrato presuntivo. 3º) El valor de todas las primas de servicios correspondientes al tiempo de duración de la relación laboral. 4º) El valor proporcional a las vacaciones correspondientes al tiempo de la duración de la relación laboral entre mi poderdante y el demandado. 6º) la suma de DOSCIENTOS SETENTA PESOS ($ 270.00) MONEDA LEGAL, o la que resulte probada, valor del sueldo diario o salario caído que deberá cubrirse desde el 1º de enero de 1973 hasta la fecha en que sean pagados los precedentes salarios, prestaciones e indemnizaciones. 7º) Las demás que el juzgado decrete como ultra o extra petita en favor de mi representado. 8º) Si procediere, que se condene en costas".

Relatan los hechos de la demanda que el día 15 de julio de 1972 Pedro Pablo Camargo celebró contrato laboral escrito con la entidad demandada, para prestar sus servicios personales como Asesor de Asuntos Internacionales, con sometimiento a las normas y reglamentos del personal y en la sede de la misma, bajo las instrucciones pertinentes de la Gerencia o la Secretaría General de Colciencias; como sueldo básico se estipuló la suma de $ 8.000.00 mensuales, recibiendo además el demandante $ 100.00 como subsidio de almuerzo; Pedro Pablo Camargo prestó servicios a la demandada durante ocho horas hasta cuando fue despedido el 26 de enero de 1973, y se le hicieron los descuentos por cuota de afiliación y periódica para la Caja Nacional de Previsión Social, así como la retención para cubrir el impuesto de renta y pa-

trimonio; además se le pagó $ 3.333.33 en diciembre de 1972 como prima semestral de servicios.

Fundamentó su demanda en las siguientes disposiciones: artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, Ley 6ª de 1945, Decreto 2117 de 1945, artículo 41 del Decreto 1905 de 1969, y artículos 23 y 25 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 4º, 7º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965 y normas del Código de Procedimiento Laboral.

Al contestar la demanda por medio de apoderado judicial, el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas", negó la existencia del contrato de trabajo y los hechos fundamentales. Basó su defensa en que el contrato celebrado con el demandante fue de carácter administrativo, en el cual se estipuló la caducidad por incumplimiento de las obligaciones, y como el doctor Pedro Pablo Camargo no cumplió lo pactado, se declaró a caducidad por Resolución número 0011 de 1º de febrero de 1973. Propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción y las de carencia de acción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción. También pidió se declarara la nulidad de lo actuado por falta de competencia.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juzgado del conocimiento, que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, decidió el litigio en sentencia de trece de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva absolvió al Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas" (Colciencias), de todas y cada una de las peticiones contenidas en el libelo instaurado por Pedro Pablo Camargo Rodríguez, a quien condenó al pago de las costas.

Apeló la parte demandante y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y cinco confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado, condenando en las costas de la segunda instancia al apelante, interpuso el recurso de casación el apoderado de Pedro Pablo Camargo. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la Impugnación

Lo formula así el recurrente: "Se pretende con este recurso extraordinario que la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Sala Laboral) el 14 de noviembre de 1975 en el juicio de la referencia, a fin de que, obrando como tribunal de instancia, REVOQUE la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de septiembre de 1975 y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada, o sea al FONDO DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS Y PROYECTOS ESPECIALES "FRANCISCO JOSE DE CALDAS" (COLCIENCIAS), en los términos del libelo de la demanda".

Con fundamento en la causal primera de casación laboral el casacionista presenta cinco cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso a la sentencia objeto de esta demanda de casación por violación de la Ley sustancial, por infracción directa, en los términos del numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 (Art. 87 del Código Procesal del Trabajo). En efecto, la sentencia impugnada al no aplicar las normas legales que regulan el caso debatido, como son las del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969, infringe directamente la ley sustancial, a saber: Las normas infringidas en este caso son: artículo 2º del Código Procesal del Trabajo; artículos 3º, 5º, 6º, 9º, 13, 20, 21, 22, 23, 25 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 41, literal a), del Decreto 1905 de 1969; artículos 4º, 7º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, y artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. Asimismo la sentencia impugnada viola el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo y el artículo 32 del Decreto 528 de 1964 (numeral 2º, literal c). Lo mismo los artículos 16, 17 y 34 de la Constitución Nacional. En su lugar, la sentencia impugnada aplica normas le-

gales que no corresponden a su jurisdicción, como la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 de 1945; los Decretos números 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968 y el Decreto número 1848 de 1969. El artículo 2º del Código Procesal del Trabajo indica muy claramente que 'la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo'. Este precepto ha sido violado por la sentencia impugnada, puesto que, al absolver a la entidad demandada, se basa en las disposiciones legales que rigen el contrato administrativo. Y si el juzgador en su sentencia llega a la conclusión de que 'la vinculación estuvo regida por un contrato de tipo administrativo que no implicaba la vinculación del actor por un contrato de los denominados fictos ya que muy claramente los Decretos 3074 de 1968, los servidores ocasionales como en el caso presente, se consideran como meros auxiliares de la administración pública'. (Folio 184), obviamente viola flagrantemente también el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo y el artículo 32, numeral 2º, literal c) del Decreto 528 de 1964. La sentencia impugnada viola igualmente los artículos 22, 23 y 25 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto el juzgador incurre en rebeldía al no aplicar dichos preceptos al caso debatido para aplicar, en cambio, aquellas disposiciones que gobiernan el 'contrato administrativo', así: En primer lugar, el artículo 22 en cuanto afirma que 'contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración'. La sentencia desconoce este precepto al concluir que en el caso debatido se trata de un contrato administrativo, por lo cual decide, en su lugar, aplicar disposiciones de carácter administrativo que no son de su jurisdicción. En segundo lugar, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto prevé los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. La sentencia impugnada desconoce la existencia del contrato dicto de trabajo (fls. 1 y 2) y lo califica de 'contrato administrativo', en abierta violación del numeral 2º del citado artículo 23, que dice: 'Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen'. Y, en tercer lugar, el artículo 25 del mismo ordenamiento en cuanto el sentenciador no aplica las normas del Código Sustantivo del Trabajo al caso debatido, aun en el supuesto de que estricto sensu se tratase de un 'contrato administrativo' sino únicamente normas legales que corresponden a otra jurisdicción: 'Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza de contrato y le son aplicables, por consiguiente, las normas de este código'. Ahora bien, la sentencia desconoce, en el caso debatido, el inciso a) del artículo 41 del Decreto 1905 de 1969 cuando afirma que 'es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, son empleados públicos a excepción de quienes laboran en la construcción o sostenimiento de las obras públicas que son trabajadores oficiales'. (Fl. 144). El artículo 41 del Decreto 1905 de 1969 establece muy claramente que, conforme al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 pueden vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñen, como en el caso concreto, servicios profesionales en materia de asesoría jurídica internacional. El Decreto 1905 es, por lo demás, posterior al Decreto 3135 de 1968 y establece la excepción. La sentencia impugnada viola asimismo los artículos 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto, en vez de dar aplicación a dichos preceptos, prefirió la aplicación de disposiciones administrativas que no pueden regular el caso debatido tanto por la naturaleza del asunto como por la naturaleza de la jurisdicción laboral. En su afán por aplicar atropelladamente las normas de carácter administrativo en perjuicio del trabajador demandante, el juzgador llegó a la peregrina conclusión de que la calificación de la relación laboral corresponde a la entidad contratante (fl. 45) cuando la ley ordena que, en caso de conflicto entre las leyes de trabajo y cualesquiera otras, tienen primacía aquéllas y, desde luego, la más favorable al trabajador. Igualmente el juz-

gador ha violado con su sentencia otras disposiciones, como son los artículos 4º, 7º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, a saber: En primer lugar, el artículo 4º del citado decreto en cuanto prevé que 'si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta días, se entenderá renovado por un año y así sucesivamente'. En segundo lugar, el artículo 7º del citado decreto en cuanto a la terminación del contrato de trabajo por la causal de decisión unilateral del empleador sin justa causa comprobada. Y, en tercer lugar, el artículo 8º del citado decreto en cuanto al deber de indemnizar por responsabilidad patronal derivada de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada en los contratos a término fijo. La sentencia impugnada viola directamente el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, el cual expresa que 'trabajo ocasional' accidental o transitorio, es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrón'. En efecto, el juzgador en su fallo afirma que, de acuerdo al Decreto 3074 de 1968, 'quienes le presten al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o de una obra son meros auxiliares de la administración pública'. Esta interpretación y aplicación del precepto es violatoria también del artículo 41 del Decreto 1905 de 1969, que es posterior al Decreto 3074 de 1968, el cual dice: (ARTICULO 41). "Carácter de los empleados. Todas las personas que presten sus servicios al Fondo, son empleados públicos y, por tanto, estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos. No obstante lo anterior, conforme al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñen las siguientes actividades: a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica; b) Construcción y sostenimiento de obras, equipos, etc: c) Labores de aseo, servicios de alimentación, lavado y planchado de ropas, asistencia doméstica, etc.'. Asimismo, con su sentencia el juzgador viola el artículo 65/1 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto estipula que 'si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo'. Dentro del mismo concepto de violación del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, la sentencia violó en perjuicio del demandante la garantía de la aplicación integral de la norma en cuanto no aplica el aspecto favorable del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945: 'Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio'. Todo lo anterior ha causado graves perjuicios al demandante en cuanto a las garantías consagradas en la Constitución Nacional en cuanto a la tutela de sus bienes por parte de las autoridades (artículo 16) y en cuanto a que 'no se podrá imponer pena de confiscación'. (Artículo 34), según se deduce de la sentencia impugnada, ya que el demandante ha sido privado del fruto de su trabajo, o sea de los salarios adeudados y demás prestaciones a que tiene derecho, según los términos del libelo de la demanda, así como también a las indemnizaciones de carácter laboral. Al dejar desprotegido a mi mandante en sus derechos de trabajador, la sentencia impugnada viola asimismo el artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo, al cual preceptúa, por una parte, que 'el trabajo goza de la protección del Estado en la forma prevista en la Constitución y las leyes', precepto éste acorde con el artículo 17 constitucional y, por la otra, que los funcionarios públicos (con mayor razón los tribunales y jueces laborales de la República) 'están obligados a prestar a los trabajadores una debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos de acuerdo con sus atribuciones'. Es manifiesto de la sentencia impugnada que la autoridad responsable ha violado tales garantías y disposiciones legales dando protección a un establecimiento público y dejando en estado de completa indefensión al trabajador demandante, ya que él no podría intentar, en guarda de sus derechos, ninguna otra acción laboral, en los términos del artícu-

lo 151 del Código Procesal del Trabajo, mucho menos la acción contencioso-administrativa prevista en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Demostrada la acusación anterior, la honorable Corte Suprema de Justicia debe casar la sentencia impugnada y, obrando en función de instancia, revocar la decisión del a quo, y, en su lugar, condenar a la entidad demandada en los términos del libelo de la demanda inicial".

Para el opositor el Tribunal Superior no violó lo dispuesto en el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo, pues lo primero que debía hacer el juez era determinar la naturaleza del vínculo que ligó a las partes, y como encontró que no existió contrato de trabajo, lo procedente era absolver a la entidad demandada. Considera, además, que no se violaron los artículos 22, 23 y 25 del Código Sustantivo del Trabajo, ni el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Se considera

Sobre la vinculación contractual entre las partes dijo el Tribunal Superior:

"De conformidad con la documental que existe dentro del proceso no hay duda alguna, que la naturaleza del instituto demandado, además de las leyes posteriores, es de las que rige por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año. y como muy (sic) lo analiza el juez de instancia se llega a la conclusión que la vinculación estuvo regida por un contrato de tipo administrativo que no implicaba la vinculación del actor por un contrato de los denominados fictos ya que muy claramente los Decretos 3074 de 1968 (sic), los servicios ocasionales como en el caso presente, se consideran como meros auxiliadores de la administración pública. En este caso es forzoso llegar a la juiciosa conclusión del a quo y absolver de todas y cada una de las peticiones que le fueron formuladas en la demanda. Se confirmará la decisión tomada por el juzgado y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

Aun cuando la argumentación del ad quem es confusa, sin concordancia e incompleta, se deduce de la misma que estimó que las relaciones contractuales de trabajo entre la entidad oficial y sus servidores se regían por la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año. Mas llegó a la conclusión, acogiendo los planteamientos del juez de primer grado, que el vínculo jurídico que existió entre Pedro Pablo Camargo y el establecimiento público demandado no fue un contrato de trabajo de los que denomina ficto, sino una relación de carácter administrativo según lo previsto en el Decreto 3074 de 1968. Ante este último supuesto el Tribunal Superior no infringió directamente los artículos del Código Sustantivo del Trabajo citados por el recurrente, por cuanto dichas normas se refieren a relaciones laborales de carácter particular según lo disponen los artículos 3º, 4º y 492 del mismo estatuto y no son aplicables a las que existen entre la administración pública y sus servidores. Lo mismo cabe respecto del Decreto 2351 de 1965.

No aparece demostrado que el fallador de segunda instancia hubiese infringido directamente el literal a) del artículo 41 del Decreto 1905 de 1969, pues si bien esa norma contempla la posibilidad de que las personas que prestan servicios profesionales a COLCIENCIAS en materia de asesoría técnica, científica y jurídica, se vinculen a través de un contrato de trabajo el fallador de segunda instancia consideró que la vinculación entre demandante y la entidad demandada, por tratarse de servicios ocasionales, no conformaba un contrato de trabajo, sino uno de carácter administrativo reglado por el Decreto 3074 de 1968, y la discusión de ese supuesto fáctico es ajena a la acusación por infracción directa. Por este motivo tampoco se produjo la infracción directa del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945.

Si el Tribunal Superior encontró demostrado que entre las partes existió un contrato diferente al de trabajo no significa que haya impuesto la pena de confiscación ni privado del fruto de su trabajo al demandante, salarios y prestaciones, ni se ha desconocido la tutela de sus bienes, ni se le ha negado la protección que merece el trabajo, por la sola circunstancia de que dentro del proceso no acreditó su derecho a las prestaciones demandadas.

Cuanto a la infracción directa del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, ésta no se produjo, pues los falladores de instancia eran competentes para conocer del jui-

cio por haber el demandante fundado sus pretensiones en la existencia de un contrato de trabajo. Por la misma razón no violó el Tribunal Superior el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo, ni el numeral 2º, literal c) del artículo 32 del Decreto 528 de 1964.

No habiéndose demostrado la infracción directa de las normas señaladas en el cargo, tampoco se produjo la violación consecuencial por aplicación indebida de la Ley 6ª de 1945, Decreto reglamentario 2127 del mismo año, Decretos 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Acuso a la sentencia objeto de esta demanda de casación por violación de la ley sustancial, por aplicación indebida, en los términos del numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 (artículo 87 del Código Procesal del Trabajo). En efecto, la sentencia impugnada aplica indebidamente disposiciones de carácter administrativo que al juzgador laboral no le corresponde aplicar, como la Ley 6ª de 1945, su Decreto reglamentario número 2127 del mismo año; los Decretos números 2400, 3130, 3135 y 3074 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969, dejando de aplicar, como consecuencia de lo anterior, el Código Sustantivo del Trabajo, en especial sus artículos 3º, 5º, 6º, 13, 20, 21, 22, 23, 25 y 65; el artículo 41, literal a) del Decreto 1905 de 1969, y los artículos 4º, 7º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965. Siendo que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo determina taxativamente que 'la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo', el juzgador, al absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las peticiones contenidas en el libelo de la demanda, ha aplicado en su sentencia indebidamente disposiciones de carácter administrativo que no le correspondía aplicar, por ser propias de la jurisdicción contencioso-administrativa, dejando de aplicar, en agravio del trabajador demandante, las disposiciones legales propias de la jurisdicción del trabajo, en especial las arriba citadas. Si el juzgador en la sentencia aquí impugnada llegó a la peregrina conclusión de que 'la naturaleza del instituto demandado, es de las que se rige por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, y como muy (sic) lo analiza el juez de instancia se llega a la conclusión que la vinculación estuvo regida por un contrato de tipo administrativo que no implicaba la vinculación del actor por un contrato de los denominados ficto ya que muy claramente los Decretos 3074 de 1968, los servicios ocasionales como en el caso presente, se consideran como meros auxiliares de la administración pública' (fl. 134), entonces ha debido inhibirse para no usurpar indebidamente las atribuciones privativas de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que a la jurisdicción del trabajo únicamente compete, en los términos del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, 'decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo', pero no los de carácter administrativo. Este planteamiento condujo a la indebida aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, desconociendo así la excepción prevista en el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969 en cuanto permitió al demandante vincularse a la entidad demandada mediante contrato de trabajo de servicios profesionales en materia de asesoría jurídica. Y evidentemente el Decreto 1905 de 1969 modificó el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que es anterior (lex posterior derogat lex priori). Igualmente este planteamiento condujo a la indebida aplicación del artículo 2º del Decreto 3074 de 1968, que modificó el Decreto 2400 de 1968, en cuanto dice, por una parte, que 'quienes presten al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes'; y, por la otra, que 'para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones'. Esto no sólo viola el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969, tal como se ha indi-

cado anteriormente, que es posterior también al Decreto 3074 de 1968 (lex posterior derogat lex priori), sino también el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto define que 'trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono'. Esta aplicación indebida de las disposiciones legales de carácter administrativo condujo al sentenciador a desconocer, en perjuicio del demandante, sus derechos de trabajador, amparados en el Código Sustantivo del Trabajo así...".

Se refiere el recurrente a continuación a la violación de los artículos 3º del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el 41 del Decreto 1905 de 1969, artículos 5º, 13, 21, 22, 23, 25 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículos 4º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965.

Para el opositor es obvio que si el Tribunal determinó la naturaleza del contrato como administrativo, debían aplicarse las normas del Código Contencioso Administrativo y no las del Código Sustantivo del Trabajo, que además no se aplica a los trabajadores oficiales. Considera que el juzgado no estaba obligado a inhibirse, por afirmarse en la demanda la existencia de un contrato de trabajo.

Se considera

Al concluir que no existió contrato de trabajo entre las partes, sino uno de carácter administrativo, no violó el Tribunal Superior el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, porque la competencia de la jurisdicción laboral se fundamenta en la afirmación del demandante de que estuvo vinculado con el demandado a través de un contrato de trabajo, y obviamente la misma no desaparece si dentro del proceso y con base en normas laborales y no laborales, los falladores llegan a la conclusión de que no hubo contrato de trabajo por tratarse de un vínculo de naturaleza distinta. Desde el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia había señalado que la competencia en los juicios de trabajo no se determina por el resultado en el juicio, es decir, porque se encuentre o no demostrado el contrato de trabajo, sino por la afirmación que el demandante haga de que sus peticiones tienen por fundamento un contrato de dicha naturaleza. (Sentencia de once de agosto de mil novecientos cincuenta y tres).

En el caso en estudio el apoderado judicial de Pedro Pablo Camargo afirmó en el hecho 1º de la demanda que éste había celebrado un contrato laboral escrito con la demandada y las peticiones, salarios insolutos, indemnización por despido equivalente al valor de los salarios que corresponden al término faltante para vencerse el término presuntivo del contrato, primas de servicios, vacaciones proporcionales, auxilio de cesantía e indemnización por mora en el pago de prestaciones, están fundamentadas en la pretendida existencia de ese vínculo laboral.

Siendo el conflicto jurídico de competencia de la jurisdicción del trabajo, los falladores de instancia estaban en la obligación de resolver sobre el fondo del asunto, condenando o absolviendo según se demostrara o no la existencia del contrato de trabajo, pero de ninguna manera inhibirse por falta de competencia.

No aplicó indebidamente el fallador de segunda instancia la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, por cuanto siendo la demandada una entidad oficial, un establecimiento público, las normas que regulan sus relaciones con los servidores oficiales en cuanto al derecho individual del trabajo, son las anteriores al Código Sustantivo del Trabajo, como expresamente lo dispone el artículo 492 de dicho estatuto, que no se aplica a esas relaciones cuando son contractuales, por disponerlo así el artículo 4º ibidem. Y como el actor fundamentó su petitum en la existencia de un contrato de trabajo con una entidad oficial los falladores debían sentar la premisa de que esa pretendida relación contractual de naturaleza laboral en caso de demostrarse se regiría por la Ley 6ª de 1945 y su decreto reglamentario.

Y si con base en la documental que obra en el proceso encontró que el vínculo entre el doctor Pedro Pablo Camargo y el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas", no fue de naturaleza laboral contractual, ante este supuesto fáctico aplicó debidamente los Decretos 2400, 3130, 3135

y 3074 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969, que en consecuencia no fueron violados.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia objeto de esta demanda de casación por violación de la ley sustancial, por interpretación errónea de la misma, en los términos del numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 (Art. 87 del Código Procesal del Trabajo). La sentencia impugnada, en efecto, viola en forma directa por interpretación errónea, el artículo 41, literal a) del Decreto número 1905 de 1969, en armonía con el artículo 5º del Decreto número 3135 de 1968. Asimismo, la sentencia impugnada incurre en interpretación errónea del artículo 2º del Decreto 3074 de 1968, en armonía con el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo. Dentro del primer caso, la sentencia impugnada interpreta en los siguientes términos el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968: 'Es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, son empleados públicos a excepción de quienes laboran en la construcción o sostenimiento de las obras públicas que son trabajadores oficiales. La misma norma establece que en los estatutos de los establecimientos públicos deberá precisarse qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. En desarrollo de tal norma el Decreto 1905 de 1969 por medio del cual se adoptaron los estatutos sobre administración y funcionamiento de COLCIENCIAS se dijo que todas las personas que prestaren sus servicios al Fondo, 'son empleados públicos', sometidos al régimen legal vigente para los mismos pudiendo la demandada vincular mediante contrato de trabajo las personas que desempeñaren las siguientes actividades (Art. 41, capítulo 5º): 'a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica; b) Construcción y sostenimiento de obras, equipos, etc.; c) Labores de aseo, servicios de alimentación, lavado y planchado de ropa, asistencia doméstica, etc.' (fls. 144 y 145). La interpretación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 por el fallador es errónea por cuanto el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969, que es posterior, establece claramente la excepción al precepto general aplicable al caso concreto: Dice el artículo 41 que todas las personas que prestan sus servicios al FONDO DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS Y PROYECTOS ESPECIALES "FRANCISCO JOSE DE CALDAS" (COLCIENCIAS), o sea la entidad demandada, 'son empleados públicos y, por lo tanto, estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos'. Pero, a continuación, viene la excepción, a la cual se acogió el demandante: 'No obstante lo anterior, conforme al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñen las siguientes actividades: a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica', como en el caso debatido. Sin embargo, la sentencia puntualiza que 'corresponde a la entidad definir o precisar qué actividades deben ser desempeñadas por trabajadores oficiales y de acuerdo a sus estatutos es potestativo de COLCIENCIAS vincular por contrato de trabajo a quienes le vayan a prestar servicios profesionales de asesoría técnica, científica o jurídica, pero para ello está sujeta y debe acatar los Decretos 2400 y el 3074 del 68 que modificó y adicionó el anterior cuyo artículo 2º prohibe a tales entidades celebrar contrato de 'prestación de servicios' para el ejercicio de sus funciones de carácter permanente para lo cual deberá crearse el empleo correspondiente'. (Folio 145). Empero, como se ha dicho anteriormente, el artículo 2º del Decreto 3074 de 1968, que modificó y adicionó el Decreto número 2400 de 1968, es anterior al Decreto 1905 de 1969, y la prohibición del citado artículo 2º nada tiene que ver en este caso con el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969 que permite la vinculación a la entidad demandada, mediante contrato de trabajo, a las personas que desempeñen, inter alia, estas actividades: 'a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica', como es el caso. Además, los artículos 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo son muy claros al respecto: el primero, en cuanto dispone erga omnes que 'en caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas'; y el segundo, en cuanto determina que 'en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de

normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador'... Dentro del segundo caso, la sentencia impugnada incurre en interpretación errónea del Decreto 3074 de 1968, en armonía con el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, que aparece violado por dicha interpretación, así: Dice el juzgador en su sentencia, objeto de esta impugnación, lo siguiente: '... y como muy (sic) lo analiza el juez de instancia se llega a la conclusión que la vinculación estuvo regida por un contrato de tipo administrativo que no implicaba la vinculación del actor por un contrato de los denominados fictos ya que muy claramente los Decretos 3074 de 1968, los servicios ocasionales como en el caso presente, se consideran como meros auxiliares de la administración pública'. La interpretación del Decreto 3074 de 1968 es errónea por cuanto, tal como se ha visto anteriormente, el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969, que es posterior, sí permite a la entidad demandada la vinculación a la misma mediante contratos fictos de trabajo para la prestación de servicios profesionales de asesoría jurídica, como es el caso debatido, con el ítem, de que es a término fijo. Ahora bien, la sentencia impugnada, al parecer, elude el artículo 2º del Decreto 3074 de 1968, que modificó y adicionó el Decreto 2400 de 1968, en cuanto él mismo dice: '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'. Sin embargo, el artículo 2º del Decreto 3074 de 1968 fue igualmente modificado por el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969 en cuanto, como se ha dicho atrás, permite la vinculación a la entidad demandada mediante contratos fictos de trabajo no sólo para construcción y sostenimiento de obras, equipos, etc.; para labores de aseo, servicios de alimentación, lavado y planchado de ropas, asistencia doméstica, etc., sino también para 'servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica'. La interpretación errónea del artículo 2º del Decreto 3074 de 1968 obviamente conduce al juzgador a violar el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, el cual, taxativamente, define así el trabajo ocasional: 'Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono'. Es decir que el fallador interpretó erróneamente el artículo 2º del Decreto 3074 de 1968, reglamentado a su vez por el Decreto 1950 de 1973 y prefirió la aplicación del precepto administrativo, contrariando así lo dispuesto en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo: 'En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador'. Igualmente el fallador al interpretar el artículo 2º del Decreto 3074 de 1968, desconoce la primacía de las disposiciones en materia laboral sobre las administrativas prevista en el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo. Como se observa, el sentenciador sacó conclusiones equivocadas en cuanto a que, por una parte, el trabajador demandante fue tan sólo un 'mero auxiliar de la administración pública', que no estuvo vinculado a la entidad demandada por su contrato de los denominados fictos; por la otra, que la entidad demandada no podía, al tenor del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, celebrar con el demandante un contrato de prestación de servicios en materia de asesoría jurídica y a término fijo, como así ocurrió. De estos yerros interpretativos, el ad quem ha aplicado, en perjuicio del trabajador demandante, y en forma indebida, disposiciones de carácter administrativo, dejando de aplicar, como es evidente, las disposiciones laborales adecuadas, como las citadas, y todas las que rigen el contrato ficto de trabajo, en especial los artículos 3º, 5º, 6º, 13, 20, 21, 22, 23, 25 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y los artículos 4º, 7º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, todo ello en armonía y afecto del artículo 41 del Decreto 1905 de 1969".

Para el opositor las normas señaladas como violadas fueron interpretadas correctamente, pues no fue la intención de la demandada celebrar un contrato de trabajo con el demandante, sino uno de carácter administrativo. Agrega que no puede ha-

blarse de favorabilidad en este asunto, porque nunca existió contrato de trabajo.

Se considera

Los pasajes en los cuales encuentra el casacionista que el Tribunal Superior interpretó erróneamente algunas normas, no pertenecen a la sentencia dictada por esa corporación, sino a la proferida por el juzgado de primera instancia. Como la sentencia que debe impugnarse es la de segunda instancia, salvo cuando se trata del recurso per saltum, constituye error técnico pretender encontrar violación de la ley en la de primer grado. Mas se excusa, el error porque el recurrente le atribuye los argumentos que transcribe el fallador de segunda instancia y éste se apoyó en el análisis que hizo el juzgado que conoció del juicio, sin hacer ninguna otra motivación. Sobre el particular dijo el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de veintinueve de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.

"Como fácilmente puede observarse, el memorial presentado por el recurrente como demanda de casación no se ciñe a los requisitos que la ley y los principios exigen para esta clase de escritos. En efecto, se refiere a la sentencia de primera instancia con la consideración de que la de segunda no da pie para argumentaciones jurídicas, lo cual no se compadece con las exigencias de este recurso extraordinario. Cierto que la costumbre de algunos Tribunales de confirmar las decisiones de sus inferiores con la simple afirmación de que no encuentran reparos de hecho de derecho que hacerles, tampoco es estrictamente legal, como quiera que el Código Judicial exige que toda sentencia sea motivada y tal requisito no queda completamente satisfecho con aquella sola consideración, indicativa apenas de que merece la confirmación sin que resulten de su contexto las verdaderas razones de orden jurídico que justifiquen la decisión. Mas, aunque lo anterior es cierto, no lo es menos que ni aun en casos de sentencias como la proferida en la segunda instancia en el caso sub judice, debe olvidarse que el recurso de casación procede sólo contra las decisiones definitivas de los Tribunales Seccionales proferidos en juicios ordinarios salvo el caso especial de la casación per saltum. En tales circunstancias, el recurrente debe tomar los razonamientos del a quo no como tales, sino como propios del sentenciador de segundo grado que los ha prohijado, al confirmar sin razones complementarias, la providencia objeto del recurso de alzada".

Hecha la anterior observación se estudiará el fondo del cargo.

Luego de haber hecho las consideraciones que el recurrente transcribe del fallo de primera instancia, agregó el Juzgado:

"De modo pues que, corresponde a la entidad definir o precisar qué actividades deben ser desempeñadas por trabajadores oficiales y de acuerdo a sus estatutos es potestativo de COLCIENCIAS vincular por contrato de trabajo a quienes le vayan a prestar servicios profesionales de asesoría técnica, científica o jurídica, pero para ello está sujeta y debe acatar los Decretos 2400 y el 3074 del 68 que modificó y adicionó el anterior cuyo artículo 2º prohibe a tales entidades celebrar contrato de 'prestación de servicios' para el ejercicio de sus funciones de carácter permanente para lo cual deberá crearse el empleo correspondiente. Si se observa el objeto mismo del contrato, no son permanentes las funciones a desarrollar por el actor si se tiene en cuenta que la elaboración de un proyecto de programa para el funcionamiento de una oficina, de un índice compilativo bibliográfico de publicaciones y documentos de contenido determinado, el análisis de programas y la elaboración de un anteproyecto de ley; son funciones que se agotan con su ejecución y para su ejercicio no se requiere de un empleado de carácter permanente con funciones claras, específicas y determinadas de antemano. De consiguiente, en el aspecto que nos ocupa, al celebrar la demandada contrato administrativo con el actor dio estricto cumplimiento al precepto legal citado ya que no se ha demostrado que las obligaciones contenidas en el objeto del contrato celebrado con el demandante correspondieran a las de un cargo específico de carácter permanente en la entidad demandada lo cual le hubiera impedido celebrar contrato administrativo o, al ejercicio del cargo de Asesor de Asuntos Internacionales según se afirma en la demanda. De otra parte, siendo potestativo de COLCIENCIAS de acuerdo con sus estatutos vincular mediante contrato de trabajo a

quien le va a prestar servicios de asesoría técnica, científica o jurídica debe analizarse también la intención de los contratantes para establecer la naturaleza jurídica de la vinculación. En efecto, de acuerdo a la documental del folio 1 y a las que obran de folios 84 a 115 del proceso, el actor y la demandada celebraron un típico contrato administrativo y así debió entenderlo el demandante cuando lo suscribió sino que, para ponerlo en ejecución efectúo las publicaciones del contrato (fl. 27), se sometió a que éste fuera consultado con la Presidencia de la República (fl. 31) y a través de su ejecución se le dio el tratamiento de un contrato administrativo de prestación de servicios profesionales mas no la de contrato de trabajo".

De las transcripciones, tanto de la anterior como de la que se hizo en el cargo, se observa que los falladores de instancias entendieron el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 en el sentido de que son empleados públicos los que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, con excepción de quienes laboran en la construcción o sostenimiento de las obras públicas y de quienes en los estatutos se han precisado las actividades pueden ser desarrolladas por personas vinculadas por medio de contrato de trabajo. Apreció correctamente el Tribunal Superior la norma citada, pues no hizo sino referirse a su contenido literal y exacto.

Cuanto al artículo 41 de los Estatutos del Establecimiento Público demandado, aprobado por el Decreto 1905 de 1969, el ad quem se limitó a transcribirlo interpretándolo también correctamente, en cuanto pueda considerárselo como norma de carácter general, agregando que era potestativo de COLCIENCIAS vincular por contrato de trabajo a quienes le vayan a prestar servicios profesionales de asesoría técnica o jurídica, lo cual surge del entendimiento correcto de la norma. Agregó que para este último efecto debía someterse la entidad demandada a lo dispuesto en los artículos 2400 y 3074 de 1968, lo que tampoco implica una interpretación errónea, pues estos últimos decretos, aun cuando anteriores al 1905 de 1969, son decretos-leyes, de mayor jerarquía que éste, que apenas es aprobatorio de unos estatutos.

Si los falladores de instancia concluyeron que los servicios prestados por el doctor Pedro Pablo Camargo no eran de carácter permanente, sino transitorio, y que por lo tanto esos servicios debían contratarse administrativamente y no a través de un contrato de trabajo, la cuestión debatida sería de hecho, que es ajena a la interpretación errónea, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia.

No habiéndose interpretado erróneamente las normas señaladas como violadas, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

"Acuso la sentencia objeto de esta demanda de casación por **violación indirecta de la ley, por la causal de apreciación manifiestamente errónea de las pruebas**, en los términos del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 (Art. 87 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 7º de la Ley 16 de 1969). Los manifiestos errores de hecho cometidos por el juzgador en su sentencia, al apreciar erróneamente los documentos auténticos y la inspección ocular que aparecen en los autos, violan en forma indirecta las normas que regulan el contrato de trabajo, en especial los artículos 3º del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969 y el artículo 4º del Decreto-ley 2351 de 1965. Es indudable que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo confiere al juez **la libre formación del convencimiento**, pero condicionada a 'los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes'. En el caso debatido la controversia versó desde el comienzo sobre la existencia del contrato de trabajo. Admitida la demanda por el a quo (fl. 21) y rechazada por el mismo la excepción previa de 'declinatoria de jurisdicción' (fl. 33) interpuesta por la entidad demandada, las probanzas se encaminaron a dirimir la controversia laboralmente como corresponde a esta jurisdicción en los términos del artículo 2º del Código Procesal del Traba-

jo, ya que la misma carece de competencia para dirimir cuestiones de índole administrativa que son propias de la jurisdicción contenciosa administrativa. Antes de analizar la violación, veamos lo que la sentencia impugnada dice respecto de la apreciación de los documentos auténticos allegados al proceso y la inspección ocular. '... concluyendo lo hasta aquí expuesto se tiene que todas las pruebas aportadas al proceso, contrato administrativo (fl. 1) los documentos presentados por la demandada en la diligencia de inspección judicial (fls. 84 a 117), llevan al juzgado a la convicción de que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato administrativo para la prestación de servicios profesionales en la ejecución de labores específicamente determinadas'... (fls. 146 a 147). El artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo indica muy claramente que 'la existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios'. De acuerdo con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, demostraremos la apreciación errónea del juzgador de documentos auténticos y de la inspección ocular. La sentencia impugnada reconoce la existencia del contrato escrito al que le da el valor de plena prueba: '... a los folios 1 y 2 del proceso obra copia al carbón pero con firmas autógrafas, del contrato suscrito entre el actor y la demandada, documento que fue reconocido por Alberto Ospina T. en diligencia que obra a folios 41 y siguientes del proceso y que por tanto es plena prueba sobre su contenido' (fl. 144). Se le olvidó decir al juez que el contrato escrito es, en los términos del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, un instrumento público por haber sido suscrito por funcionario público en ejercicio de su cargo y con su intervención. La apreciación errónea manifiesta en que incurrió el juzgador en torno a este 'documento auténtico' es la siguiente: El sentenciador se detuvo a analizar el objeto del contrato que figura en la cláusula primera (fls. 1 y 2), así como también la cláusula segunda en la cual se pactó 'que el actor realizaría sus funciones en la sede de la demandada y con sometimiento a las normas y reglamentos de personal de la entidad y, como término del contrato se estableció el de seis meses a partir del 15 de julio de 1972' (fl. 144). Y sin ningún análisis conceptuó que 'en lo demás, este documento lleva insertas las cláusulas típicas de un contrato administrativo como la de caducidad y fue sometido para su ejecución a las normas y reglas que regulan este tipo de contratos' (ibidem). Si el juzgador no hubiera hecho un raciocinio tan a la ligera sobre la apreciación del contrato escrito, obviamente hubiera llegado a la conclusión, del análisis de sus cláusulas, que tiene los tres elementos sustanciales del contrato de trabajo o ficto a que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo: '1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y c) Un salario como retribución del servicio. 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen'. En efecto, la cláusula primera del contrato estipula que 'para el objeto del presente contrato, el contratista recibirá las instrucciones pertinentes de la Gerencia o la Secretaría General de COLCIENCIAS. A continuación la cláusula segunda afirma: 'El contratista realizará las funciones correspondientes a las apartes de la cláusula anterior en la sede de COLCIENCIAS y con sometimiento a las normas y reglamentos del personal de la entidad'. La cláusula tercera indica que 'el plazo del contrato será seis (6) meses, a partir de julio 15 de 1972' O sea que, sin un gran esfuerzo, de las tres primeras cláusulas del contrato se colige, se dan los dos primeros elementos del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y que se trata de un contrato a término fijo. La cláusula cuarta del contrato se refiere al valor del mismo, o sea la cantidad semestral de $ 48.000.00, tomando en cuenta que el límite de autorización del Gerente de la

entidad demandada para celebrar cualquier tipo de contrato es de $ 50.000.00, en los términos del artículo 9º del Decreto 1905 de 1969. Y la cláusula quinta expresa que 'la suma especificada en la cláusula anterior se pagará por mensualidades vencidas de OCHO MIL PESOS ($ 8.000.00) M/cte., cada una'. Aquí se da, pues, el tercer elemento esencial del contrato de trabajo a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo. Y, como lo remata el numeral segundo del artículo 23, 'una vez reunido 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 modalidades que se le agreguen'. El fallador prefirió, empero, las 'otras modalidades' del contrato para llegar a una errónea apreciación del mismo, ignorando olímpicamente lo que al respecto dice el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo: 'Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado en concurrencia con otro y otros no pierde su naturaleza, y le son aplicables por tanto, las normas de este código'. Esto último, desde luego, en armonía con el literal a) del artículo 41 del Decreto 1905 de 1968. El sentenciador incurrió también en otro error manifiesto, en violación indirecta de las disposiciones legales atrás mencionadas, por equivocada interpretación del 'documento auténtico' que aparece a folios 3 a 5 del proceso y que fue presentado como anexo de la demanda. Se trata de un 'instrumento público' también, al tenor de lo estipulado en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil por haber sido suscrito por el Pagador de la entidad demandada y expresamente reconocido por ella en la inspección ocular (fl. 74 y fl. 82), por lo cual constituye, igualmente, plena prueba. A través de dicho documento se probaron los siguientes hechos de la demanda: a) Como sueldo mensual básico se le cubrió al demandante la cantidad de OCHO MIL PESOS ($ 8.000.00) por medio de nómina; b) Al demandante se le hicieron descuentos como trabajador a favor de la Caja Nacional de Previsión Social, como cuota de afiliación y cuota periódica mensual, lo mismo que retenciones de sueldo en la fuente para cubrir impuesto de renta y patrimonio; c) En diciembre de 1972 le fue cubierta al demandante la suma de $ 3.333.33 como prima semestral de servicios; y d) Al demandante se le dejó de cubrir la última mensualidad por injusto despido. Si el sentenciador hubiera apreciado correctamente el anterior documento auténtico, habría llegado a la conclusión de que el actor estuvo vinculado a la entidad demandada por un contrato de trabajo, como resultado, no ya del contrato escrito per se, sino de su ejecución en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969. Finalmente el sentenciador incurrió en otro error manifiesto de hecho, en violación indirecta de las disposiciones legales atrás mencionadas, por equivocada apreciación de la inspección ocular que aparece a folios 73 a 76 y 81 a 83 del proceso, la cual, tal como lo ha sostenido la honorable Corte Suprema de Justicia, 'hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez. En su sentencia, el juzgador únicamente valora pero parcialmente, los documentos presentados por la demanda en la diligencia de inspección judicial'. (Fl. 147), incurriendo así en manifiesto error de hecho por equivocada apreciación de la probanza. De la diligencia de inspección ocular se allegaron las siguientes probanzas (fls. 69 a 83). 1. Sobre las nóminas originales de la entidad demandada se estableció que en diciembre de 1972 le fue pagada la cantidad de $ 3.333.33 al demandante por concepto de prima de Navidad (fl. 81) correspondiente a cinco meses de trabajo. 2. En relación con el punto 3º el juzgado constató que en el fólder correspondiente al actor y que se puso de presente al juzgado se encontró el original del documento 37. Sentencia 28 de febrero, 1962. G. J. XVIII, 269, que en copia obra al folio 13 del expediente. En la parte pertinente al documento en donde dice respuesta, obra el mismo visto bueno y con las mismas firmas que en copia aparece en la documental del folio 13' (fl. 75). Este punto se pidió por el apoderado del actor para demostrar que 'el trabajador Pedro Pablo Camargo tenía necesidad de pedir permiso para ausentarse del trabajo en las horas ordinarias de ocupación laboral'. 3. Se estableció que en las oficinas de la entidad demandada 'funcionaba para los meses de junio de 1972 hasta enero de 1973 una ofi-

cina denominada de 'asuntos internacionales' cuyo gestor u operario era el trabajador Pedro Pablo Camargo', (fl. 75). 4. Se estableció, con base en los libros de la entidad demandada, que el señor Otoniel Sanabria Rojas era el pagador de esa entidad para el ocho (8) de febrero de 1973 (fl. 76). Esto con el fin de refrendar el instrumento o documento público que obra a folios 3, 4 y 5 del proceso. 5. Se encontró igualmente una relación de los elementos entregados por el doctor Pedro Pablo Camargo recibidos de conformidad por funcionario de la entidad demandada (fl. 75). 6. Se encontró en los archivos 'copia de un memorando dirigido por el actor al señor Ovidio Oumdjian en el cual le manifiesta que con el fin de preparar un informe sobre las actividades de su contrato, en el transcurso de esa semana (se refiere a la semana iniciada el 23 de octubre del 72) tendrá una serie de entrevistas con funcionarios de organizaciones internacionales y del Ministerio de Relaciones Exteriores motivo por el cual su presencia en la oficina no ocurrirá normalmente de acuerdo con el horario habitual de trabajo' (fl. 76). 7. El apoderado de la entidad demandada reafirmó que en el expediente (fls. 3 a 5) 'aparece una certificación expedida por el señor Pagador de la entidad que represento en este proceso, donde aparecen pormenorizados los puntos a que se refiere la solicitud que objeto, y que han sido tomados directamente de las nóminas correspondientes. Como esta documental no ha sido redargüida ni tachada de falsa, hace plena prueba dentro del proceso. Estas son las consideraciones que en aras de la economía y celeridad procesal me llevan a formular la objeción que presento al juzgado'. (fl. 82). Sobre este particular, el a quo dictó el auto siguiente: 'Por cuanto el juzgado considera que los hechos que trata de demostrar el apoderado del actor al solicitar al juzgado la revisión de las nóminas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1972, se encuentran suficientemente esclarecidos con la documental que obra a los folios 4 y 5 del proceso y que además en audiencia anterior se estableció que el señor Otoniel Sanabria Rojas quien expidió la certificación a que se alude para el año de 1973, exactamente el 8 de febrero desempeñaba el cargo de Pagador de la entidad demandada...' (fl. 82). 8. Dentro de la diligencia de inspección ocular habida el 21 de marzo de 1974, el apoderado del demandante presentó los siguientes documentos: 'Dentro de esta audiencia presento carta de orden de trabajo de 3 de agosto de 1972 dirigida al trabajador Pedro Pablo Camargo por el Secretario de COLCIENCIAS don Ovidio Oumdjian. Presento extracto de cuenta expedido por el Fondo Nacional del Ahorro a favor de Pedro Pablo Camargo por concepto de cesantía del año 1972, presento circular suscrita por Alvaro Ramos Mendoza el 6 de septiembre de 1972 y en la cual se da cuenta de los trabajadores de COLCIENCIAS. Respecto de ésta, el despacho se dignará observar si existe el original en esta entidad. Igualmente presento copia de memorial acusatorio dirigido a la Procuraduría General de la Nación por Pedro Pablo Camargo el 28 de abril de 1973' (fl. 70). Si el sentenciador hubiera apreciado correctamente las anteriores probanzas, no hubiera llegado obviamente 'a la convicción de que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato administrativo', y ello porque 'todas las pruebas aportadas al proceso, contrato administrativo (fl. 1) los documentos presentados por la demandada en la diligencia de inspección judicial folios 84 a 117' (fls. 146 a 147), sino que, por el contrario, hubiera llegado a la conclusión de que existió un contrato de trabajo entre el actor y la demandada, tanto por su contenido intrínseco (los tres elementos esenciales del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo) como por la ejecución del mismo contrato de trabajo que se demuestra con las probanzas que el fallador apreció equivocadamente, en perjuicio del trabajador despedido injustamente. Esa errónea apreciación de las probanzas atrás mencionadas, por parte del juzgador, lo llevó igualmente a la peregrina conclusión de que 'la vinculación estuvo regida por un contrato de tipo administrativo que no implicaba la vinculación del actor por un contrato de los denominados fictos'... (fl. 184). Y, como resultado de lo anterior el sentenciador privó al demandante de todos los derechos que derivan para él del contrato de trabajo, violando indirectamente las normas ya citadas del Código Sustantivo del

Trabajo, en armonía con el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969. Con estos manifiestos errores de hecho, en la apreciación de la evidencia procesal analizada, el sentenciador violó indirectamente los artículos 7º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965 y el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo: el primero, en cuanto a la terminación del contrato de trabajo por la causal de decisión unilateral del empleador sin justa causa comprobada, como en el caso presente; el segundo, en cuanto a la obligación de indemnizar, de parte de la entidad demandada, los perjuicios pecuniarios y demás indemnizaciones que se derivan de la terminación unilateral del contrato de trabajo a término fijo y por no haber el empleador avisado por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta días, en los términos del artículo 4º del Decreto-ley 2351 de 1965 y, el cuarto, en cuanto a lo previsto en el artículo 65/1 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la indemnización por salarios caídos".

Se considera

El impugnador se refiere al análisis de las pruebas que hizo el fallador de primer grado, cuando la sentencia acusada es la proferida por el Tribunal Superior. Sin embargo, dado que la argumentación de esta última es incompleta, se excusa, como en el cargo anterior, el error técnico del recurrente.

Dijo el a quo al examinar las pruebas:

"De otra parte, siendo potestativo de COLCIENCIAS de acuerdo con sus estatutos vincular mediante contrato de trabajo a quien le va a prestar servicios de asesoría técnica, científica o jurídica debe analizarse también la intención de los contratantes para establecer la naturaleza jurídica de la vinculación. En efecto, de acuerdo a la documental del folio 1 y a las que obran de folios 84 a 115 del proceso, el actor y la demandada celebraron un típico contrato administrativo y así debió entenderlo el demandante cuando lo suscribió sino que, para ponerlo en ejecución efectuó las publicaciones del contrato (fl. 27), se sometió a que éste fuera consultado con la Presidencia de la República (fl. 31) y a través de su ejecución se le dio el tratamiento de un contrato administrativo de prestación de servicios profesionales mas no la de contrato de trabajo. No obsta para lo anterior el hecho de que se hubiera estipulado que en la ejecución del contrato el actor realizaría sus funciones en la sede de COLCIENCIAS, con sometimiento a las normas y reglamentos existentes para el personal de la entidad y que en el proceso se hubiera demostrado que el actor dio cumplimiento a tal cláusula por cuanto solicitaba permiso cuando debía ausentarse, y que cumplía un horario; demostración que se da con los testimonios de Alberto Ospina T. y Pablo Ignacio Valero (fls. 41 y siguientes), (fl. 13) lo cual está demostrando cierta subordinación y dependencia del actor con respecto a la demandada; por cuanto ello no configura por sí solo el contrato de trabajo que se afirma si se tiene en cuenta que tan subordinado y dependiente es el trabajador oficial como el empleado público, es decir, que ella existe tanto en el contrato ficto de trabajo como en quien está vinculado a la administración mediante situación legal y reglamentaria. Igual cosa podría afirmarse del hecho de que al actor se le hubieran efectuado descuentos por cuota de afiliación para la Caja Nacional de Previsión, se le hubiera reconocido prima de Navidad (fls. 3 a 5) y tuvieran un extracto de cuenta por concepto de cesantía en el Fondo Nacional de Ahorro, pues ello se hace no solamente con los trabajadores oficiales sino también con los empleados públicos. Concluyendo lo hasta aquí expuesto se tiene que todas las pruebas aportadas al proceso, contrato administrativo (fl. 1) los documentos presentados por la demandada en la diligencia de inspección judicial folios 84 a 117; llevan al juzgado a la convicción de que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato administrativo para la prestación de servicios profesionales en la ejecución de labores específicamente determinadas y que no otra cosa podía hacer la demandada por cuanto estaba imposibilitada jurídicamente para vincular al actor mediante contrato de trabajo ya que iba a prestarle un servicio eminentemente transitorio al ejercer funciones que se agotan con la ejecución del contrato, siendo preciso recordar que de acuerdo al Decreto 3074 del 68 "quienes le prestan 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 de una obra, son meros auxiliares de la administración pública. Por lo expuesto el juzgado considera que al no haberse demostrado la existencia del contrato ficto de trabajo que se afirma en la demanda el juzgado deberá absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones que se solicitan en el libelo como consecuencia de tal vinculación".

El juez de primer grado, como puede verse, dedujo que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato de tipo administrativo y no de carácter laboral, intención que dedujo en el demandante por haber aceptado que se hiciera la publicación del contrato y se consultara con el Presidente de la República para su validez. Esta deducción no peca contra la lógica, porque en materia de contratos de trabajo no hay obligación legal de darles publicación ni someterlos a la aprobación de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República, como sí se exige para cierta clase de contratos administrativos. (Art. 6º del Decreto 2814 de 1968). Hay además otras cláusulas propias de los contratos administrativos, como la de caducidad, y penal pecuniaria.

Cuanto a la obligación del actor para realizar sus funciones en la sede de COLCIENCIAS, con sometimiento a las normas existentes para el personal de la entidad demandada, anota el fallador de primer grado que esta clase de subordinación es también propia de los empleados públicos, lo cual puede ser cierto, aun cuando con la diferencia de que el sometimiento a la ley y al reglamento por parte de los empleados públicos no puede regularse contractualmente, objeción que no hace el recurrente. En relación con los descuentos para la Caja Nacional de Previsión Social, observa el juez a quo que esos descuentos son propios de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos, lo cual no implica error de juicio.

Estima el recurrente que del documento que obra a folios 3, 4 y 5 surgen hechos que confirmaran la existencia de un contrato de trabajo, tales como el pago de un sueldo mensual básico de ocho mil pesos por medio de nóminas; los descuentos para la Caja Nacional de Previsión y el pago de $ 3.333.33 como prima semestral de servicios. En relación con el pago mensual de $ 8.000.00 podría obedecer a la remuneración de un trabajador oficial, de un empleado público o, como lo dice el contrato celebrado entre las partes, una forma de pago, por mensualidades vencidas, de la suma de $ 48.000.00 que se pactó como valor de las labores que se obligó a desarrollar el doctor Pedro Pablo Camargo. Cuando a los descuentos, ya se vio como, según lo estimó el juzgado, pueden hacerse tanto a empleados públicos como a trabajadores oficiales; y en relación con la prima de $ 3.333.33, según el documento corresponde a una prima de Navidad, a la cual tiene derecho los servidores de la Nación, sean empleados públicos o trabajadores oficiales.

Cuanto a los hechos que según el impugnador fueron constatados en la inspección ocular o judicial, indican situaciones que bien pueden presentarse si el vínculo es contractual laboral, contractual administrativo o legal y reglamentario. Pero si el Tribunal concluyó con base en esos hechos que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato de naturaleza administrativa y no uno de trabajo, no incurrió en evidente error de hecho, porque surgiendo ambas posibilidades de las pruebas, bien podía, dentro de la libre formación del convencimiento, escoger una de ellas como cierta sin que esa conclusión fuese el producto de la ignorancia de los principios científicos que informan las pruebas, ni un desconocimiento de la lógica.

Además, no debe olvidarse que de acuerdo con los fundamentos que previamente sentaron los falladores de instancia, la regla general es la de que los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos, y que el demandante debía demostrar que se encontraba dentro de las circunstancias de excepción, o sea que se trataba de un trabajador de las obras públicas a que se había vinculado para desempeñar una de las actividades que en los estatutos de la entidad pública se prestan como susceptibles de ser realizadas mediante un vínculo contractual, por lo cual no estaban obligados a presumir la existencia

del contrato de trabajo con base en la simple prestación de servicios personales.

De otra parte las normas referentes al contrato de trabajo y a los derechos cuyo reconocimiento se pretende a través del recurso que señala como violadas el impugnador, o sean los del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto 2351 de 1965, que lo modifica no se aplican, como ya se ha dicho y lo recuerda el opositor a las relaciones entre la administración pública y sus servidores, según lo disponen los artículos 3º y 4º y 492 de dicho código. Por esta misma razón no podrían prosperar el cargo, aun demostrado el supuesto error de hecho, porque no incidiría en la violación de esas normas.

Quinto cargo

"Acuso la sentencia objeto de esta demanda de casación por violación indirecta de la ley, por la causal de falta de apreciación de las pruebas, en los términos del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 (Art. 87 del Código Sustantivo del Trabajo) y del artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Los manifiestos errores de hecho cometidos por el juzgador en su sentencia, al no apreciar ni hacer exégesis sobre documentos auténticos y la inspección ocular que figuran en los autos, violan indirectamente las normas que regulan el contrato de trabajo, en especial los artículos 3º y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 41 del Decreto 1905 de 1969 y los artículos 4º, 7º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965".

Como pruebas no apreciadas señala las mismas que en el cargo anterior indicó como erróneamente apreciadas; también los errores de hecho son iguales, como lo son las argumentaciones para demostrar la existencia de esos errores.

Se considera

Cautelosamente el recurrente replte el cargo anterior, con la diferencia de que las pruebas que allí estimó como erróneamente apreciadas, las señala en éste como que no lo fueron. Es decir que plantea la alternativa, dado que el fallador de segunda instancia no se refirió concretamente a ningún medio probatorio, como sí lo hizo el de primer grado.

De todos, y como ya se vio al estudiar el cargo, no surgen con evidencia los errores de hecho anotados por el impugnador, sea que el Tribunal Superior hubiese o no tenido en cuenta las pruebas del proceso, porque con base en ellas se puede llegar a la conclusión de que fue una u otra la naturaleza de la vinculación si contractual laboral o administrativa y porque no son aplicables a las relaciones que existieron entre la entidad demandada y el doctor Pedro Pablo Camargo, las normas reguladoras del contrato de trabajo y las sustanciales que consagran los derechos cuyo reconocimiento se pretende a través del recurso contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 2351 de 1965, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3º, 4º y 492 de dicho código.

El cargo, por lo expuesto, tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el catorce de noviembre de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



DERECHO DEL TRABAJADOR A LA PENSION DE JUBILACION

Los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no tienen la calidad de sustanciales, ya que no consagran derechos, por lo tanto la proposición jurídica se presentó incompleta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre primero de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta Nº 36.

El señor Manuel Antonio Tamayo procediendo por intermedio de apoderado judicial presentó demanda ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D. E., contra el señor Fernando A. Tovar Leyva, con domicilio en este mismo lugar, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Se declare que el demandado señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA, adeuda al demandante MANUEL ANTONIO TAMAYO, el valor total de la cesantía que le corresponde por todo el tiempo de servicios prestados al mismo y se le condene a pagarle dicha suma. Segunda. Se declare que el demandado FERNANDO A. TOVAR LEYVA, adeuda al demandante MANUEL ANTONIO TAMAYO, el valor de la prima de servicios, por todo el tiempo de los mismos laborado al servicio del señor TOVAR LEYVA y se condene a este último a pagar al señor TAMAYO dicha suma. Tercera. Se declare que el demandado señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA, adeuda al demandante MANUEL ANTONIO TAMAYO, el valor total de las vacaciones causadas, no prescritas y no pagadas, por el tiempo de servicios prestados por el segundo al primero y se le condene a pagarle dicha suma. Cuarta. Se declare que hubo por parte del demandado FERNANDO A. TOVAR LEYVA, terminación unilateral del contrato sin justa causa comprobada y por tratarse de un contrato a término indefinido, se le condene a pagar al señor MANUEL ANTONIO TAMAYO, una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de salario por el primer año de labores y treinta días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción; por tratarse de un trabajador con más de diez años de servicio continuo. Quinta. Se declare que el demandado FERNANDO A. TOVAR LEYVA, adeuda al demandante el valor total de los dominicales y festivos, laborales por el mismo al servicio del dicho demandado y se le condene a pagar al señor MANUEL ANTONIO TAMAYO dicha suma. Sexta. Se declare que el demandado señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA, debe al demandante señor MANUEL ANTONIO TAMAYO la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y se le condene a pagarle a dicho señor TAMAYO dicha suma, igual al último salario diario por cada día de retardo, a partir de la terminación del contrato y hasta el día en que se le paguen las prestaciones debidas. Séptima. Se declare que el demandado señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA debe al demandante MANUEL ANTONIO TAMAYO, además de la asistencia médica de que trata el numeral 1º del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, las prestaciones en dinero de que trata el numeral 2º del precitado artículo, conforme a la clase de incapacidad que se demuestre en la secuela del

juicio, ha padecido y está padeciendo el demandante, a consecuencia de enfermedad profesional y se le condene a pagarle dicha suma. Octava. Caso de que la incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, se demostrare estar ocasionada por enfermedad no profesional, pido se condene al demandado TOVAR LEYVA a pagar al demandante TAMAYO, el auxilio de que trata el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y la asistencia médica quirúrgica y hospitalaria que fuere necesaria hasta por seis meses, conforme al artículo 227 ibídem. Novena. Se declare que el demandado señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA debe al demandante MANUEL ANTONIO TAMAYO, el valor total de la pensión mensual vitalicia de jubilación y se le condene a pagarla. Décima. Se condene al demandado FERNANDO A. TOVAR LEYVA a pagar las costas que el presente juicio ocasione".

Como hechos de la demanda afirmó el demandante:

"Primero. Mediante contrato verbal de trabajo, el señor MANUEL ANTONIO TAMAYO prestó sus servicios al señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA, desde el año de 1922, cuando entró al servicio de don Julio Tovar (q.e.p.d.) padre del demandado, y después de su hijo, sucesor y actual demandado señor Tovar Leyva, hasta el mes de noviembre del año de 1970, cuando fue despedido unilateral e injustamente. Segundo. Durante el período a que se refiere el punto anterior, el señor MANUEL ANTONIO TAMAYO desarrolló su actividad personal, por sí mismo, al servicio del demandado, en la HACIENDA LA CONCEPCION, ubicada en el municipio de LA CALERA, Cundinamarca, administrando la misma, dirigiendo obreros, amansando caballos, ordeñando vacas, cuidando la hacienda y los ganados como vigilante impidiendo el paso de gente; llevando los animales ajenos que estuvieran en predios del patrono al coso, demandando a quienes causaran daños en la hacienda y en general realizando todos los trabajos propios de la actividad pastoril y ganadera y en ocasiones también agrícola. Tercero. El señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA exigía al trabajador MANUEL ANTONIO TAMAYO el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y le imponía reglamentos mantenidos durante todo el tiempo de la duración del contrato. Cuarto. Como retribución por estos servicios, el demandado señor TOVAR LEYVA pagaba al demandante TAMAYO la suma de OCHENTA PESOS ($ 80.00) semanales durante el último año de servicios. Quinto. Subsistiendo las causas que dieron origen al contrato verbal de trabajo y la materia del mismo, es decir estando en plena vigencia el contrato a término indefinido, el demandado señor TOVAR LEYVA dio por terminado unilateral e injustificadamente tal contrato en el mes de noviembre de 1970, sin tener en cuenta que el demandante se encontraba aquejado de enfermedad (y lo está aún) adquirida al servicio del demandado, sobre la cual se establecerá en el curso del juicio si sobrevino como consecuencia obligada del trabajo que desempeñó el trabajador, del medio en que se vio obligado a trabajar, o sea si es enfermedad profesional o no profesional. Sexto. Mi poderdante es varón, mayor de 55 años de edad y lleva más de 20 años continuos al servicio del demandado señor TOVAR LEYVA. Séptimo. Desde la fecha de la terminación del contrato hasta el presente, el demandado no ha pagado ni prestaciones sociales, ni salario de dominicales y festivos, ni indemnizaciones de ninguna índole al demandante señor TAMAYO".

El demandado oportunamente por intermedio de apoderado constituido al efecto dio respuesta a la demanda, negando los hechos y proponiendo la excepción perentoria de prescripción.

Finalizada la primera instancia el juez de conocimiento decidió la controversia mediante sentencia de veinte (20) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO. ABSUELVESE al señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA de todos los cargos que le fueron formulados en su contra por el señor MANUEL ANTONIO TAMAYO quien se identifica con la C. C. Nº 292633 de La Calera. SEGUNDO. CONDENASE en las costas del proceso a la parte demandante. TASENSE".

Apelada la anterior providencia por el demandante ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue confirmada

en su totalidad condenando en costas al apelante.

El demandante recurrió oportunamente en casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia planteando en tiempo su demanda, habiendo sido replicada dentro del término legal.

El recurrente como alcance de su impugnación manifestó:

"El fin perseguido por el recurrente, el objeto que me propongo con el recurso, manifestado con propiedad y claridad, es la anulación o CASACION total del fallo de segundo grado y en consecuencia solicito expresamente: Primero. La anulación o casación total del fallo del Tribunal ad quem materia de este recurso extraordinario, ya indicado en esta demanda, por medio del cual se confirmó la sentencia absolutoria del a quo. Segundo. La consiguiente revocatoria del fallo de primer grado, dictado por el señor Juez Tercero Laboral de Bogotá y absolutorio del demandado. Tercero. Que en lugar de los fallos anteriores y una vez casados el uno y revocado consecuencialmente el otro, la Honorable Corte, obrando en sede de instancia, pase a enmendar el agravio inferido al recurrente y dicte la sentencia que deba reemplazarlos accediendo a hacer todas las declaraciones y condenas contenidas en la demanda inicial. Cuarto. Que se condene al demandado al pago de las costas del recurso extraordinario de casación. Creo así, haber determinado con precisión el 'petitum' y haber cumplido con la carga que al demandante en casación, impone el artículo 90, numeral 4º del Código de Procedimiento Laboral".

Formula el apoderado del actor cuatro cargos, así:

Primer cargo

"La expresión de los motivos de Casación. Formulo contra la sentencia impugnada, el cargo principal de que es violatoria de la ley por aplicación indebida y para el caso de que no prosperare el mismo, propongo como subsidiario contra la misma sentencia, el cargo de que es violatoria de la ley por interpretación errónea. A consecuencia de la prosperidad de cualquiera de los dos cargos anteriores, aparecerá de manera inmediata y manifiesta la existencia del tercer cargo el cual también expreso y formulo contra la sentencia impugnada y que es, el de que la misma sentencia viola la ley por infracción directa. Y para el caso de que no prosperare ninguno de los tres anteriores formulo y propongo el cargo de que la sentencia impugnada, es violatoria de la ley por infracción indirecta, proveniente de errores de hecho en la apreciación de pruebas las cuales citaré singularizándolas y expresando qué clase de error se cometió. 'Por lo que hace a la formulación de cargos subsidiarios, si bien es cierto que lo principal y lo subsidiario son las pretensiones, y no los cargos mismos, la formulación de éstos como subsidiarios no impide a la Corte estudiar entre las acusaciones que tengan un mismo alcance, la que considere demostrada y prescindir de las restantes... La circunstancia anotada no es defecto que invalide la demanda (Cas. 10 de abril de 1975) Jurisprudencia de la Honorable Corte. Ante las dudas que pueden ofrecerse en la precisión de los cargos, se opta por proponerlos en forma subsidiaria, para que la impugnación pueda abrirse camino por lo principal o lo subsidiario, ya que la Corte ha venido aceptando este sistema. En cambio la Corte ha sido muy clara y perentoria, en no permitir la mezcla de diferentes motivos de violación en un mismo cargo. El cargo de aplicación indebida. Concepto de la infracción. Existen por este aspecto en la sentencia impugnada, errores in indicando que han conducido a la mente del ad. quem, a sacar de su silogismo conclusiones contrarias a la justicia, por impropia utilización de los principios lógicos que afectan esa misma justicia. En el caso que nos ocupa se ha aplicado la norma debida, la que sí cabe al hecho probado, pero deduciendo consecuencias jurídicas contrarias a las admitidas e impuestas por la ley. Viola pues la sentencia impugnada, los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, porque a pesar de considerar probado el contrato de trabajo y establecidos sus elementos esenciales, con lo cual está aplicando esas normas (que son las que compete aplicar al caso en controversia) pero aplicándolas mal, aplicándolas indebidamente, al afirmar que no obstante la existencia de ese contrato de trabajo entre las partes, este último no produjo ninguno de

los efectos legales previstos en las normas sustantivas laborales citadas en la demanda, efectos que fueron reclamados por el actor en el citado libelo. La aplicación correcta de los artículos 22, 23 y 24 ya citados habría conducido al Tribunal a declarar los efectos del contrato de trabajo que dio como probado y existente entre el demandante y el demandado, 'por más de veinte años', y a condenar a este último en lugar de absolverlo. Yerra pues el Tribunal cuando absuelve. No ha sucedido en este caso la aplicación indebida de la ley, como suele ocurrir en otros más generalizados y frecuentes, porque se hayan aplicado los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, a unos hechos probados en el proceso, no regulados por estas normas, dejando en consecuencia de aplicar las disposiciones que sí cabían. No se aplicaron esas normas en donde sí cabían y al hecho probado, contrato de trabajo, pero se aplicaron mal porque se dedujeron consecuencias jurídicas contrarias a las admitidas, previstas e impuestas por la ley. La Corte ha sido unánime en sostener jurisprudencialmente, que en la violación por aplicación indebida, no pueden mediar errores de hecho ni de derecho y que si eso ocurre, entonces es porque es otro el concepto de la infracción: 'Como lo ha dicho tantas veces la Corte, en este caso no entra en juego el error de hecho ni el error de derecho, expresiones estas que, por lo demás, deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente las equivocaciones del Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que puede incurrir en la función de juzgar. Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabajó con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuició el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos'. (Cas. Junio 28 de 1965)".

Se considera

El impugnador indica como únicas normas violadas los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales a juicio de la Sala no tienen la calidad de sustanciales por cuanto no consagran o establecen derechos, sino que se refieren a simples enunciados, o sea que la proposición jurídica se presentó incompleta, luego el cargo no prospera.

Segundo cargo

"El cargo subsidiario de interpretación errónea. La Corte, en sentencia del 24 de marzo de 1952 (entonces Tribunal Supremo) expresó: 'La interpretación errónea de la ley consiste en su equivocado entendimiento, independientemente de toda cuestión de hecho'. Y en otra ocasión dijo: 'La interpretación errónea de una disposición legal consiste en la equivocada estimación que se hace del contenido de ella, considerada en sí misma, es decir independientemente de la cuestión de hecho que trata de regular'. O sea, que siendo claro el texto legal, el Tribunal ha expresado un concepto erróneo de ese texto en la sentencia impugnada, contrariando el concepto real y verdadero que tiene la norma. Viola pues la sentencia impugnada de la manera que se acaba de expresar, los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto ha efectuado interpretación errónea de los mencionados textos y ha contrariado el concepto real y verdadero que esas normas expresan con toda claridad. Yerra el Tribunal ad quem, al tener como probado el contrato de trabajo entre las partes, para no permitir a continuación que el significado jurídico de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo surtieran todos los efectos prestacionales que de esa situación contractual laboral (que el mismo Tribunal estima probada) se derivan. Determinado correctamente el hecho específico legal, artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo y el hecho específico concreto, contrato de trabajo, yerra el Tribunal en la conclusión del silogismo y ese error consiste en no declarar de los hechos específico legal y específico concreto. Ha extraído el Tribunal, al absolver al demandado, de premisas mayor y menor correctas, una conclusión que lógicamente no se deriva de ellas, cometiendo un error de interpretación del contenido de las normas violadas. Al decidir el ad quem, sobre el pensamiento latente

de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, a fin de llegar a una aplicación recta de esas disposiciones, inquirió su sentido con desviación y error, que lo condujeron a absolver en lugar de condenar. No empleó el Tribunal los elementos de interpretación gramatical y lógica que se le ofrecieron y que le estaban indicando que ante la existencia y determinación de la premisa mayor o hipótesis legal y de la prueba de la premisa menor, la demostración del hecho: Contrato de trabajo entre las partes; la subsunción que se hiciera de la segunda en la primera, tenía que producir obligatoriamente las consecuencias concretas de una conclusión correcta de condena".

Se considera

Respecto a este cargo la Sala observa lo mismo que manifestó en el que antecede, es decir que como el recurrente solamente indicó como normas infringidas los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y que éstas no tienen la calidad de sustanciales, ya que no consagran derechos, la proposición jurídica presentada fue incompleta, por lo cual el ataque no tiene asidero legal y en consecuencia se rechaza.

Tercer cargo

"El cargo de infracción directa de la ley. Viola la sentencia impugnada por infracción directa, las siguientes normas del Código Sustantivo del Trabajo artículos 249; 253; (Decreto 2351 de 1965, artículo 17) 266; 306; 307; 186; 187; 189 ordinales 2º y 3º; 192; 64 (Decreto 2351 de 1965, artículo 8º) 65; 172; 173; 174; 177; 179 (Decreto 2351 de 1965, artículo 12), 227, 277, 260, (Ley 7ª de 1967, artículo 2º) y 266. Reconociendo la sentencia impugnada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, dándole por debidamente probada, ha debido aplicar las normas que anteriormente se citan a la relación jurídica-procesal, para deducir de esa aplicación las consecuencias del hecho probado. No obstante le negó validez en el tiempo y en el espacio a tales disposiciones, hizo objeto a los preceptos de negación y desconocimiento, lo cual se tradujo en la falta de aplicación de esas leyes, cuando correspondían al caso concreto; se repelieron para no aplicarse en asunto en donde han debido aplicarse porque sí cabían. El fallo contiene una determinación absolutamente contraria a las normas violadas por falta de aplicación ya que decide, contra lo prescrito en ellas, que la persona del demandado, a quien reconoce el carácter de patrono del demandante, no tiene ninguna obligación con el demandante, a quien reconoce el carácter de trabajador del demandado, en relación con las prestaciones e indemnizaciones que establecen las leyes laborales y a pesar de haber existido entre ambos un contrato de trabajo plenamente probado. No podemos entrar a estudiar en la formulación de este cargo, si la violación de normas se ha producido por errores manifiestos de hecho o de derecho, en la apreciación de probanzas, porque este análisis no es propio de la violación directa, sino de la indirecta o violación de medio a través de pruebas".

Se considera

Es conocido que la violación por infracción directa tiene lugar cuando el juzgador se rebela contra el contenido de la norma o desconoce su validez en el tiempo o en el espacio.

En el presente cargo la Sala observa que como el ad quem llegó en su sentencia a la conclusión de que no obstante haberse acreditado en el proceso que entre las partes en litigio existió una prestación de servicios por un lapso de 20 años, pero que le era imposible aplicar las disposiciones legales referentes a las peticiones de la demanda porque no conoció las fechas exactas de los lapsos de prestación de servicios, infringió las normas señaladas como violadas que no exigen dicho requisito para su operancia y por lo tanto el cargo prospera con las consecuencias que se indicarán más adelante.

Cuarto cargo

"El cargo de infracción indirecta de la ley. Como ya se dijo al hablar de 'la expresión de los motivos de casación', para el caso de que no prosperare ninguno de los tres cargos anteriores, formulo y propon-

go el cargo de que la sentencia impugnada, es violatoria de la ley por infracción indirecta, proveniente de errores de hecho en la apreciación de pruebas. Igualmente se propone este último cargo para el caso de que prosperando alguno de los anteriores, se estimare necesario que a pesar de ello, es conveniente considerarlo para casar la sentencia atacada. Viola pues la sentencia acusada por infracción indirecta, proveniente de errores de hecho en la apreciación de la prueba documental visible al folio 6 del cuaderno principal, (en donde obra también el fallo impugnado) constitutiva de documento auténtico y en la confesión judicial del demandado Fernando A. Tovar Leyva, las siguientes normas del Código Sustantivo del Trabajo: Artículos 22, 23, 24, 249, 253 (Decreto 2351 de 1965, artículo 17) 266, 306, 307, 186, 187, ordinales 2º y 3º, 192, 64 (Decreto 2351 de 1965, artículo 8º), 65, 172, 173, 174, 177, 179 (Decreto 2351 de 1965, Art. 12), 277, 227, 260 (Ley 7ª de 1967, artículo 2º) 266. Y los viola también por la falta de apreciación del documento auténtico que obra a folios 60 y 61 del cuaderno principal y que contiene la prueba de la existencia de una enfermedad no profesional que padece el demandante llamada artritis reumatóidea, no considerada como enfermedad profesional. Y mediante esos mismos errores de hecho en la apreciación probatoria y en la falta de apreciación del primero y del segundo de los documentos auténticos ya relacionados en la apreciación probatoria de la confesión del demandado, se cometen en la sentencia impugnada infracciones de medio violatorias del artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, que es el que indica el criterio con que en materia laboral deben ser apreciados los medios instructorios y cuyo quebrantamiento para llegar al de las normas que establecen derechos, aparece de bulto o de manifiesto en los autos, como consecuencia de los errores mencionados y calificados como de hecho, y se imponen sin mayor esfuerzo ni raciocinio a la mente. La demostración de los yerros alegados. Citadas y singularizadas las pruebas mal apreciadas y la dejada de apreciar, las normas sustantivas objeto de infracción indirecta o violación de fin y la que fue objeto de la infracción de medio, es decir formulado al cargo mediante una proposición jurídica completa, comenzaremos por demostrar el error de hecho cometido en la documental que obra al folio 60 del cuaderno principal, en donde se da cuenta de la enfermedad no profesional padecida por el demandante. El Tribunal en el fallo impugnado, ni siquiera menciona ni menos entra a analizar la referida documental auténtica, para darle o restarle valor de convicción, por lo cual puede afirmarse por ser circunstancia que aparece manifiesta y de bulto, que el ad quem con respecto a este documento auténtico no lo apreció en absoluto, por lo cual la inapreciación fue en referencia a todo el documento. Pero como no basta esta inapreciación completa para que haya error de hecho, sino que es necesario que la prueba dejada de apreciar demuestre un hecho que la sentencia desconoce, lo cual hace que las conclusiones del fallo sean contrarias ostensiblemente a lo establecido en el juicio. 'Se establece el árbol pero no se pueden contabilizar sus frutos', expresa la sentencia atacada, dando por no probado el hecho de la enfermedad no profesional, que sí está demostrado en el proceso. Probado el contrato de trabajo 'en forma genérica', aceptando sólo en gracia de discusión la jerga del Tribunal, no hay manera de liquidar los derechos del mismo contrato, afirma el ad quem, y en efecto, concluye no liquidándolos. Pero probado en juicio ese contrato de trabajo y la existencia de la enfermedad no profesional, lo mismo que el valor del salario (confesado para el demandado Tovar al responder la pregunta octava del interrogatorio de parte (fl. 35) en cuantía de $ 80.00 semanales) ha debido mandarse pagar al auxilio monetario por enfermedad no profesional de que trata el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, norma esta que sienta las bases para su liquidación. No haberlo dispuesto así por el Tribunal, lleva a que se consignó en el fallo materia del ataque y la acusación, una conclusión contraria ostensiblemente a lo establecido en el juicio, una violación de medio al artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral y una de fin del 227 del

Código Sustantivo del Trabajo. Se tuvo por no demostrado un hecho, a causa de haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba que obra en el proceso y que demuestra evidentemente que tal hecho existió, de manera cierta, clara, patente e indudable, que hace aparecer prima facie, de bulto y sin otra investigación el hecho enfermedad no profesional que se pretendió demostrar. El documento auténtico del folio 6 y la confesión del demandado. Obra al folio 6 del cuaderno principal, un documento auténtico que dice textualmente: "El señor Antonio Tamayo desempeña en mi hacienda 'La Concepción' el cargo de vigilante, por lo tanto está autorizado para impedir el paso de gente, lo mismo que llevar animales ajenos que estén dentro de mis predios, al coso respectivo, puede por consiguiente demandar a las personas que causen daños en dicha hacienda (Fdo.) Fernando A. Tovar Leyva. La Calera, octubre de 1970'. En parte motiva de la sentencia impugnada que se refleja en la resolutiva dijo el ad quem: 'No es posible entrar a darle aplicación al contrato sino (sic) existen hechos que demuestren la fecha precisa de iniciación de labores, indicadores del primer extremo y el que señala, también precisamente, el otro extremo que determina el término del contrato. Sin estos dos factores importantísimos no es posible entrar a darle aplicación a las normas legales sobre cesantía, vacaciones, primas y pensión de jubilación y otros derechos que se puedan derivar del contrato. Así que no sólo sirve probar el hecho genérico de los elementos naturales del contrato de trabajo, sino también específicos, concretos para el formal cumplimiento de la ley'. 'El juez del conocimiento hace un interesante análisis probatorio y de él especifica el interrogatorio de parte que obra a los folios 33 a 38 del informativo y allí se puntualizan varios hechos confesados que ponen en perfecta evidencia que existió un contrato de trabajo y una sustitución patronal de padre a hijo, DE VEINTE AÑOS DE SERVICIOS TOTALES, sin especificación de fechas que dé margen de liquidez de los derechos que otorga la ley laboral etc.' '... El juzgador de primera instancia llega a la misma conclusión de la Sala Decisoria, de que los hechos afirmados por ellos no son suficientes como para poder establecer fechas para contabilizar los años y aplicar las normas legales, LO MISMO PUEDE COMENTARSE DEL DOCUMENTO RECONOCIDO en la diligencia de interrogatorio al demandado'. 'Y así las cosas, no habiéndose podido demostrar por la parte actora los extremos vinculatorios del contrato, no es posible despachar favorablemente las súplicas de la demanda... en estas condiciones se impone confirmar la sentencia recurrida'. No hay la menor duda, como lo venimos afirmando a través de esta demanda de casación, de que el Tribunal dio por probada plenamente la existencia del contrato de trabajo entre las partes, DE VEINTE AÑOS DE SERVICIOS TOTALES, esto se desprende no sólo de la parte del fallo que se acaba de transcribir, sino de otros aspectos de la sentencia acusada. Si en el mes de octubre de 1970 el demandado Tovar dio al demandante Tamayo las órdenes contenidas en el documento auténtico visible al folio 6, que es el hecho indicador existente y plenamente probado en el proceso (artículo 248 del C. de P. C.) es sin lugar a la menor duda, porque para ese mes de octubre de 1970 Tovar era el patrono y Tamayo el trabajador y en consecuencia existía ese mes y ese año, el contrato de trabajo de 'VEINTE AÑOS DE SERVICIOS TOTALES' de que habla el Tribunal. Existía el hecho indicado, contrato de trabajo, porque no otra explicación se puede desprender de la expedición de ese documento auténtico del folio 6 por parte de Tovar Leyva, ni la documental está indicando un hecho diferente. Es tal la correspondencia entre el hecho indicador conocido (documento auténtico del folio 6) y el indicado que se pretende establecer (existencia del contrato en octubre de 1970) que existiendo el primero no puede menos de existir el segundo, por lo cual nos hallamos en presencia de un indicio necesario, ante la documental de que venimos hablando y esa calidad de indicio necesario, aparecido en medio de la circunstancia de que 'los hechos confesados ponen en perfecta evidencia que existió un contrato de trabajo y una sustitución patronal de padre a hijo de veinte años de servicios totales', con lo cual queda reforzada y establecida claramente y sin mayor esfuerzo de la mente. Y si el demandante ha afirmado (hecho primero de la deman-

da) que los servicios los prestó hasta el mes de noviembre de 1970 lo lógico es concluir que se prestaron hasta el 31 de octubre de 1970. Pero es más, si se acreditaran 'VEINTE AÑOS DE SERVICIOS TOTALES' y así se consigna en el fallo impugnado y ellos determinaron el 31 de octubre de 1970, fácil es determinar la fecha de iniciación de los mismos, haciendo el cómputo de esa fecha hacia atrás, por veinte años contados desde esa fecha hacia el pasado. Y si la confesión del demandado tiene el pleno valor de 'poner en perfecta evidencia que existió un contrato de trabajo y una sustitución patronal de padre a hijo de veinte años de servicios totales' por qué razones no se hizo por el ad quem la apreciación de conjunto con el indicio necesario ya mencionado, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica y en la forma como lo mandan los artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 61 del Código de Procedimiento Laboral? Yerra pues el Tribunal, en la apreciación del indicio necesario referido al no darle absolutamente ningún valor y yerra por no haber hecho la apreciación conjunta de éste con la confesión del demandado, con lo cual aprecia también erróneamente esa misma confesión. La apreciación que así efectuó el Tribunal contraría los dictados del sentido común y desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la lógica y ella repugna a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Por lo anteriormente dicho podemos concluir diciendo que también se violaron los artículos 187 y 248 del Código de Procedimiento Civil, con infracción de medio para llegar a la infracción indirecta de fin de las normas sustantivas".

El opositor se refiere de manera general a los cargos, así:

"Dice el recurrente, que acusa la sentencia de segundo grado, por aplicación indebida de la ley; por interpretación errónea, por violatoria en forma directa e indirecta. Estos cargos los explica y los hace consistir en relación directa con los cargos. Pero es, que ni el juzgado del conocimiento ni la Sala del Tribunal podían en manera alguna adivinar en qué fecha se produjo la iniciación del contrato de trabajo y su terminación. Este es un defecto de la prueba, cuya etapa se procedimentó en forma amplia, sin que dentro del debate, el demandante demostrara los puntos vinculatorios de ingreso y despido enunciados en la demanda (...). De manera, que es injurídico acusar esta sentencia de interpretación errónea, de indebida aplicación, de violatoria de la ley, por el hecho de no haberse demostrado los extremos vinculatorios del contrato de trabajo. Estos extremos vinculatorios deben ser probados y no de cualesquier manera, sino con precisión meridiana para efecto de establecer a qué prestaciones tiene derecho el demandante. Así que no basta probar los elementos del contrato de trabajo, sino sus puntos de partida y de terminación (...). La confesión judicial tampoco aporta dato verídico acerca de estos extremos. Todo lo contrario, parte en dos etapas la relación contractual cuando dice que trabajó al servicio de su padre y un tiempo después a su servicio, habiéndose retirado mucho tiempo antes de la fecha en que se afirma fue despedido el demandante".

Se considera

El recurrente acusa la sentencia por infracción indirecta proveniente de errores de hecho producidos por la falta de apreciación de un dictamen pericial y defectuosa apreciación de otros medios de prueba.

En relación con la prueba pericial la Sala observa que no es admisible en casación de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1968 que preceptúa:

"El error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular; pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos".

Respecto del segundo aspecto del presente cargo referente a la prueba documental visible al folio 6 y la confesión del demandado en el interrogatorio de parte, la Sala como prosperó el cargo anterior estudiará en las consideraciones de instancia dichas pruebas en relación con los derechos consagrados en las normas que se dicen co-

no violadas, por lo cual es inoficioso hacerlo ahora. El cargo no es admisible.

Consideraciones de instancia

Por la confesión del demandado al contestar el interrogatorio que se le formuló, queda en claro que el señor Tamayo trabajó a su servicio durante veinte años discontinuos (pregunta 3ª, fl. 33 y pregunta 12ª, fl. 36, cuaderno 1º). En esta forma, tiene derecho al pago de pensión de jubilación, según lo prevé el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo porque está demostrado que el actor tiene más de 55 años de edad (fl. 60 ibid.) y, en cambio, el señor Tovar no acreditó que su capital fuera inferior a $ 800.000.00, como era su deber si creía no estar obligado al pago de la pensión, según lo dispone el artículo 195 del mismo código.

Como no se demostró el salario de Tamayo, debe tenerse en cuenta el mínimo que regía cuando concluyeron sus servicios para el cálculo de la pensión, sin olvidar tampoco el mínimo pensional fijado por la ley. Se aplica entonces lo dispuesto por los artículos 2º de la Ley 7ª de 1967, 2º del Decreto 1233 de 1969, resulta una pensión de $ 519.00 mensuales, a cargo del demandado. Como del documento que obra al folio 6 del cuaderno principal aparece que Tamayo era trabajador de Tovar en octubre de 1970 y como en el hecho quinto de su demanda aquél confiesa que sus servicios cesaron en noviembre de aquel año (fl. 3 ibid.), la pensión deberá pagarse a partir del 1º de noviembre de 1970.

Baña la circunstancia de que la confesión del demandado en cuanto al tiempo de servicios del actor incluye el hecho de que las actividades de Tamayo fueron discontinuas y en cuanto a ello la confesión resulta legalmente indivisible, al no haberse demostrado por el demandante, a quien incumbía hacerlo, la duración concreta de los distintos lapsos laborales, no puede accederse a las súplicas sobre cesantía, primas de servicios y compensación monetaria de vacaciones.

Lo mismo acontece respecto de las demás peticiones de la demanda, por no haber acreditado Tamayo los presupuestos de hecho básicos para la efectividad de los derechos que en ellas reclama.

Resultaría inoficioso entonces casar la sentencia del Tribunal en cuanto a dichas súplicas atañe, puesto que de todos modos las razones que acaban de exponerse conducirían a la absolución del demandado dispuesto en las instancias.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida pronunciada el día veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. E., Sala Laboral, en cuanto confirmó la absolución del demandado por concepto de la pensión plena de jubilación contenida en el fallo de primer grado de fecha veinte (20) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), y en sede de instancia REVOCA dicha absolución y en su lugar condena al señor FERNANDO A. TOVAR LEYVA a pagar en favor del señor MANUEL ANTONIO TAMAYO la mencionada pensión a partir del día primero (1º) de noviembre de mil novecientos setenta (1970) y en cuantía de QUINIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS ($ 519.00) mensuales. NO CASA EN LO DEMAS.

Sin costas.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ANEXO SUPREMO DE JUSTICIA

INFRACCION DIRECTA E INTERPRETACION ERRONEA SON DOS CONCEPTOS DE VIOLACION INCOMPATIBLES

Legalmente no hay impedimento para que se celebre un contrato de trabajo entre hermanos. — La falta de dinero para no pagar las prestaciones sociales al trabajador demandante, no es causa justificativa, como lo ha dicho la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 37.

Tirso Coronado Molina, mayor, vecino de Barranquilla, demandó por medio de apoderado judicial a la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. — Ciledco—, con domicilio en Barranquilla, y al señor Plinio Coronado Molina, mayor y de la misma vecindad, para que se le condenara solidariamente a pagar a su favor los siguientes conceptos: cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, salarios correspondientes a descansos en domingos y días festivos, la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por el no pago de prestaciones indiscutibles y las costas.

Según los hechos de la demanda, Plinio Coronado M., en su condición de contratista independiente, celebró contratos sucesivos con la empresa Cooperativa Industrial Lechera de Colombia desde el mes de agosto de 1969 hasta el 25 de mayo de 1974; los contratos tenían por objeto ejecutar trabajos en vehículos, muebles e instalaciones adscritas al funcionamiento normal de Ciledco; para realizar dichos trabajos Plinio Coronado contrató al demandante para que prestara servicios de latonería, lo que hizo desde el 13 de septiembre de 1969 hasta el 25 de mayo de 1974, fecha en que fue despedido injustamente por su patrono.

La Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. negó los hechos al contestar la demanda y se opuso a las peticiones de la misma, que no fue contestada por Plinio Coronado Molina.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, dictó sentencia el veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso: "1º Condenar solidariamente a Plinio Coronado Molina y a la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. (CILEDCO) a pagar al señor Tirso Coronado Molina por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa y dominicales, la suma global de ochenta y siete mil trescientos noventa y nueve pesos con sesenta centavos ($87.399.60). 2º Condenar solidariamente a Plinio Coronado Molina y a la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. (CILEDCO), a pagar al señor Tirso Coronado Molina, como indemnización por mora en el pago de las prestaciones un día de salario por cada uno de retardo, desde la fecha del despido hasta el día que se realice el pago, a razón de $ 125.00 diarios. 3º Sin costas".

Apeló la Cooperativa Industrial Lechera Colombiana Ltda. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en sentencia de cuatro de diciembre

de mil novecientos setenta y cinco, reformó la de primer grado en la siguiente forma: "1º. CONDENASE solidariamente al señor PLINIO CORONADO MOLINA y a la empresa COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA LTDA. "CILEDCO", a pagar al señor TIRSO CORONADO MOLINA, la suma de $ 37.450.00 por los siguientes conceptos:

"Auxilio de cesantía ...	$	14.980.00
Vacaciones		7.490.00
Prima de servicios		14.980.00
TOTAL:	$	37.450.00

2º. ABSUELVASE a los demandados de los demás cargos de la demanda. 3º. Sin costas, en ambas instancias".

Interpuso el recurso de casación el apoderado de Tirso Coronado Molina. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá, previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte no recurrente se abstuvo de presentar escrito de oposición.

Alcance de la Impugnación

Lo formula el casacionista así: "En primer lugar persigo que la sentencia se case parcialmente, así: a) Revocando la parte resolutiva de dicha sentencia, en su numeral 2º, en cuanto por medio del mismo absuelve a los demandados, entre otras, de la condena contenida en sentencia de primera instancia, relativa al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; b) Que como consecuencia de la revocatoria antes pedida, asumiendo la Corte el carácter de sede de instancia, reforme la sentencia del ad quem, condenando a los demandados a pagar solidariamente, en favor de mi mandante la indemnización moratoria impetrada".

Con base en la causal primera de casación el recurrente formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, consistente en no haber aplicado el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 3º del Decreto Nº 2351 de 1965, reformatorio del 34 de la misma obra, los que para el caso sub lite son concordantes y se hallan estrechamente relacionados, de causa a efecto, siendo el caso de haberlo hecho".

Transcribe el impugnador un pasaje del fallo acusado y argumenta:

"1º. El contrato VERBAL de trabajo celebrado entre mi mandante y el contratista independiente, fuente de las acciones propuestas, no ha sido objeto de discusión o controversia alguna en el juicio; no ha mediado, por tanto, duda o discutibilidad alegada por los demandados. Todo lo contrario, antes del proceso y por ante la División Regional del Trabajo de Barranquilla, se reconoció la existencia como los extremos de dicho contrato, como consta en acta de no-conciliación que obra en autos, y que el Tribunal, sin asidero jurídico alguno, ha rechazado oficiosamente. Ahora bien: si es cierto que la existencia del aludido contrato hubo de ser aprobado en juicio —se trata de contrato verbal—, como necesariamente había que hacerlo, tal circunstancia en nada influye para que se modifique, altere o excuse la obligación que la ley impone al patrono de pagar al trabajador, a la terminación del contrato, las prestaciones, salarios e indemnizaciones debidos, so pena de sufrir sanción moratoria. De consiguiente, como no aparece demostrado en el proceso que el dueño de las obras (Ciledco) o el contratista hubieran cancelado las prestaciones que todavía se le adeudan a mi mandante y, de otra parte, tampoco consta en autos alegación de parte que dentro de la buena fe exigida justifique el pago, corrijo, el no pago de dichas prestaciones, es de rigor legal concluir, como lo hizo el juez de instancia, que el Tribunal debió confirmar la referente a la indemnización moratoria, conforme al ordenamiento del artículo 65 invocado. Pero no lo hizo, en razón de que el ad quem alteró la litis consorcio, pensando que Ciledco es la única entidad demandada en este juicio, pues de otra manera no se le halla explicación a la revocatoria cuestionada, cuando se ha tomado como base para ello el hecho de que como en juicio fue cuando se produjo la prueba del contrato de trabajo 'no podía calcularse el monto de las prestaciones'. Y se afirma lo ante-

rior, porque bien se sabe, que el beneficiario de los servicios o el dueño de la obra no es parte en la relación de trabajo concertada entre el trabajador y el contratista. De tal manera que el contratista que si no puede desconocer los extremos de la relación de trabajo celebrada con mi mandante, estaba en plena capacidad para calcular el monto de dichas prestaciones. Lo que corresponde a un beneficiario es tomar las medidas de previsión, y en este caso sí fueron tomadas, pero no se cumplieron, como lo demostraré para no ser sujeto de la responsabilidad solidaria. En lo atinente a la institución de la solidaridad o responsabilidad solidaria, la honorable Corte ha dicho: 'La solidaridad que se deduce para los demandados ora del artículo 34 ora del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, conlleva la obvia consecuencia de situarlos dentro de un mismo plano de responsabilidad frente al trabajador en cuanto a los salarios y prestaciones adecuadas a éste; esa solidaridad trasciende a los mismos y gravita lógicamente sobre ellos respecto de la obligación de satisfacer la indemnización moratoria cuando se configura la hipótesis legal del artículo 65, o sea, en el evento de que se dejen de pagar oportunamente por los responsables solidarios los salarios y prestaciones debidos al trabajador' (Cas. 25 de junio de 1958. G. J. LXXXVIII). 2º. El Tribunal igualmente absolvió a los condenados de la indemnización moratoria, considerando que la relación de causalidad entre las obras ejecutadas por el contratista independiente y las actividades normales de la Empresa Cicledco, presupuesto necesario para deducir la responsabilidad solidaria, sólo vino a ser probada en juicio y fue objeto de controversia y resuelta acudiendo a la jurisprudencia y la doctrina. En otras palabras, la impugnación que a ese punto presentó Cicledco, fue tomada como hecho constitutivo de su buena fe con respecto al no pago de las prestaciones sociales que todavía se le adeudan a mi mandante, desde luego que tal relación de causalidad ha sido aceptada. El anterior razonamiento contraría la repetida interpretación que al principio de buena fe consagrado en el artículo 65 le ha dado la jurisprudencia y la doctrina, las que indican que no siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en la citada disposición, porque si así fuera, se abriría la puerta para que ese mandato fuera defraudado. Sobre el particular la Corte ha dicho: 'Sólo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surja de los hechos del litigio, la postura del patrono puede tener carácter realmente respetable para discutir ... la sanción precitada no debe ser aplicada'. Sentada tal noción, se pregunta, en el caso sub judice. Cicledco, para oponerse a la relación de causalidad cuestionada ha presentado o alegado razones poderosas, respetables o serias que pudieran eximirla de la responsabilidad solidaria y por ende de la sanción moratoria? No. Porque el objeto social o actividades normales de dicha empresa no es ni son otras que procesar y vender leche y derivados de este producto, y para negociarlo requiere indispensablemente de un equipo de vehículos de transporte que recoja la leche en los hatos y la distribuya para la venta en la clientela. Y con tales fines, en sus propias instalaciones tiene organizado un taller de mantenimiento de dicho equipo servido por contratistas, carpinteros, latoneros y mecánicos. No se puede, por tanto, encajando en la jurisprudencia comentada, otorgarle seriedad a las razones de impugnación que sobre este punto, en la contestación de la demanda presentó la empresa. En efecto, en dicha contestación niega que el señor Plinio Coronado fuera contratista independiente para la ejecución continua de labores de latonería, y luego, en la diligencia de inspección judicial acepta, con la exhibición de todos los contratos celebrados, dicho carácter. De otra parte, del texto de dichos contratos sobresale la cláusula en que se faculta a la empresa para descontar del precio de las obras contratadas un porcentaje para el pago en garantía de las prestaciones y salarios del contratista. Por manera, pues, que la empresa, al estipular dicha facultad de previsión, no podía ignorar seriamente los contratos de trabajo celebrados por el contratista y sus trabajadores y mucho menos, la relación de causalidad entre las obras contratadas y las actividades normales de la empresa. El Tribunal, de consiguiente, incurrió en error de hecho, al no apreciar la prueba de los con-

tratos y el acta de la inspección judicial, ambos documentos auténticos".

Se considera

El Tribunal Superior no desconoció la validez en el tiempo y el espacio del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se rebeló contra su contenido ni lo ignoró, es decir, no lo infrigió directamente, sino que no le hizo producir efectos por considerar que, de acuerdo con la interpretación que le ha dado la jurisprudencia, se presentaban circunstancias exceptivas según las cuales los demandados se exoneraban de la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales que consagra dicha disposición.

El recurrente, además, censura la interpretación que el ad quem da a la norma predicando así respecto de ella en un mismo cargo dos conceptos de violación que son incompatibles: infracción directa e interpretación errónea. Por último también el casacionista se refiere a aspectos que a su criterio se deducen de la apreciación de las pruebas, introduciendo una cuestión fáctica en la acusación por infracción directa, que es completamente ajena a lo relacionado con los hechos y sus pruebas.

Las fallas anteriores, contrarias a la técnica del recurso extraordinario, conducen al rechazo del cargo, que no prospera.

Segundo cargo

"Sustitutivamente, para el improbable caso de que no sea aceptado el primer cargo, acuso la sentencia de ser violatoria de ley sustancial, por infracción indirecta, proveniente de las siguientes pruebas: el acta de no conciliación levantada ante la División Regional del Trabajo, y por falta de apreciación, los contratos de obra celebrados entre los demandados, y también, el acta de inspección judicial, que hizo incurrir al Tribunal en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos y que lo llevó indirectamente a la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, por falta de aplicación de los mismos.

Pruebas erróneamente apreciadas

El acta de la División del Trabajo, por cuanto en ella, que es un documento público, está contenida la confesión del contratista acerca de la existencia y extremo del contrato de trabajo celebrado con mi mandante entre otros. El ad quem ha hecho errónea apreciación de dicho documento, con fundamento en que se trata de confesión en favor de consanguíneo, lo que carece de asidero jurídico, desde luego que la confesión así expresada sólo es rechazable cuando medie tacha de persona interesada, propiamente, de aquéllas a quienes pudiera perjudicar. Y en este caso no se ha hecho. Se ha dejado de apreciar por otra parte, el contrato de obra celebrado por la empresa con el contratista, contratos que fueron muchos, y en los cuales la empresa se halla facultada para descontar del precio de las obras un porcentaje que garantice el pago de las prestaciones y salarios que se causen en favor de los trabajadores del contratista. De haber apreciado dicha prueba el Tribunal, y no lo hizo, hubiera llegado a la conclusión de que la empresa, con tal previsión, no sólo tenía aceptada, la relación de causalidad comentada, sino la existencia de los contratos de trabajo celebrados por el contratista. Dejó de apreciarse también por parte del Tribunal, debiendo hacerlo, el acta de la inspección judicial, en donde la empresa, infirmando la respuesta dada por su apoderado, acepta la condición de contratista independiente del señor Plinio Coronado".

Se considera

Sobre la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dijo el Tribunal Superior:

"También considera la Sala procedente revocar la sanción moratoria, ya que solamente a través del presente proceso pudo establecerse la existencia del vínculo laboral entre los hermanos Coronado, su duración y el monto del salario devengado, extremos indispensables para calcular el valor de las prestaciones sociales. De otra parte, la relación de 'causalidad' entre los contratos de trabajo y de obra para defu-

cir la responsabilidad solidaria de Cileco se ha establecido mediante el análisis controvertido de pruebas y las conclusiones de la jurisprudencia y la doctrina. Y no se diga que desde un principio se estableció la existencia del contrato laboral y la confesión patronal sobre la obligación de pagar prestaciones sociales concretas, ya que la Sala ha desechado el mérito probatorio del acta de no conciliación que figura a folio 2 del expediente".

Antes, al estudiar la existencia del contrato de trabajo entre Plinio Coronado Molina y Tirso Coronado Molina, las fechas de ingreso y salida de éste y el salario que devengó, había dicho: "No es necesario entonces tener en cuenta como prueba el 'Acta de No Conciliación', verificada ante la Inspección del Trabajo del Atlántico, el 11 de Julio de 1974 y sobre la cual podrían caer perfectamente las tachas que se desprenden de una confesión en favor de un consanguíneo (hermano) y en perjuicio directo de un tercero".

Por su parte la manifestación hecha por Plinio Coronado Molina en el acta de la audiencia pública celebrada ante el Inspector de Relaciones Individuales de la División Departamental del Trabajo y Seguridad del Atlántico con motivo de la citación que le hicieron los señores Domingo Cabarcas Molina, Tirso Coronado Molina, y Arquímedes Posada Guerrero, es del siguiente tenor:

"Yo le ejecuté trabajos continuos a Sileco (sic), en los talleres de su propiedad, trabajos de latonería desde el mes de agosto de 1969 hasta el 25 de mayo de 1974, fecha en la que sin ningún aviso previo me dijeron en la Empresa que no me utilizarían más. Al principio, esto es, en el primer año largo no me hacía contratos para ejecutar los trabajos que me ordenaban, pero desde que un trabajador que trabajaba en el taller llamado Miltiades Ordóñez les ganó un pleito, cada trabajo que me ordenaban, que siempre era de latonería, me hacían firmar un contrato como contratista. Esos trabajos tenía que hacerlos con ayudantes latoneros, y por eso contraté a los reclamantes, y algo más, la misma Empresa me exigía los ayudantes para que los trabajos fueran rápidos. Es cierto que los señores Domingo Cabarcas Molina, Tirso Coronado Molina y Arquímedes Posada Guerrero trabajaron conmigo, como ayudantes durante el tiempo que ellos han dicho, y también que en todo el tiempo les pagué el salario señalado por ellos, es decir, a los dos primeros les pagué $750.00 pesos semanales y al último $300.00 pesos semanales. Tuve que retirarlos el 25 de mayo del presente año, porque en esa fecha Sileco (sic) me dijo que no daría más trabajos. Que no celebraría más contratos conmigo, y era lógico que desde ese día tenía que despedirlos como lo hice. Pero tengo que decir, que aun cuando tienen todos los reclamantes toda la razón de pedir sus prestaciones sociales, yo no tengo plata para pagarles, ya que siempre pensé que a mí como a los trabajadores nombrados Sileco (sic) debía pagarnos las prestaciones sociales y las indemnizaciones. Tan cierto es lo anterior, que le hice el reclamo a la Empresa Sileco (sic) para que pagara las prestaciones, y allí, me dijeron que no tenía derecho por que yo era un contratista independiente. Resto no tengo con qué pagar, porque yo de los contratos salía en ganando un salario muy parecido aun cuando un poco superior al de mis ayudantes Domingo Cabarcas y Tirso Coronado. Es todo lo que tengo que decir".

Como lo anota el recurrente, no hay razón alguna para desestimar la confesión del patrono demandado sobre la existencia de una relación de trabajo con el demandante Tirso Coronado Molina por el simple hecho de ser éste su hermano, porque legalmente no hay impedimento para que se celebre un contrato de trabajo entre hermanos. Además, la manifestación se hizo por Plinio Coronado Molina no ante el reclamo individual de su hermano Tirso, sino en relación con el que éste presentó conjuntamente con sus compañeros de trabajo. Ni hay motivo para concluir que se colusionaron los hermanos Coronado Molina, porque precisamente el fallador de segunda instancia dio por demostrados los hechos afirmados por Plinio con base en prueba testimonial, lo que significa que en la audiencia confesó lo que después se acreditó ser cierto, despejándose así cualquier duda sobre que la intención al acentar los hechos expuestos por Tirso fue la de perjudicar a un tercero, la codemandada.

En los documentos que obran a folios 51 a 88, fotocopiados durante la Inspección

Judicial y tenida como pruebas por el Juzgado del conocimiento, contratos celebrados entre Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Limitada, y Plinio Coronado Molina, aparece pactada una cláusula según la cual la primera se reserva un porcentaje, que no se fijó, del valor del contrato, como garantía de que el contratista cumpliría con el pago de todas las prestaciones del personal que utilizare, garantía que se devolvería una vez que demostrara con los respectivos recibos que se encontraba a paz y salvo con los trabajadores.

Se han acreditado, en consecuencia, los errores de hecho que el recurrente atribuye al fallador de segunda instancia. La incidencia en la violación del artículo 65 es clara, porque de no haber sido por tales errores habría condenado a la indemnización por mora que dicha norma contempla.

A lo anterior se puede agregar, como consideraciones de instancia, que no es la actitud en el juicio del beneficiario de la labor realizada por el contratista independiente, la que, por ser de buena fe, exonera del pago de la indemnización moratoria, sino la del patrono, que es el obligado a cancelar oportunamente a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones sociales, y que al discutir con razones atendibles la existencia del contrato de trabajo o de las obligaciones que de él se derivan, configura justificación de la mora.

En el caso en estudio el patrono dio como única explicación para no pagar las prestaciones sociales al trabajador demandante la falta de dinero, lo que no es causa justificativa, como lo ha dicho la jurisprudencia.

Así, en sentencia de treinta de junio de mil novecientos cincuenta y tres, Enrique Garrido Santacoloma contra Club Cauca S.A., el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo no aceptó como justificación para el no pago de las prestaciones sociales, el período durante el cual el patrono hacía gestiones ante un banco para financiar dicho pago, por no estar contemplado dicho motivo o causa en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. No es admisible por lo tanto, que el trabajador corra los riesgos de la falta de previsión del patrono dado el carácter vital que para él tiene el salario y las prestaciones sociales.

No habiendo justificado el patrono demandado la mora en el pago de las prestaciones sociales, está obligado a pagar la indemnización contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Y como el beneficiario de la labor realizada por el contratista independiente responde solidariamente con aquél por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, salvo cuando se trata de labores extrañas a las actividades normales de la empresa, como lo dispone el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 sustitutivo del 34 del Código Sustantivo del Trabajo, excepción en la cual no se encuentra la codemandada según conclusión del fallador de segunda instancia, la condena debe hacerse solidariamente contra el patrono demandado Plinio Coronado Molina y el beneficiario de las labores, Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Limitada, por tratarse de una indemnización a que tiene derecho el trabajador demandante.

El juez de primer grado condenó a los demandados a pagar por el concepto anotado la suma de $125.00 diarios desde la fecha del despido hasta el día en que se realice el pago de las prestaciones. Mas como el Tribunal Superior encontró que el salario diario devengado por Tirso Coronado Molina no fue de $125.00, sino de $107.00, cuantía no impugnada en casación, se modificará el fallo de primer grado para fijar este último salario como factor de liquidación de la indemnización por mora.

Al no producirse en la primera instancia condena en costas, decisión con la cual se conformó el demandante al no apelar, no se proveerá sobre el particular. Tampoco se hará condena por las costas de la segunda instancia porque a través del recurso el demandado consiguió que se modificara en su favor el fallo apelado. No hay costas en el recurso extraordinario, por haber prosperado.

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 cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ba-

rranquilla, en cuanto absolvió a los demandados de la indemnización contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y revocó implícitamente la condena por este concepto impuesta por a quo, y en sede de instancia modifica el punto 2º del fallo del primer grado, el cual quedará así: CONDENASE solidariamente a Plinio Coronado Molina y a la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Limitada (Ciledco), a pagar al señor Tirso Coronado Molina como indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, CIENTO SIETE PESOS ($107.00) diarios desde el 25 de mayo de 1974, fecha del despido, hasta cuando se realice el pago de las prestaciones a que fueron condenados. NO LA CASA EN LOS DEMAS.

Sin costas en el recurso de casación.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

SEGURO DE VIDA OBLIGATORIO

Obligación de ciertas empresas de hacerse cargo del seguro de vida de sus trabajadores cubriendo el riesgo de la muerte, "sea cualquiera la causa que la produzca".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. octubre dieciocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta. Nº 38.

Matilde Cecilia Ordóñez, obrando en nombre de la sucesión del señor Maximiliano Niño y en su calidad de representante legal de su hija natural Maritza Niño Ordóñez, menor de edad, reconocida como heredera en la referida sucesión, demandó al señor Clelio Flórez, mayor y vecino de Pasto, para que se le condenara a pagar a la sucesión de Maximiliano Niño, las siguientes sumas de dinero: Seiscientos ochenta pesos ($680.00) por auxilio de cesantía; trescientos cuarenta pesos ($340.00) por vacaciones proporcionales; veintiocho mil pesos ($ 28.000.00) por seguro de vida; cuarenta pesos ($40.00) por cada día de retardo en la solución de las prestaciones adeudadas, desde el día 25 de febrero de 1973, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Alberto Maximiliano Niño M., prestó sus servicios personales a Clelio Flórez, en calidad de chofer, desde el día 12 de agosto de 1972 hasta el día 24 de febrero de 1973, devengando un sueldo de $1.200.00 mensuales; el 24 de febrero de 1973 el vehículo que manejaba Niño sufrió un accidente, como resultado del cual murió su conductor; la niña Maritza Niño Ordóñez es hija natural de Maximiliano Niño, por haberla reconocido como tal en la partida de bautismo y está representada legalmente por su madre natural Matilde Cecilia Ordóñez; la menor Maritza Niño fue reconocida como heredera de Maximiliano Niño en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pasto.

Al contestar la demanda por medio de apoderado judicial Clelio Flórez manifestó que había contratado a Maximiliano Niño el 24 de febrero de 1973 para que le hiciera un viaje a Medellín, pagándole $200.00 más los gastos de alimentación y alojamiento; que Niño, quien no era conductor permanente, se embriagó, pues se dedicó a tomar en algunos lugares del recorrido y sobrecargó el vehículo, circunstancias que dieron origen al accidente que le ocasionó la muerte.

Se opuso a las peticiones por cuanto la víctima fue un trabajador accidental o transitorio, contratado exclusivamente para ese viaje.

Propuso como excepciones la de carencia de derecho para demandar, porque aun cuando Maximiliano Niño hubiese sido trabajador, el accidente de trabajo fue provocado deliberadamente por el conductor, hubo culpa grave al ingerir bebidas embriagantes y recargar el vehículo, destruyendo las herramientas de trabajo que le facilitó el demandado.

Dentro del término legal el señor Clelio Flórez propuso demanda de reconvención para que la sucesión de Maximiliano Niño, representada por su hija natural Maritza Niño Ordóñez, fuese condenada a lo siguiente:

"Primera: A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS (daño emergente y lucro cesante) que por culpa grave inferida por el señor MAXIMILIANO NIÑO M. y cuando ejercía funciones

de trabajo ocasional o transitorio, produjo a las máquinas o herramientas de trabajo, en este caso, al automotor marca Ford, color verde claro, placas Nos. VS-1000 de propiedad del señor Clelio Flórez, en el accidente de tránsito del 26 de febrero de 1973 y en el punto denominado HIGUERONES, 7 kilómetros al Norte de La Unión (Nariño). Segunda. Que como consecuencia de lo anterior, debe la ameritada sucesión, pagar los perjuicios materiales del automotor, esto es, los daños que sufrió el vehículo cuestionado en el accidente de tránsito antes mencionado, provocado por culpa grave de la víctima —trabajador— daños que se avaluarán a justa tasación de peritos. Tercera. Así mismo, la sucesión antes demandada, debe pagar el lucro cesante, esto es, los frutos que debió producir el vehículo que fue destruido, y durante el tiempo en que permaneció inhabilitado para trabajar. Cuarta. Que, en los casos de oposición se condene al pago de las costas procesales".

Al relatar los hechos fundamentales de la demanda el reconveniente dijo que el 24 de febrero de 1973 Clelio Flórez contrató a Alberto Maximiliano Niño para que le hiciera un viaje a la ciudad de Medellín, pagándole la suma de $200.00 por el viaje; al conductor lo acompañó el señor Luis Antonio López, persona de confianza de Flórez. Luego hace un relato del itinerario seguido por Niño, quien desde la salida de Pasto tomó bebidas embriagantes y cargando el camión en un sitio denominado Sucre con 30 ó 35 cargas de frutas, que pesaban una y media o dos toneladas siendo así que el cupo del vehículo estaba completo. Por la embriaguez Niño manejada el camión en zigzag, lo que hizo que el dueño de las frutas, el señor Oscar Bravo, se bajara del mismo, volcándose posteriormente y pereciendo el conductor.

El apoderado de la parte reconvenida negó los hechos de la contrademanda y se opuso a las peticiones de la misma.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dictó sentencia el veintitrés de julio de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso: "1º) Declara probada la excepción perentoria de carencia de derecho para demandar; 2º) Absolver al demandado Clelio Flórez y negar las peticiones de la demanda presentada por la representante de la sucesión de Alberto Maximiliano Niño M.". Previamente, en la parte motiva, había dicho que "no prosperando la demanda principal la contrademanda no puede considerarse por sustracción de materia".

Apeló la parte demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Sala Laboral en sentencia de once de diciembre de mil novecientos setenta y cinco confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte demandante. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá, habiéndose surtido el trámite correspondiente, previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte no recurrente se abstuvo de presentar escrito de oposición.

Alcance de la Impugnación

Lo formula así el recurrente: "Se persigue con esta demanda que la Honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto de fecha 11 de diciembre de 1975, en cuanto confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, que declaró probada la excepción de 'carencia de derecho para demandar' y absolvió al demandado y condenó en costas a la demandante, y para que en sede de instancia revoque la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, de fecha 23 de julio de 1975, y, en cambio, se impongan las condenas reclamadas por la demandante en el libelo incoativo".

Con base en la causal primera de casación presenta dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Violación de la ley sustancial por infracción directa de los artículos 289 y 292 (subrogado por el artículo 22 del Decreto-ley 2351 de 1965) del Código Sustantivo del Trabajo e indebida aplicación de los artícu-

los 199, 223, del Código Sustantivo del Trabajo, cuando el Tribunal Superior de Pasto, conviniendo en la calidad de trabajador del señor ALBERTO MAXIMILIANO NIÑO, sostuvo que por el hecho de haber existido culpa grave en éste por embriaguez, no estaba el patrono obligado a cubrir el valor del seguro de vida. 1. Ciertamente, el Tribunal confundió la figura del seguro de vida con el accidente de trabajo, para imponerles, luego, los mismos resultados. En puridad, son situaciones diferentes. Tienen aspectos en común, entratándose de que como consecuencia del accidente provenga la muerte del trabajador, en los efectos pecuniarios y guardan concordancia para los efectos de establecer el monto de la prestación. 2. Cuando el artículo 22 del Decreto-ley 2351 de 1965, que subrogó el artículo 292 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra que todo patrono pagará como seguro de vida una determinada cantidad, está reglando una situación general: que toda muerte de un trabajador impone la satisfacción y pago de un seguro, llamado, particularmente, de vida, y que el valor a cubrirse guarda relación con las circunstancias de la muerte del trabajador. En manera alguna, está diciendo nuestro régimen social que para pagarse el seguro de vida, la muerte tiene que tener su causa en un accidente, como lo apreció el Tribunal. 3. El Tribunal, en tal forma, quebrantó ostensiblemente el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, que es la norma que regula el riesgo por muerte de un trabajador, ya que es independiente la causa de la muerte para el reconocimiento de esta prestación. Si la muerte del señor NIÑO fue consecuencia de un accidente y éste, según el Tribunal, se produjo por embriaguez de la víctima, en nada modifica la obligación patronal de atender ese riesgo. Dice la norma en cita: 'Toda empresa de carácter permanente que tenga una nómina de salario de mil pesos mensuales, o mayor, debe efectuar a su cargo el seguro de vida colectivo de todos sus trabajadores, excepto de los ocasionales o transitorios y cubrir el riesgo de muerte sea cualquiera la causa que le produzca' (la subraya es mía). Es decir: la norma es muy clara: basta que se produzca la muerte de un trabajador para que el patrono, que tenga el carácter de empresa, se obligue a pagarlo. Como en ningún momento se ha discutido la calidad de empresa en el demandado, ni el valor de la nómina, era del caso aplicar el artículo preindicado para imponerle al patrono la obligación respectiva. Por eso el tratadista Guillermo González Charry, en su obra 'Prestaciones Sociales del sector privado', página 208, sostiene: 'Tal problema no se presenta en el Derecho del Trabajo, por lo menos en lo que se refiere a la obligación de satisfacer el riesgo. Porque al decir la ley que el seguro se paga, cualquiera que sea la causa que produzca la muerte, ha adoptado un sistema general e indiscriminado; como un principio de derecho enseña que no se deben hacer distinciones donde la ley no las hace, ello quiere significar que en esta materia, la obligación cobija la totalidad de las eventualidades que puedan conducir a la muerte'. 4. Lo que puede discutirse, eso sí, es el valor del seguro puesto que el artículo 22 del Decreto-ley 2351 de 1965 hace distinción sobre la cantidad a pagarse bien sea que la muerte sea natural o accidental como consecuencia del trabajo, para cuyos efectos impone la forma de cumplirse con este seguro, pero en ningún caso, se puede exonerar al patrono de esa obligación, como lo entendió el Tribunal Superior de Pasto. Que la muerte haya sido a consecuencia de la embriaguez del trabajador NIÑO y no haya ocurrido por accidentes de trabajo, no puede alterar los alcances de las obligaciones del demandado. Quizá, repito, puede cuestionarse el monto del seguro para darle aplicación bien al literal a) del artículo 22 del Decreto 2351 de 1965, ora para darle vigencia al literal b), del mismo precepto. 5. Ahora bien: para el Tribunal la embriaguez denota culpa grave, y si el accidente que produjo la muerte al trabajador NIÑO se debió, precisamente, a embriaguez, la conclusión a que llegó el ad quem es simple: culpa grave. Empero hasta dónde podrá decir que el hecho de ingerir licor pueda reputarse como culpa grave si como consecuencia de ello proviene un accidente de trabajo? La culpa grave está definida en el artículo 63 del Código Civil como aquélla que se origina en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Y en materia civil equivale al dolo. Lo mismo en materia laboral.

Entonces, no es cualquier clase de culpa la que sirve para exonerar a un patrono de atender las obligaciones emanadas de un accidente de trabajo que produce, consiguientemente, la muerte del trabajador. En absoluto. Debe haber una intención o propósito volitivo encaminado a producir los efectos propios del accidente. Y no como lo apreció el Tribunal de Pasto al calificar la embriaguez como culpa grave. 6. Está plenamente convenido por el Tribunal, de acuerdo al contenido probatorio, que la muerte del trabajador NIÑO, se produjo cuando cumplía el encargo de movilizar por cuenta del demandado FLOREZ de Pasto a Medellín mercancías, y como consecuencia de un accidente. Esto es: hay una plena identidad en este aspecto. En ningún momento se ha discutido este hecho. Pues bien: si estando cumpliendo con su trabajo, de conducir un vehículo automotor, perece el trabajador, el hecho se enmarca dentro de los supuestos del accidente de trabajo y, solamente, se puede exonerar el patrono de las obligaciones laborales, nacidas de ese evento, acreditando provocación deliberada de la víctima o culpa grave en ésta. Mas ni lo uno ni lo otro se ha logrado dentro del sub lite, ya que la supuesta embriaguez argumentada por el Tribunal no es causal eximente de la obligación de cubrir el seguro de vida alegado y reclamado por la demandante. 7. De manera evidente se resalta la infracción que por un lado hizo el Tribunal de los artículos 289 a 292 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando pasó por encima de la regulación que hacen del riesgo por muerte o de los alcances impuestos en esas normas, en armonía con lo estatuido en el artículo 22 del Decreto-ley 2351 de 1965. Y, del mismo modo, la aplicación indebida que hizo del artículo 189 ibídem, cuando entendió que la embriaguez denota culpa grave. Entonces: sí está obligado el demandado a cubrir el valor del seguro, en la modalidad derivada del accidente de trabajo".

Se considera

Dispone el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo que "Toda empresa de carácter permanente que tenga una nómina de salario de mil pesos ($1.000.00) mensuales, o mayor, debe efectuar a su cargo el seguro de vida colectivo de todos sus trabajadores, excepto de los ocasionales o transitorios, y cubrir el riesgo de la muerte sea cualquiera la causa que la produzca".

La norma transcrita es muy clara en cuanto establece para ciertas empresas la obligación de hacerse cargo del seguro de vida de sus trabajadores cubriendo el riesgo de la muerte, "sea cualquiera la causa que la produzca". Al no condenar al pago del valor del seguro de vida pretextando que el trabajador había fallecido en accidente de trabajo provocado por culpa grave, el fallador de segunda instancia ignoró la norma infringiéndola directamente, pues la muerte causada por culpa grave de la víctima no exonera al patrono de pagar a los beneficiarios el seguro de vida correspondiente. En este punto prospera la acusación. Cuanto al otro aspecto planteado en el cargo, en relación con la cuantía del seguro, es decir, si se paga de acuerdo con el ordinal a) del artículo 22 del Decreto 2351 de 1965, o con el ordinal b) de dicho artículo, cabe hacer las siguientes observaciones:

El ordinal a) contempla el pago sencillo del seguro de vida por muerte del trabajador cualquiera que sea la causa que la produzca; el b) regula la cuantía, cuando, teniendo derecho el trabajador a que se le ampare con el seguro de vida, fallece por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, evento en el cual se dobla el valor del seguro. En el caso en estudio el Tribunal Superior encontró que el accidente en que perdió la vida Alberto Maximiliano Niño no fue de trabajo por haber ocurrido por culpa grave de éste, elemento que desvirtúa la existencia del accidente de trabajo, según el artículo 199 del Código Sustantivo de la materia. Si la culpa grave no existió es cuestión de hecho, ajena a la infracción directa. Mas como el recurrente plantea la cuestión en un campo meramente jurídico al afirmar que la embriaguez del trabajador no constituye culpa grave se hará el estudio con fundamento en normas legales.

Según el ordinal 2º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, se prohibe a los trabajadores: "Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes". Como el fallecido Niño se encontraba embriagado cuando prestaba sus servicios, hecho

que no discute el recurrente, incumplió esa obligación de no hacer, incumplimiento que hace presumir la culpa como lo ha sostenido la jurisprudencia. En consecuencia no violó el Tribunal Superior el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo al concluir que no existió accidente de trabajo por haber tenido como causa la embriaguez del trabajador, que se ha considerado cuando es habitual o premeditada como culpa grave para efectos de exonerar de responsabilidad al patrono. Si la culpa de Niño no fue grave es cuestión que ha debido demostrar la demandante para desvirtuar la presunción, lo que no hizo. Por las razones expuestas el cargo no prospera en este aspecto de la acusación.

Segundo cargo

"Violación por infracción directa de la ley sustancial: artículo 4º de la Ley 187 de 1969, y artículos 23, 24, 27, 127, 132, 145, 146, 147, 148, 186 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de haber desconocido los alcances del salario mínimo a cargo del demandado, para exonerar a éste del pago de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas, no obstante estar acreditado y aceptado la prestación del servicio, pudiéndose, en suerte, establecer el salario a través de la preceptiva del artículo 4º prenombrado, y que llevó al Tribunal a confirmar la sentencia proferida por el a quo. 1. Según las voces del Tribunal es necesario en materia laboral probar 'el salario devengado al momento (la subraya es del Tribunal) del accidente y del proceso se establece una duda en relación con las sumas de dinero que recibía el extrabajador (subraya es mía), duda que estriba en que no se ha fijado con claridad si NIÑO trabajaba continuamente a órdenes de FLOREZ o si éste únicamente le cancelaba su trabajo por cada viaje que efectuaba. En tal suerte que, y por la misma razón jurisprudencial y doctrinal, no es posible acceder al pago de ninguna otra reclamación, como tampoco, por las circunstancias con antelación anotadas, se puede decretar el pago de la indemnización solicitada por la actora'. 2. Para el Tribunal, en forma tajante, y apoyándose en supuestas doctrinas, que no cita, la falta de señalamiento del salario sirve para rechazar cualquier reclamación que trabajador alguno haga con relación a los servicios prestados. 3. La demanda estaba dirigida a pretender el reconocimiento y pago de prestaciones e indemnizaciones —cesantía, vacaciones, seguro de vida e indemnización moratoria—. Mas el Tribunal al apreciar que la falta de fijación de salario excluía toda probabilidad de reconocer esos derechos, estaba prescindiendo de dar aplicación a lo regulado en el artículo 4º de la Ley 187 de 1959, para obtener entendido que la falta de la prueba podía ser reemplazada por el salario mínimo previsto en el artículo 4º que su tenor dice: 'Los salarios mínimos sustituyen de derecho, durante su vigencia, cualesquiera otros inferiores que se hayan estipulado o se estipulen. A falta de prueba del salario en cada caso, las condenas a que haya lugar en las controversias laborales, se calcularán sobre el que señale por peritos designados oficiosamente por el juez sin bajar del respectivo salario mínimo'. 4. Todo servicio personal, en materia laboral, debe remunerarse. Esa es la bilateralidad que se logra en el contrato de trabajo. Si se reconoce, como lo hizo el Tribunal, la calidad de trabajador, o, mejor, para usar las expresiones de ese organismo, ex-trabajador le correspondía, necesariamente, una prestación, como reciprocidad, llamada salario. 5. El artículo 4º preindicado impone un claro criterio subsidiario cuando dentro del proceso no se ha podido establecer o señalar el salario del trabajador, dando facultad al juzgador de mérito ordenar una pericitación en tal sentido. O con una trayectoria pródiga de aplicación: tener en cuenta el salario mínimo al momento de la controversia. Precisamente, sobre este aspecto, al dejar de convenir en el salario mínimo, el Tribunal dejó de aplicar el artículo 4º, que deja abierto el camino, cuando se establece la relación laboral, para recorrerlo a través de una remuneración mínima. Nunca, a una prestación de servicio plena, se podrá bajar de aquella cantidad que la ley misma considera como necesarias para sobrevivir de acuerdo al costo de la vida, modalidades del trabajo, capacidad patronal, etc. Indispensable, por tanto, tener en cuenta el salario mínimo, salvo que por medio de peritos se señale una suma mayor, y, por ningún caso, menor. El Tribunal, pues, al

aceptar el servicio personal, pero al estimar que se carecía de la prueba del salario, le desconoció toda incidencia a las normas que señalan los derechos pretendidos por la demandante. 6. Era importante, de ese modo, precisar un salario en favor del ex-trabajador NIÑO. Uno solo importante, sino incuestionable. Cuando el Tribunal convino en que se había prestado el servicio personal por aquél, en cualesquiera de las formas previstas en nuestro ordenamiento jurídico-social, en su artículo 132, se debía acoger un salario, que era el mínimo al momento de producirse el fallecimiento del ex-trabajador. 7. No es como lo consideró el Tribunal que si no se fijó 'con claridad si NIÑO trabajaba continuamente a órdenes de FLOREZ o si éste le cancelaba su trabajo por cada viaje', no se puede hablar de salario. Si hay servicio personal, bajo la modalidad de la subordinación o dependencia debe existir correlativamente una remuneración. No se puede, prescindir de una estimación de un factor o elemento del contrato de trabajo como éste, del salario, para desconocer legítimos derechos de los trabajadores. 8. No hay, de esa manera, bases jurídicas para compartir las conclusiones del Tribunal Superior de Pasto, en el caso sub judice, al desconocer la cesantía, las vacaciones, y las indemnizaciones reclamadas por la demandante, desconoció consecuencialmente, las normas pertinentes que regulan y reconocen los derechos de todo trabajador. Existió, insisto, el servicio personal, de carácter laboral, el demandado está obligado a pagar todos los valores que surgen de esos derechos. De otra forma es arrebatarle la índole profundamente social del régimen laboral en Colombia".

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre este aspecto de la acusación: "Por último, es conocido en la doctrina y en la jurisprudencia en materia laboral que para intentar todo reclamo de esta especie, es necesario probar o demostrar el salario devengado al momento del accidente y del proceso se establece una duda en relación con las sumas de dinero que recibía el extrabajador, duda que estriba en que no se ha fijado con claridad si NIÑO trabajaba continuamente a órdenes de FLOREZ o si éste únicamente le cancelaba su trabajo por cada viaje que efectuaba. En tal suerte que, y por la misma razón jurisprudencial y doctrinal, no es posible acceder al pago de ninguna otra reclamación, como tampoco, por las circunstancias con antelación anotadas, se puede decretar el pago de la indemnización solicitada por la actora".

Se considera

El artículo 4º de la Ley 187 de 1959 dispone: "Los salarios mínimos sustituyen de derecho, durante su vigencia, cualquiera otros inferiores que se hayan estipulado o se estipulen. A falta de prueba del salario estipulado en cada caso, las condenas a que haya lugar en las controversias laborales, se calcularán sobre el que se señale por peritos designados oficiosamente por el juez sin bajar del respectivo mínimo".

Según la norma transcrita, cuando no aparezca en un proceso la prueba del salario pactado, el juez oficiosamente decretará la pericial para que lo fije. Si no lo hace así, como infortunadamente sucede con frecuencia, debe tomar como base de la liquidación de las prestaciones el mínimo legal, o el convencional, según el caso, pues si el estipulado fue inferior, el salario mínimo lo sustituye de derecho, y los peritos al señalar el salario no podrían bajar del mínimo en ningún caso.

No existe razón entonces para que los Juzgadores de instancia se abstengan de condenar al pago de las prestaciones sociales cuando demostrados en el juicio los otros elementos que las configuran, no se encuentra en el proceso la prueba del salario estipulado por las partes. Esto es lo que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, que no ha dicho, como lo afirma el Tribunal Superior que las prestaciones e indemnizaciones se pierden si no se demuestra en el proceso el salario pactado, conclusión que le llevó a infringir el artículo 4º de la Ley 187 de 1959.

Sin embargo la violación de esa norma no incide en la de las que consagran los derechos al auxilio de cesantía, que el recurrente no señala como violada, vacaciones e indemnización por mora, por cuanto al estudiar el proceso como Tribunal de instancia, la Corte llegaría, por razones diferentes, a la absolución que hizo el Tribunal por los conceptos anotados.

En la demanda se afirmó que Alberto

Maximiliano Niño había prestado sus servicios personales al demandado desde el día 12 de agosto de 1972 hasta el día 24 de febrero de 1973, pero no lo demostró. El demandado al contestar la demanda y los interrogatorios a que fue sometido en el juicio y en uno anterior que terminó con sentencia inhibitoria, no aceptó tal hecho. Unicamente el testigo Luis Antonio López, en declaración que fue trasladada del juicio inhibitorio, hizo referencia a fechas ciertas sobre la duración del contrato de trabajo, pues dijo que el 19 de octubre de 1972, cuando él comenzó a trabajar como ayudante del camión de Clelio Flórez, el conductor era Alberto Niño, quien trabajaba en forma permanente.

Entre el 19 de octubre de 1972 y el 26 de febrero de 1973, fecha en que terminó el contrato de trabajo por muerte del trabajador, transcurrieron cuatro meses, ocho días, lapso que no causa vacaciones proporcionales. En relación con el auxilio de cesantía, ya se vio cómo en el cargo no se indicó la violación de la norma que consagra el respectivo derecho, por lo cual la proposición jurídica es incompleta en este aspecto. Y si no hay lugar a condenas por vacaciones y auxilio de cesantía, no procede la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el no pago de salarios y prestaciones. No prospera el cargo.

Consideraciones de instancia

Habiendo trabajado Alberto Maximiliano Niño al servicio del demandado por lo menos durante cuatro meses, ocho días, su hija Maritza, como beneficiaria del seguro de vida, tiene derecho al mínimo legal previsto en el ordinal a) del artículo 22 del Decreto 2351 de 1965, sustitutivo del 292 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea a doce meses de salario sin exceder de $ 30.000.00.

En relación con el salario devengado por Niño, el demandado Flórez confesó que le pagaba $ 250.00 por viaje redondo que hiciera. El testigo López dice que cree que por esos viajes recibía $ 300.00 ó $ 350.00. Se tomará la cuantía confesada por el demandado, por no tener López seguridad sobre la misma. Mas este mismo testigo, que viajaba con Niño, afirma que en promedio hacía cuatro viajes a Medellín por mes, lo que no hay motivo para dudar. El salario mensual sería en promedio, con base en estos factores, de $ 1.000.00. Como es superior al mínimo legal vigente en la época en que falleció el asegurado, se tomará ese guarismo para liquidar el seguro de vida, que asciende en consecuencia a $ 12.000.00. Como Maritza Niño Ordóñez demostró ser hija de Alberto Maximiliano Niño y su única beneficiaria, tiene derecho a que se le reconozca el seguro de vida de su padre. Mas como no actúo en nombre propio, pudiendo hacerlo, sino de la sucesión, la condena se hará a favor de esta última.

Cuanto a la indemnización por mora, reiteradamente, ha dicho la jurisprudencia que ella se produce por el retardo en el pago de prestaciones de que es titular el trabajador y no en el caso del seguro de vida, que es un derecho reconocido generalmente a los beneficiarios de aquél. Por lo tanto no se condenará al demandado al pago de dicha indemnización.

Las costas se impondrán a la parte demandada en un 50% por haber prosperado parcialmente las peticiones de la demanda inicial.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada el once de diciembre de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, en cuanto confirmó la absolución de la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto por seguro de vida, y en sede de instancia revoca dicha absolución del fallo de primer grado y en su lugar CONDENA a Clelio Flórez a pagar a la sucesión de Alberto Maximiliano Niño, representada en este juicio por su hija Maritza Niño Ordóñez, representada a su vez por su madre Matilde Cecilia Ordóñez, la suma de DOCE MIL PESOS ($ 12.000,00) correspondiente al seguro de vida de Alberto Maximiliano Niño.

Costas del juicio en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de la parte demandada. NO SE CASA EN LO DEMAS. SIN COSTAS EN EL RECURSO.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



BUENA FE PATRONAL

De lo antes analizado se concluye que la demandada no procedió de mala fe al no pagar la remuneración por descansos dominicales, pues bien claro aparece que al cancelar al demandante la suma de $ $7.620.03, pagó lo que creía deber, liquidación que fue aceptada en la fecha de dicha cancelación sin presentar observación alguna el demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre veinte de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Acta Nº 38.

El señor Luis Ernesto Castañeda C. procediendo por intermedio de apoderado judicial demandó ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, a la sociedad "MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S. A.", con domicilio en este mismo lugar, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Descansos dominicales y festivos en relación con las comisiones, premios, viáticos y demás salarios variables; b) Reajuste de vacaciones; c) Reajuste de primas; d) Reajuste de cesantía; e) Reajuste de la indemnización por el despido injustificado; f) Indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones; g) Las costas del presente juicio".

Como hechos de la demanda afirmó el demandante:

"1º El señor Luis Ernesto Castañeda, prestó sus servicios a la sociedad demandada mediante contrato escrito de trabajo y lo hizo en forma continua desde el día 20 de marzo de 1964 hasta el día 31 de octubre de 1970. 2º El último sueldo devengado por el trabajador fue de $ 5.000,00 mensuales. 3º Durante el último año el trabajador recibió comisiones que le dieron un promedio de $ 433.23 mensuales. 4º Al trabajador se le pagaban viáticos por los días trabajados pero no por los días domingos y festivos. 5º Al trabajador para el pago de sus prestaciones e indemnizaciones no se le tuvo en cuenta la remuneración por los descansos en dominicales y festivos en relación con el salario variable. 6º Al estarse debiendo al trabajador descansos en dominicales y festivos, lo mismo que al no habérsele tenido en cuenta algunas remuneraciones que constituyen salario, se adeudan al trabajador los reajustes de prestaciones e indemnización. 7º Los múltiples fallos de la Corte y Tribunales, en relación con la deuda por descansos en dominicales y festivos, lo mismo que el no pago de reajuste de salarios y prestaciones, hacen presumir MALA FE, haciéndose acreedora la demandada a la indemnización moratoria. 8º Al trabajador se le adeudan todas las acreencias laborales reclamadas en esta demanda".

Admitida la demanda se corrió traslado de ella a la parte demandada, quien no le dio respuesta y tan sólo se hizo parte en el proceso, por intermedio de apoderado judicial en la primera audiencia de trámite, proponiendo excepción de prescripción junto con la inexistencia de la obligación y carencia de acción.

Finalizada la primera instancia el Juez del conocimiento decidió la controversia mediante sentencia de junio 28 de 1975 en cuya parte resolutiva dijo:

"CONDENAR A LA SOCIEDAD MERCK

SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S. A., una vez en firme esta providencia a las siguientes cantidades de dinero, así: a) La cantidad de $2.840.00, por concepto de descansos dominicales; b) La suma de $1.386.95, por concepto de reajuste de vacaciones; c) La cantidad de $201.66, por concepto de reajuste de primas; d) La cantidad de $5.337.05, por concepto de reajuste de cesantía; e) La suma de $5.668.79, por concepto de reajuste de indemnización por despido; f) La cantidad de $265.60 diarios a partir del día 1º de noviembre de 1970 y hasta cuando se paguen todas las condenas, por concepto de indemnización moratoria. 2. DECLARAR parcialmente prescritos los descansos compensatorios comprendidos entre el 20 de marzo de 1964 y el 20 de marzo de 1970, no así los restantes que se declaran no prescritos. Igualmente se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. 3. Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil aplicable por analogía al Estatuto Laboral y pruebas que obran en autos, se declarará parcialmente probada la excepción de pago, en cuantía de $ 97.620 con 03, suma esta que se descontará de las condenas totales. 4. COSTAS. CONDENAR en costas a la parte demandada. Tásense".

Apelada la anterior providencia por la demandada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste dictó sentencia el 12 de diciembre de 1975, cuya parte resolutiva reza:

"PRIMERO. MODIFICASE el numeral primero de la sentencia apelada en el sentido de CONDENAR a la sociedad MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S. A., representada por su Gerente el señor JACK SARY, o por quien haga sus veces, a pagar a favor del demandante señor LUIS ERNESTO CASTAÑEDA C., identificado con la cédula de ciudadanía Nº 120.326 de Bogotá, las siguientes cantidades: a) La cantidad de setecientos diez pesos con cuarenta centavos ($710.40) M/cte., por concepto de descanso dominical; b) La cantidad de seiscientos cincuenta y un pesos con diecisiete centavos ($651.17) M/cte. por concepto de reajuste de vacaciones; c) La cantidad de ciento treinta y cuatro pesos con treinta y dos centavos ($ 134.32) M/cte., por concepto de reajuste de primas de servicio; d) La cantidad de cinco mil trescientos treinta y siete pesos con veintiún centavos ($ 5.337.21) M/cte., por concepto de reajuste de cesantía; e) La cantidad de cuatro mil doscientos veintiún pesos con setenta y tres centavos ($4.221.73) M/cte., por concepto de reajuste de la indemnización por despido sin justa causa; f) La cantidad de doscientos sesenta y seis pesos con veinte centavos diarios a partir del primero de noviembre de mil novecientos setenta y hasta cuando se efectúe el pago del reajuste de prestaciones. SEGUNDO. MODIFICASE el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con descansos dominicales y primas de servicio, y se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada. TERCERO. REVOCASE el numeral tercero de la sentencia apelada, y en su lugar se dispone que del monto de las condenas anteriores, no se puede deducir la cantidad de noventa y siete mil seiscientos veinte pesos con tres centavos ($97.620.03) ya que esta suma fue recibida por el actor como pago parcial de cesantía, vacaciones, prima de servicios e indemnización por despido injusto. CUARTO. CONFIRMASE el numeral cuarto de la sentencia apelada. QUINTO. Sin costas en esta instancia".

La demandada recurrió oportunamente en casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia planteando en tiempo su demanda habiendo sido replicada dentro del término legal.

La parte demandada como Alcance de su Impugnación manifestó:

"Respetuosamente solicito a esa Honorable Corporación se case parcialmente la sentencia proferida por el Honorable Tribunal de Bogotá, en el proceso ordinario de LUIS ERNESTO CASTAÑEDA contra MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA, en cuanto condenó a mi representada al pago de dominicales y festivos, reajustes de cesantía, pago de vacaciones, reajuste de indemnización por terminación contrato e indemnización moratoria, para que convertida en Tribunal de Instancia la Corte revoque la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Bogotá, en cuanto condena a mi representa-

da al pago de descansos dominicales y festivos, reajuste de vacaciones, reajuste de cesantía, reajuste de indemnización por terminación contrato e indemnización moratoria y en su lugar absuelva a la sociedad MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S.A. de las condenas proferidas por descansos dominicales y festivos, reajuste de vacaciones, reajuste por indemnización por terminación contrato e indemnización moratoria".

Formula el apoderado de la demanda dos cargos, así:

Primer cargo

Lo formula así: "Acuso la sentencia de ser violatoria por vía directa e interpretación errónea, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Como esa Honorable Corporación lo ha reiterado en varias jurisprudencias la interpretación errónea consiste en darle a una norma legal un sentido que no tiene. En el caso de autos el sentenciador de segunda instancia para condenar a la indemnización moratoria dice: 'El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que si a la terminación del contrato, el patrono no ha pagado los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos, deberá pagar al trabajador un salario diario por cada día de retardo en el caso sub judice, se halla plenamente demostrado que al actor no se le pagó el valor de los descansos dominicales y festivos. Ni tampoco se le liquidaron las prestaciones sociales con los factores que constituyen salario y por ende se hace acreedora a la sanción establecida en el artículo antes mencionado...'. Como se puede observar el sentenciador aplicó en forma mecánica y automática el artículo 65, sin estudiar el elemento buena o mala fe y con ello interpretó erróneamente el artículo 65 del código, cuya exégesis correcta implica analizar los motivos que impulsaron al patrono a asumir la conducta señalada para concluir si actuó de buena o mala fe. Al haberse prescindido de este elemento, como se dijo, el sentenciador de segunda instancia incurrió en interpretación errónea del artículo 65 del código. La interpretación señalada ha sido objeto de reiteradas jurisprudencias de las cuales considero necesario mencionar la proferida el 24 de julio de 1973 dentro del proceso seguido por VICTOR M. ESPINEL BLANCO contra la Universidad de Pamplona en donde se transcribieron importantes jurisprudencias del Tribunal Superior y de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sobre la interpretación correcta del artículo 65 del código y la proferida el 2 de julio de 1975 en el ordinario de Cecilia Flórez de Salcedo contra la comunidad religiosa denominada Hijas de la Sabiduría. Los argumentos anteriores serán suficientes para que la Honorable Corte case parcialmente la sentencia de segunda instancia en cuanto condena a la demandada a la indemnización moratoria y convertida en tribunal de instancia concluirá que la conducta de MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S.A. constituyó buena fe, pues canceló al demandante la suma de $87.820 con 03 al término de su contrato de trabajo y como durante la relación de trabajo y casi un lapso de tres años, nunca tuvo ninguna reclamación del demandante ella creyó que con la suma recibida por éste se habían cancelado todas las acreencias laborales, que pudieran desprenderse de la relación de trabajo que existió entre las partes, demostrado este elemento deberá revocar la sentencia del juez de primera instancia en cuanto condenó a la sociedad demandada al pago de la indemnización moratoria".

El opositor en relación con el anterior cargo, replicó:

Técnica de casación

"Este cargo contiene una proposición jurídica incompleta que no permite a la Corte entrar a estudiarlo. Se cita como violado el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no enumera las disposiciones que consagran los derechos que fueron reconocidos al trabajador, y que por falta de su pago, ocasionaron la indemnización moratoria.

"Teniendo en cuenta el fallo de segunda instancia, para que el cargo se entrara a analizar por esa Honorable Corte, tenían que haberse citado como violadas las siguientes disposiciones: artículos 172 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra los descansos en domingos y festivos: el artículo 249 del Código Sustantivo del

Trabajo, que establece la cesantía; el artículo 186 que establece las vacaciones; el artículo 306 del mismo código que contempla la prima de servicios; el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que fijó la indemnización por el despido injustificado y conclusión el cargo así formulado tiene que ser desechado, por haberse presentado una proposición jurídica incompleta.

Buena fe

"El recurrente pretende hacer valer la buena fe en el hecho de que la sociedad demandada, hubiese cancelado al trabajador a la terminación del contrato la suma de $97.620.03, y que el trabajador no había reclamado las acreencias laborales. La buena fe no tiene nada que ver con la cuantía de lo pagado, sino con derecho de que se alegue con razones valederas la existencia de la obligación. Pueden ser cantidades bajas pero si el patrono no discute con bases ciertas y valederas, la aplicación de la indemnización moratoria tiene que ser decretada. Este argumento entonces de haberse pagado una cantidad alta que permite que se vaya a aceptar una violación directa de la norma, ni puede tenerse en cuenta tampoco el que el trabajador no hubiese reclamado, ya que la misma disposición señala al patrono el camino a seguir, es decir, que debe hacer la consignación ante el funcionario competente de las sumas que considere deber. Si la razón dada por la sociedad al contestar la demanda, para no pagar los descansos en domingos y festivos se encuentra sintetizada en la primera audiencia de trámite cuando se propusieron excepciones, diciendo que dentro del sueldo de conformidad con el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo tienen derecho a los descansos quienes reciben las comisiones e incentivos, semana por semana. Sobre este argumento ya la Honorable Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, en el caso conocido de César Augusto Melo contra Ciba Colombiana S. A. cuando dijo: 'El artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo establece cómo debe remunerarse esos descansos en el caso de salario variable, como era el del trabajador de autos, vendedor a comisión a conocimiento pleno e indiscutible del patrono. La ignorancia de este texto no puede aducirse válidamente y, por el contrario, constituiría mala fe, ni parece aceptable, como se alega que este derecho no se hubiese cancelado, porque Melo devengaba sueldo básico mensual y comisiones que le liquidaban mensualmente, entendiendo por ello el patrono que aquella primera parte cubría debidamente la remuneración de los descansos mencionados o que con ello, con el pago de aquel básico de las comisiones nada quedaba a deber, porque tales entendimientos son abiertamente contrarios a las disposiciones legales'. Esta pieza jurídica encuadra perfectamente la aplicación del artículo 176 y por ende la interpretación que quiso dar la sociedad no tiene validez y por el contrario es constitutiva de mala fe".

Se considera

La Sala no comparte la apreciación del opositor respecto de que el cargo no contiene una proposición jurídica completa, pues el recurrente indicó la norma legal, artículo sesenta y cinco (65) del Código Sustantivo del Trabajo que conforma el derecho reconocido, precepto que consagra derechos y obligaciones entre quienes han estado vinculados mediante contrato de trabajo, según se desprende de su texto que dice:

"Artículo 65. Si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

Para la Sala el Tribunal al condenar a la sociedad "MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S. A." a pagar en favor del señor Luis Ernesto Castañeda la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, con fundamento en que aquélla se abstuvo de cancelarle "el valor de los descansos dominicales ni tampoco se le liquidaron las prestaciones con los factores que constituyen salario", falló sin tener en cuenta si la demandada actuó o no de buena fe o mala fe, procediendo en forma automática o mecánica, al decretar la condena, o sea que interpretó la norma erróneamente.

En este mismo sentido se pronunció esta Sala de la Corte en sentencia de julio dos

de mil novecientos setenta y cinco en el proceso de Cecilia Flórez de Salcedo contra 'Hijas de la Sabiduría', cuando expresó:

"El sentenciador dijo sobre el particular: INDEMNIZACION MORATORIA. Muy claramente lo establece el artículo 65, que si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, deberá pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. En el presente caso, ya se estudió suficientemente, el patrono, no canceló las sumas correspondientes a primas de servicio y por tanto, se hizo acreedor a la sanción anotada anteriormente por el citado artículo. En tales condiciones, deberá condenársele al pago de la indemnización, a razón de cuarenta y seis pesos con sesenta y seis centavos moneda corriente ($ 46.66) diarios, o sea, desde el dieciséis de octubre de mil novecientos sesenta y ocho —y hasta la fecha en que le sea cancelada la prestación—. Se revocará la decisión del Juez de primera instancia y así constará en la parte resolutiva de esta providencia. De la motivación transcrita aparece sin lugar a duda que el Juzgador no tuvo en cuenta si la demandada tuvo motivos atendibles para cancelar sólo media prima anual de servicios, es decir, si actuó de buena fe o, al contrario, sin ella, al abstenerse de cubrirla íntegramente. La citada motivación consiste tan solo en que 'no canceló las sumas correspondientes a las primas de servicio y, por tanto, se hizo acreedor a la sanción anotada anteriormente por el citado artículo, lo que a las claras significa que aplicó automáticamente o mecánicamente esa disposición, sin examinar la conducta de la Comunidad demandada, a fin de averiguar hasta dónde fue razonable su actitud a este respecto. En punto a la interpretación del artículo sesenta y cinco (65) del Código Sustantivo del Trabajo esta Sala hizo un recuento de sus doctrinas sobre el particular en sentencia de veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y tres, dentro del proceso seguido por Víctor M. Espinel Blanco contra la Universidad de Pamplona, de la que se copia lo que sigue: 'Es indudable que la sentencia acusada incurre en interpretación errónea del artículo sesenta y cinco (65) del Código Sustantivo del Trabajo al revocarla del Juzgado de primera instancia alegando que se abstuvo de condenar al pago de indemnización moratoria por la demora de sesenta y cinco (65) días en cubrir las prestaciones sociales del actor, 'invocando' la buena fe de que no . . . habla en ninguna parte la citada disposición', porque la Jurisprudencia de esta Sala y la anterior del Tribunal Supremo del Trabajo, sin vacilación y en forma reiterada y uniforme, ha hecho ver cómo, tratándose de una pena o sanción, no es jurídicamente posible imponerla automáticamente prescindiendo de la buena fe o mala fe de la conducta del patrono frente a su trabajador". En razón de lo antes expuesto el cargo prospera con las consecuencias que se indicarán más adelante, en las consideraciones de instancia

Segundo cargo

Está formulado así: "Acuso la sentencia por vía indirecta y aplicación indebida de los artículos 132, 134, 172, 173, 174, 176, 177 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículo 189, 249 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. Esta violación fue cometida por el sentenciador a causa de errores manifiestos de hecho que tuvieron su origen en la errónea apreciación de unas pruebas. Puntualizo los errores manifiestos de hecho en que incurrió el sentenciador y que lo llevaron a aplicar indebidamente las normas acusadas: 1º No dar por demostrado estándolo que las comisiones pagadas al término del contrato de trabajo por la sociedad demandada en cuantía de $ 4.266 50, no se causaron en la última semana de trabajo. 2º No dar por demostrado estándolo que el demandante no recibía comisiones, viáticos o primas semanalmente sino anualmente. 3º No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S. A. obró de buena fe al cancelar la suma de $ 97.620.03 al término del contrato de trabajo del señor CASTAÑEDA y creer que con esa suma había cancelado todas las acreencias laborales que hubieran podido existir con el demandante. Como pruebas mal apreciadas señalo el contrato de trabajo que obra a folios 2 y 3 del expediente, la liquidación de prestaciones sociales, que obra a folios 5 y 6 del expediente y la dili-

gencia de inspección judicial que obra en los folios 35 a 39 del informativo. A pesar de que la prueba pericial ha sido excluida por el legislador para efectos del recurso de casación, esa corporación ha sido amplia al señalar, que si una de las pruebas no enunciadas en la Ley 16 de 1969 está íntimamente relacionada con la apreciación de pruebas mal apreciadas y que si son objeto o materia de casación, pueden enunciarse su apreciación equivocada, mediante la íntima conexión como ya dije con las demás pruebas y esto sucedía en el caso que nos ocupa con el dictamen pericial que obra a folios 42 a 55 del expediente. Si el Tribunal hubiera estudiado y analizado en forma correcta la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrito entre las partes y que obra en los folios 2 y 3 del expediente, había encontrado que las partes acordaron el pago de los dominicales y festivos a través del salario mensual pactado por ellos, así mismo si en forma correcta hubiese estudiado la liquidación de prestaciones sociales habría observado que la suma de $ 4.262.50 que aparece pagada como comisión al señor LUIS ERNESTO CASTAÑEDA, correspondía a las ventas realizadas durante todo el año 1970 y no a la última semana, como concluyó el sentenciador y es más protuberante la errónea apreciación si se observa el dictamen pericial íntimamente relacionado con la documental mal apreciada en donde el auxiliar de la justicia señala a folio 47 que las comisiones causadas del 26 de octubre al 1º de noviembre de 1970 sólo ascendieron a $ 168.97, por tanto en ninguna forma puede deducirse que el valor del dominical sea de $ 710.40 como lo pretende la sentencia y, lógicamente estando pago dicho dominical con la cláusula contractual que cobija un salario mensual que debe considerarse como sueldo, en el cual se encuentra involucrado los dominicales y festivos, la condena por estos mismos debe ser casada y los reajustes de vacaciones, cesantía, indemnización por terminación contrato que tuvieron como causa el descanso dominical o festivo a que fue condenada mi representada, también deben ser casadas, pues sólo tienen su fundamento legal en los errores manifiestos de hecho que he puntualizado. Por otra parte el análisis incorrecto de la documental que conforma la liquidación de prestaciones sociales y que obra a folios 5º y 6º del expediente, así como de la diligencia de inspección judicial que obra a folios 35 a 39 del expediente y del contrato de trabajo suscritos por las partes y que obra en folio 243 del informativo, llevaron a desconocer al honorable Tribunal de Bogotá la buena fe con que siempre obró MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S. A. al cancelar al término del contrato al señor CASTAÑEDA la suma de $ 97.620.03 para saldar con él todas acreencias laborales que pudieren haberse desprendido de la relación de trabajo que había existido y un análisis sensato y acomodado a los principios de la sana crítica no le habían permitido al sentenciador de segunda instancia incurrir en el error de no dar por demostrada la buena fe de la demandada y consecuencialmente no habría aplicado indebidamente el artículo 65 del Código, imponiendo a la sociedad demandada una condena por indemnización moratoria".

El opositor replicó así:

"El sentenciador de primera instancia precisamente al proferir su fallo, no hizo consideraciones de buena o mala fe de la sociedad demandada y así lo hizo notar el recurrente al formular su primer cargo como violación directa, por interpretación errónea. En estas condiciones el cargo por violación indirecta y aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no tiene recibo alguno. Si el Tribunal no se pronunció sobre las pruebas para concluir la buena o mala fe, mal puede decirse por el apoderado recurrente que se presentó una situación fáctica mal interpretada. Por otra parte el recurrente cita como prueba causante del error de hecho el dictamen pericial violando en esta forma la Ley 16 de 1969 que no la enuncia como prueba que pueda servir para inducir error de hecho.

Indebida aplicación de normas sustantivas y buena fe

La parte demandada presentó excepciones en la primera instancia tratando de justificar el no pago de los domingos y festivos y el correspondiente reajuste de prestaciones, diciendo que dentro del salario

mensual pactado de acuerdo con el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, estaban comprendidos los descansos en domingos y festivos y que de acuerdo con el artículo 176, se requiere que el trabajador haya percibido comisiones e incentivos semana a semana para que entonces sí sea necesario liquidar el descanso dominical con el salario promedio semanal. Sobre este particular merece transcribirse el conocido fallo de César Augusto Melo contra Ciba Colombiana S. A. que dice: "El artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, establece cómo deben remunerarse esos descansos en el caso de salario variable, como era el del trabajador de autos, vendedor a comisión a conocimiento pleno e indiscutible del patrono. La ignorancia de ese texto no puede aducirse válidamente y, por el contrario, constituiría mala fe. Ni aparece aceptable, como se alega, que este derecho no se hubiese cancelado porque Melo devengaba sueldo básico mensual y comisiones que se liquidaban mensualmente, entendiendo por ello el patrono que aquella primera parte cubría debidamente la remuneración de los descansos mencionados, o que con el pago de aquel básico y de las comisiones nada quedaba a deber, porque tales entendimientos son abiertamente contrarios a las disposiciones legales".

Se considera

El impugnador acusa la sentencia por vía indirecta y aplicación indebida de varias normas legales —artículos 132, 134, 172 a 174, 176, 177, 65, 189, 249 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 8º, Decreto 2351 de 1965—, a causa de errores manifiestos de hecho originados en errónea apreciación de algunos medios probatorios.

En relación con las pruebas que afirma el recurrente que fueron mal apreciadas se procede al estudio correspondiente, así:

La documental consistente en el contrato de trabajo —folios 2 y 3 C. 1— respecto de la cual la Sala observa que el ad quem no la mencionó en la sentencia, luego dicha prueba no fue mal apreciada como afirma el recurrente, sino que no lo fue y en consecuencia la violación de las normas legales en la forma invocada o sea por equivocada apreciación del contrato citado no tuvieron lugar.

El recibo de pago de prestaciones sociales al actor visible del folio 5 al 6 del expediente, presentado como prueba a su favor por Castañeda y decretado como tal, el cual fue comparado en su original en la diligencia de inspección judicial —fl. 38 C. 1— encontrándose igual, donde consta que entre las partes en litigio existió un contrato de trabajo en el lapso comprendido entre el 20 de marzo de 1964 y el 31 de octubre de 1970 y que según el casacionista en su texto aparece que la sociedad pagó al actor la suma de $ 4.265.50 M/cte., por concepto de comisiones por ventas durante todo el año de 1970, la Sala encuentra que allí solamente se lee: "Comisiones pendientes de pago a la fecha $ 4.262.50", por lo cual dicha cancelación no se refiere a un lapso determinado.

La prueba pericial a que se refiere el recurrente no puede ser objeto de consideración en este cargo, pues es bien sabido que de conformidad con el artículo 7º de la Ley 16 de 1968 el error de hecho sólo es motivo de casación laboral cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial, o de una inspección judicial.

En lo referente a las pruebas que afirma el casacionista, fueron equivocadamente apreciadas y dieron origen a la condena de la demandada por concepto de indemnización moratoria sin tener en cuenta la buena fe con que ésta procedió, la Sala observa que en las consideraciones de instancia respecto del primer cargo analizará tal aspecto, por lo cual considera inoficioso hacerlo en el presente cargo.

Por lo anteriormente expuesto la Sala encuentra que de las pruebas analizadas y a que se refiere el cargo no aparece demostrada aplicación indebida por error de hecho originado en errónea apreciación de dichas pruebas.

Por las anteriores razones no prospera el cargo.

Consideraciones de instancia

Corresponde establecer si la sociedad demandada obró o no de buena fe al dejar de pagar al actor el valor de los días dominicales a que fue condenada por el ad quem, originados del salario variable recibido por concepto de comisiones, viáticos, premios o

regalos, por lo cual el fallador condenó a los reajustes de algunas prestaciones, de la indemnización compensatoria y también impuso costas.

Dentro del proceso aparece plenamente acreditado de la inspección judicial, de la documental —fls. 5 a 6 del C.I— presentada y decretada como prueba en favor del demandado, el cual fue comparado con su original en la diligencia de inspección judicial —fl. 38 C.I— encontrándose idéntico y del dictamen pericial no objetado, que entre las partes en litigio existió un contrato de trabajo entre el 20 de marzo de 1964 y el 31 de octubre de 1970 en que finalizó por terminación unilateral por la demandada habiéndole ésta pagado al actor la suma de $ 97.626.03 M/cte., por concepto de prestaciones sociales, salario e indemnización compensatoria.

También aparece en el proceso acreditado que la demanda fue presentada el 7 de septiembre de 1973, o sea a los 2 años, 10 meses y 7 días contados desde la fecha de terminación del contrato en octubre 31 de 1970, y que la notificación del auto admisorio, que constituyó el primer reclamo de Castañeda a Sociedad Merck Sharp & Dohme Química de Colombia S. A., se hizo el día 22 de octubre de 1973, o sea a los 2 años, 11 meses y 26 días, después de su finalización.

En el litigio no consta manifestación de inconformidad o reclamo alguno del actor durante la vigencia del contrato ni con anterioridad a la notificación de la demanda, lo que induciría a pensar que éste tenía la misma creencia de su expatrono de que nada le adeudaba.

De lo antes analizado se concluye que la demandada no procedió de mala fe al no pagar la remuneración por descansos tantas veces mencionados, pues bien claro aparece que al cancelar al demandante la suma de $ 97.626.03, pagó lo que creía deber, liquidación que fue aceptada en la fecha de dicha cancelación sin presentar observación alguna el demandante.

Por lo antes expresado se deberá absolver a la parte demandada por concepto de la indemnización moratoria.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia impugnada de fecha doce de diciembre (12) de mil novecientos setenta y cinco (1975), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto confirmó la condena a la demandada por concepto de la indemnización moratoria contenida en el fallo de primer grado de fecha veintiocho (28) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975) y en sede de instancia REVOCA dicha condena y en su lugar ABSUELVE a la Sociedad "MERCK SHARP & DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S. A." de pagar en favor de Luis Ernesto Castañeda la mencionada indemnización moratoria. NO SE CASA EN LO DEMAS.

Sin costas.

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

Jerónimo Arango Castello, José Eduardo Gnecco, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA— ES UN ESTABLECIMIENTO PUBLICO, PUES REUNE LOS ELEMENTOS DE QUE TRATA EL ARTICULO 5º DEL DECRETO 1050 DE 1968

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección primera. — Bogotá, D. E., octubre veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

Ref.: Radicación Nº 4969. Acta Nº 44.

Pedro Contreras Granados, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 1'920.525 de Cúcuta, demandó, por intermedio de apoderado, a Central de Transportes —Estación Cúcuta— y solidariamente al Municipio de Cúcuta, para que previos los trámites de un juicio ordinario de Trabajo, fuesen condenadas a pagarle el valor de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, del auxilio de cesantía y el de la indemnización por mora.

Los hechos, en su demanda los determinó así:

"a) PEDRO CONTRERAS GRANADOS fue contratado como despachador de la Central de Transportes —Estación Cúcuta— desde el 10 de junio de 1972, y por el lapso fijo de dos años";

"b) Mi cliente venía laborando en la entidad demandada a partir del 1º de marzo de 1971";

"c) Su último salario fue de $ 1.800.00";

"d) Cuando avanzaba normalmente el contrato de trabajo, la honorable Junta Administradora resolvió despedir injustamente a mi poderdante y fue así como fue reemplazado el 17 de febrero de 1973";

"e) Esa actitud de la parte demandada le hace acreedora a una indemnización que asciende a los salarios por el tiempo comprendido entre el 18 de febrero de 1973 y el 9 de junio de 1974";

"f) Mi patrocinado presentó la reclamación correspondiente ante la Caja Municipal de Previsión Social para el reconocimiento y pago de las prestaciones aquí impetradas, pero hasta la fecha no le han sido canceladas";

"g) Se agotó la vía administrativa sin resultado alguno".

La demandada, "Central de Transportes —Estación Cúcuta—", mediante su apoderado, les contestó de la siguiente manera:

"AL HECHO PRIMERO: No me consta. El demandante prestó sus servicios como empleado público a la entidad demandada, en el cargo de DESPACHADOR, vinculándose mediante un acto legal".

"AL HECHO SEGUNDO: No me consta debe probarse".

"AL HECHO TERCERO: Es cierto".

"AL HECHO CUARTO: No es cierto. La entidad demandada, declaró insubsistente el nombramiento del demandante, haciendo uso de las facultades legales que tenía para ello, dictando la correspondiente resolución".

"AL HECHO QUINTO: No es cierto. La entidad demandada no está obligada a pagar indemnización alguna, por cuanto al despedir al demandante obró sometida en un todo a mandatos legales".

"AL HECHO SEXTO: No me consta. De acuerdo a normas vigentes la entidad encargada del pago de las prestaciones de los empleados de la CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA—, es la Caja de Previsión del municipio de Cúcuta".

"AL HECHO SEPTIMO: No me consta".

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones del actor, negó el derecho invocado por no ser aplicable, fundamentó su

parecer en varias razones de orden jurídico, y propuso excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda, carencia de derecho por demandar, pago total y toda otra perentoria que resultare en el proceso.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 9 de agosto de 1974, condenó a Central de Transportes —Estación Cúcuta— y solidariamente al municipio de Cúcuta, a pagarle al demandante $ 28.800.00, como indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, sin justa causa; $ 27.000.00 por concepto de indemnización por mora hasta la fecha de la sentencia, y el valor de un salario diario por cada día de mora desde esa fecha en adelante; declaró no probadas las excepciones propuestas; absolvió a la parte demandada de las demás peticiones; e impuso las costas de la instancia a Central de Transportes —Estación Cúcuta—. Contra la mencionada providencia interpusieron recurso de apelación, tanto el apoderado de esta entidad como el Personero Municipal de Cúcuta.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en fallo de 14 de octubre de 1974, revocó el numeral 3º de la sentencia apelada, y en su lugar declaró probadas, en parte la excepción de pago, y la de falta de legitimación pasiva en el proceso respecto del municipio de Cúcuta; absolvió al municipio de Cúcuta de las condenas impuestas; confirmó la referente a indemnización por despido injusto impuesta a Central de Transportes —Estación Cúcuta—; modificó la impuesta también a ésta como indemnización por falta de pago y en su lugar dispuso que empezara a contarse con un salario diario a partir del 3 de junio de 1973 y hasta cuando se efectúe la cancelación de las sumas a que se contrae la sentencia recurrida; y, en lo demás confirmó ésta y no hizo condenación en costas en esa instancia. El mandatario judicial de la Central de Transportes —Estación Cúcuta—, interpuso recurso de casación contra la referida sentencia, el que concedido fue admitido por la Corte, habiendo presentado en tiempo su demanda, sin que mediara réplica del demandante.

El recurso

Está presentado en dos cargos que se apoyan en la primera causal de casación.

Alcance de la impugnación

Lo singulariza en cada uno de los cargos propuestos. De este modo, con el primer cargo pretende la casación de la sentencia impugnada y que en sede de instancia se revoque en todas sus partes el fallo de primer grado, y la condenación del demandante en las costas de ambas instancias; y, con el segundo —que lo presenta como subsidiario—, persigue la casación parcial de la providencia acusada para que luego se modifique y revoque la sentencia de primera instancia en varios de sus ordinales y numerales, los que distingue separadamente.

Primer cargo

Se formula así: "La sentencia impugnada viola indirectamente la ley sustantiva por error de hecho manifiesto al apreciar erróneamente documentos auténticos que llevaron a indebida aplicación del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, de los artículos 1º, 2º, 3º 4º y 20 del Decreto 2127 de 1945 que regulan el contrato de trabajo del personal al servicio del Estado, y también por aplicación indebida de los artículos 8º, 11 y literal a), del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945 y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que establecen algunas indemnizaciones, y también por falta de aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y de los artículos 2º y 5º del Decreto 1848 de 1969".

Pruebas erróneamente apreciadas

"Las pruebas erróneamente apreciadas por el fallador de segunda instancia y que constituyen documentos auténticos, son: a) El llamado contrato de trabajo que obra a folio 2 del expediente; b) El Acuerdo Nº 27 de 19 de mayo de 1971 que obra a folios 24 a 28 del expediente; c) La copia del acta de la Junta Administradora que obra a folio 24 del expediente; y d) La copia de los estatutos de la Central de Transportes —Estación Cúcuta—, que obran a folios 26 a 33 del expediente".

Error de hecho manifiesto

"El error de hecho manifiesto en que incurrió el ad quem se sintetiza así:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor Pedro Contreras Granados estuvo vinculado con la Central de Transportes —Estación Cúcuta— por un contrato de trabajo, y que por lo tanto, tenía la calidad de trabajador oficial".

"2º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante estuvo vinculado a la Central de Transportes —Estación Cúcuta—, como empleado oficial, es decir, por una situación legal y reglamentaria".

"3º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante se encontraba dentro de la norma general del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y no dentro de la excepción".

"4º No dar por demostrado, estándolo, que al demandante como empleado público, no le eran aplicables la Ley 6ª de 1945 ni el Decreto reglamentario 2127 del mismo año".

"5º No dar por demostrado, estándolo, que por ser empleado público el demandante era de libre nombramiento y remoción, y como consecuencia no tiene derecho a la indemnización por lucro cesante ni a la indemnización moratoria".

"6º No dar por demostrado, estándolo, que en el caso debatido tenía que darse aplicación al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y al artículo 5º del Decreto 1848 de 1969".

El recurrente después de transcribir del fallo acusado pasajes que contienen motivos y fundamentos decisorios, critica el análisis probatorio que hizo el sentenciador, y a su vez señala las pruebas indebidamente apreciadas, anotando que ninguna de las disposiciones del Acuerdo número 27 de 19 de mayo de 1971 expedido por el Concejo de Cúcuta, le otorga facultades a la Junta Directiva ni al gerente de la Central de Transportes —Estación Cúcuta— para nombrar trabajadores oficiales o trabajadores que presten sus servicios mediante contrato de trabajo, y que en consecuencia existe contradicción entre lo estatuido por el acuerdo en mención y lo ordenado por la Junta Directiva de la Central de Transportes —Estación Cúcuta—, el que consta en el Acta número 12 de 30 de noviembre de 1971, pues que conforme al citado Acuerdo la mencionada Junta carece de facultades para celebrar contratos de trabajo ni para que ellos tengan término fijo, y antes bien da a los servidores de la Central de Transportes —Estación Cúcuta— la calidad de empleados públicos, de libre nombramiento y remoción de la Junta o del gerente, según el sueldo, y que por lo mismo la junta no podía autorizar al gerente para celebrar contratos de trabajo ni para que ellos fueran a término fijo.

Estima el impugnador que el Tribunal al apreciar mal las pruebas señaladas, hubo de incurrir en error de hecho ostensible al considerar al demandante como trabajador oficial y no como empleado público, que lo llevó a violar por aplicación indebida las normas de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año, las indicadas en el cargo, y que igualmente lo indujo a aplicar indebidamente en la modalidad de falta de aplicación, los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 2º y 5º del Decreto 1848 de 1969, porque la regla general establecida en tales preceptos, es la de que son empleados públicos y no trabajadores oficiales, los servidores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas y aquéllas que desempeñen las actividades que los estatutos de los establecimientos públicos señalen como susceptibles de ser desempeñados por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y el demandante no demostró estar comprendido dentro de los casos de excepción.

Además advierte el censor que los estatutos de la Central de Transportes —Estación Cúcuta— no fueron apreciados por el sentenciador y en ellos se dice que los servidores de la entidad tienen el carácter de empleados públicos —excepto los que comprueben que prestan su labor en la construcción o mantenimiento de obras públicas—, y son de libre nombramiento y remoción, y que aunque en el artículo 26 de los aludidos estatutos se agregue que ello no ocurre cuando tales servidores estén asimilados por contrato de trabajo, la dicha adición no tiene sentido y es contraria al Acuerdo de creación de la entidad, e ineficaz para los efectos de la calidad de los servidores frente al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, porque no se determinan las actividades que pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, como lo exije la norma citada.

Se considera

En la sentencia acusada, se dice:

"El Acuerdo 27 de mayo 19 de 1971 por el cual se reorganiza la CENTRAL DE TRANSPORTES — ESTACION CUCUTA— y se dictan disposiciones reguladores de su funcionamiento, emanado del Concejo Municipal de la ciudad y el cual obra en copia autenticada de folios 26 a 33, dispone entre otras cosas lo siguiente:"

" 'La CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA—, será una entidad autónoma descentralizada, con personería jurídica y patrimonio (aportado directamente por el municipio) y por las rentas que la CENTRAL DE TRANSPORTES produzca' ".

"Artículo 2º La CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA— será un organismo técnico autocosteable, regido con criterio de eficacia administrativa, cuyos objetos principales son los siguientes:"

"a) La prestación de los servicios necesarios para el buen funcionamiento de todas las empresas o agencias del transporte de pasajeros que tengan como sede la ciudad de Cúcuta, y cuyo funcionamiento esté debidamente autorizado por la autoridad competente";

"b) El mantenimiento en óptimo estado de presentación de sus instalaciones, servicios, así como la correcta presentación de quienes laboran al servicio de la entidad";

"c) Servir de orientadora en colaboración directa con la Empresa de Turismo de Cúcuta de los turistas que llegan a la ciudad utilizando el transporte terrestre y que lleguen a la CENTRAL DE TRANSPORTES";

"d) Fomentar la prestación de servicios públicos del transporte";

"e) Reglamentar el arrendamiento y el servicio que deben prestar en los locales los comerciantes, entendiéndose también las casetas destinadas a los vendedores ambulantes";

"f) Toda actividad de carácter económico que desarrollen en beneficio común para lo cual podrá efectuar toda clase de contratos con cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y dar en garantía los bienes que se adscriban, así como las rentas de su funcionamiento".

" 'Artículo 6º Son funciones de la JUNTA DIRECTIVA:

"1º) Dictar los estatutos y reglamentos internos de la CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA—, determinar el régimen disciplinario y la organización interna por sectores o servicios. . . ".

" '4º) Fijar el número de empleados al servicio de la CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA—, sus funciones y remuneraciones, nombrarlos, removerlos, y/o contratar servicios personales para su mejor funcionamiento' ".

"Como se ve, el mencionado Acuerdo que es la ley orgánica de la CENTRAL DE TRANSPORTES, estableció con su funcionamiento, entre nosotros, un servicio público especial de administración comercial".

"Así las cosas, y conocida la norma orgánica de la CENTRAL DE TRANSPORTES, la Junta Directiva de la entidad dictó el Estatuto Administrativo de la misma, el cual fue aprobado el día 18 de noviembre de 1971. En dicho estatuto y en desarrollo del Acuerdo de mayo 19 de 1971, se dispuso lo siguiente:"

" 'CAPITULO 4º De las funciones de la Junta directiva.

"ARTICULO 22. . . . . ".

"ARTICULO 23. . . . . ".

"4º) Fijar el número de empleados al servicio de la CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA—, sus funciones y remuneraciones, nombrarlos, removerlos, y/o contratar servicios personales para su mejor funcionamiento".

"ARTICULO 26. Los empleados y funcionarios de la CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA—, tienen carácter de empleados públicos y son de libre remoción y nombramiento de la junta o del gerente, según el sueldo devengado, cuando estén asimilados por contrato de trabajo. El gerente queda excluido por tener período fijo de tres (3) años".

"CAPITULO SEXTO. DEL GERENTE:

"ARTICULO 31. El gerente es el representante legal de la CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA—, Centrauscúcuta, su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva".

"ARTICULO 32. Son funciones del gerente:

"1º) . . . . . ".

"9º) Autorizar y celebrar contratos de arrendamiento y por servicios y suministros

con observancia de lo dispuesto en el artículo 23 del presente estatuto, dando cuenta de tales negociaciones a la Junta Directiva para la debida aprobación".

"De manera pues, que la entidad autónoma descentralizada 'CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA'—, fue autorizada a través del Acuerdo Reorgánico y de los estatutos que la rigen para que por medio de la Junta Directiva y de su gerente celebrara contratos de trabajo para la prestación de servicios y nombrara y removiera a dichos funcionarios cuando las necesidades de tales servicios así lo demandaran".

"En razón de estas facultades la Junta Directiva de la referida entidad en sesión 30 de noviembre de 1971, según Acta Nº 12 que obra al folio 24, autorizó al señor gerente para celebrar contratos a término fijo con los empleados que prestan sus servicios a la entidad y agregó que la autorización de firmar contratos de trabajo con los empleados, se hallaba contemplada dentro de las funciones de la Junta Administradora de la entidad consagrados en los ordinales 4º del artículo 8º y 1º del artículo 13 del Acuerdo 27 de 1971".

"En cumplimiento de la referida Acta, que fue aprobada por unanimidad, y por cuanto el gerente es el ejecutor de los mandatos de la junta según el capítulo sexto de los estatutos, dicho funcionario suscribió con el demandante PEDRO CONTRERAS GRANADOS el contrato de trabajo, cuya copia obra al folio 2, para laborar como DESPACHADOR por el lapso fijo de dos (2) años, a partir del día 16 de junio de 1972".

"Es cierto que el demandante empezó a trabajar para la entidad demandada el día 1º de marzo de 1971, tal como lo demuestra la copia de posesión de folio 49 y la Inspección Judicial de folio 23. Pero posteriormente, la entidad consideró conveniente celebrar contrato de trabajo escrito a término fijo y así lo hizo, basándose para ello en la prestación del servicio y en los mandatos del Acuerdo 27 de 1971 y en los estatutos que la rigen. Así las cosas, conocida la autorización dada por la junta al gerente según Acta Nº 12 de folio 24, para la Sala el contrato no adolece del defecto de ilegalidad alegado por el señor Procurador de la demandada y por consiguiente debe aceptarse como válido".

"Por ser la CENTRAL DE TRANSPORTES una entidad descentralizada del orden municipal, al caso en estudio debe aplicarse la Ley 6ª de 1945, su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, el Decreto 797 de 1949 y las Leyes 64 y 65 de 1946, no sólo porque así lo establece el contrato que aparece al folio 2, sino porque los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, son tan solo aplicables para los trabajadores de carácter nacional, tal como lo preceptúa el artículo 7º del último de ellos".

Como asunto semejante al presente, ha sido resuelto por esta Corporación en sentencia de 28 de mayo de 1975 proferida dentro del proceso instaurado por Guillermo de Jesús Vivares Montes contra Central de Transportes —Estación Cúcuta— y municipio de Cúcuta, la Sala llega a la convicción y estima que es consecuente acoger ahora las consideraciones y decisiones pertinentes que se determinaron e hicieron en la mencionada sentencia.

De este modo, aparece evidente de la transcripción anterior, que el sentenciador incurrió en los cuatro primeros errores de hecho enunciados en el cargo, pues la estimación del Acuerdo citado en relación con los estatutos que obran a los folios 26 y siguientes, demuestra de manera clara que la Central de Transportes —Estación Cúcuta— es un establecimiento público y que sus servidores son empleados públicos, que no pueden vincularse por contrato de trabajo, que la excepción a la regla del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 no puede ser el contrato de trabajo que celebre el gerente y autorice la Junta Directiva, sino la que consagren los estatutos respecto a determinadas actividades.

De manera que estimar vinculado por contrato de trabajo al demandante Pedro Contreras Granados con las demandadas, es evidente error de hecho en la apreciación del documento de folios 2, de la copia del Acuerdo Municipal y del Acta de la Junta Directiva, como también lo es el admitir que a una relación de trabajo como la de que dan cuenta los autos, se le apliquen normas de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año, porque las partes así lo dispusieron, aunque ello sea contrario a lo que determina la propia ley.

Esos errores de hecho hicieron que se aplicaran indebidamente las normas de la Ley 6ª y Decreto 2127 de 1945 que cita el

recurrente, porque se les dio efecto sobre una situación no regulada por ellas, y de la misma manera se violaron por no aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 5º del Decreto 1848 de 1969.

Por la violación de las normas legales anotadas, prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia acusada en cuanto ella contenga disposiciones que se apoyen en el contrato de trabajo.

Consideraciones de instancia

"El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 dice:

"ARTICULO 5º Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.

"Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

El artículo 5º del Decreto 1050 de 1968 dice:

"Artículo 5º De los Establecimientos Públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

"a) Personería jurídica;

"b) Autonomía administrativa; y

"c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

El artículo 1º del Acuerdo Nº 27 de 19 de mayo de 1971, del Concejo de Cúcuta, dice:

"... Artículo 1º LA CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA— será una entidad autónoma descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio (aportado directamente por el municipio), y por las rentas que la Central de Transportes produzca".

El artículo 2º del mismo Acuerdo se encabeza así:

"...Artículo 2º LA CENTRAL DE TRANSPORTES ESTACION CUCUTA— será un organismo técnico autocosteable, regido con criterio de eficacia administrativa, cuyos objetivos principales son los siguientes...".

El artículo 12 del mismo Acuerdo dice:

"Los empleados y funcionarios de la Central de Transportes tienen carácter de Empleados Públicos y son de libre nombramiento y remoción de la junta o del gerente, según el sueldo devengado".

El artículo 3º de los estatutos dice:

"El establecimiento público autónomo a que se refieren estos estatutos, para todos los efectos legales se denominará CENTRAL DE TRANSPORTES —ESTACION CUCUTA —. Este nombre, condensado en la sigla CETRANSCUCUTA, será válido para designarlo en todos los documentos públicos y privados".

De todo lo anterior se desprende que los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos, a menos que presten servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas, o que desempeñen sus funciones en actividades que hayan sido señaladas en los estatutos como susceptibles de ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.

Según el Acuerdo 27, y los estatutos, la Central de Transportes —Estación Cúcuta— es un establecimiento público, pues reúne los elementos de que trata el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968.

Los servicios prestados por el demandante Pedro Contreras Granados no se referían a la construcción de obras públicas ni al sostenimiento de ellas, ni los estatutos de la entidad, cuya copia aparece a folios 26 y siguientes del primer cuaderno, señalan actividades que pueden ser desempeñadas por medio de contratos de trabajo, fuera de que el Acuerdo citado declara expresamente que los empleados y funcionarios de la Central son empleados públicos.

La frase final del numeral 4º del artículo 6º del Acuerdo 27 de 1971, del Concejo de

Cúcuta, que autoriza a la Junta Directiva de la Central de Transportes —Estación Cúcuta— para "contratar servicios personales para su mejor funcionamiento", no puede referirse a facultad para que los empleos permanentes de la Central se desempeñen mediante contratos de trabajo, porque ello sería contradictorio con la misma norma citada y con el artículo 12 del Acuerdo, que determina la calidad de empleados públicos de todos los servidores de la Central. No cabe otra conclusión que la de referir esa facultad de contratar servicios personales a la de celebrar convenios con personas que han de prestar servicios de tal naturaleza, fuera de los empleos permanentes que crea la misma Junta Directiva según la autorización 4ª.

El contrato de trabajo que aparece a folio 2 del primer cuaderno, no puede modificar la calificación jurídica proveniente de la misma ley, del Acuerdo que organizó la entidad, ni es válida autorización alguna de la Junta Directiva para celebrar tal contrato, porque ella es contraria a la ley y al Acuerdo citado.

La relación de trabajo entre las partes no fue regida por un contrato de trabajo, sino que era una situación legal y reglamentaria, lo que hace que la entidad demandada deba ser absuelta de los cargos formulados en la demanda indicada, en cuanto ellos lo fueron en apoyo en un contrato de trabajo que no existió.

La prosperidad del primer cargo hace innecesario el estudio del segundo, pues ya se obtuvo lo que con éste se buscaba.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de catorce de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el juicio seguido por Pedro Contreras Granados contra la Central de Transportes —Estación Cúcuta— y el municipio de Cúcuta, en cuanto por los ordinales b) y c) y numeral 3º de su parte resolutiva, confirmó la condena de indemnización por despido, contra la recurrente, impuso a la misma la obligación de pagar indemnización por mora, confirmó la declaratoria de no estar probadas las excepciones y la de imponer costas de primera instancia a la parte demandada, y obrando como tribunal de instancia, REVOCA los ordinales a) y b) del numeral primero y los numerales 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia de nueve de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, dictada en el mismo juicio por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar, ABSUELVE a la Central de Transportes —Estación Cúcuta— de las peticiones sobre indemnización por despido e indemnización por mora y de las costas de primera instancia, y declara probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, por falta de contrato de trabajo. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Hernando Rojas Otálora, Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

El trabajador con 10 o más años de servicios en el momento de su afiliación al Seguro Social por haber asumido éste el riesgo de vejez, no solamente tiene derecho a que esta entidad le reconozca la pensión correspondiente a ese riesgo, sino a que el patrono le cubra la diferencia que falte para completar la de jubilación, si a ella hubiere lugar conforme al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y si tal diferencia existe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección primera. — Bogotá, D. E., noviembre cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 48.

Mediante libelo que correspondió al Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, Guillermo Gaitán Jurado demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada Cervecería Andina S. A., para que, con seguimiento de los trámites previstos para el juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle una pensión plena de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicios, a partir del 1º de septiembre de 1973; o, en subsidio de esta petición, a pagarle el valor del reajuste, diferencia o complemento entre el valor de la pensión plena y la que le fue reconocida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales a partir de la fecha de su retiro; la indemnización correspondiente por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo; indemnización moratoria y las costas del juicio.

Afirmó en la demanda que había prestado sus servicios a la empresa por espacio de 20 años, 8 meses y 28 días, en el tiempo comprendido entre el 3 de noviembre de 1952 y el 31 de agosto de 1973, fecha en la que la demandada dio por terminado unilateralmente el contrato, apoyándose en el numeral 14, literal A), del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, aclarado por el numeral 6º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, esto es, por habérsele reconocido una pensión de vejez por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, según Resolución Nº 0139 de 14 de enero de 1972. Gaitán tiene 69 años de edad, pues nació el 19 de junio de 1904. Habiendo laborado durante más de 20 años y siendo mayor de 55 años de edad, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación de que trata el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, o al menos, a que se le pague el complemento o la diferencia entre la pensión de vejez reconocida por el ICSS en cuantía de $ 869.35 y la plena del mencionado artículo del código, pues llevaba más de 10 años de servicios cuando ingresó a los riesgos de invalidez, vejez y muerte el día 1º de enero de 1967. La empresa tiene un capital superior a $ 800.000.00; está en mora de pagar la pensión o su complemento reclamados, y produjo un despido injusto, pues las normas invocadas en la carta de despido no eran aplicables en el presente caso. En el momento de la terminación del vínculo el trabajador desempeñaba el cargo de conductor y devengaba una remuneración de $ 74.58.33 diarios.

La empresa, al descorrer el traslado de rigor, aceptó el tiempo de servicios, el reconocimiento de la pensión de vejez por el ICSS y las razones invocadas para el despido; negó los restantes hechos, calificándolos como consideraciones de derecho o ex-

traños a ella; se opuso a las aspiraciones del actor y solicitó que fuese condenado en costas.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento la desató, en sentencia de veintitrés de junio de mil novecientos setenta y cinco, condenando a la demandada a pagar al actor la suma de $ 808.70 mensuales, a partir del 1º de septiembre de 1973, por concepto del mayor valor de la pensión de jubilación que le corresponde; la absolvió de los restantes cargos y le impuso las costas de la instancia.

De esa decisión apelaron los apoderados de ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver la alzada, revocó las condenaciones impuestas por el Juzgado y, en su lugar, absolvió a la demandada por esos extremos; confirmó el fallo en lo demás; condenó al demandante a pagar las costas de la primera instancia y declaró sin lugar a ellas en la segunda.

Contra la sentencia anterior, proferida el doce de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, ha interpuesto recurso de casación el procurador judicial del actor. Como el dicho recurso le fue concedido por el Tribunal y lo ha admitido esta Corporación, en donde se le ha tramitado en legal forma, se le va a decidir mediante el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito del opositor.

El recurso extraordinario

Persigue la casación total del fallo impugnado, en cuanto revocó las condenas parciales del de primer grado y confirmó la absolución de éste por las demás súplicas, para que la Corte, en la sede subsiguiente, confirme el punto primero, literal A), de la sentencia del Juzgado; revoque los puntos segundo y tercero, y, en su lugar, condene a la empresa al pago de las indemnizaciones por despido injusto y por mora y de las costas de la alzada.

En procura de tales propósitos, y con fundamento en la causal primera de casación, el recurrente formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

La sentencia infringe, por interpretación errónea, los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º del Decreto 3041 de 1966, en cuanto por dicha norma se aprobaron los artículos 11, 57, 60 y 61 del Acuerdo Nº 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, 9º, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 6º, 7º y 10 del Decreto 433 de 1971, en relación con los artículos 260, 21 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, 6º de la Ley 10ª de 1972, 2º del Decreto 1617 de 1966, 1º de la Resolución Nº 831 de 1966, 5º de la Ley 57 de 1887 y 2º de la Ley 153 de 1887.

El censor aclara que las normas reglamentarias o que no tienen carácter nacional son citadas, como violación de medio, para integrar la proposición jurídica, y advierte que la discrepancia entre las partes radica en que la actora "ha venido sosteniendo a lo largo del proceso que la mencionada pensión de vejez debe ser complementada o compartida por la sociedad demandada y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en forma tal que a aquella sociedad demandada le corresponde pagar la diferencia hasta completar el 75% del salario mensual devengado por Gaitán Jurado, conforme lo preceptúan las reglas legales citadas al comienzo de esta censura, tesis que fue acogida por el fallador de primer grado. Por el contrario, la demandada ha considerado que Cervecería Andina S. A. quedó sustituida totalmente por el ICSS. al haber reconocido el Instituto la pensión de vejez al actor, razón por la cual no corre a su cargo el pago de ninguna cantidad complementaria, posición jurídica que recibió respaldo del sentenciador en la providencia que es objeto del presente recurso extraordinario".

Advierte, además, que el artículo 62 del Acuerdo Nº 224 de 1966, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 de ese año, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia de 9 de abril de 1973, y que el aludido Decreto 3041 no es simplemente reglamentario, pues fue dictado por el Gobierno en ejercicio de la facultad que le otorgó el inciso 2º del artículo 9º de la Ley 90 de 1946, según estimación de la Corte, Sala Laboral, hecha en sentencia de 21 de febrero de 1974.

Transcribe apartes del fallo acusado, en lo que, con aplicación de los artículos 259 del Código y 6º del Decreto 3041 y cita de disposiciones de las Leyes 57 y 153 de 1887

el Tribunal llega a la conclusión de que los empresarios, a partir del 1º de enero de 1967, quedaron libres de las obligaciones asumidas por el Instituto de los Seguros Sociales por haber sido sustituidos por éste.

A continuación, sustenta el cargo así:

"Equivocado entendimiento, el anterior, puesto que la exoneración patronal está condicionada a lo que al respecto disponga la ley y los reglamentos del Instituto, como lo afirma el artículo 259 en su parte final. Y no podía ser de otra manera, pues es claro que la asunción de los riesgos debe ir precedida de un período de espera durante el cual la entidad aseguradora reciba las cotizaciones para acumular las reservas que luego le permitan pagar las prestaciones sustituidas.

"En el caso del riesgo de vejez, tanto la ley (artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946), como el reglamento del ICSS (artículos 57, 60 y 61, Decreto 3041 de 1966), consagraron disposiciones transitorias para el paso del régimen del derecho sustantivo laboral individual en materia de pensiones al de vejez propio de la seguridad social, por manera que no puede afirmarse en forma tajante y absoluta, como lo hace el Tribunal, que en todos términos se hizo cargo el Instituto de todas las obligaciones que se deriven de esa carga y no los sustituidos, que son los empresarios. Tal entendimiento cercena el alcance de las normas citadas, cuyo objetivo fue primordialmente el de no perjudicar a aquellos trabajadores que tenían por lo menos diez años de servicio en la empresa, a través de un sistema de pensión compartida entre el patrono y el ICSS, y por ello los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, al regular la asunción de los riesgos prestacionales por parte del ICSS, claramente dispusieron que aquélla se producía "de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto", acápite de la norma legal que el sentenciador desconoció y lo llevó a incurrir en el yerro hermenéutico que se ha señalado anteriormente.

"Como supuesto fáctico no discutido en el presente caso, se parte de la base de la fecha de ingreso del demandante a la empresa demandada el 3 de noviembre de 1952, según se desprende de la liquidación visible a fls. 2 y 3 y de la aceptación al hecho 3º de la demanda (fl. 13), por manera que para la fecha de asunción del riesgo de vejez por parte del ICSS en Bogotá, 1º de enero de 1967, el actor había prestado servicios por un lapso de tiempo de 14 años, 1 mes y 28 días.

"La redacción de los artículos 60 y 61 ha originado dificultades de interpretación, pues para quienes el 1º de enero de 1967 llevaban más de quince años continuos o discontinuos en una misma empresa de capital superior a $ 800.000.00, no hay duda alguna de que al cumplir los requisitos del artículo 260 del código el patrono los debe reconocer la pensión de jubilación, aun cuando deberán seguir cotizando para el riesgo de vejez hasta cumplir los requisitos establecidos por los reglamentos del ICSS, después de lo cual sólo corre a cargo del empresario el mayor valor entre una y otra. Así lo definió esa Honorable Sala en la sentencia del 21 de febrero de 1974 ya citada.

"Sin embargo, no existe la misma claridad respecto de los trabajadores que en la fecha mencionada llevaban más de diez y menos de quince años de servicios continuos o discontinuos, pues algunos son de parecer que a tales servidores no se les aplica el régimen transitorio y por ende, quedaron por cuenta exclusiva del Seguro Social, en forma tal que sólo pueden aspirar a la pensión de vejez que aquél les reconozca, cuando cumplan los requisitos reglamentarios, entre otras cosas más gravosos que los del artículo 260 del Código del Trabajo. Otros entienden que quienes se encontraban en la comentada situación fáctica, al igual que los de antigüedad superior a quince años, tienen derecho a la pensión compartida en la forma ya explicada.

"Esta segunda tesis la ha venido sosteniendo la parte actora a lo largo del presente litigio y fue el punto cardinal en que discreparon las partes y los juzgadores de instancia, haciéndose necesaria una interpretación jurisprudencial por parte de esa Honorable Corporación para cumplir uno de los objetivos primordiales del recurso extraordinario.

"El punto de vista anterior tiene pleno respaldo en el texto literal y en la intención del legislador.

"Dice el artículo 61 del Acuerdo Nº 224 de 1965, que los trabajadores con más de diez años de servicio ingresarán como afiliados al Seguro Social obligatorio '... en las mismas condiciones' de los anteriores, por manera que la norma hace una clara remisión a la regulación del artículo 60 anterior, colocando en pie de igualdad a unos y otros, sólo que la primera disposición incluyó también el caso de las pensiones-sanción por despido sin justa causa, situación diferente que debió contemplar el estatuto en artículo separado.

"De otra parte, el criterio expuesto se corrobora con la norma del segundo inciso del artículo 76 de la Ley 90 de 1948, que el sol quien menciona en su fallo pero con un alcance erróneo, pues dicha regla prohibió establecer condiciones de seguro de vejez menos favorables para los trabajadores que llevaban por lo ménos diez años de servicio al momento de la subrogación. Y aun cuando el precepto hable de '... la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley', hay que entenderla en el sentido de que hoy se refiere a las reglas sobre jubilación del Código Sustantivo del Trabajo y leyes posteriores que los han modificado.

"Se concluye de lo expuesto que existiendo las mismas razones de derecho y teniendo apoyo en la sana hermenéutica de las normas citadas, son plenamente aplicables a los trabajadores que el 1º de enero de 1967 tenían más de diez y menos de quince años de servicios en una misma empresa, las regulaciones del artículo 60 del Acuerdo Nº 224 de 1966 expuestas ampliamente en la sentencia del 21 de febrero de 1974 de esa Honorable Corporación.

"En consecuencia, la sentencia impugnada debe ser casada en este punto, para, en su lugar, confirmar la decisión del a quo que había producido la condena respectiva por valor de $ 808,70 mensuales a partir del 1º de septiembre de 1973, al despachar favorablemente la petición subsidiaria formulada en la demanda.

"Como consecuencia de lo anterior, se impone la casación de la sentencia y revocatoria del fallo de primer grado en punto a la absolución de la súplica relativa a la indemnización moratoria, la cual debe prosperar por la mora injustificada en que incurrió la demandada en cancelar al actor su diferencia pensional, todo de conformidad con el artículo 65 del Código del Trabajo y 8º de la Ley 10 de 1972, por cuanto no se esgrimieron a lo largo del proceso razones atendibles para exonerar a la demandada de la sanción prevista en las normas sustanciales citadas, que se causa por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, y concretamente de la pensión de jubilación, que reviste tal carácter".

El opositor manifiesta que, para refutar el cargo, se remite enteramente al alegato que presentó en la primera instancia y observa que los artículos 193 y 65 del código son impertinentes por no referirse ellos al riesgo de vejez, y que la empresa sí ha opuesto a las pretensiones del actor razones, por lo menos, tan atendibles como las que él ha esgrimido. Manifiesta, además, que la ocasión es propicia para que la Sala haga un estudio a fondo del tema principal que se le propone, ciertamente necesitado de clarificación jurisprudencial.

Para resolver, se considera

La Ley 90 de 1948, mediante la cual se estableció el Seguro Social Obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, consagró en dos de sus disposiciones —los artículos 72 y 76— la sustitución de los patronos por el Instituto de Seguros Sociales respecto de las prestaciones en general, según las voces del primero, y en relación con la pensión de jubilación, conforme al segundo, en los siguientes términos:

"ARTICULO 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el Seguro Social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores".

"ARTICULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o

empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto a los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales".

"....."

(Las subrayas son de la Sala).

Varias observaciones merecen las normas transcritas: el Instituto de los Seguros Sociales debería sustituir a los patronos en lo relacionado con las prestaciones reglamentadas en la ley; éstos sólo quedaban exonerados de sus obligaciones frente a los trabajadores en la medida en que el Instituto, reemplazándolos, asumiera el pago de ellas. La pensión de jubilación sería sustituida por la de vejez y dejaría de estar a cargo de los empleadores en el momento en que el Instituto decidiera subrogarlos y asumir su pago.

A estas disposiciones correspondieron dos similares en el Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 193 y 259, que, en su orden, rezan:

"Artículo 193. 1. Todos los patronos están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este título, salvo las excepciones que en el mismo se consagran.

"2. Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto".

"Artículo 259. 1. Los patronos o empresarios que se determinan en el presente título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

"2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de las reglas que dicte el mismo Instituto". (Subrayas la Sala).

Dos modificaciones introdujeron estos preceptos a sus antecesores de la Ley 90 de 1946: el Instituto ya no reemplazaría a los patronos en el pago de prestaciones y de pensiones de jubilación, sino que asumiría el riesgo correspondiente a unas y otras; tal asunción del riesgo debería hacerse de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que el propio Instituto expidiera. Esto último, sin embargo, no constituyó una novedad, pues ya el artículo 9º de la Ley 90 había dispuesto la elaboración por ese organismo de sus propios estatutos y reglamentos "sobre las bases de la presente ley".

Quedó así sentada, o mejor ratificada, la regla general de que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiría los riesgos correspondientes a prestaciones y pensiones de jubilación o vejez, invalidez y muerte, de conformidad con la ley y los reglamentos —los cuales deberían ceñirse estrictamente a aquélla y de manera especial a la Ley 90 de 1946— y que los patronos se irían liberando de esas obligaciones en la medida en que aquella entidad fuera asumiendo los respectivos riesgos.

Años más tarde, en 1966, el Consejo Directo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en cumplimiento de las autorizaciones y órdenes contenidas en las disposiciones comentadas, expidió el "Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte", por medio del Acuerdo Nº 224, que fue aprobado por el Presidente de la República, conforme a lo previsto por el artículo 9º de la citada Ley 90, mediante el Decreto número 3041 de 13 de diciembre de 1966.

A las naturales dificultades que originaba el tránsito de un sistema al otro y a la necesidad o conveniencia de regular de modo concreto y temporal algunas situaciones especiales, obedeció la incorporación de los artículos 59, 60 y 61 en ese Reglamento General. El primero contempla el caso de aquellos trabajadores que, en el momento de operarse la subrogación por el Instituto, llevaban 20 o más años de servicios en una misma empresa de las obligadas a pagar pensión de jubilación conforme al código, pero que todavía no hubiesen completado la edad requerida para disfrutar de ese beneficio, para exonerarlos de la obligación de asegurarse contra el riesgo de vejez y reconocerles el derecho de reclamar la jubilación, una vez satisfecho el requisito de la edad, al patrono responsable. Los otros dos,

que son los que mayor injerencia tienen en el asunto cuestionado, responden a la siguiente redacción:

"ARTICULO 30. 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) M/cte. o superior, ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados para el riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando a este Seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono".

"ARTICULO 61. Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) o superior, diez años o más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los Reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión siendo obligación del patrono continuar pagando la pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el Instituto". Tales normas cumplieron, además, la finalidad de acatar la voluntad del legislador, plasmada con carácter imperativo en el inciso 2º del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, que reza:

"Artículo 76. .....".

"En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos en la legislación anterior a la presente ley".

Este mandato comprende, sin duda alguna, a todos los trabajadores que el 1º de enero de 1967, fecha a partir de la cual los Seguros Sociales tomaron a su cargo los riesgos por vejez, invalidez y muerte, tenían por lo menos diez años de estar prestando sus servicios a persona, entidad o empresa objeto de la subrogación. La norma no establece discriminación alguna, de tal manera que todos los trabajadores que en el momento indicado tuviesen cumplido aquel tiempo mínimo de servicios deberían recibir el mismo tratamiento frente al seguro de vejez, en el sentido de respetárseles, por igual, las condiciones de favorabilidad sobre jubilación establecidas por la legislación preexistente, remisión que hoy debe entenderse referida a la que estuviera en vigor en la fecha de la sustitución de los empleadores por el ICSS, tal como lo aceptan los apoderados de ambas partes.

Así, el reglamento, que debía sujetarse rigurosamente a la ley, satisfizo esta exigencia legal, liberando, en el artículo 53, a los trabajadores con 20 años de servicios de la obligación de asegurarse contra el riesgo de vejez y preservándoles el derecho de obtener de sus respectivos patronos la pensión de jubilación. Y en los artículos 60 y 61, garantizándoles, a los que estuvieren entre 10 y 20 años, el derecho a percibir la pensión de jubilación completa, bien porque en una primera etapa debiera cubrírsela el patrono exclusivamente, ora porque el Instituto asumiera una parte de su pago por virtud de las obligaciones que adquiría como asegurador.

En este sentido, el artículo 60, que se refiere a trabajadores con más de 15 años, es claro y no presenta ninguna duda. La dificultad surge frente a la redacción del 61, que ciertamente involucra en su texto dos cuestiones diferentes y que debieron ser tratadas en normas distintas.

Con todo, ellas pueden distinguirse y separarse fácilmente. Una es la relativa a trabajadores con diez o más años de servicios, injustamente despedidos y con derecho a la pensión restringida del artículo 8º

de la Ley 171 de 1961, para consagrar la compatibilidad de esta pensión a cargo del patrono con la de vejez que debe reconocer el Instituto al cumplirse las cotizaciones y requisitos mínimos para su otorgamiento. Y otra es la que regula la situación de esos mismos trabajadores frente a la pensión plena de jubilación y a la de vejez, cuando, por no haber sido despedidos, han podido completar los 20 años de servicios y la edad requerida para ganar el derecho a la primera. En este aspecto, el dicho ordenamiento dispone:

"Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) M/cte. o superior, diez o más años de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores".

O sea que a estos trabajadores, con diez años de servicio como mínimo cuando el Seguro Social asumió el riesgo de vejez, se les quiso dar, y efectivamente se les dio, el mismo tratamiento que a los que en ese momento llevaban 15 o más. La expresión, "en las mismas condiciones de los anteriores", envuelve una remisión directa e integral. Y no puede ser entendida sino en el sentido de que ella alude a la condición, situación o estado frente a las pensiones de jubilación y de vejez, y no, como se ha llegado a pensar, que se refiere simplemente a las condiciones de ingreso al Seguro Social, pues de este modo la norma no estaría diciendo nada, ya que la precedente no establece requisitos o condiciones especiales para el ingreso y solamente habla de él para consagrar la obligación de vincularse al Instituto y reconocer la calidad de "afiliado", que es común a todos los que ingresan. En este caso habría bastado con decir: "Los trabajadores con diez o más años de servicios ingresarán al Seguro Social Obligatorio".

El entendimiento anterior, que sitúa en un mismo pie de igualdad a los trabajadores con 10 o más años de servicio y a los de 15 o más, tiene sus raíces en el ya comentado inciso 2º del artículo 75 de la Ley 90 de 1946, que se refiere a "las condiciones del seguro de vejez" para servidores con más de diez años, en general, disponiendo que no podrán ser menos favorables que las establecidas sobre jubilación. A esta exigencia respondió el reglamento en sus artículos 60 y 61, salvaguardiando el derecho de esos dos grupos de trabajadores de no recibir, como pensión de vejez, una mesada inferior a la que les correspondería por pensión de jubilación.

De otro lado, el texto del artículo 62, hoy sin vigencia, afianzaba la interpretación que se viene haciendo. El siguiente era su tenor:

"ARTICULO 62. 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".

Ratificaba este precepto la regla general establecida en los artículos 72 y 78 de la Ley 90 y 193 y 259 del código, acerca de la subrogación de los patronos por el Instituto en la fecha en que éste asuma los riesgos correspondientes, y reconocía como excepciones a esa regla los casos regulados en los artículos 60 y 61, en los cuales el patrono no queda totalmente sustituido. Sin que valga argüir que la excepción se configura, en lo que concierne al último, respecto de la pensión restringida de que él trata en su segunda parte, pues los Seguros Sociales no asumen este riesgo ni él se identifica con el de vejez, y el artículo 62 alude expresamente a "las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez".

Esta es, pues, la correcta inteligencia de las normas que se han analizado. De conformidad con ella, el trabajador con 10 o más años de servicios en el momento de su afiliación al Seguro Social por haber asumido éste el riesgo de vejez, no solamente tiene derecho a que esta entidad le reconozca la pensión correspondiente a ese riesgo, sino a que el patrono le cubra la diferencia que falte para completar la de jubilación, si a ella hubiere lugar conforme al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y si tal diferencia existiere. En tal evento, el Instituto apenas sustituye parcialmente al patrono en su obligación de pagar pensión plena de jubilación. Como el Tribunal; no las entendió así, resulta claro que hizo una equivocada interpretación de ellas, violándolas, en consecuencia.

El cargo es fundado en el aspecto exami-

nado, pero no lo es en cuanto afirma infracción, por interpretación errónea, del artículo 85 del Código Sustantivo del Trabajo y del 8º de la Ley 10 de 1972, pues el sentenciador no hizo exégesis alguna de estas normas. En la hipótesis de que hubiesen sido infringidas, no pudieron serlo en la modalidad predicada en la censura.

La acusación prospera parcialmente.

Segundo cargo

Interpretación errónea "del artículo 7º, aparte a), numeral 14, del Decreto 2351 de 1965 y artículo 3º, numeral 6º de la Ley 48 de 1968, en relación con los artículos 21 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Decreto 3041 de 1966, en cuanto aprobó los artículos 11 y 57 del Acuerdo Nº 224 de 1966 emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Las violaciones anteriores condujeron en forma consecuencial al quebranto, por indebida aplicación, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

En su demostración, el recurrente expone:

"Se reclamó en la demanda el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa al tenor del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por cuanto la cancelación del contrato de trabajo en concepto de la parte actora fue unilateral e ilegal.

"En apoyo de esta súplica se invocó la circunstancia de que la pensión de vejez reconocida por el ICSS fue decretada con resnaldo en el régimen especial del artículo 57 del reglamento de este riesgo, que difiere de la disposición general del artículo 11, resultando como consecuencia que la causal de despido estuvo mal invocada, pues es el reconocimiento de la segunda y no de la primera la que podría justificar la decisión patronal conforme al numeral 6º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Se argumentó además, que la entidad demandada dejó transcurrir un tiempo considerable a partir de la fecha en que el ICSS le reconoció la pensión de vejez al señor Galtán Jurado antes de tomar la determinación final, todo lo cual conlleva que ésta no resulte legal, desde luego que al hablar la ley del 'reconocimiento' pensional es al producirse éste y no después, cuando el patrono puede utilizar, si lo desea, la causal a que se ha venido haciendo referencia, pues no resulta ajustado a los principios que gobiernan el Derecho Laboral mantener al trabajador en una situación indefinida de inestabilidad durante largo tiempo, transcurrido el cual debe entenderse que ha cesado el derecho del patrono a cancelar el contrato del trabajador, con invocación de ese motivo legal.

"Los juzgadores de instancia no accedieron a despachar favorablemente esta petición con el simple argumento de que el Seguro Social otorgó al actor la pensión de vejez a que se refiere la providencia, cuya copia obra al fl. 28, pero sin entrar a analizar las razones de derecho expuestas en la demanda. Sobre el particular se expresa el ad quem en los siguientes términos:

"'Reclama el actor una indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato, ello no tiene lugar cuando el Decreto 2351 de 1965, en su artículo 7º, numeral 14 del literal A) consagra como justa causa por el patrono (sic) dar por terminado en forma unilateral el contrato, el hecho del reconocimiento al trabajador la pensión. Así como la comunicación de aviso al reclamante invocada por el patrono no puede jamás ocasionar indemnización por ruptura del contrato y en estas condiciones se absolverá igualmente por esta súplica' (fl. 75).

"Independientemente de la cuestión de hecho, el anterior planteamiento resulta ostensiblemente erróneo en cuanto procura fijar el alcance de las normas citadas en el planteamiento de la censura, pues si la ley habla de la pensión del artículo 11 del Decreto 3041 de 1966 (debió hacer referencia al Acuerdo Nº 224 de 1966), en ésta y no la del artículo 57 la que justifica el despido. Además, el reconocimiento pensional no puede referirse a una situación indefinida, sino al momento en que se otorga el derecho al trabajador. Las normas que fijan las causales de despido tienen carácter sancionatorio y como tales, no puede extenderse a situaciones diferentes de las que ellos regulan.

"No es exacto, como sostiene la parte demandada, que una pensión sea igual a la otra, por cuanto los requisitos para adquirir el derecho y la cuantía, son diferentes.

"Se infiere de lo anterior, que erró el sentenciador al fijar el alcance del artículo 7º

aparte a) numeral 14 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el artículo 3º numeral 6º de la Ley 48 de 1968, y por ende, la equivocación anotada lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, pues de no haber ocurrido tal circunstancia, la conclusión lógica para el sentenciador ha debido ser la condena a la sociedad demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

"Procede por tanto la casación de la sentencia, para, en su lugar, acceder a lo pedido en el alcance de la impugnación".

El opositor niega que el artículo 57 del Acuerdo 224 de 1966 consagre una pensión de vejez especial, "contrapuesta a la del artículo 11 ibidem, que sería, entonces, una ordinaria, a imagen y semejanza de lo que sucede con las pensiones patronales. Por lo demás, si el simple reconocimiento de la prestación por vejez es justa causa de despido, con mayor razón lo es si va acompañada de su disfrute efectivo".

La Sala considera

Dos argumentos diferentes presenta el censor, los cuales pueden sintetizarse así: a) La pensión de vejez cuyo reconocimiento puede dar lugar a un despido con justa causa, es la consagrada, con carácter general, por el artículo 11 del Decreto 3041 de 1966, y no la especial de que trata el artículo 57 ibidem. Como la reconocida al trabajador fue esta última, erró el fallador al tener como justificada la terminación del contrato con aplicación de los artículos 7º, literal A), numeral 14, del Decreto 2351 de 1965 y 3º, numeral 6º de la Ley 48 de 1968; y b) El despido es ilegal e injusto cuando no se produce simultáneamente con el reconocimiento de la pensión.

La primera parte no guarda correspondencia con el enunciado del cargo, pues lo que en ella se arguye es una indebida aplicación de la ley por no caer la situación contemplada en el artículo 57 del reglamento bajo el dominio de las normas reseñadas. Este defecto del ataque genera otro más, que consiste en que en la segunda parte se hace un planteamiento propio de la interpretación errónea, pero referido a los mismos preceptos, con lo cual se tiene que en un mismo cargo se están acusando unas mismas disposiciones por conceptos distintos, antagónicos y excluyentes entre sí.

Mas de ninguna forma el cargo habría podido alcanzar éxito, pues es imposible distinguir dos pensiones de vejez en las regulaciones de los artículos 11 y 57 del mencionado reglamento. Ambos se refieren a la misma pensión, aun cuando señalan diferentes números de cotizaciones para entrar a disfrutar de ella. El propio artículo 57 se ocupa de indentificarlas cuando expresa: "El número de semanas de cotización fijado en el artículo 11 para el derecho de pensión de vejez, se reducirá...".

Además, porque el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 solamente exige que el reconocimiento de la pensión haya sido hecho estando el trabajador al servicio de la empresa, y así ocurrió en el caso de autos, o, al menos, no ha sido este punto de discusión entre las partes. El elemento "simultaneidad" en el reconocimiento de la pensión y el despido no lo requiere la norma. Este bien puede producirse algún tiempo después si esa es la voluntad del empleador, sin que por ello sufra menoscabo la estabilidad del empleado, quien no puede ignorar, por disponerlo así la ley, que en cualquier momento, por virtud del reconocimiento de la pensión, se puede prescindir de sus servicios.

El cargo es ineficaz y se desestima.

Consideraciones de instancia

Con el documento de folios 2 y 3 y con las confesiones hechas en la respuesta al libelo inicial, resulta demostrado que Guillermo Gaitán Jurado prestó servicios a Cervecería Andina S. A. desde el 3 de noviembre de 1952 hasta el 31 de agosto de 1973, o sea por un tiempo de 20 años, 8 meses y 28 días, pues el contrato sufrió la interrupción de un mes por motivo de huelga. La misma documental acredita que el último salario devengado por el trabajador fue de $ 74.58.33 diarios, o sea de $ 2.237,40 mensuales, y la partida de bautismo de folio 4 establece que, por haber nacido el 12 de abril de 1904, cumplió 55 años de edad el 12 de abril de 1959. Como la empresa no presentó la prueba sobre su patrimonio gravable en el año

inmediatamente anterior a la expiración del vínculo (art. 195 C. S. T.), debe presumirse que tiene el capital suficiente para responder por la prestación reclamada.

De los hechos anteriores se deduce que el demandante tiene derecho a gozar de una pensión de jubilación, a partir de la fecha de su retiro y en cuantía equivalente al 75% del sueldo promedio devengado en el último año de servicios, o sea por la suma de $ 1.878.05 mensuales (art. 260 C. S. T.).

También consta en el proceso (Fls. 17 y 28) que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por medio de la Resolución Nº 0189 de 14 de enero de 1972, reconoció a Gaitán Jurado una pensión de vejez por valor de $ 369.35 con vigencia desde el 9 de noviembre de 1971. Como el 1º de enero de 1967, fecha de la asunción de ese riesgo por el Instituto, el trabajador llevaba al servicio de Cervecería Andina S. A. más de diez años, tiene derecho a que la empresa le pague la diferencia existente entre la pensión de jubilación y la de vejez, o sea la cantidad de $ 808,70 mensuales, a partir de la fecha de su retiro, es decir, desde el 1º de agosto de 1973 (arts. 78-2 de la Ley 90 de 1946 y 30 y 61 del Decreto 3041 de 1966). Se confirmará, en consecuencia, lo decidido por el Juzgado en este punto y en relación con las costas.

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 materia del recurso, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día doce de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, en cuanto por sus numerales Primero y Segundo revocó los numerales Primero, literal A) y Tercero del fallo del a quo, y, en su lugar, CONFIRMA estos pronunciamientos del Juzgado, mediante los cuales condena a Cervecería Andina S. A. a pagar a Guillermo Gaitán Jurado la suma de ochocientos ocho pesos con setenta centavos ($ 808,70) mensuales, a partir del 1º de septiembre de 1973, por concepto del mayor valor de la pensión de jubilación a que tiene derecho sobre la pensión de vejez que le fue reconocida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y las costas de la primera instancia. No la Casa en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS POR ABANDONO DEL EMPLEO QUE HAGA EL TRABAJADOR AL OMITIR DARLE A SU PATRONO EL PREAVISO INDISPENSABLE PARA QUE PUEDA DAR POR TERMINADO EL VINCULO LABORAL POR INICIATIVA SUYA Y DE MANERA LEGITIMA

(Art. 8º Decreto-ley 2351 de 1965)

Si el patrono desea obtener el resarcimiento por abandono del empleo que haga el trabajador a que está llamado por el aludido artículo 8º debe solicitarlo judicialmente, sea en acción directa o por reconvención, desde luego que a nadie es permitido hacerse justicia por propia mano y a los jueces no es posible decidir oficiosamente en favor de personas que nada les hayan impetrado.

INDEMNIZACION MORATORIA CONSAGRADA POR EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — BUENA O MALA FE PATRONAL.

La jurisprudencia ha dicho en repetidas ocasiones que la indemnización moratoria consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no opera de modo automático, sino que en cada caso han de examinarse sus circunstancias concretas, para esclarecer si está demostrado o no la buena fe con que el patrono retardó el cumplimiento de su obligación de ponerse en paz y salvo con el trabajador al fenecer el vínculo de servicios y decidir así sobre la procedencia o improcedencia de aquella indemnización.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre doce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5627. Acta Nº 42.

La firma "Jorge Lemus Roca y Cía.", demandada en juicio laboral por Víctor Enrique Algarín Lubo, recurre en casación contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 13 de mayo de 1976, pretende que se invalide totalmente esa providencia y, en su lugar, se confirme la absolución impartida en la primera instancia; o, en subsidio, que se infirme en cuanto a la condena al pago de indemnización moratoria y luego se la deje libre de esa carga, conforme lo dispuso el Juez.

Así consta en la demanda respectiva (fls. 9 a 17 de este cuaderno), donde formula tres cargos contra el fallo aludido, que no tuvieron réplica de la contraparte.

Es oportuno analizar ahora la acusación:

Primer cargo

Dice: "Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, esto es, por ser violatoria de

la ley sustancial a causa de la interpretación errónea de los artículos 5º, numeral 2º y 8º, numeral 7º del Decreto 2351 de 1965, infracciones estas que a su vez condujeron a la indebida aplicación de los artículos 306, 249 y 253 modificado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma directa, por haber entendido el sentenciador en forma errónea el sentido y alcance de las normas primeramente citadas, yerro hermenéutico que a su vez lo condujo a aplicar en forma indebida las disposiciones que consagran los derechos relativos a la cesantía, la prima de servicios y la indemnización moratoria, pues la correcta interpretación de las primeras habría conducido a la sala falladora a absolver a la demandada de las mencionadas súplicas del libelo introductorio de la causa.

Demostración del cargo

"Observa el Tribunal que en el proceso está demostrada la vinculación laboral desde el 12 de noviembre de 1973; que el promedio de lo devengado mensualmente fue de $ 6.930.60 M/cte., que la demandada no ha probado que canceló al actor la cesantía y la prima proporcional de servicios y que el trabajador no dio el preaviso de treinta (30) días para retirarse de la empresa, (fls. 4 y 5, cuad. 2º).

"El cargo se formula por la vía directa, pues el recurrente está de acuerdo con los anteriores presupuestos fácticos del fallo impugnado acreditado con los documentos de folios 6 y 7, con la respuesta de la demanda (fl. 8) y con lo aceptado por la parte actora y constatando en las dos diligencias de inspección judicial que practicó el a quo (fls. 16 y 21).

"Sin embargo, estima el sentenciador que a la terminación del contrato laboral la demandada debió poner a disposición del trabajador las prestaciones indiscutibles, en este caso la cesantía y la prima y como aquél no dio el preaviso de treinta (30) días a la empresa '... no podía ésta de motu propio pagarse el preaviso de las prestaciones sociales del actor, y descontar por sí y ante sí dicha suma'.

"Después de transcribir el numeral 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que reglamenta la indemnización a favor del patrono, concluye el fallador que éste debía haber depositado ante el Juez laboral el monto del preaviso' ... descontándolo de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales mientras la justicia decide'.

"Para el sentenciador, 'El sentido de la ley es muy claro. En ningún momento se autorizó al patrono para que compensase por derechas el valor del preaviso, se le dieron pautas para proceder en estos casos, se le exigió el depósito ante el Juez y que este funcionario se pronunciara sobre el abandono del cargo y el derecho del patrono a recibir la suma depositada' (fl. 5 cuad. 2º).

"El Tribunal no niega que el actor abandonó el cargo sin dar el preaviso de treinta (30) días, pero estima que estaba obligada la demandada a depositar ante el Juez laboral el valor de la cesantía y la prima de servicios e iniciar demanda ordinaria laboral contra el trabajador demandante para que la justicia se pronunciara sobre el abandono del cargo y el derecho del patrono a recibir la suma depositada, conclusiones estas, que estructuran la errónea interpretación de las disposiciones quebrantadas en el ad quem.

"En (sic) entendimiento anterior debe ser revisado por esa Honorable Corporación en su misión unificadora de la jurisprudencia laboral, desde luego que no puede ser igual la situación jurídica cuando el valor de las prestaciones sociales es superior al monto del preaviso que en el caso contrario.

"Para el sentenciador es indiferente que se presente cualquiera de los dos eventos, pues en todo caso el patrono debe depositar ante la justicia laboral el monto de la liquidación de prestaciones sociales e iniciar un proceso ordinario para demostrar el abandono del cargo del trabajador y obtener a través de ese medio el reembolso de la consignación.

"El numeral 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 regula la indemnización de treinta (30) días que debe pagar el trabajador al patrono por incumplimiento total o parcial de lo preceptuado en el artículo 5º numeral 2º ibídem, y en su parte final se-

ñala el siguiente procedimiento a seguir por el segundo:

"El patrono depositará ante el Juez el monto de esta indemnización, descontándolo de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales mientras la justicia decide.

"La palabra 'descontándolo' hace referencia al 'monto de la indemnización, por manera que si aquél tiene un valor superior a la deuda por prestaciones, no puede existir, por física imposibilidad, saldo para depositar a órdenes del Juez laboral'.

"La norma en comento resulta clara y comprensible en el caso contrario, pues una vez efectuado el descuento del preaviso, éste se debe depositar y el saldo queda a disposición del empleado. Pero no se puede dar el mismo alcance cuando la situación es la opuesta. Pues el verbo 'descontar' se refiere al monto, luego supone necesariamente que haya una cantidad superior por prestaciones, de la cual puede efectuarse la deducción del 'monto de la indemnización'.

"Afirma también el Tribunal que debe el patrono demandar al trabajador para acreditar el abandono del cargo, deber que no le impone en parte alguna el numeral analizado. Es cierto que éste habla de que el depósito se efectúa '... mientras la justicia decide'. Pero si el patrono no está obligado a consignar, tampoco se le puede imponer el deber consecuencial de demandar judicialmente.

"La decisión de la justicia no surge necesariamente de la acción que está obligado a instaurar el patrono, como se ha venido entendiendo. Se produce igualmente cuando el trabajador la adelanta, y si éste resulta victorioso en sus pretensiones, el juzgado laboral habrá de condenar al empleador al pago de las prestaciones insolutas, lo cual es bien diferente a entender que en todo caso aquél debe promover la actividad judicial para demostrar el abandono del cargo, máxime si se tiene en cuenta como ocurre en el sub lite, que la misma parte actora aceptó no haber dado el preaviso de treinta (30) días, lo cual estructura el abandono del cargo, como lo admitió expresamente el apoderado del demandante en el curso de la diligencia de inspección judicial (fl. 21), hecho acogido igualmente por los falladores de instancia y que no se controvierte en este recurso extraordinario.

"La doctrina de esa Honorable Corporación que cita la sentencia no corresponde a la misma situación fáctica aquí controvertida, pues como se desprende de la parte que transcribe el fallo impugnado, en aquella oportunidad la demandada '... se abstuvo de cobrarle indemnización por ruptura del contrato al tiempo de expirar el vínculo laboral...', todo lo contrario de lo probado en el caso de autos, en el cual desde el momento mismo de la liquidación de prestaciones sociales la empresa exigió al actor el pago de los veintiséis (26) días de preaviso no laborados (fl. 7).

"En suma, la obligación de consignar consagrada en el numeral 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 no puede operar cuando el monto de la indemnización excede el quantum de la liquidación final, pues desaparece el supuesto de hecho que debe cumplirse para que la norma actúe, ya que esa contingencia no existe cantidad alguna que deba colocarse a órdenes del Juez laboral, ni se le puede imponer al patrono el cumplimiento de una obligación imposible.

"No lo entendió así el Tribunal, incurriendo en el quebranto, por errónea interpretación, de las reglas legales citadas en el encabezamiento del cargo, cuales son el numeral 7º artículo 8º y numeral 2º del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965.

"A su vez, las anteriores infracciones condujeron a la violación de las disposiciones sustantivas reglamentarias de la cesantía, la prima de servicios y la indemnización moratoria, pues al ser superior el valor del preaviso al de aquellos derechos, no podía condenarse a la demandada a pagar las sumas fulminadas por el Tribunal, si se tiene en cuenta que más bien quedó un saldo de $ 1.112.36 M/cte., a favor de la demandada. Y menos aún había lugar a imponerle una gravosa sanción moratoria, cuando no se encontraba obligada a efectuar depósito alguno, como ya se ha explicado.

"Procede por tanto la casación de la sentencia, para en su lugar, acceder a lo pedido en el alcance de la impugnación, sin que sean necesarias otras consideraciones de instancia, pues ya se señaló, como se han discutido los hechos fundamentales de la

litis, cuales son la renuncia intempestiva del trabajador y la omisión de cumplir veintiséis (26) días de preaviso que estructura el abandono del cargo por parte del asalariado".

Se considera

El artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965 dispone que cuando el trabajador omite darle a su patrono el preaviso indispensable para que pueda dar por terminado el vínculo laboral por iniciativa suya y de manera legítima, el empleador tiene derecho a descontar de lo que le adeude al empleado por prestaciones sociales una indemnización equivalente a treinta días de salario.

Pero la norma añade que el patrono debe depositar el valor de esa indemnización ante el juez "mientras la justicia decide". O sea, que si le es legalmente permitido a aquél hacer dicho descuento, no le es lícito, en cambio, conservar en su poder la referida suma sino que ha de consignarla judicialmente en espera de que se decida el litigio a que hubiere lugar, ya por iniciativa del mismo patrono o de su antiguo servidor, pues en cuanto a ello la ley no le impone al empleador la obligación de promover el juicio. Pero de todos modos si el patrono desea obtener el resarcimiento por abandono del empleo que haga el trabajador, a que está llamado por el aludido artículo 8º, debe solicitarlo judicialmente, sea en acción directa o por reconvención, desde luego que a nadie es permitido hacerse justicia por propia mano y a los jueces no es posible decidir oficiosamente en favor de personas que nada les hayan impetrado.

No varía, finalmente, este claro sentido del artículo 8º porque haya hipótesis en que el monto de aquella indemnización exceda al de las prestaciones sociales que adeude el patrono, desde luego que sea cual fuere la cuantía pecuniaria de lo retenido lícitamente por el empleador a título de resarcimiento de perjuicios debe consignarlo judicialmente, como lo ordena el texto, para no verse expuesto en caso contrario a las sanciones previstas por la ley.

Si se comparan estas reflexiones con los argumentos que hace el Tribunal sobre el tema debatido en el cargo, resulta nítido que concuerdan en lo fundamental respecto a los alcances y el sentido del artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, cuya interpretación equivocada le imputó el recurrente al dicho sentenciador.

No se configura entonces esta violación preceptiva, así como tampoco quedan establecidos los demás quebrantos legales que menciona el cargo, ya que éstos se derivaban de aquél.

La impugnación no prospera, en consecuencia.

Segundo cargo

Está planteado así: "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, esto es, por ser violatoria de la Ley sustancial a causa de la interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 5º numeral 2º y 8º numeral 7º del Decreto 2351 de 1965 y 59 ordinal 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

La violación anterior se produjo en forma directa, independientemente de las cuestiones de hecho.

Demostración del cargo

"Para imponer a la sociedad demandada al pago de la indemnización moratoria en cuantía de $ 231.02 diarios a partir del 21 de abril de 1974, el Tribunal aplicó el artículo 65 del estatuto sustantivo laboral en forma mecánica, pues en su sentir el solo hecho del no pago ni consignación de la prima de servicios y la cesantía, genera en forma automática la sanción por salarios caídos, olvidando que de acuerdo a reiterada jurisprudencia de esa Honorable Sala, la norma citada no puede aplicarse sin tener en cuenta los motivos o razones que tuvo el patrono para proceder en tal forma, así como la buena fe patronal respecto de la existencia y exigibilidad de la deuda laboral de su cuantía.

"Después de transcribir el texto del artículo 65 argumenta así el ad quem:

"En el juicio es un hecho cierto que el actor estuvo vinculado por contrato de trabajo con la demandada hasta el 20 de abril de 1974, que la liquidación que sin fecha

aparece en el expediente, no le fue cancelada al terminar la relación laboral.

"Que no es excusa para el no pago de prestaciones tan indiscutibles lo alegado por la empresa, porque ella violó la disposición que ordenaba consignar ante el juez el valor del preaviso y esperar a que la justicia decidiere sobre el particular.

"Incurrió por tanto la empresa en mora y violó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ya transcrito, que le ordenaba pagar a la terminación del contrato de trabajo las prestaciones al demandante: se hizo acreedora a la condena por mora a razón de $ 231.02 diarios a partir del 21 de abril de 1974 y hasta el día que cancele las prestaciones sociales del demandante" (fl. 7 cuad. 2º).

"Las anteriores consideraciones son precisamente las que ha descalificado esa Honorable Corporación, pues las mismas razones que presenta el juzgador para condenar al pago de las acreencias laborales principales, cesantía y prima, no son suficientes para que fatalmente prospere la súplica de indemnización moratoria, que requiere algo más, esto es, examinar si se estructura la mala fe patronal, pues lo contrario conduce a un entendimiento automático del artículo 65, rechazado tradicionalmente por las doctrinas de la Sala de Casación Laboral en múltiples sentencias, entre las cuales cabe destacar la del 24 de julio de 1973, juicio de Víctor M. Espinel Blanco vs. Universidad de Pamplona, la del 2 de julio de 1975, de Sala Plena, juicio de Cecilia Flórez de Caicedo vs. Hijas de la Sabiduría, y más recientemente, la del 19 de agosto de 1976, juicio de Jaime Rodríguez García vs. Gercol Comercial Ltda., de esta misma sección de la Sala.

"Para el **ad quem** la condena moratoria se apoya en el no pago de la cesantía y la prima y en la omisión de la consignación en espera de que la justicia decida sobre el particular, sin que se observe el menor análisis sobre la conducta patronal y los motivos que la asistieron para el anterior proceder, todo lo cual conduce a la casación de la sentencia, por el motivo anotado de violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con las demás disposiciones citadas".

El Tribunal, de su parte, dijo sobre la indemnización moratoria impetrada por Lubo, lo siguiente:

"En el juicio es un hecho cierto que el actor estuvo vinculado por contrato de trabajo con la demandada hasta el 20 de abril de 1974, que la liquidación que sin fecha aparece en el expediente, no le fue cancelada al terminar la relación laboral.

"Que no es excusa para el no pago de prestaciones tan indiscutibles lo alegado por la empresa, porque ella violó la disposición que ordenaba consignar ante el Juez el valor del preaviso y esperar a que la justicia decidiera sobre el particular.

"Incurrió por tanto la empresa en mora y violó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ya transcrito, que le ordenaba pagar a la terminación del contrato de trabajo las prestaciones al demandante: se hizo acreedora a la condena por mora a razón de $ 231.02 diarios a partir del 21 de abril de 1974 y hasta el día que cancele las prestaciones sociales del demandante".

Se considera

Ciertamente la jurisprudencia ha dicho en repetidas ocasiones que la indemnización moratoria consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no opera de modo automático sino que en cada caso han de examinarse sus circunstancias concretas, para esclarecer si está demostrada o no la buena fe con que el patrono retardó el cumplimiento de su obligación de ponerse en paz y a salvo con el trabajador al fenecer el vínculo de servicios y decidir así sobre la procedencia o improcedencia de aquella indemnización.

Pero si se examinan en el caso sub judice las razones que presenta el fallo impugnado para condenar a la empresa al pago de indemnización por mora, de ellas resulta, implícito pero con claridad suficiente, que el sentenciador no encontró configurada la buena fe en la conducta patronal, cosa que se acomoda a la doctrina que invoca el recurrente, que no exige, como es obvio, que los argumentos de una providencia sean más o menos extensos o prolijos cuando haya de condenarse al pago de tal indemnización si-

no apenas que se califique, así sea sucintamente, el comportamiento del empresario con quien fue su servidor y le reclame en juicio aquella compensación por mora.'

Se desvanece entonces el fundamento de esta segunda acusación, que no prospera en consecuencia.

Tercer cargo

Reza textualmente: "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, a su vez modificado 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 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 5º numeral 2º y 8º numeral 7º del Decreto 2351 de 1965 y 59 ordinal 1º del mismo Código.

"La violación anterior se produjo en forma indirecta, a causa de haber aplicado indebidamente el Tribunal dichas normas, pues con fundamento en ellas condenó a la sociedad demandada a pagar la indemnización moratoria en cuantía que aparece en el fallo de segunda instancia, siendo así que su correcta aplicación lo habría conducido a absolver a la sociedad demandada de esta súplica de la demanda.

"En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador por evidentes errores de hecho, que de manera ostensible aparece en la sentencia recurrida y que a continuación se relacionan.

"1º) No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada actuó de buena fe y procedió con motivos atendibles al no consignar suma alguna por concepto de prestaciones sociales, a la terminación del contrato de trabajo con el demandante;

"2º) No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada se abstuvo de efectuar consignación alguna a favor del actor, por creer de buena fe que nada adeudaba a aquél;

"3º) No dar por demostrado, estándolo, que al haber abandonado su cargo el demandante y siendo el valor de la indemnización de treinta (30) días a su cargo y a favor del patrono, superior al monto de la cesantía y prima de servicios proporcional del primer semestre de 1971, existía un motivo poderoso y razonable para que la sociedad demandada hubiera estimado no estar obligada a consignar suma alguna a favor del actor, por tratarse de un caso de retención autorizado por la ley;

"Los errores de hecho anotados fueron originados en la apreciación errónea que hizo el sentenciador de las siguientes pruebas, todas las cuales permiten fundar este cargo en casación, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969:

"a) La demanda del proceso (fls. 2 y 3);

"b) La contestación de la demanda (fls. 8 y 9);

"c) Carta de renuncia del demandante (fl. 7);

"d) Liquidación final de prestaciones sociales (fl. 6);

"Igualmente por la falta de apreciación de la diligencia de inspección judicial" (fls. 21 y 22).

Demostración del cargo

"Para el Tribunal, resulta un hecho cierto que a la finalización del vínculo laboral, la sociedad demandada no canceló al actor el valor de la liquidación de prestaciones sociales, y que lo alegado por aquélla no es excusa para que el no pago de derechos indiscutibles, pues debió proceder a consignar ante el Juez laboral el valor del preaviso y esperar a que la justicia decidiera lo pertinente (fl. 7 cuad. 2º).

"En cuanto al sol quien encuentra inexcusable el proceder de la demandada, puede entenderse que al analizar la situación fáctica halló demostrada la mala fe patronal y por ende, consideró del caso imponer a la entidad patronal la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Bajo este supuesto, el sentenciador habría incurrido en evidente error de hecho, al no dar por probado que existieron motivos razonables y atendibles para que la demandada se abstuviera de pagar o consignar suma alguna a favor del señor Algaraín Lubo, a la terminación del contrato de trabajo.

"Para efecto de la sustentación de esta censura, ruego a la Honorable Corte se sirva tener en cuenta las consideraciones expuestas a propósito del cargo anterior, especial-

mente las circunstancias relevantes del proceso y la conducta procesal de las partes, elementos estos que de acuerdo al artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, deben considerarse por el juzgador laboral para resolver la controversia. Es cierto que sobre ellos el Tribunal goza de soberanía al valorar las probanzas, pero tal facultad está limitada cuando incurre en error de hecho con carácter de evidente.

"Ya se vio cómo el mismo demandante confesó el abandono del cargo y el hecho de no haber laborado sino cuatro días del preaviso, como se acredita con la carta de retiro que tiene fecha 16 de abril de 1974 y la demanda del proceso, en la cual se sostiene que la terminación del contrato de trabajo operó el 20 del mismo mes y año. Además, lo anterior fue aceptado expresamente por el demandante, a través de su apoderado, durante el curso de la segunda diligencia de inspección judicial (fl. 21) prueba esta que la Sala falladora no tuvo en consideración.

"Todo lo anterior hace ver que asistían a mi representada fundados motivos de certidumbre para reclamar su derecho al pago de los veintiséis (26) días de servicios que el actor dejó de cumplir en forma injustificada, e igualmente, para considerarse autorizada a descontar y retener las sumas liquidadas a favor del actor por prestaciones sociales, teniendo en cuenta el hecho de que el monto de la indemnización resultó de cuantía superior a aquéllas. De manera que si ahora su proceder no se encuentra correcto, no podrá desconocerse que obró de buena fe y mal puede imponerse en su contra el pago de una sanción cuyo valor es muy superior al de las condenas principales".

La Sala estudia

Al examinar las pruebas que el recurrente tiene como apreciadas equivocadamente, no aparecen de bulto los errores de hecho que le atribuye a la sentencia atacada. Antes bien, continúa en pie la circunstancia afirmada por el Tribunal de que la firma demandada no cumplió con el mandato del legislador de consignar judicialmente el monto de lo retenido a su antiguo empleado por concepto de la indemnización derivada de que éste omitió preavisarle su propósito de terminar el contrato de trabajo.

Y como esta omisión de la empresa, que contraviene un texto de claro sentido, fue la base para que el sentenciador la condenara al pago de la indemnización moratoria por no haberle cancelado a Lubo Algarain las prestaciones sociales que reclamó en el juicio y que halló insolutas, según quedó transcrito en el cargo anterior, surge como conclusión forzosa que el presente ataque tampoco prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA el fallo acusado.

Sin costas porque no aparecen causadas.

Cópiese, notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al lugar de origen.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE SALARIOS EN VIRTUD DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 1ª DE 1963

De la afirmación de que la sociedad demandada no dio cumplimiento a la obligación que le impuso la Ley 1ª de 1963, en el sentido de aumentar los salarios en $ 120.00 mensuales, y del hecho de que durante la vigencia del contrato el trabajador no la hubiere requerido para que acatara el mandato legal, no se desprende la confesión —inaceptable, además, por objeto ilícito— de conformidad con el desconocimiento o violación de la ley o de renunciar de un aumento salarial que ella ordenó pagar. Este fenómeno no guarda ninguna similitud con el que se produce cuando el trabajador acepta, expresa o tácitamente, la modificación del salario estipulado en el contrato y continúa prestando sus servicios con uno inferior al inicialmente pactado, pues en tal caso, la rebaja de la remuneración surge como producto del libre juego de la voluntad contractual y es válida por no contrariar los derechos o garantías mínimas que la ley otorga al trabajador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre veintiséis de mil novecientos setenta y seis.

Acta Nº 54.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Mediante libelo que correspondió al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, Manuel Guillermo Rodríguez Sánchez demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada Singer Sewing Machine Company, para que, en cumplimiento de los trámites señalados para el juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle reajuste de salarios, a razón de $ 120.00 mensuales, a partir del 1º de enero de 1963 y hasta el 18 de abril de 1968; remuneración por descansos en días domingos y festivos; reajuste de cesantía, prima de servicios y vacaciones; indemnización por despido injusto; indemnización moratoria y las costas del juicio.

Como hechos, afirmó que había prestado servicios a la sociedad demandada, mediante contrato de trabajo escrito, desde el 21 de marzo de 1960 hasta el 18 de abril de 1968, fecha en la que fue despedido sin justa causa. La empresa no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1963, aumentando el salario en $ 120,00 mensuales como allí se ordena. Tampoco canceló el valor de los descansos dominicales y festivos y liquidó las prestaciones sin tener en cuenta estos factores. El salario promedio mensual devengado fue de $ 2.814,57.

La sociedad se opuso a las pretensiones del actor, aseverando haber "cumplido a cabalidad la Ley 1ª de 1963 en relación con todos los trabajadores suyos que quedaron cobijados por sus prescripciones", haber tenido una justa causa para el despido y liquidado las prestaciones en legal forma.

Agotado el trámite propio de la instancia, el Juzgado del conocimiento desató el litigio, en sentencia de 19 de febrero de 1975, absolviendo a la empresa de todos los cargos y condenando en costas al demandante.

Los autos subieron en consulta al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que, en fallo de 25 de julio de 1975, puso fin a la segunda instancia condenando a Singer Sewing Machine Company a pagar las sumas de $ 7.632.00 por concepto de reajuste de salarios; $ 22.326.27 por dominicales y festivos; $ 6.635.08 por reajuste de cesantía; $ 2.710.62 por reajuste de primas de servicios; $ 1.355.31 por reajuste de vacaciones; $ 123.56 diarios, a partir del 19 de abril de 1968 y hasta cuando se cancelen las cantidades anteriores, como indemnización moratoria, y las costas de la primera instancia. La absolvió de la súplica por indemnización por despido y no condenó en costas por el grado.

Contra la sentencia anterior interpuso recurso de casación el procurador judicial de la parte demandada. Como el dicho recurso se halla legalmente tramitado, se le va a resolver con examen de la respectiva demanda y de la réplica del opositor.

La impugnación

Aspira el recurrente a que la sentencia sea casada parcialmente, "en cuanto, por su ordinal 1º revocando el fallo absolutorio de primer grado, condena a mi mandante a pagarle al actor determinadas sumas por salarios, remuneración de descansos en domingos y festivos, reajuste de cesantía, prima de servicios y auxilio de vacaciones, e indemnización moratoria, y por el ordinal 2º le impone las costas, a fin de que la Honorable Corte, en función de instancia, confirme el aludido fallo de primer grado".

Pretende obtener la finalidad indicada con invocación de la causal 1ª del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y a través de la formulación de los cuatro cargos que a continuación se examinan.

Primer cargo

La sentencia acusada viola, por vía indirecta y por aplicación indebida, los artículos 57-4 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º, parágrafo 3º, de la Ley 1ª de 1963, en relación con los artículos 13, 14, 22, 23, 43, 57, 59, 127, 132, 142, 144, 306 y 405 del Código Sustantivo del Trabajo, 4º de la Ley 187 de 1959, 7º, literal B), ordinales 6º y 8º, del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968); y viola igualmente, por el mismo concepto, los artículos 172, 174, 176, 177, 186, 189, 192, 193, 249, 253 y 306 del mismo Código; 8º del Decreto 617 de 1954 y 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968), y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

A las anteriores infracciones llegó el sentenciador por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, lo cual lo indujo a incurrir en los errores de hecho de "Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor devengó un último salario promedio de $ 123.56 diarios; que no se le hizo en enero de 1963 el aumento de $ 120.00 mensuales, y que no estuvo conforme, durante los últimos cinco años de servicio cuando menos con el promedio salarial que se le vino pagando por la empresa, y que ésta, al no remunerar separadamente de la comisión los descansos en domingos y festivos, al liquidar a Rodríguez en abril de 1968, obró de mala fe por rebelarse contra la jurisprudencia entonces suficientemente conocida, de la Honorable Sala de la Corte Suprema de Justicia".

El censor sostiene que el ad quem, "al entrar a examinar el documento que obra a fls. 44 a 60, en relación con el acta de inspección ocular ha debido desecharlo, en vez de atribuirle un valor probatorio que la ley procesal le niega en absoluto. La errónea apreciación de esas dos probanzas (el acta de inspección ocular de fls. 34 y vto., que reputó erróneamente apreciada en vez de no apreciada, por la cita que de ella hace el sentenciador para determinar la fecha inicial del contrato de trabajo, y el mal llamado 'dictamen pericial', que es apenas el complemento ilegal de aquella inspección ocular), así como la de la demanda en cuanto confesión presunta de la conformidad del actor, durante más de cinco años, con la reducción de su salario en los $ 120.00 mensuales de la Ley 1ª de 1963, y la de las posiciones absueltas por el señor Rodríguez (fls. 26 a 28), cuyo cuestionario (fl. 27), no apreciado, tiende a demostrar que las comisiones del demandante no estaban subordinadas al trabajo diario o semanal sino que eran 'de resultado', fueron la causa de la revocación del fallo absolutorio de primer grado".

Procede luego a referirse a la inspección judicial y al dictamen pericial, criticando lo que denomina "costumbre perniciosa" de

los jueces de designar en las inspecciones judiciales a un tercero para que vea y les cuente lo que ellos, con sus propios ojos, estaban obligados a ver y comprobar. Y después de reproducir apartes de un fallo de esta Sala que explica la naturaleza y objeto de cada una de estas probanzas y censura el nombramiento de peritos para asuntos que no requieren conocimientos especiales, por no ser técnicos ni científicos, remata la acusación así:

"Si, pues, en el caso de autos no se probó la cuantía de ningún salario determinado, resultan indebidamente aplicadas las normas que definen y regulan el salario en general (Arts. 22, 23 y 127 del Código), lo hacen irrenunciable y obligan a pagarlo (arts. 142 y 57-4), así como las que lo toman por base para el pago de descansos en domingos y festivos (arts. 172, 174, 176, 177), cesantía (193, 249, 253), vacaciones (186, 189, 192), primas de servicios (306) y, especialmente, sanción moratoria (art. 65)".

El opositor observa que el dictamen pericial no constituye prueba idónea para originar un error de hecho en casación, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y que el cargo, al plantear la aceptación tácita del trabajador al pago incompleto de su salario introduce un medio nuevo, y, de otro lado, confunde la doctrina jurisprudencial acerca de la disminución del salario por consentimiento mutuo con el incumplimiento de una obligación legal por parte del patrono.

Para resolver, se considera

En relación con la demanda y con el cuestionario formulado al actor por el apoderado de la empresa, el impugnante se limita a afirmar que son pruebas erróneamente apreciada y dejada de estimar, respectivamente, por cuanto la primera contiene la confesión presunta del trabajador de haber dado su conformidad, durante más de cinco años, a la reducción de su salario en $ 120,00 mensuales, y la segunda "tiende a demostrar que las comisiones del demandante no estaban subordinadas al trabajo diario o semanal sino que eran 'de resultado' ". Pero no las analiza con el fin de demostrar la existencia de la confesión que asevera, cómo ella fue mal apreciada y por qué esta circunstancia originó el error o errores evidentes de hecho que atribuye al sentenciador.

De la afirmación de que la sociedad demandada no dio cumplimiento a la obligación que le impuso la Ley 1ª de 1963, en el sentido de aumentar los salarios en $ 120,00 mensuales, y del hecho de que durante la vigencia del contrato el trabajador no la hubiera requerido para que acatara el mandato legal, no se desprende la confesión —inaceptable, además, por objeto ilícito— de conformidad con el desconocimiento o violación de la ley o de renuncia de un aumento salarial que ella ordenó pagar. Este fenómeno no guarda ninguna similitud con el que se produce cuando el trabajador acepta, expresa o tácitamente, la modificación del salario estipulado en el contrato y continúa prestando sus servicios con uno inferior al inicialmente pactado, pues, en tal caso, la rebaja de la remuneración surge como producto del libre juego de la voluntad contractual y es válida por no contrariar los derechos o garantías mínimas que la ley otorga al trabajador.

De otro lado, cabe observar que la demandada plantcó su defensa, desde la contestación de la demanda, sobre la base de que había "cumplido a cabalidad la Ley 1ª de 1963 en relación con todos los trabajadores suyos que quedaron cobijados con sus prescripciones", y que, en ningún momento, durante el desarrollo del juicio, esgrimió el argumento de que el trabajador había renunciado al aumento previsto en ese estatuto legal o dado su asentimiento para que no se le pagara. Proponerlo ahora, por primera vez en el recurso extraordinario de casación, constituye un medio nuevo y, por lo mismo, inadmisible.

El interrogatorio de parte a que fue sometido el trabajador no tuvo ninguna incidencia en el resultado del litigio, con referencia a las decisiones que son materia de impugnación, pues no aparece admitido en él, hecho alguno que perjudique al absolvente. El respectivo cuestionario, en cuanto implica confesión, sólo puede probar en contra de quien lo ha formulado; no es procedente, por tanto, que su autor —que lo fue la parte demandada— aspire a beneficiarse con sus propias manifestaciones. De todas maneras, el recurrente ni siquiera afirma que el interrogatorio prueba algún hecho a su favor, sino que, simplemente, "tiende a demostrar

que las comisiones del demandante no estaban subordinadas al trabajo diario o semanal sino que eran 'de resultado' ". Pero, aún siéndolo de esta clase, como en realidad lo fueron, el argumento se vuelve en su contra, pues, conforme a la ley y a repetida jurisprudencia de esta Sala, sólo en el salario que se pacta por unidad de tiempo, y no en el que se estipula con base en el esfuerzo realizado por el trabajador o teniendo en cuenta el resultado, se considera incluido el valor de los descansos en días domingos y festivos.

El impugnador advierte que reputa erróneamente apreciada el acta de la inspección judicial (fl. 34 y vto.) "por la cita que de ella hace el sentenciador para determinar la fecha inicial del contrato de trabajo". Pues bien, en la referida acta se lee:

"Revisando la hoja de vida del señor GUILLERMO RODRIGUEZ SANCHEZ, el Juzgado pudo constatar de que el demandante (sic) comenzó a laborar el día 21 de marzo de 1978 al servicio de la demandada, según se desprende del contrato de trabajo firmado entre las partes".

La fecha aludida es la misma que se señala en la sentencia como de iniciación de los servicios prestados por el demandante, luego es infundado el reparo que se hace a la apreciación de la dicha prueba, que fue bien estimada lo mismo que las anteriores.

De las probanzas analizadas, como se ha visto, no surge ningún error de hecho. Esta circunstancia impidió el examen del dictamen pericial, prueba que, por no tener aptitud legal para generar un error de esa naturaleza susceptible de ser atacado en casación, a términos del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, sólo podría ser estudiada en el recurso, según criterio jurisprudencial, en el evento de que apareciera demostrado algún error proveniente de prueba calificada por ese precepto como idónea.

Lo anterior no aparece para que la Corte encuentre parcialmente puestas en razón las críticas que formula el recurrente y reitere su censura a la práctica adoptada por algunos jueces de designar peritos para la comprobación de hechos que no lo requieren y que ellos pueden y deben establecer directa y personalmente.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Se enuncia y desarrolla así: "(subsidiario del anterior). Violación, por vía indirecta, de los arts. 57-4 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º con su parágrafo 3º de la Ley 1ª de 1963, en relación con los arts. 22, 23, 13, 14, 43, 57, 59, 137, 132 y 142 y 144 del Código Sustantivo del Trabajo y 4º de la Ley 187 de 1959, y 405 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia del evidente error de hecho de no dar por probado, estándolo, que el actor admitió, sin dar por terminado su contrato —por justa causa— conforme a los arts. 63 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo y 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968), el monto de las comisiones que se le pagaron desde 1963 hasta su despido en 1968, sin la adición de los $ 120,00 mensuales ordenados en la Ley 1ª de 1963. A esa infracción y a la consecuencial aplicación indebida de las normas sobre domingos y festivos (arts. 172, 174, 176, 177), cesantía (193, 249, 253), vacaciones (186, 189, 192) y prima (306) llegó el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda y su respuesta, así como de la nota de despido de fl. 6, que lo condujo a no dar por demostrado, estándolo, que el actor consintió en la disminución del salario que debía haber tenido en enero de 1963. Violación consecuencial, por vía indirecta y por aplicación indebida, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre indemnización moratoria por falta de pago".

"La jurisprudencia de esa honorable Sala de la Corte Suprema tiene admitido, contra la creencia generalizada, que el salario puede ser objeto de reducciones convencionales lícitas, siempre que la disminución no afecte el salario mínimo; y aún más, que esa reducción se presume convencional cuando el trabajador, en vez de invocarla como justa causa de retiro, sigue trabajando en las nuevas condiciones inferiores. Es el desarrollo doctrinario del artículo 132 del Código, en relación con los artículos 142 ibidem (sobre irrenunciabilidad del derecho al salario, no a su cuantía anterior) y de los artículos 13, 14 y 43 sobre irrenunciabilidad a las garantías laborales, sin perjuicio de la libertad de estipulación del salario, sólo frenada por los decretos del salario mínimo.

"Ahora bien: la sola demanda de Rodrí-

guez, notificada en junio de 1968, demuestra que durante MAS DE CINCO AÑOS dejó de recibir, por fuera de la comisión, los $ 120.00 mensuales que ha debido recibir en enero de 1963, conforme a la Ley 1ª de ese año. Luego, si no se retiró del servicio, alegando justa causa (por que el desmejoramiento de las condiciones de trabajo por el patrono lo es, según el artículo 7º, letra B, ordinales 6º y 8º, del Decreto 2351 de 1965), consintió en ello, y nada le adeuda la empresa por ese concepto. Solamente para los amparados por el fuero sindical es preciso pedir autorización judicial para reducir el salario (artículo 405). La aplicación del artículo 57-4 del Código por el sentenciador, aparece a todas luces indebida. Y la del artículo 65 del mismo estatuto, por no haberle pagado en los últimos tres años (pues los dos anteriores estarían prescritos) esos $ 120.00 mensuales, una protuberante monstruosidad".

Se considera

Este cargo propone nuevamente uno de los temas tratados en el anterior. Basta, por consiguiente, para decidirlo, repetir lo que allí se expresó.

No es deber del trabajador recordar al patrono la obligación que tiene de acatar y cumplir la ley. Su silencio, ante el incumplimiento, no puede ser interpretado en el sentido de que dio su aprobación o aceptación tácita a ese proceder y que, como consecuencia, convino en exonerar a la empresa del pago de una parte del salario, precisamente de aquélla no afectada por la libertad de estipulación y que debía cubrírsele por ministerio de la ley.

No hubo desmejoramiento de las condiciones de trabajo pactadas contractualmente, sino simple incumplimiento de una disposición legal. Y si el trabajador no dio por terminado el vínculo por esa causa, tampoco cabe la interpretación de que convalidó aquella conducta patronal y renunció a sus derechos.

El cargo, como se dejó sentado, comporta la introducción de un medio nuevo en casación, pues lo alegado en las instancias por la demandada fue el cabal cumplimiento de la Ley 1ª de 1963 y no su incumplimiento consentido por el trabajador.

No prospera la acusación.

Cargos tercero y cuarto

Ambos acusan violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero por aplicación indebida y el último por interpretación errónea, pero sobre la misma base de habérsele dado una aplicación automática a la referida norma. Por tal razón, se les estudia conjuntamente.

Se considera

El artículo 65 no hace mención expresa del elemento buena o mala fe en la mora patronal. Ha sido la jurisprudencia la que, para atenuar los rigores del precepto y por vía de interpretación, lo ha considerado implícito en él. Por ello, cuando se le aplica automáticamente, deja de dársele este alcance y su violación se produce por interpretación errónea y no por aplicación indebida, que supone un recto entendimiento de la norma en sí misma considerada. La formulación correcta es, pues, la del cuarto cargo y no la del tercero.

La sentencia impugnada, en punto a la indemnización moratoria, tiene la siguiente motivación:

"No habiendo cancelado la empresa la totalidad de los salarios y prestaciones sociales al demandante y, especialmente, las sumas relacionadas con la remuneración de los dominicales y festivos, se hace imperiosa la condenación por este concepto, en desarrollo de la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a razón de $ 123,56 diarios, a partir del 19 de abril de 1968 y hasta cuando se cancele la totalidad de las condenas a que se contrae el presente fallo".

Como se ve, hizo el fallador una aplicación automática del artículo 65, sin tener en cuenta que el elemento buena o mala fe estaba insito en él y es parte integrante de la norma, por lo cual la interpretó equivocadamente, violándola en consecuencia.

El cargo es fundado, pero no logra el propósito de producir el quebrantamiento del fallo, porque al hacer la Corte, en función de instancia, el correspondiente estudio del proceso, forzosamente llegaría a la conclusión de que la mora de la empresa en el pago del aumento del salario ordenado por la Ley 1ª de 1963 y de la remuneración por

descansos obligatorios no aparece justificada. Las obligaciones incumplidas tienen su origen en la ley y la ignorancia de ésta no sirve de excusa.

De otra parte, en relación con el aumento salarial, no adujo razón atendible; simplemente afirmó que lo había pagado a los trabajadores que tuvieron derecho a él, pero no demostró el pago al demandante ni la falta de derecho de éste. Y respecto del valor de los descansos se limitó a negar el hecho de la demanda que afirma la ausencia de pago, y, posteriormente, en casación, a señalar el artículo 176 Código Sustantivo del Trabajo y demás normas reguladoras de los descansos cuando el salario es variable, un sentido distinto del que tienen y que la jurisprudencia ha explicado ampliamente desde tiempos muy anteriores al año de 1988.

Los cargos examinados tampoco prosperan, pero en razón de que uno de ellos resultó fundado no se hará condenación en costas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día veinticinco de julio de mil novecientos setenta y cinco, en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Manuel Guillermo Rodríguez Sánchez contra la sociedad "Singer Sewing Machine Company".

Sin costas.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



PRESCRIPCION DE LA ACCION DE REINTEGRO CONFORME AL ART. 7º DE LA LEY 48 DE 1968

Fecha de la terminación del contrato de trabajo, y la de la consignación judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre dos de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5654. Acta Nº 45.

El Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 20 de mayo de 1976, dirimió en segunda instancia el juicio laboral propuesto por Virgilio Piedrahita Restrepo contra la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) y mantuvo la decisión del primer grado que había condenado a la empresa a pagarle al señor Piedrahita $ 21.025.28 por indemnización moratoria y la había absuelto de las peticiones de libelo, por estar prescrita la acción de reintegro incoada.

Contra aquella providencia interpuso casación el demandante para impetrar que se invalide parcialmente en cuanto confirmó la decisión del Juez, que declaraba que Piedrahita fue despedido sin justa causa el 18 de enero de 1974 y que estaba prescrita la acción de reintegro intentada por él, así como también absolvía a Coltejer de las súplicas del libelo, para que, en su lugar y en sede de instancia, esta Sala declare que tal despido se produjo el 4 de febrero de 1975, que la acción de reintegro no está prescrita y condene a la emoresa a reinstalar en el empleo a Piedrahita y a pagarle los salarios dejados de percibir desde la fecha aludida y hasta que se produzca su reintegro real y efectivo.

Con este propósito formula en su demanda de casación (fls. 9 a 19 de este cuaderno) un solo cargo, que fue replicado por su contraparte (fls. 24 a 29 ibid.).

El cargo está planteado así: "La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, numeral 5º, artículo 3º numeral 7º de la Ley 48 de 1968, como consecuencia de errores de hecho ostensibles, de manifiesto en los autos, provenientes de la equivocada apreciación de la respuesta a la demanda, visible a folios 33 a 39 del expediente y de los documentos que obran a folios 14, 15, 65 y 66 del expediente, en los cuales consta que la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S. A., liquidó y consignó a favor de VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO prestaciones sociales e indemnización por despido injusto por un valor total de $ 45.131.40 ante el Juzgado Laboral del Circuito de Enviado (sic) y las sentencias de 4 de mayo de 1973 del Juez Laboral del Circuito de Envigado y del 25 de enero de 1975 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral— (fls. 102 a 122 del expediente)".

Analiza luego el recurrente las pruebas que considera mal apreciadas por el sentenciador ad quem y asevera que en la contestación de la demanda Coltejer confiesa haber despedido injustamente a Piedrahita el 4 de febrero de 1975 cuando le consignó judicialmente las prestaciones sociales y la indemnización que le debía, luego de esperar a que el Tribunal Superior de Medellín decidiera el litigio existente entre las mismas partes en ese entonces. Ello se corrobora, en su sentir, con lo que aparece de la liquidación que hizo la empresa de lo adeu-

dado a Piedrahita y con el escrito mediante el cual consigna su monto ante el Juez.

Después alude a los fallos proferidos en aquel proceso, transcribe algunos de sus pasajes e insiste en que está demostrando que el despido de Piedrahita se produjo el 4 de febrero de 1975 y, por consiguiente, la acción de reintegro no estaba prescrita cuando se intentó el presente litigio, porque la demanda fue introducida el 4 de marzo de tal año y notificada el 10 de marzo siguiente.

Y bajo el acápite que llama "Demostración del cargo", remata su acusación así:

"Resulta evidente al comparar lo afirmado por el apoderado de la sociedad demandada al contestar la demanda con la fundamentación del **ad quem** que existe una contradicción flagrante, destacándose el hecho de que el Honorable Tribunal deduce que el contrato de trabajo que vinculaba a las partes terminó a partir del 18 de enero de 1974 y que, por consiguiente, la acción de reintegro se encuentra prescrita. La afirmación del **ad quem** sobre este aspecto fundamental de la controversia, sin fundamento alguno, va más allá de lo dicho por el señor apoderado de la sociedad demandada, quien al contestar la demanda expresa rotundamente que la decisión de la Empresa consistente en la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo que la vinculaba con el señor VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO fue tomada como consecuencia de lo dispuesto en la sentencia del Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral— de fecha 25 de enero de 1975. La afirmación del señor apoderado de la empresa concuerda con lo que aparece en los documentos de folios 14 y 15 del expediente respecto de la fecha de terminación del contrato de trabajo (febrero 4 de 1975) y de la liquidación por retiro del trabajador de las prestaciones sociales, compensación de vacaciones e indemnización por despido injusto, consignación efectuada ante el Juez Laboral del Circuito de Envigado.

"El Honorable Tribunal, como consecuencia de la equivocada apreciación de las pruebas ya individualizadas, concluye que el contrato de trabajo que vinculaba a las partes terminó el 18 de enero de 1974, fecha en la cual se le impidió a Virgilio Piedrahita Restrepo ingresar a las instalaciones de la Empresa, interpretando tal hecho como una manifestación concreta en el sentido de dar por terminado dicho contrato a partir de ese momento, en desconocimiento de lo que el propio apoderado de la sociedad demandada afirma en la respuesta al libelo de demanda sobre la actitud asumida por el patrono una vez conocido el resultado del proceso ordinario promovido por el mismo recurrente contra COLTEJER S. A., y que culminó con la sentencia proferida por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral— de fecha 25 de enero de 1975. Al considerar el **ad quem** que el contrato de trabajo que vinculaba a las partes terminó el 18 de enero de 1974 y no el 4 de febrero de 1975 como aparece de los documentos que obran a folios 14 y 15 del expediente, el **ad quem** consideró también que la acción de reintegro estaba prescrita no obstante que la demanda se presentó en febrero de 1975 y fue notificada el día 10 de marzo del mismo año, es decir, a los 35 días de la fecha en que la Empresa canceló unilateral e injustificadamente dicho contrato.

"De la comparación entre las pruebas que se han señalado como equivocadamente apreciadas y la motivación hecha por el Honorable Tribunal, resulta evidente y de manifiesto en los autos los siguientes errores de hecho:

"1. Dar por demostrado, no estándolo, que el contrato de trabajo que vinculaba a VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO con la sociedad COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S. A. 'COLTEJER' terminó el día 18 de enero de 1974.

"2. Dar por demostrado, no estándolo, que la acción de reintegro propuesta por VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO el día 10 de marzo de 1975 se encontraba prescrita.

"3. No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo que vinculó a VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO con la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S. A. 'COLTEJER' terminó el día 4 de febrero de 1975 por decisión unilateral e injustificada de la demandada.

"4. No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada esperó las sentencias de primera y segunda instancia dentro del Juicio Ordinario Laboral adelantado entre las mismas partes para dar por ter-

minado el contrato de trabajo que la vinculaba con el señor VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO.

"5. No dar por demostrado, estándolo, que la acción de reintegro fue propuesta por el actor a escasos 35 días de la fecha de la terminación del contrato de trabajo que lo vinculaba con la sociedad demandada.

"6. No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo que vinculó a las partes terminó el día 4 de febrero de 1975 fecha en que la demandada efectuó la liquidación y pago de las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo que la vinculó con VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO por más de diez años.

"Los anteriores errores de hecho determinaron la resolución proferida por el Honorable Tribunal en la sentencia impugnada y determinaron la violación de las normas citadas al comienzo de este único cargo, sin que puedan considerarse como soportes válidos del fallo los testimonios a que alude el Honorable Tribunal porque ellos no afirman nada respecto a la fecha y al modo de la terminación del contrato de trabajo, pues solamente se refieren a la circunstancia de que el día 18 de enero de 1974 no se le permitió a VIRGILIO PIEDRAHITA la entrada a las instalaciones de la Empresa demandada.

"Si el Honorable Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho que se dejan anotados, necesariamente habría tenido que concluir que VIRGILIO PIEDRAHITA RESTREPO fue despedido por la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S. A. 'COLTEJER' sin justa causa, el día 4 de febrero de 1975 y que en razón de que para esa fecha el actor tenía mucho más de diez (10) años de servicios a la mencionada Empresa tenía derecho a solicitar su reintegro, y que, por haberse presentado y notificado la demanda dentro de los tres meses siguientes a la fecha del despido injusto, se imponía la condenación a la sociedad demandada a reintegrar al recurrente al cargo que desempeñaba antes de salir a disfrutar del permiso sindical permanente remunerado y el pago de los salarios causados y que se causen en el lapso comprendido del 4 de febrero de 1975 (fecha del despido injusto) al día en que se haga efectivo dicho reintegro.

"Queda, pues, demostrado cómo la equivocada apreciación de las pruebas que se citan en este cargo condujo a que el Honorable Tribunal incurriera en los errores de hecho anotados que aparecen de manifiesto en los autos, errores de hecho que incidieron en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, confirmatoria de la sentencia de primera instancia y, que condujeron a la violación, por aplicación indebida, de las normas que se citan al comienzo de este único cargo".

Por su parte, el Tribunal discurre así sobre el tema objeto de la acusación:

"Consecuente con los antecedentes que se dejan narrados y con las decisiones adoptadas en las respectivas oportunidades, la pretensión de que el contrato de trabajo a la fecha de la demanda que por esta providencia se decide aún continuaba vigente, y de que, por tanto, la empresa debe permitirle el ingreso al demandante a ejercer las funciones de tejedor, resulta totalmente improcedente, al igual que la solicitud de reintegro, en razón al tiempo de servicio, porque es evidente que tal acción prescribió conforme al artículo 7º de la Ley 48 de 1968, por haber corrido a la fecha de la demanda un tiempo mayor al previsto en dicha norma, siendo así, como ya se ha dicho y reiterado en el curso de esta providencia, que el despido se produjo el 18 de enero de 1974 al no permitírsele al trabajador penetrar a las instalaciones de la empresa a reasumir sus funciones de tejedor, a las que no quiso reintegrarse el 8 de agosto de 1972. De esta determinación tuvo claro conocimiento el demandante como se desprende de las comunicaciones dirigidas por él al administrador de Rosellón, doctor Darío Villegas Mejía en los días 18 y 21 de enero de 1974 (fls. 23 a 25). Por tanto, no viene al caso considerar si la empresa antes de la primera de las indicadas fechas había hecho o no manifestación expresa o tácita de tal voluntad para que el trabajador hubiera podido instaurar en tiempo oportuno la acción de reintegro, como tampoco calificar el efecto que habría alcanzado tal acción, ni las excepciones que contra ella se pudieran haber invocado, como la referida de 'pleito pendiente', porque la no permisión del ingreso al trabajo en la fecha en que pretendió hacerlo el demandante por considerar que habiendo expirado la Convención y las prerrogativas que ésta le otorgaba, el contrato de trabajo como tejedor continuaba, pues el

hecho de no admitirlo al trabajo era clara manifestación del ánimo patronal de romper unilateralmente el contrato de trabajo, y aún más, de que tal acto era ilegal, puesto que reconoció y consignó el valor de la indemnización, que el trabajador reclamó. De otra parte, así como hizo la reclamación a la empresa por tal determinación, también pudo acudir, como era lo adecuado y necesario, a la vía judicial, como a la postre lo hizo, pero ya fuera del término legal para ello".

La Sala considera

Una lectura cuidadosa de la contestación de la demanda, que el recurrente tiene como prueba mal apreciada, deja en claro que en ella no se confiesa que Coltejer hubiese despedido a Piedrahita el 4 de febrero de 1975, sino que en esa fecha le fue consignado el valor de las condenas que hizo contra la compañía la justicia del trabajo al decidir un pleito promovido por dicho señor y además la indemnización por ruptura del contrato de trabajo que Coltejer estimaba deberle como consecuencia de haberle impedido entrar al sitio de labores el 18 de enero de 1974 (fls. 36 y 37 C. 1º, respuesta dada a los hechos 1º, 7º, 8º, 9º y 10º de la demanda de Piedrahita).

No aparece fundado entonces el parecer del recurrente en cuanto a que el día del despido de Piedrahita fue el mismo en que Coltejer le consignó judicialmente sus prestaciones e indemnización, ya mencionadas, pues todas las respuestas a la demanda son rotundas en la manifestación de que dicho despido se produjo el 18 de enero de 1974, sin que la demora en hacer esa consignación, en espera de que el Tribunal de Medellín decidiera un pleito entre las mismas partes, tenga ostensiblemente el significado que en el cargo se le atribuye.

De otra parte, los documentos que obran a folios 15 y 16 del primer cuaderno, repetidos a folios 65 y 66 del mismo cuaderno, no indican ninguna fecha como la del despido de Piedrahita. Sólo dicen que el 4 de febrero de 1975 fue hecha la consignación judicial, mencionada varias veces.

Se desprende así que del examen de las pruebas que el impugnante considera mal apreciadas en el fallo que acusa no resultan configurados, y, menos aún, con la evidencia indispensable en casación, los errores de hecho imputados al Tribunal. Y si a ello se añade que la decisión atacada se funda también en los documentos que obran de folios 23 a 25 del cuaderno primero, en los cuales Piedrahita expresó su deseo de reintegrarse a su trabajo desde el 18 de enero de 1974 (fl. 23), y confesó que en ese día Coltejer no le permitió realizar ese propósito (fls. 24 y 25), fácil resulta concluir que ese soporte de la decisión queda incólume y es suficiente para que se mantenga firme el criterio del Tribunal en cuanto a que el despido del actor ocurrió el 18 de enero de 1974 y que, por ende, cuando demandó su reintegro en marzo de 1975, la respectiva acción había prescrito legalmente.

Todo lo que acaba de exponerse conduce de manera necesaria a que el cargo no pueda prosperar.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo acusado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Los Magistrados,

Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EFECTO DE COSA JUZGADA QUE EL ART. 78 DEL CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO LE DA AL ARREGLO CONCILIATORIO

"El artículo 78 del Código Procesal del Trabajo le da al arreglo conciliatorio, o conciliación, la fuerza de cosa juzgada que, como tal, hace imposible cualquier litigio ulterior entre las mismas partes y sobre las materias que fueron objeto del avenimiento cordial, auspiciado y controlado en cuanto a su acomodo a la ley por autoridad pública especializada en la materia"

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Ref.: Expediente Nº 5497. Acta Nº 44.

En el juicio propuesto por Roberto Acosta Perea contra la Compañía Frutera de Sevilla, el Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia del 29 de enero de 1976, confirmó la del primer grado, condenatoria contra la empresa por concepto de pensión plena de jubilación.

Ella recurre entonces en casación para que se invalide ese fallo, se revoque luego el del Juez y se la absuelva finalmente de lo pedido en el libelo, por estar configurada en este caso la excepción perentoria de cosa juzgada o, en subsidio, la de transacción.

Así consta en la demanda respectiva (fs. 7 a 13 de este cuaderno), donde formula dos cargos que no merecieron respuesta de la contraparte y que conviene analizar ahora:

Primer cargo

Reza así: "Con apoyo en la causal primera de casación laboral (D. L. 528 de 1964, a 60 y L. 16 de 1968, a 7º), acuso la sentencia ya individualizada de violar la ley sustancial, así: Por vía indirecta, los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral, por error de hecho manifiesto, y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 5º del Decreto-Ley 435 de 1971 y 1º y 3º de la Ley 10 de 1972 a un caso no regulado por ellos. Tales violaciones implicaron además el desconocimiento del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y la aplicación indebida de los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo y ordinales 4º y 5º del artículo 373 de la misma obra, en relación con los artículos 1602, 1625, 2489 y 2483 del Código Civil.

"El error de hecho proviene de la equivocada apreciación de los documentos fls. 2 y 3; 6 a 14; 15 a 18; 19 y 20; 21 a 32; 3º y vto. y 82 a 109, así como de los transcritos en las actas de inspección ocular de 51 a 61 y consistió en no dar por demostrado, estándolo, que la conciliación propuesta por la Compañía, discutida y aceptada por el sindicato de Braceros y por éstos individualmente, aprobados por los funcionarios del Trabajo y ratificada, como transacción, por cada trabajador (Roberto Acosta Perea, en este caso) estipuló el reconocimiento de una PENSION ESPECIAL, distinta de la legal y de cuantía superior a ella, cuya liquidación debía someterse a dos condiciones: que en vez de tomar como base el salario promedio del último año de servicios, se tomaría el del año que terminó el 7 de noviembre de 1985 por haber sido mucho mayor, y que en vez de computar los 21 ó 22 años servidos a la Magdalena Fruit y a la Frutera de Se-

villa, se coputarían únicamente los 17 años 11 meses y 20 días servidos a la última. Como también en no dar por probado estándolo, que la pensión reclamada en el juicio laboral fue la misma discutida, conciliada, liquidada y pagada por la Compañía.

"Dice en efecto la sentencia que impugno (fl. 12 cuaderno II): "... no encuentra la Sala en parte alguna el hecho de que los trabajadores que pactaron la conciliación haya aceptado que se les reconozca pensión ESPECIAL de jubilación por los servicios prestados a la Cía. Frutera de Sevilla".

"El 'arreglo conciliatorio' no consiste apenas en el acta de fls. 85 a 87, que se firmó en desarrollo de lo acordado y discutido con el Sindicato, como consta en las actas de 24 de diciembre de 1965 y 19 de enero de 1966 (fls. 87 a 93). También en desarrollo de aquel acuerdo se firmó por Acosta Perea la constancia transaccional de fl. 21, en la que acepta limitar el tiempo computable a los 17 años 11 meses 20 días servidos 'a la Cia. Frutera de Sevilla en las fechas arriba anotadas', a cambio de no tomar como base 'el promedio del salario mensual en el último año de servicios sino ese mismo promedio en el año que fenece el 7 de noviembre de 1965, que representa una suma mayor y por tanto más favorable para el exponente'.

"Conviene destacar que las condiciones de la empresa fueron minuciosamente examinadas y discutidas en la asamblea sindical del 24 de diciembre de 1965, en presencia del delegado especial del Ministerio, doctor Gerardo Zúñiga (fls. 85 a 87), y que el literal b), de tales condiciones rezaba: 'Las pensiones de jubilación POR EL TIEMPO TRABAJADO A LA CIA. FRUTERA DE SEVILLA se liquidaran con el salario resultante PARA EL 7 DE NOVIEMBRE, previa la terminación del respectivo contrato POR JUSTA CAUSA'. Y agrega el acta de la asamblea: 'LOS PUNTOS ANTERIORES FUERON APROBADOS, después de varias intervenciones del Delegado del Ministerio, de Directivos del sindicato y de asistentes a la asamblea, con lo cual fueron suficientemente aclarados'. Otra de las condiciones (literal 'h') consistió en que, PREVIA autorización del Ministerio para la clausura de actividades, se terminarían los contratos 'por mutuo acuerdo'. Autorización ministerial que aparece concedida (fls. 83 a 85) y 'mutuo acuerdo' que consta en el acta de conciliación (fls. 85 a 87) y en la transacción individual con Acosta Perea (fl. 21).

"Los errores de hecho anotados son, pues evidentes. Así los halló esa honorable Corte en otros casos idénticos (v. gr., los de los señores MILCIADES VASQUEZ SOTO y ANTONIO LOPEZ BOHORQUEZ contra la misma Compañía Frutera de Sevilla, fundados en las mismas pruebas, las mismas actas de conciliación y transacción e iguales bases de tiempo y salario convencionales), fallados el 21 de marzo de 1972 y el 7 de febrero de 1973, respectivamente.

"De no haber incurrido en tales errores, el sentenciador les habría dado a los documentos auténticos e inspecciones oculares en que consta la conciliación, la fuerza de cosa juzgada que le confieren los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento Laboral. Y al dársela, habría declarado probada la excepción de cosa juzgada y absuelto a la Compañía. Por no darle esa fuerza a la conciliación, fue por lo que aplicó indebidamente, no siendo pertinentes, los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre pensión PLENA de jubilación y 5º del Decreto-Ley 435 de 1971 y 1º y 3º de la Ley 10 de 1972, sobre reajuste de esa pensión. De otro lado, como consecuencia de esas infracciones, el sentenciador resolvió ESCINDIR LA NORMA JURIDICA CONCILIATORIA o convencional, contra la prohibición del artículo 21 del Código, tomando una parte del convenio (la congelación de un salario promedio más favorable que el previsto en el Código para la pensión plena) pero rechazando su contrapartida, que era el cómputo de un tiempo especial".

Se considera

La conciliación, o sea el arreglo amigable y supervisado por una autoridad administrativa o judicial del trabajo que el patrono y el asalariado hacen de las diferencias que hayan surgido entre ellos durante el desarrollo del contrato de trabajo o a su terminación, es manera eficaz de precaver conflictos laborales, por cuanto los soluciona de antemano en forma legítima, pacífica y equitativa para las partes, de lo cual da testimonio la intervención de la autoridad en ella, debe tener solidez suficiente para la prevención del eventual pleito futuro, que

es el móvil de quienes conciliam, sea una realidad y no mera ilusión.

Por ello, el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo le da al arreglo conciliatorio, o conciliación, la fuerza de cosa juzgada que, como tal, hace imposible cualquier litigio ulterior entre las mismas partes y sobre las materias que fueron objeto del avenimiento cordial, auspiciado y controlado en cuanto a su acomodo a la ley por autoridad pública especializada en la materia.

La conciliación con el patrono pueden hacerla, bien el trabajador directamente, bien el sindicato al cual pertenezca éste, en virtud de las facultades de asesoría y de representación de sus afiliados que el artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo les concede a las organizaciones sindicales, o bien de manera abstracta y en beneficio general de sus miembros por el sindicato con desarrollo y cumplimiento específico y concreto en el caso individual de cada trabajador. De todos modos, la conciliación conservará su esencia jurídica y producirá el efecto que la ley le atribuye.

Hechas las reflexiones anteriores y después de analizar los documentos que menciona el recurrente en su primer cargo, resulta:

a) Que para solucionar la situación conflictiva resultante del retiro de la Compañía Frutera de Sevilla de la zona bananera del Magdalena y también la penuria económica de los trabajadores de que da cuenta la carta dirigida por el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta a la Compañía (fls. 22 y 23, C. 1º), estas dos entidades, con la intervención de las autoridades administrativas del trabajo, celebraron un arreglo conciliatorio cuyo texto obra de folios 30 a 33 del mismo cuaderno, el cual fue aprobado por la asamblea del sindicato (fls. 35 a 38 ibid.);

b) Que, dentro de las estipulaciones contenidas en dicho arreglo, y en lo pertinente para el caso sub judice, aparece acordado que: 1º) Los contratos individuales de trabajo quedaban terminados por mutuo consentimiento el 26 de enero de 1966; 2º) Para el cálculo de las prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores se tendrá en cuenta el promedio mensual de lo devengado en la anualidad vencida el 7 de noviembre de 1965, por ser este promedio superior y más favorable al asalariado que el del último año de servicios; 3º) Pago de pensiones de jubilación, calculadas con base en dicho promedio, a los trabajadores que tengan derecho a recibirla de acuerdo con su tiempo de servicios; 4º) Liquidación individual hecha a cada trabajador, conforme al convenio, con cuyo pago la compañía queda a paz y en salvo "por razón de las relaciones tanto colectivas como individuales que han existido entre las partes así como en relación con los trabajadores afiliados al Sindicato", según pasaje textual del arreglo; 5º) Aprobación expresa del convenio por parte del Delegado Especial del Ministro y de la Inspectora Nacional del Trabajo de Santa Marta, con la advertencia de que según el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo, tienen valor de cosa juzgada (fls. 39 a 41);

c) Que en el caso del demandante Acosta, esa liquidación le fue practicada y en ella se le reconoció pensión de jubilación de $ 536.75 mensuales, según consta en documento que aparece firmado por el trabajador (fl. 21 ibid.);

d) Queda en claro así que en el juicio se demostró la existencia de un arreglo conciliatorio entre el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta y la empresa demandada, en virtud del cual el demandante Acosta Pérez recibió pensión de jubilación liquidada sobre un salario básico convencional, mayor que el promedio de su último año de servicios.

Dicha conciliación que, de acuerdo con el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo, tiene el efecto de cosa juzgada, ha debido ser tenida en cuenta íntegralmente por el Tribunal ad quem en su sentencia, por ser un hecho demostrado irrefragablemente en el proceso. Y al no haber procedido así, cayó en los errores de hecho que le atribuye el recurrente.

A través de ellos incurrió también el sentenciador en las violaciones de textos legales que el cargo puntualiza y éste debe prosperar, por lo tanto, casarse la sentencia recurrida y revocar luego la del juez para declarar probada, en su reemplazo, la excepción de cosa juzgada, conforme a las consideraciones ya hechas, que valen para la sede de instancia.

Al haber prosperado el primer cargo, resulta innecesario estudiar el segundo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA el fallo recurrido, revoca el de la primera instancia y, en su lugar, declara que está probada la excepción de cosa juzgada, propuesta por la "Compañía Frutera de Sevilla".

Sin costas.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., con salvamento de voto; *Juan Hernández Sáenz.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO

La Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral había venido sosteniendo en casos similares al que se estudia que no existía error evidente de hecho en la apreciación de la conciliación o acuerdo celebrado entre la Compañía Frutera de Sevilla, porque del respectivo documento surgían dos conclusiones, ambas lógicas, por lo cual no se contrariaba la realidad de los hechos si el Tribunal Superior adoptaba una de ellas. Insisto en esos puntos de vista y de ahí que para fundamentar mi salvamento de voto transcriba lo que dijo la Sección Primera en sentencia de veintidós de junio de mil novecientos setenta y dos, no sin antes agregar que de ninguna manera se desconoce en esos fallos el valor de la cosa juzgada, sino que se interpreta un convenio celebrado entre las partes. Dijo así la Sección Primera:

"De acuerdo con las transcripciones anteriores lo que en el presente negocio se debate son dos tesis, opuestas interrogativas del acuerdo conciliatorio llevado a efecto entre las partes, tesis que son: PRIMERA TESIS: El tenor del acuerdo conciliatorio se remite en todos los casos a las disposiciones legales que rigen los derechos en él expresados, así: en el punto b): 'A otorgar pensión de jubilación **de acuerdo con las disposiciones legales** a los trabajadores de la Compañía **que tengan derecho a ella**..... Los trabajadores **con derecho a pensión** acreditarán su edad **en la forma legal**'; en el punto c): 'A liquidarles y pagarles el auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales **a que tengan derecho en armonía con las disposiciones legales**, y, en el literal 7º: 'A los trabajadores que, habiendo prestado sus servicios a la Compañía por tiempo suficiente para ser pensionados sin haber llegado **a la edad legal**, se les concederá dicha prestación social, una vez la soliciten por haber llenado los debidos requisitos, que se **comprobarán de acuerdo con las disposiciones legales**' (Los subrayados son de la Sala). Es decir, la conciliación no estableció prestaciones distintas de las consagradas de antemano por el código, desde el momento en que la compañía se comprometió a otorgarles a los trabajadores 'que tengan derecho a ellas', 'de acuerdo o en armonía con las disposiciones legales'. Así aparece del texto, cuando asienta: 'A otorgar pensión de jubilación, **de acuerdo con las disposiciones legales, a los trabajadores que tengan derecho a ella**'. Y qué trabajadores tenían derecho de acuerdo con las disposiciones legales' a pensión jubilatoria en la fecha del convenio? Los que se encontraban en la situación señalada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea, que hubieran cumplido 20 años de servicio y 55 de edad, pues la pensión especial del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 (excepto el 2º inciso, **in fine**) quedaba excluida del arreglo en cuanto que se causa por despido injusto y en él se convino expresamente (punto 3º) que la terminación de los contratos se haría 'por mutuo acuerdo' entre la compañía y sus trabajadores. Corrobora este aserto la frase final del literal b) del punto 5º, al decir: 'Los trabajadores **con derecho a pensión** acreditarán su edad en la forma legal', o sea, que se partía de la base de los trabajadores que tenían derecho a pensión, sin indicar ni tiempo de servicios, ni edad distinta de las señaladas en la ley. Y si se hubiera querido crear una prestación diferente de la legal en cuanto a la edad y al tiempo trabajado, así lo habría expresado el acuerdo. Y no sólo no lo hizo, sino que reiteró en la cláusula: 'De acuerdo con las disposiciones legales, a los trabajadores **que tengan derecho a ella**', 'los trabajadores **con derecho a pensión** acreditarán su edad en la forma legal'. Refuerza esta interpretación literal la consideración de que los tra-

bajadores que a la fecha de la conciliación habían arribado a los 20 años de servicios y a los 55 de edad, tenían el status de jubilado, un derecho adquirido irrenunciable que no podía ser objeto de transacción respecto de esos dos elementos. El acuerdo conciliatorio, por lo tanto, tenía que reconocer este hecho y de allí las expresiones que empleó y acaban de relievarse. Lo que sí podía ser objeto de la conciliación era la base salarial para liquidar la pensión y fue ésta la conciliada, diciendo: 'Tomando como salario básico el promedio mensual de lo devengado por cada trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, lo cual es más favorable para los trabajadores que efectuar tal liquidación de conformidad con el promedio de lo devengado en el último año de servicio...'. Podrán objetarse que el interpretar el acuerdo tantas veces citado en el sentido de que no estableció una pensión especial, sino que se refirió a la consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pero liquidada con salario diferente del previsto en la misma norma, se quebranta el artículo 21 **ibidem**, pues se aplica parte de la ley y parte de la Convención. Pero este precepto no impide que en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales (el acuerdo conciliatorio que se analiza es en el fondo una convención colectiva) se convengan: 'salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical y a las prestaciones proporcionales al salario, en los casos en que éste no sea fijo, como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea', según reza el artículo 141 del código citado. Y al negocio **sub judice** se refiere precisamente a salarios no fijos, sino variables, pues los trabajadores que el convenio relaciona disfrutaban de un jornal en proporción a los embarques de banano y como éstos empezaron a descender por la liquidación de la compañía, se redujeron del mismo modo sus salarios. Esta la causa de que se produjera un conflicto colectivo, desatado, con intervención del Ministerio del Trabajo, en el acuerdo conciliatorio de que se viene hablando. No se trataría, por tanto, de conflicto o duda entre normas vigentes de trabajo aplicables al evento **sub lite**, sino de que el predicho acuerdo estableció 'un salario básico fijo', conforme al artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo, para liquidar las prestaciones sociales (entre ellas la jubilación) **'a que tenían derecho conforme a las disposiciones legales'**, los trabajadores de la compañía demandada. La circunstancia de que ésta, haya reconocido pensión jubilatoria al actor con sólo 17 y medio años de servicios a la misma, no significa que no tuviera derecho a tal prestación conforme al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, acumulando al tiempo servido a la demandada y a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company, respecto de las cuales existe unidad de empresa reconocida en numerosas jurisprudencias de la Sala Laboral de la Corte. SEGUNDA TESIS: El acuerdo conciliatorio no puede estudiarse sin desligarlo de sus antecedentes y uno de ellos, claro y preciso, fue la aprobación impartida por el Sindicato en la Asamblea General del 24 de diciembre de 1963 (fls. 109 a 112 c. principal del juicio) al memorando presentado por la compañía en su parte que dice: 'a) La Convención Colectiva se entiende prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales, y éstos serán terminados por mútuo acuerdo entre las partes, al cancelarse los embarques de banano; b) Las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre dicho, previa la terminación de los respectivos contratos por justa causa por parte de la compañía'. En este punto sin lugar a dudas, se habla del reconocimiento de pensiones de jubilación 'por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla', o sea, que se excluyó el servicio prestado a las sociedades antecesoras de esa empresa. Esta, la razón por la cual al actor la pensión jubilatoria se le liquidó con los 17 años y medio laborados a la demandada. La transacción implica el que ambos contratantes cedan recíprocamente parte de sus pretensiones y si el acuerdo conciliatorio se interpreta en el sentido de que se limitó a fijar el salario base para la liquidación de las pensiones de jubilación y demás derechos sociales, no habría contraprestación en favor de la compañía, motivo por el cual ha de entenderse que si ésta accedió a liquidarlos con ese salario más alto que el que hubiera resultado del devengado por los trabajadores en el último año de servicio, fue porque éstos admitieron que el tiempo

para reconocer la pensión se reducía al servicio a la Compañía Frutera de Sevilla, sin computar al trabajador a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company. Pero si, a pesar de lo convenido en la conciliación, quisieran los trabajadores acogerse al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, acumulando al tiempo laborado a las tres sociedades indicadas, con base en el concepto de unidad de empresa, reconocido por la jurisprudencia laboral respecto de ellas, debería aplicarse esta norma en su integridad, de modo que se liquidase la pensión con el promedio de los sueldos devengados en el último año de servicios y no tomando parte de dicha norma (tiempo de servicios y edad) y parte del acuerdo conciliatorio (al salario especial fijado en ella), pues se quebraría el artículo 21 de la misma obra. De la confrontación de estas dos tesis resultan argumentos respetables o valederos en favor de la una o de la otra, con apoyo en las pruebas del proceso, es decir, ninguna de ellas presenta objetivamente error que surja manifiesto, pues, según lo ha repetido la jurisprudencia, 'el error de hecho manifiesto, en materia de estimación o interpretación del contrato no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato como prueba del proceso se le hace decir lo que no dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo o desnaturalizarlo de tal suerte obvia o evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas' (véase sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1968. Celanese Colombiana S. A. contra el Sindicato de sus trabajadores). Y en el evento sub lite la adhesión a cualquiera de las dos tesis planteadas no desnaturaliza o niega de manera palmaria las voces objetivas del acuerdo conciliatorio, por lo cual prima el criterio del Tribunal en la interpretación de lo pactado. Y esto, aun cuando el de la Sala fuera distinto, ya que no siendo la casación una tercera instancia, únicamente un yerro flagrante manifiesto, evidente pueda dar campo a invalidar la sentencia de segunda instancia".

Dejo así salvado mi voto.

Fecha ut supra.

José Eduardo Gnecco C.

EXISTENCIA DE UNO O DE DOS CONTRATOS DE TRABAJO

(Error de Hecho)

"SALARIO VARIABLE". (Descanso Dominical).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Ref.: Radicación Nº 5587. Acta Nº 57.

Humberto Cárdenas Macías, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 17'033.363 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a la sociedad **Industrias Cannon de Colombia Limitada**, para que se la condenase al reintegro del actor, al pago de los salarios desde el despido hasta el reintegro y se declarase que entre las dos fechas no existió solución de continuidad, o para que en subsidio, se condenase a la demandada a pagar cesantía, indemnización por despido, indemnización por mora, el valor de los descansos en domingos y festivos, reajuste de vacaciones, reajuste de primas de servicios, comisiones y jubilación.

Los hechos de la demanda son:

"1º Mi mandante, es decir, el señor HUMBERTO CARDENAS MACIAS, empezó a trabajar al servicio de la demandada el día once (11) de octubre de 1962.

"2º El cargo que desempeñaba el señor HUMBERTO CARDENAS MACIAS en la sociedad demandada era el de Agente Vendedor en la ciudad de Bogotá.

"3º Como sueldo el señor HUMBERTO CARDENAS MACIAS, tenía una comisión del cuatro por ciento (4%) sobre despachos.

"4º De acuerdo con el certificado dado por la sociedad demandada para asuntos de declaración de renta para el año de 1972, el señor HUMBERTO CARDENAS MACIAS devengaba un salario mensual de $ 26.751,58.

"5º Como el salario de mi mandante, era variable lo lógico y de acuerdo con la Ley Laboral era de que la empresa demandada, de acuerdo al monto total devengado mensualmente le liquidara los dominicales y festivos a que tenía derecho.

"6º El día catorce (14) de marzo de 1973, sin que mediara justa causa resolvieron dar por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral e ilegal.

"7º Hasta el momento de la presente demanda la sociedad demandada no ha pagado las comisiones del lapso comprendido entre el primero (1º) hasta el catorce (14) de marzo del presente año, por las ventas efectuadas por el señor HUMBERTO CARDENAS MACIAS, a razón de una comisión del cuatro por ciento (4%) que devengaba.

"8º Hasta el momento la demandada no ha pagado al señor HUMBERTO CARDENAS MACIAS, lo correspondiente a la indemnización por el despido injusto de que trata el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"9º Hasta el momento de la presente demanda, la sociedad demandada no ha pagado a mi mandante lo correspondiente a la cesantía durante el lapso trabajado al servicio de INDUSTRIAS CANNON DE COLOMBIA LTDA., es decir, del once (11) de octubre de 1962 hasta el catorce (14) de marzo de 1973.

"10. A pesar de tener conocimiento la empresa demandada de que el señor HUMBERTO CARDENAS MACIAS, llevaba más de diez (10) años a su servicio y que no existía

justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo que los vinculaba, resolvió despedirlo. Y es por esto que solicito el reintegro de mi mandante al mismo cargo y con la misma remuneración que tenía, de acuerdo al ordinal 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"11. En la carta de despido de fecha catorce (14) de marzo de 1973, no se invoca ningún artículo u ordinal que justifique que efectivamente existió justa causa para que ocurriera su despido.

"12. Mi mandante celebró una venta en la zona franca Islas Margaritas de Venezuela por un valor aproximado de US$ 120.000.00, correspondiéndole por esta venta una comisión de $ 125.000.00, de los cuales solamente le fueron pagados $ 75.000.00 en cheque girado directamente por el señor LEON TABACINIC, quedándole un saldo de $ 50.000.00 que hasta el momento no le han sido cancelados, y

"13. La anterior comisión no fue tenida en cuenta por la sociedad demandada, con el objeto de buscar el salario base, para efectuar las respectivas liquidaciones de vacaciones y primas de servicio, cuando éste ha debido hacerse ya que el salario de mi mandante era variable".

El apoderado de la demandada se opuso a las pretensiones del actor, negó la causa de la acción y los fundamentos de derecho invocados, solicitó que se condenara en costas al demandante y contestó los hechos de la siguiente manera:

"EL PRIMERO y el SEGUNDO son ciertos, con la aclaración de que se refieren a un contrato de trabajo extinguido el 15 de enero de 1968 por renuncia del empleado aceptada por la empresa. El finiquito de aquél y la liquidación y pago de sus prestaciones sociales fueron objeto de una conciliación aprobada por el funcionario competente.

"EL TERCERO no me consta: me atengo a los términos de los respectivos contratos escritos.

"EL CUARTO y el OCTAVO son ciertos, el último en razón de que hubo justa causa de despido.

"EL QUINTO no es un 'hecho' sino un concepto jurídico equivocado, que desde luego rechazo.

"Niego el SEXTO y el DECIMO porque hubo justa causa, que mi mandante invocó por escrito en su oportunidad.

"Niego también el SEPTIMO y el NOVENO, porque se hicieron las consignaciones judiciales de todo lo debido conforme a la ley.

"Admito el UNDECIMO, que implica la confesión de ser ciertas las imputaciones contenidas en la carta de despido, pues sólo se la censura por no indicar 'ningún artículo u ordinal' que prohíba los hechos concretos en que radican tales acusaciones. Censura que, por lo demás, contraría el entendimiento acogido por la doctrina y la jurisprudencia respecto del artículo 66 del Código Laboral, inmediato modelo del parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, cuyo propósito no es exigir a todos los patronos y asalariados la especialización en la legislación del trabajo, con sus 'artículos', 'ordinales', inciso y parágrafos, sino que hasta el más modesto obrero conozca el 'motivo' de su despido, vale decir, sepa por qué se le despide, aunque ignore el 'artículo' 'ordinal', inciso o parágrafo en que se apoye su empleador.

"Y rechazo, finalmente, el DUODECIMO y el DECIMOTERCERO, porque la venta de mercancías en el extranjero, el convenio de una comisión especial y el pago parcial de la misma, que el demandante afirma, no se los atribuye a la sociedad demandada sino a un tercero; porque esos hechos no ocurrieron y porque, aún en el falso supuesto de que hubieran ocurrido y de que le fueran imputables a mi mandante, estarían regidos por la ley venezolana y no por la colombiana, según el artículo 2º de nuestro Código Laboral y su reiterada interpretación por la honorable Corte Suprema de Justicia, sin afectar el contrato de trabajo celebrado y ejecutado en Colombia, ni sus consecuencias, prestaciones o indemnizatorias".

La Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 7 de abril de 1975, condenó a la demandada a pagar al actor $ 139.191.35 por cesantía, $ 12.127.32 por comisiones, y el 40% de las costas, absolvió de las demás peticiones, declaró parcialmente probada la excepción de pago hasta la cantidad de $ 159.524.33 y la de compensación hasta la suma de $ 2.999.95 y no probadas las restantes. Ambas partes apelaron de la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Bogotá, en fallo de 10 de mayo de 1976, revocó la sentencia apelada, absolvió a la demandada de todos los cargos formulados y condenó en las costas de ambas instancias al actor. Contra la providencia indicada, interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con base en la causal primera de casación laboral se formulan tres cargos que serán estudiados junto con el escrito de oposición.

Primer cargo

Dice el recurrente:

"La sentencia impugnada viola indirectamente, en el concepto de aplicación indebida, las siguientes disposiciones sustanciales: artículos 22, 23, 24, 25, 37, 55, 57, 4º, 98, 127, 249, 254 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, elevado a ley permanente por la 48 de 1968, y, por violación, de medio, los artículos 61, 20 y 78 del Código de Procedimiento del Trabajo, 187, 195 y 200 del Código de Procedimiento Civil, debido a errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas que singularizaré más adelante.

Errores en que incurrió el sentenciador

"1º Haber dado por demostrado, no estándolo, que entre las partes existieron dos contratos de trabajo; uno que se inició el 11 de octubre de 1962 y terminó el 15 de enero de 1968 y otro que comenzó el 1º de febrero de 1968 y se extinguió el 14 de marzo de 1973.

"2º No haber dado por demostrado, estándolo, que la relación laboral entre las partes fue una sola, iniciada el 11 de octubre de 1961 y terminada el 14 de marzo de 1973.

"3º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la demandada cubrió al actor las comisiones insolutas, a cuyo pago condenó el a quo.

Pruebas equivocadamente apreciadas

"a) La demanda y su contestación;

"b) La carta de renuncia del folio 35;

"c) La carta de aceptación de ésta del folio 36;

"d) El acta de conciliación de folios 33 y 34;

"e) El interrogatorio absuelto por el actor (fl. 90);

"f) Los documentos de folios 123, 124, 125, 126 y 127, por los que la empresa encarga al actor de varios negocios;

"g) Los documentos de folios 24 y 25 sobre recibo por mi poderdante de títulos de depósito judicial".

El impugnador reproduce algunos párrafos de la sentencia acusada, da por sentado que la entrega de mercancía y el cobro de los valores de las ventas son inherentes a la naturaleza del contrato de agentes vendedores, y que estaban dentro de las funciones del demandante; hace un recuento de las pruebas que indica mal apreciadas, encuentra confesión en la respuesta del demandante a la segunda pregunta del pliego, dice que no hay prueba contra ella, sino que los documentos corroboran la confesión, interpreta cuatro cartas en el sentido de que se le encargaron dos negocios de cobro y dos de entrega de mercancía, hace notar que en las cartas no existe alusión a que no se estuviese al servicio de la empresa, advierte que el señor Cárdenas no demostró extrañeza por los encargos, expresa que el lenguaje empleado en las comunicaciones es de mandato, deduce de las fechas de las cartas una relación de servicio personal entre el 15 de enero y el 1º de febrero de 1968, alega que la simulación siempre busca efectos contrarios a la ley, y sostiene que no desconoce el efecto de cosa juzgada que tiene la conciliación celebrada entre las partes.

El recurrente presenta como errores consecuenciales los relativos a la absolución por comisiones, que hace provenir de haber admitido la existencia de dos contratos y de considerar los recibos de los títulos de consignación como válidos para liberar de la obligación de las comisiones, y el relativo a la absolución por indemnización moratoria que proviene de haber encontrado solucionadas las otras obligaciones reclamadas.

El cargo termina así:

Alcance de la impugnación

"Si la honorable Sala encuentra valedero este cargo, cuya fehaciente demostración creo haber hecho, deberá CASAR la sentencia impugnada en cuanto absolvió del pago de auxilio de cesantía, salarios o comisiones insolutas e indemnización moratoria y, en sede de instancia, CONFIRMAR la del a quo por lo que hace a la condenación a cubrir tales comisiones o salarios y el auxilio de cesantía, aclarándola en el sentido que la excepción parcial de pago que declaró probada, se refiere a la suma global correspondiente a dicho auxilio por todo el tiempo de la relación laboral y queda a deber a mi poderdante un saldo líquido de $ 139.191.35; REVOCAR la misma sentencia del a quo en lo que se refiere a la indemnización moratoria, y, en su lugar, CONDENAR a la demandada a reconocer al actor un día de salario desde la terminación unilateral de su contrato hasta que satisfaga las acreencias anteriores".

El opositor hace algunas consideraciones sobre la indivisibilidad de la confesión, transcribe doctrina de un autor sobre pruebas, advierte que la terminación del contrato no solamente está probada la confesión de Cárdenas, sino por la prueba documental, la cual se refiere a hechos distintos a la firma de la renuncia, transcribe doctrina por la cual no se admite legalmente en Colombia prueba en contra de lo escrito por las partes, analiza las cartas en que el recurrente apoya la simulación y concluye que no resultan evidenciados los errores propuestos en el cargo.

Se considera

El sentenciador dice:

"El Tribunal no puede pasar por alto la circunstancia de que, de acuerdo con las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda, el señor Humberto Cárdenas Macías renunció a su empleo el día 15 de enero de 1968; que su renuncia le fue aceptada y el monto de sus prestaciones debidamente conciliadas. Esta afirmación aparece plenamente demostrada con los siguientes documentos auténticos, la renuncia del demandante, con la carta que obra a folio 35; la aceptación de ésta, con la nota visible a folio 36; y el pago y la conciliación de las prestaciones sociales del tiempo de servicios comprendido entre el 11 de octubre de 1962 y el 15 de enero de 1968, con la copia auténtica del acta del respectivo arreglo conciliatorio que aparece a folios 33 a 34 del expediente. No obstante, el señor Juez de la primera instancia no dio por demostrada la terminación del contrato de trabajo en las fechas y dentro de las circunstancias de que dan cuenta los aludidos documentos, pues estimó que los que obran a folios 123, 124, 125, 126 y 127, infirman tal terminación y ameritan la continuidad del vínculo, aunque desestima la versión del demandante, según la cual tales documentos se inspiraron en la necesidad que él tenía de que le fuera liquidada su cesantía, necesidad atendida por la empresa (fl. 90, respuesta a punto 2º).

"No es admisible la afirmación del demandante sobre la simulación de su renuncia, ya que este tipo de simulación por estar encaminado a producir efectos contrarios a la ley, de la cual no fue solamente actora la parte demandada, aparece inaceptable a la luz de cualquier ordenamiento jurídico y, por este modo, ineficaz para invalidar los efectos de la cosa juzgada que dimanan de la conciliación celebrada, frente a los preceptos contenidos en los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo. En este orden de ideas, tampoco resulta atinada la decisión impugnada, en cuanto desconoce la conciliación y por este medio da por demostrada la continuidad del vínculo, ya que los documentos que le sirvieron de soporte a esta inferencia, por sí solos, no comprueban tal continuidad. La nota de 29 de enero de 1968, según la cual se le remiten unas muestras con destino a la Flota Grancolombiana, no es indicio de la existencia de un contrato de trabajo en esa fecha, ya que tal encargo puede hacérsele a un trabajador o a un tercero (fl. 125); la nota de 15 de enero de 1968, coincide con la de la fecha de su renuncia y sin que pueda pensarse que por esta sola coincidencia, renuncia y aceptación sean fraudulentas (fl. 123); la nota de enero 19 de 1968, por medio de la cual se le remiten unas letras para que el demandante 'las haga efectivas lo más pronto posible' constituye el encargo de terminada gestión, que no implica ni subordinación, ni continuidad en el servicio, y menos del mismo contrato que las partes terminaron conciliatoriamente (fl. 126); la nota de 30 de enero

de 1968, constituye también el encargo de una gestión determinada ante la Caja Colombiana de Subsidio Familiar que, como las anteriores, no demuestra la continuidad de un vínculo, ni menos desvirtúa la conciliación celebrada entre las partes el 19 de enero de 1968 (fls. 33 a 34); finalmente, la nota de 19 de enero del año tantas veces citado, por la cual se le remiten al demandante los valores correspondientes a sus prestaciones sociales concurre a darle firmeza probatoria al hecho de la terminación del contrato de trabajo, el 15 de enero de 1968 (fl. 124).

"Todo lo anterior permite afirmar que no hubo la continuidad en la relación contractual afirmada en la demanda y acogida en la primera instancia, pues el primer contrato de trabajo celebrado entre las partes se le puso fin en 15 de enero de 1968, y las consecuencias de él derivadas fueron objeto de la conciliación celebrada ante el Jefe de Asuntos Individuales de la Dirección Regional del Trabajo del Atlántico, el 19 de enero de 1968. Ante tal conclusión no se podrán ya revisar los efectos del contrato de trabajo que feneció en tal ocasión, pues que ellos, se repite, quedaron amparados por la cosa juzgada que conlleva la conciliación".

Sobre el problema fundamental del primer cargo, que es el saber si hubo dos contratos de trabajo entre las partes o solamente una relación laboral, la demanda y su contestación no hacen cosa distinta que plantear la situación, pues mientras el apoderado del demandante afirma trabajó desde el 11 de octubre de 1962 hasta el 14 de marzo de 1973, el apoderado de la demandada asegura que el primer contrato de trabajo terminó el 15 de enero de 1968.

Las cartas de folios 35 y 36 y el acta de folios 33 y 34 demuestran la renuncia voluntaria, su aceptación y la conciliación y pago de las prestaciones debidas por el trabajo entre el 11 de octubre de 1962 y el 15 de enero de 1968.

La pregunta 2ª del interrogatorio absuelto por el señor Cárdenas, y la respuesta a la misma, son como sigue:

"¿Firmó Ud., o no el acta de conciliación de 19 de enero de 1968 cuya copia se le pone de presente y cuya fotocopia aparece al folio 22 del expediente? Calificada es procedente. (Se le pone de presente la copia y fotocopia). CONTESTO: "Sí es cierto y aclaro: En mi visita anual a Barranquilla y más precisamente en el año de 1968, enero, solicité a la Gerencia de Industrias Cannon se me liquidara mi cesantía en forma parcial con el fin de adquirir esa suma de dinero en la compra de una casa, la gerencia me explicó que no se podía liquidar la cesantía en forma parcial para la compra de una casa ya que yo tenía otra propiedad, la gerencia me propuso lo cual yo acepté, que renunciara en forma protocolaria con el fin de poderme liquidar la cesantía y que yo seguiría trabajando común y corriente tal como sucedió y como puedo comprobar. Por lo tanto presenté mi carta de renuncia, los señores de Cannon que contestaron aceptándomela, se hizo la conciliación antes mencionada pero yo seguí trabajando en forma continua como dije arriba, fácilmente comprobable. Leída la aprobó, agregando, que puede presentar la escritura con la cual compruebo de que en el mes de mayo a junio de ese año sí utilicé la plata de la cesantía en la compra de una casa".

Como se ve, el absolvente acepta que firmó el acta de conciliación y agrega algunas aseveraciones sobre el motivo de su renuncia, por lo cual de la respuesta se puede colegir la confesión sobre la renuncia y sobre la firma de la conciliación y una afirmación sobre la causa de la renuncia y sobre el hecho de haber trabajado continuamente después de ella.

Estas dos últimas afirmaciones no constituyen confesiones, porque no son hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como lo exige el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.

Además, las causas que motivaron la renuncia son hechos distintos de ella, que hacen divisible la confesión, y que están desvirtuados por los motivos expuestos en la propia carta de renuncia, donde se dice que el motivo es el deseo de dedicarse a negocios particulares. También conviene advertir las aseveraciones del confesante, que indican una simulación, prueban contra él pero no demuestran de manera alguna la voluntad del patrono de incurrir en el acto ilegal.

En cuanto a la renuncia y a la conciliа-

ción no es necesaria la confesión, porque esos hechos están demostrados con los documentos ya examinados.

En los documentos de los folios 123 a 127 apoya especialmente su ataque el acusador, pues pretende que con ellos se demuestra plenamente que entre el 15 de enero y el 1º de febrero de 1968, el demandante prestó servicios a la entidad demandada.

La carta que aparece al folio 123 tiene fecha 15 de enero de 1968 como la de renuncia y la de aceptación, pero ésta tiene número de orden posterior, lo que hace que la carta del folio 123 haya de tenerse como anterior a la aceptación de la renuncia y no demuestre servicio personal del señor Cárdenas entre el 15 de enero y el 1º de febrero de 1968.

La nota de 18 de enero de 1968, que aparece al folio 124, es la remisoria de los cheques con que se pagaban las prestaciones que se determinaron en el acta de conciliación, por lo cual el documento no prueba trabajo en la época señalada, sino que precisamente corresponde al cumplimiento de las obligaciones por haber terminado la vinculación laboral.

La comunicación del folio 125 sirve para enviar unas muestras con destino a la Flota Gran Colombiana junto con unas toallas respecto a todo lo cual se pide el servicio de entregarlas a esa entidad. No resulta evidente una orden sino que como lo dice el sentenciador, ese encargo se puede hacer a un trabajador o a un tercero.

En la carta del folio 126 se envían unas letras para que se haga efectivo su cobro, función que bien puede corresponder a un agente vendedor o a otra persona que preste servicios dependientes o independientes, por lo cual el documento no demuestra de manera evidente que se tratara de una orden que solamente se pudiera dar a un trabajador dependiente.

La carta del folio 127 no se refiere como se ha afirmado, a una orden de entrega de mercancía, sino que sirve para remitir al señor Cárdenas una nota de entrega de mercancía para hacerla llegar a la entidad compradora, pero la entrega de la mercancía se hace por otro conducto. Tampoco es claro que allí se contenga una orden que solamente se pueda dar a un trabajador dependiente, pues las expresiones usadas en esa carta son muy frecuentes entre comerciantes, sin que suponga relación de trabajo alguna.

Pero aun en el caso de que las tres cartas de los folios 125, 126 y 127 contuvieran indicios de que el contrato de trabajo se había desarrollado entre el 15 de enero y el 1º de febrero de 1968, la carta de folio 37 pondría en claro que el mismo señor Cárdenas entendió que no había trabajado entre esas fechas, pues en la última de ellas solicita ser reincorporado a la compañía, o sea, ese documento demuestra que el demandante entendió no estar vinculado entre las fechas indicadas y pidió que se le contratara nuevamente. Con esa carta es imposible entender que el contrato estuvo vigente entre las fechas indicadas, pues la explicación que el demandante hace en la absolución de posiciones, aparece desvirtuada por su propia confesión contenida en la mencionada carta, y las comunicaciones que el recurrente entendió como órdenes patronales, no las tuvo por tales el propio señor Cárdenas, pues se consideraba desvinculado de la empresa.

De lo anterior resulta que no fueron demostrados los errores de hecho propuestos por el impugnador, y de allí que no prospere el primer cargo.

Segundo cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia impugnada de violar indirectamente, en el concepto de aplicación indebida, las siguientes disposiciones sustanciales: artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 7º del Decreto 3135 de 1965, especialmente el ordinal 1º de aquél y el literal A), numeral 6º, de éste, y, por falta de aplicación consecuencial, el artículo 8º del mismo Decreto y el 8º de la Ley 171 de 1961. Como violación de medio, los artículos 61 del Código de Procedimiento del Trabajo y 195 y 200 del Código de Procedimiento Civil, todo ello a consecuencia de ostensibles errores de hecho en que incurrió el sentenciador por la manera como estimó unas pruebas y por la falta de apreciación de otras, singularizadas más adelante.

Errores en que incurrió el ad quem

"1º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el patrono demandado probó las justas causas de despido del demandante.

"2º Haber dado por demostrado, sin es-

tarlo, que los pretextos invocados para despedirlo constituyen justas causas para ello.

Pruebas equivocadamente apreciadas

"a) La carta de despido del folio 7;
"b) El interrogatorio absuelto por mi poderdante (fls. 90 a 92);
"c) Los documentos de folios 52 y 53;
"d) Los documentos de folios 43, 44, 45 y 46.
"Pruebas dejadas de estimar":
"a) La carta de la demandada que obra al folio 109 y 110;
"b) La absolución del interrogatorio de parte del representante legal de la demandada (fls. 112-117)".

Para la demostración del cargo, el recurrente afirma que la carta del folio 109 y la absolución de posiciones del gerente de la empresa demuestran la causa y origen del despido del demandante, pues ante el rechazo de los descuentos de la totalidad de las comisiones ganadas por el demandante, se hacía necesario que éste formara una sociedad y como no aceptó la propuesta, le inventaron pretextos para despedirlo.

Más adelante, el atacante se refiere a las dos causas invocadas por el patrono, pero no aceptadas por el sentenciador, para deducir mala fe de la empresa.

En cuanto a las dos imputaciones aceptadas por los falladores, dice el acusador que la jurisprudencia exige que el patrono denuncie el hecho delictuoso ante las autoridades penales, para que pueda alegarlo como justa causa de terminación, y enseguida que las causas alegadas deben probarse.

El impugnador afirma que el faltante de cerca de $ 3.000.00 no aparece demostrado en el juicio, pues las cartas que indica la de despido como medio para solicitar explicaciones de ese faltante, no contienen tal solicitud, sino que en ellas se piden los extractos de las cuentas; arguye que el sentenciador relacionó las cartas de los folios 43 y 44 con la de folios 45 y 46, sin que tengan vinculación alguna, pues el patrono solamente supo del faltante por la carta de marzo de 1973, por lo cual no podía reclamar de él en cartas de 1972; sostiene que el faltante se refiere únicamente a unas sábanas y unas toallas que solicitó prestadas para muestras; y dice que la única prueba del faltante es una confesión que debe admitirse con las aclaraciones, modificaciones y explicaciones.

Por lo tanto hace a la retención del obsequio enviado al doctor Luis Carlos Neira, el atacante afirma que ello no tiene ninguna gravedad, que el hecho no está contemplado en ninguna de las justas causas de terminación del contrato, que la gravedad de la falta no fue alegada en la carta de despido y que no está contemplada en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento, y que habiéndose realizado la remisión más de cinco meses antes del despido, el patrono ha debido averiguar por el cumplimiento de la orden de entrega.

El cargo termina de la siguiente manera:

Alcance de la impugnación

"Si la honorable Sala encuentra válido este cargo, como confiadamente lo espero, le pido se sirva CASAR la sentencia de segundo grado en cuanto absolvió por los conceptos de indemnización por despido injusto y pensión restringida de jubilación, a fin de que, obrando en sede de instancia, REVOQUE por los mismos conceptos la del a quo y, en su lugar, CONDENE a la demandada a cubrir la mencionada indemnización por todo el tiempo servido (si resultó próspero el primer cargo), o por el segundo período del contrato de trabajo sostenido por el ad quem, y al pago de pensión restringida de jubilación conforme al artículo 8º de la Ley 171 de 1961, desde cuando cumpla los sesenta años de edad, también en el caso de que hubiese prosperado el primer cargo".

El opositor advierte que el empleado de confianza puede perderla por la menor falsedad y agrega que los hechos muestran la diversidad de firmas en las cartas de María Luisa Castro y que tampoco es digno de confianza quien se hace un "autopréstamo".

Se considera

La carta de la demandada de folios 109 y 110 y la absolución de posiciones de parte del representante legal de la demandada que aparece de folios 112 a 117, son para el recurrente prueba de la causa del despido, pero el impugnador atribuye al representante de la sociedad lo que él pone en boca de una tercera persona, pues en la carta del folio 103 se relata lo que el auditor, señor

Carlos Martínez piensa del problema y sobre la solución que él sugiere, por lo cual no es posible encontrar de manera evidente lo que afirma el recurrente respecto a esas dos pruebas, porque ellas no determinan que la empresa hubiera exigido al señor Cárdenas la constitución de una sociedad y que la negativa del demandante constituyera motivo de despido.

El censor sostiene que cuando las faltas aducidas como causas justas de terminación constituyen delitos, han de ser denunciadas ante las autoridades penales para que se puedan alegar como tales justas causas. La jurisprudencia expresa lo contrario, según se lee en sentencia de 24 de septiembre de 1974, cuando dice:

"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 justa causa 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".

Otra cosa es que para el ejercicio del derecho de retención de la cesantía en los casos en que ella se pierda por delitos, la jurisprudencia haya exigido para justificar esa retención, el que el patrono haya denunciado penalmente el hecho, porque allí no se determina la pérdida de la cesantía por la justa causa sino por el delito que debe calificar el juez penal.

El recurrente pretende que en la carta de despido se indican otras cartas como reclamos del faltante, cuando indudablemente lo que en la carta de despido se dijo fue que en las otras comunicaciones se solicitaron explicaciones sobre el pedido de Cafam, lo que aparece claramente en la carta de 12 de octubre de 1972 en la que al folio 41 del cuaderno primero se encuentra un saldo de $ 2.889.35 demorado por más de 90 días, y en la referencia que en las cartas de los folios 43 y 44 se hace a la cuenta de la misma entidad. La demandada estuvo pidiendo explicaciones sobre la demora en pagar una cuenta con saldo cercano a $ 3.000.00 y solamente obtuvo explicación del demandado cuando éste en marzo de 1973, admitió que había recibido de esa firma unas sábanas y unas toallas para muestras que no le devolvieron, y que había recibido unas devoluciones de mercancía que dijo haber despachado pero que nunca llegaron a su destino.

El recurrente hace extensas alegaciones al rededor del tema del reclamo del faltante, pero si se considera como lo dice la carta de despido, que las explicaciones se solicitaron sobre el pedido hecho por Cafam, se tiene que las cartas sí se refieren a ese pedido y que la de despido tiene relación con ellas no por el faltante, sino por las explicaciones pedidas en relación con el saldo debido por Cafam, que luego resultó un faltante por devolución de mercancía que no llegó a la empresa.

La explicación del faltante solamente consiste en afirmar que las mercancías recibidas en devolución fueron enviadas, lo que constituye un hecho distinto del confesado, que el demandante debía demostrar, y la manifestación de que se le cargue el valor de esa faltante no puede llamarse explicación que desvirtúa la prueba sobre la falta de la mercancía.

Al responder la 8ª de las preguntas del interrogatorio, el demandante confesó haber recibido el obsequio destinado al doctor Neira, la carta correspondiente y la guía del aeroexpreso, pero dijo que el obsequio era para persona distinta, sin demostrar que lo hubiera entregado a ella. La carta del folio 52 indica repetidamente que uno de los obsequios era para el doctor Neira, lo que constituía una orden de que se le entregara a esa persona y no a otra, pero el demandante no obedeció esa orden y por ello incurrió en violación de una de las obligaciones como trabajador de la empresa.

La gravedad de la falta no puede estimarse en el presente caso por el valor del obsequio, como parece entenderlo el recurrente, sino por la oportunidad de él y por la importancia que mediera tener para las relaciones entre la empresa y el doctor Neira. La afirmación de que la falta era grave está implícita en la carta de despido, pues cuando se indica como justa causa de termina-

ción una violación de obligaciones o prohibiciones que incumben al trabajador, es porque el patrono considera que esa falta es grave, y también resulta estimada así por el sentenciador que la considera justa causa de terminación.

El censor alega que entre la debida entrega del obsequio y la carta de despido transcurrieron más de cinco meses, pero no se demostró que el patrono hubiera tenido conocimiento oportuno de la desobediencia, y la misma carta de despido indica que las faltas fueron conocidas por el gerente en visita hecha a Bogotá inmediatamente antes de la terminación del contrato.

De las consideraciones anteriores resulta que el sentenciador no incurrió en evidentes errores de hecho, pues ni las pruebas señaladas como mal apreciadas, indican necesariamente lo contrario de lo estimado por el Tribunal, ni las que se muestran como dejadas de apreciar implican evidentemente un despido sin justa causa. Por lo tanto, no prospera la segunda acusación.

Tercer cargo

Está presentado por interpretación errónea del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 172, 174 y 177 de la misma obra.

El recurrente considera equivocada la interpretación de la norma indicada, en el sentido de que es necesario saber lo devengado por el trabajador en cada semana para determinar el promedio que constituye el valor del descanso dominical en los salarios variables; admite que el precepto establece la base exigida por la jurisprudencia, pero alega que la norma no determina la forma como debe llegarse a obtener el promedio, por lo que estima que bien puede resultar a través de lo devengado por el trabajador en períodos distintos a la semana, ya que el resultado aunque no exactamente igual, cumple la finalidad de la norma, arguye que la interpretación jurisprudencial hace difícil y dispendiosa la prueba, lo que no ocurre si el promedio se deduce de los pagos efectuados quincenal o mensualmente; sostiene que es interpretación más acertada el facilitar la práctica de la prueba; advierte que los patronos incumplen la obligación de pagar oportunamente los salarios variables y hacen imposible la prueba de lo devengado en la semana; considera que la verdadera interpretación del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo permite obtener el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, no solamente por la revisión de las facturas diarias sobre ventas, sino también sobre cálculos aritméticos respecto a los salarios disfrutados en períodos mayores; y solicita la rectificación jurisprudencial correspondiente.

El cargo termina de la siguiente manera:

Alcance de la impugnación

"Si la honorable Corte hallare válido este cargo, le suplico CASAR la sentencia impugnada en cuanto absolvió del pago de descanso en dominicales y festivos y, en sede de instancia, REVOQUE por el mismo concepto el del a quo y en su lugar, CONDENE a la demandada a satisfacer al actor el valor de esos descansos de acuerdo con lo que aparece probado en el dictamen pericial de folios 134 a 140 y 145 y 146".

Se considera

El artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo dice:

"SALARIOS VARIABLES. Cuando no se trate de salario fijo como en los casos de remuneración por tarea a destajo, 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".

La norma es de tal claridad que no permite desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, como lo dispone el artículo 27 del Código Civil.

Cuando el precepto dice que el salario computable para los efectos de la remuneración del descanso dominical, en los salarios variables, es el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados, no necesita determinar la forma de obtener el promedio, porque están dando los factores que sirven para obtenerlo, que son: lo devengado en la semana anterior y los días trabajados. Luego no puede buscar-

se una forma distinta sin violar el precepto indicado.

El que la prueba pedida por la ley sea en la práctica más difícil que otra no considerada por ella, no autoriza para cambiar el contenido de la norma, porque ello sería reformarla, y tal función corresponde al legislador.

La interpretación sugerida por el recurrente no sólo se aparta de lo dispuesto en la norma, sino que introduce factores nuevos no contemplados por ella, cual es el salario pagado que es diferente de lo devengado, ya que el pago deficiente o demorado daría un promedio inferior al realmente querido por la disposición.

Si como lo dice el propio recurrente, el sentido literal de la norma es el que ha entendido la jurisprudencia, si como también lo dice el censor, la prueba es fácil en unos casos, difícil en otros y quizá imposible en algunos, no se puede cambiar el verdadero sentido del precepto para remediar situaciones particulares que obedecen a circunstancias ajenas a la norma y reguladas por otras disposiciones, especialmente por las que tratan de la manera de probar los hechos.

Como la sentencia acusada dio al artículo 178 del Código Sustantivo del Trabajo el correcto entendimiento, no incurrió en la violación pretendida, por lo que el cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez de mayo de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Humberto Cárdenas Macías contra la sociedad Industrias Cannon de Colombia 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 Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

PRORROGA O RENOVACION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CELEBRADOS A TERMINO FIJO

El inciso 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, señala un término de días y expresamente exige que la intención de no prorrogar el contrato, se avise por escrito a la otra parte con una "antelación no inferior a treinta (30) días". Luego el dicho término debe computarse en la forma establecida en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, o sea con exclusión de "los feriados y de vacaciones" y teniendo en cuenta únicamente los días hábiles. Sólo los plazos de meses y años, de acuerdo con la misma norma, se computan según el calendario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre diez de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Acta Nº 58.

Se va a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la sociedad denominada "**Fábrica de Paños Colombia S. A.**", contra la sentencia proferida el cinco de diciembre de mil novecientos setenta y cinco por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, en el juicio ordinario de trabajo instaurado contra aquella entidad por **Juan B. Córdoba**, con el objeto de que se la condenase a pagarle la suma de $ 96.000.00 por concepto de lucro cesante y las costas del proceso.

Córdoba afirmó en el libelo inicial que había prestado servicios a la sociedad demandada, mediante contrato escrito, en el cargo de Gerente y con una remuneración de $ 8.000.00 mensuales, desde el 4 de abril de 1966 y hasta el 10 de marzo de 1969, fecha en la que fue despedido injustamente, cuando ya se había operado una nueva prórroga del contrato por un año, toda vez que la decisión de terminarlo apenas se comunicó el 5 de marzo, es decir, cuando faltaba menos de un mes para el vencimiento del término pactado.

La empresa descorrió el traslado aceptando el tiempo de servicios y negando los restantes hechos. Alegó las excepciones de pago, cobro de lo no debido, carencia de acción y título para pedir e inexistencia de las obligaciones, y se opuso a las pretensiones del actor.

La primera instancia de la controversia fue desatada por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá**, que fue el del conocimiento, en el sentido de condenar a la Fábrica de Paños Colombia S. A. a pagar al general (r.) Juan B. Córdoba las sumas de $ 96.000.00 como indemnización por lucro cesante y el 90% de las costas. Declaró probada la excepción de pago parcial hasta la suma de $ 6.400.00, cantidad que ordenó descontar de la anterior, y no probadas las demás excepciones propuestas.

Esa decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, al resolver la apelación interpuesta por ambas partes, en la suya que es materia de la impugnación y en la cual no hizo condenación en costas.

El recurso

Fue oportunamente sustentado por el recurrente y replicado por el opositor. Pretende la casación de la sentencia en cuanto con-

firmó en todas sus partes la del Juzgado, para que la Corte, en la sede subsiguiente, revoque esta última y, en su lugar, absuelva totalmente a la demandada e imponga las costas al actor.

Al efecto, con fundamento en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, se formulan los dos cargos que, en su orden, se estudian.

Primer cargo

La sentencia es violadora, por vía indirecta y por aplicación indebida, de los artículos 4º, 5º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965 y del artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal, a consecuencia de evidentes errores de hecho provenientes de la equivocada apreciación del contrato de trabajo, de la comunicación del despido (folio 10), de la novena pregunta y la respuesta del interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandada (folio 33), de la segunda pregunta y la respuesta del interrogatorio absuelto por el actor (folio 39) y de la liquidación y recibo de prestaciones sociales (folio 11).

Los errores de hecho fueron los siguientes:

"1º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el aviso de no continuar el contrato de trabajo ha debido darse antes del 4 de marzo de 1969 y no como se dio el 5 de dicho mes, o sea un día después de los treinta estipulados en la cláusula 3ª del mismo y en la ley.

"2º No haber dado por demostrado, estándolo, que la determinación de no prorrogar el contrato de trabajo lo dio Fábrica de Paños Colombia S. A., al general Juan B. Córdoba con antelación no inferior a 30 días.

"3º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo que vinculó a las partes se prorrogó por un año, a partir del 4 de abril de 1968.

"4º No haber dado por demostrado, estándolo, que el contrato celebrado entre las partes no se prorrogó automáticamente a partir del 4 de abril de 1969 y que en consecuencia terminaba el 3 de abril del mismo año.

"5º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la indemnización por lucro cesante era equivalente a un año de salarios.

"6º No haber dado por demostrado, estándolo, que la indemnización por despido injusto o lucro cesante, era equivalente al valor de los salarios que faltaban de la fecha de terminación del contrato al 3 de abril de 1969, que fue pagada por la demandada.

El cargo aparece sustentado así:

"En el contrato de trabajo firmado por las partes (folio 7), se indicó como fecha de iniciación del mismo el 4 de abril de 1966 y en la cláusula 5ª se fijó como término el de un año, lo que expresamente se ratificó en una cláusula adicional del siguiente tenor:

"'Este contrato será por un año a partir del 4 de abril de 1966'.

"El 5 de marzo de 1969 el Presidente de la Junta Directiva de Fábrica de Paños Colombia S. A. comunicó al demandante en nota que aparece a folio 10, que el contrato de trabajo quedaba terminado en esa fecha, comunicación que el general Córdoba recibió el mismo día como se desprende de la pregunta novena que se hizo al representante de la demandada en el interrogatorio de parte, folio 33, en la cual se afirma que la decisión de terminar el contrato de trabajo le fue comunicada al demandante el 5 de marzo de 1969, y la respuesta afirmativa que sobre el particular dio el interrogado, y de la respuesta que el propio general Córdoba dio a la pregunta segunda de su interrogatorio, confesando haberla recibido el 5 de marzo de 1969 (folio 39).

"Del contrato de trabajo dedujo el Tribunal Superior que habiéndose iniciado el 4 de abril de 1966, se había prorrogado hasta el 3 de abril de 1969, conclusión que ahora no discuto. También concluyó que habiéndose dado aviso de terminación del contrato el 5 de marzo de 1969, faltaban menos de treinta días para vencerse, por lo cual, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, inciso 3º, y la cláusula 5ª del contrato, se produjo una nueva prórroga por otro año a partir del 4 de abril de 1969, condenando al demandado, en consecuencia, a pagar los salarios correspondientes a ese último año de prórroga, según lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"Mas apreció erróneamente el Tribunal las pruebas comentadas, por cuanto de ellas sacó como conclusión que el aviso de no continuar el contrato de trabajo se dio un

día después de cuando ha debido darse según el contrato y la ley, siendo así que de ellas surge todo lo contrario, pues entre la fecha en que se pasó la comunicación, 5 de marzo de 1969, y la en que terminaba la prórroga, 3 de abril de 1969, hay 30 días, como lo demostraré a continuación.

"Comenzando a contar desde el 5 de marzo de 1969, como lo ordena el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal, hasta el 31 del mismo mes, transcurrieron los siguientes días: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, o sea un total de veintisiete (27) días, y en el mes de abril transcurrieron el 1º, 2 y 3, o sea tres (3) días, que sumados a los veintisiete anteriores, da un total de treinta (30) días, o sea que el 5 de marzo faltaban treinta (30) días para vencerse el plazo fijo del contrato, por lo cual cuando se produjo la decisión de no prorrogarlo, que a ello equivale la de darlo por terminado, la sociedad demandada se encontraba dentro de los treinta días exigidos por la cláusula 5ª del contrato y el inciso 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965.

"Saltan a la vista, en consecuencia, los errores de hecho en que incurrió el Tribunal Superior y que puntualicé en la presentación del cargo, pues habiéndose manifestado oportunamente por el patrono la decisión de no continuar con el contrato de trabajo, la última prórroga no se produjo y en consecuencia el contrato terminó a la expiración del plazo vigente, o sea el 3 de abril de 1969, como lo prevé el ordinal c) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965.

"La incidencia de los errores de hecho en la violación de las normas sustanciales señaladas en la enunciación del cargo es clara, pues se aplicó indebidamente el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 que establece la prórroga automática del contrato de trabajo por un año cuando no se avisa con antelación de treinta días la decisión de no prorrogarlo, porque este aviso se dio oportunamente. El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, según el cual los contratos terminan por la expiración del plazo fijo pactado, y en el caso en estudio éste se venció el 3 de abril de 1969. Y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, porque al condenar al demandado a pagar una indemnización por despido injusto, la liquidó sobre un período mayor al que realmente faltaba para la terminación del contrato de trabajo, pues el plazo no vencía el 3 de abril de 1970, sino el 3 de abril de 1969, y porque la indemnización a que había lugar fue cancelada por la demandada, como puede verse en el documento de folio 11".

El opositor analiza las pruebas a que se refiere el cargo para hacer notar que fueron bien apreciadas y que el fallador no cometió error de hecho alguno. A continuación remata la réplica de este ataque, así:

"El recurrente señala como norma supuestamente infringida el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal pero en realidad debió citar fue el 62 de dicho código que fue el que aplicó sin lugar a dudas el honorable Tribunal. Como el artículo 8º, numeral 3º del Decreto 2351 de 1965 establece un término de días no inferior a treinta para dar el aviso o intención de no prorrogar el contrato, so pena de su renovación automática por un año, era pertinente, de acuerdo al artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal suprimir los días feriados o vacantes de dicho término. De esta forma debían descontarse los días 9, 16, 19, 23 y 30 de marzo de 1969 y 3 de abril del mismo año, todos los cuales fueron festivos. Se tiene entonces que en estricta legalidad el aviso de terminación del contrato se hizo solamente con 22 días de anticipación a la terminación o vencimiento del plazo fijo pactado. Pero aún sin descontar los días feriados resulta que el aviso se dio con menos de treinta días si se tiene en cuenta que entre el 3 de abril, fecha de vencimiento del contrato y el 5 de marzo, cuando en las horas de la tarde se le entregó la carta de terminación del contrato al general Córdoba, solamente transcurrieron 28 días".

Para resolver se considera

El recurrente no discute la fecha de iniciación del contrato (4 de abril de 1966), ni la en que debía terminar por vencimiento del término según la deducción del ad quem (3 de abril de 1969), ni la en que realmente terminó por decisión unilateral de la empresa (10 de marzo de 1969), ni la en que fue comunicada esa determinación al trabajador (5 de marzo de 1969).

Lo que se propone en el cargo y se somete a decisión de la Corte es si el aviso dado en la última fecha indicada tuvo la oportunidad prevista en la cláusula quinta del contrato y en el inciso 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 para impedir una nueva prórroga de la convención, como lo sostiene el impugnador, o si el dicho aviso fue extemporáneo y se produjo la prórroga, como lo estimó el Tribunal.

El referido inciso 3º del artículo 4º señala un término de días y expresamente exige que la intención de no prorrogar el contrato se avise por escrito a la otra parte con una "antelación no inferior a treinta (30) días". Luego el dicho término debe computarse en la forma establecida en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, o sea con exclusión de "los feriados y de vacaciones" y teniendo en cuenta únicamente los días hábiles. Sólo los plazos de meses y años, de acuerdo con la misma norma, se computan según el calendario.

Entre el 5 de marzo de 1969 —fecha de la comunicación— y el 3 de abril del mismo año —fecha en que según el fallador de segundo grado debía expirar el último período de prórroga— apenas transcurrieron veinticinco (25) días hábiles, pues deben descontarse los días 9, 16, 19, 23 y 30 que fueron feriados. Luego el aviso no se dio con la "antelación no inferior a treinta (30) días" requerida por la comentada norma del Decreto 2351 de 1965 y por la cláusula quinta del contrato y éste se renovó por el término de un año más, contado a partir de la fecha prevista para su vencimiento.

Al deducirlo así el ad quem no incurrió en la equivocada apreciación de pruebas que se le atribuye ni en los errores de hecho que se le imputan.

No prospera el cargo.

Segundo Cargo

Acusa infracción directa del artículo 67 del Código Civil, modificado en su inciso 1º por el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal, y del artículo 61 de este mismo código, y, como consecuencia, aplicación indebida de los artículos 4º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

En su desarrollo el impugnante expone:

"Es un hecho indiscutido del proceso que el contrato de trabajo que vinculó a las partes se inició el 4 de abril de 1956 y que se fijó un plazo para el mismo de un año a partir de esa fecha.

"El inciso 2º del artículo 67 del Código Civil dispone que: 'El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. De acuerdo con esta norma si el plazo de un año comenzó el 4 de abril, vencía el 4 de abril del año siguiente, y en la misma forma las prórrogas sucesivas que se presentaron'.

"Al concluir el Tribunal Superior que el contrato de trabajo que vinculó a las partes vencía el 3 de abril de 1969 por su última prórroga, ignoró el artículo 67 del Código Civil, por lo cual lo infringió directamente.

"Esa infracción directa implicó la aplicación indebida el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, porque entre el 5 de marzo de 1969, fecha indiscutida en que se comunicó al general Córdoba la decisión de no continuar el contrato de trabajo, y el 4 de abril del mismo año, hay un lapso superior a treinta días, como pasa a demostrarse.

"Comenzando a contar desde el 5 de marzo de 1969, como lo ordena el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal, en el mes de marzo transcurrieron los siguientes días: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, o sea un total de veintisiete días, y en el mes de abril transcurrieron: 1, 2, 3, 4, o sea cuatro (4) días, que sumados a los anteriores da un total de 31 días, lapso superior a los treinta días contemplados en el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965. Y en el supuesto de que no se contara a partir del 5 de marzo, sino desde el día siguiente, lo que implicaría un desconocimiento del artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal, se obtendría un período de treinta días, igual al señalado en la norma, y que por lo tanto no es inferior.

"El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 fue violado, porque de acuerdo con su ordinal c) los contratos de trabajo terminan por la expiración del plazo fijo pactado, o sea

que en el caso en estudio terminó el 4 de abril de 1969.

"Y el artículo 8º, del mismo Decreto también fue violado, porque bajo el supuesto equivocado de que el contrato de trabajo se prorrogó automáticamente hasta el 3 de abril de 1970, se condenó a la demandada a pagar una indemnización equivalente al valor de los salarios de ese último año de prórroga, siendo así que el término faltante para vencerse el contrato fue inferior y oportunamente la sociedad demandada pagó la indemnización correspondiente".

El opositor observa que la vía escogida para formular este cargo es impropia, pues lo que en realidad se plantea es una cuestión fáctica sobre la que no existe acuerdo, como lo es la relativa a la fecha en que debía terminar el contrato.

Sostiene, además, que la cuestión de fondo ya fue refutada en el anterior.

Se considera

El Tribunal partió de la base, no discutida, de que el contrato se inició el 4 de abril de 1956. Pero al computar sus prórrogas automáticas por períodos de un año no tuvo en cuenta la disposición contenida en el artículo 67 del Código Civil, modificado por el 59 del Código de Régimen Político y Municipal, cuyo inciso 2º es del siguiente tenor:

"El primero y último día de un plazo de mes o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días, y el plazo de un año de 365 ó 366 días, según los casos".

Si no hubiese ignorado esta norma o no se hubiese rebelado contra ella, su conclusión obligada habría tenido que ser la de que el último período de renovación del contrato vencía el 4 de abril de 1969. La violó, en consecuencia, por no haberla aplicado y el cargo por lo mismo, resulta correctamente formulado.

Mas, sin embargo, no tiene la virtud de ocasionar el quebrantamiento del fallo, pues al hacer el cómputo de los treinta (30) días de que habla el inciso 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, se llega a la conclusión de que ellos no transcurrieron entre el 5 de marzo y el 4 de abril de 1969, pues fueron inhábiles los días 9, 16, 19, 23 y 30 de marzo y el 3 de abril. Como sobre este fundamento reposa la decisión del Tribunal, ella debe ser mantenida. El cargo no prospera, pero como dio lugar a hacer una rectificación doctrinaria, se exonerará de las costas al recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha cinco de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Juan B. Córdoba contra la sociedad "Fábrica de Paños Colombia S. A.".

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Alejandro Córdoba Medina. José Gregorio Díaz-Granados. Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

HOMOLOGACION

Según el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo "Los árbitros deben 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"... — La norma anterior presupone la existencia de un pliego de peticiones, sobre las cuales deben pronunciarse los árbitros cuando no han sido objeto de acuerdo en las etapas de arreglo directo y conciliación. Es decir que la competencia del Tribunal de Arbitramento Obligatorio para decidir está limitada exclusivamente a los puntos pendientes del respectivo pliego. — La Corte por providencia de 14 de diciembre de 1978, ANULA el laudo proferido el veintidós de marzo de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para resolver el conflicto colectivo laboral surgido entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, por una parte, y el "Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares de Bogotá, D. E., y el Departamento de Cundinamarca" y la "Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios — "ANTHOC"—, por la otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Acta Nº 47.

El Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares del D. E. de Bogotá y en el Departamento de Cundinamarca y la Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios "ANTHOC", presentaron conjuntamente el 31 de enero de 1975 un pliego de peticiones al Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, previa denuncia del Laudo de febrero 22 de 1966 que había venido rigiendo las relaciones entre las partes.

Inicialmente el Hospital Santa Clara se negó a discutir el pliego de peticiones, alegando que por ser un establecimiento público, sus servidores, por regla general, tenían la calidad de empleados públicos. No obstante las consideraciones hechas por el Hospital, el Inspector 5º de la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca por Resolución Nº 02752 de abril 7 de 1975 ordenó al Hospital iniciar conversaciones, conminándolo con multas sucesivas de $ 5.000.00 por cada día de mora en la iniciación de las conversaciones, que comenzaron el 24 de junio y finalizaron el 24 de julio de 1975. Pasaron a la etapa de conciliación para ser decididos los puntos 3, 4, 5, 6, 7 y parágrafo, 8, 10, 11, 13 y parágrafo, 16, 17, 19, 22 y parágrafo, 23 e incisos, 24, 25, 27, 28, 30 y 32 B's del pliego de peticiones.

Fueron designados como conciliadores el señor Emiliano Solano Navarro por parte del Hospital, y, en forma extraña, sendos conciliadores por los sindicatos, Hugo S. Becerra Acero y Teófilo Forero Castro. Se inició la etapa de conciliación el 30 de julio de 1975 y se declaró rota y concluida el cuatro de septiembre del mismo año.

Es de observar que antes de la iniciación de la etapa de arreglo directo las partes en conflicto acordaron el 23 de junio de 1975 que una comisión especial integrada por dos delegados del Hospital, sendos delegados del Sindicato y de la Asociación, sendos delegados del Ministerio de Salud Pública, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Departamento Administrativo del Servicio Civil, reclasificara el personal del Hospital Santa Clara en empleados públicos y trabajadores oficiales, lo que hizo la comisión el 5 de septiembre de 1975, clasificando por mayoría de votos todos los servidores del Hospital como empleados públicos. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de la Resolución Nº 066 de 9 de septiembre del mismo año, confusa en cuanto a su redacción y a la argumentación jurídica, declaró la nulidad de lo actuado y decidió por la Comisión Especial.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de la Resolución número 004718 de 14 de noviembre de 1975 convocó un "Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, para que estudie y decida el diferendo laboral colectivo existente entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá y las Organizaciones Sindicales: Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares de Bogotá, D. E. y el Departamento de Cundinamarca y la Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios 'ANTHOC', ambos con domicilio en la ciudad de Bogotá, D. E.".

El Hospital Santa Clara designó como árbitro al doctor Gerardo Salcedo Angulo y los sindicatos al doctor Mario Torres. Como los árbitros designados por las partes no se pusieron de acuerdo para nombrar el tercero, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social designó como tal al doctor Víctor Emilio Jara por Resolución Nº 0560 de febrero 27 de 1976.

El Tribunal de Arbitramento Obligatorio así integrado se instaló el 3 de marzo de 1976, previa prórroga concedida por las partes, y expidió su fallo el 22 de marzo del mismo año, habiendo salvado el voto el árbitro doctor Gerardo Salcedo Angulo. Notificado el Laudo a las partes el representante legal del Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, interpuso oportunamente el recurso de Homologación. Llegados los autos a la Sala de Casación Laboral el Magistrado Sustanciador decretó la práctica de algunas pruebas, con el fin de que el expediente contuviera las piezas necesarias para considerarlo completo.

No observándose nulidad en cuanto a la constitución del Tribunal de Arbitramento, ni en la expedición del fallo, ni en la concesión del recurso, éste se decidirá previo estudio del escrito de impugnación presentado por el apoderado del Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá.

El fallo arbitral

La parte resolutiva del Laudo dictado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio dispuso:

"ARTICULO PRIMERO. Declara que el Acuerdo Suscrito el 17 de diciembre de 1975 entre el Ministerio de Salud Pública y el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, por un lado, y por el otro, el Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares de Bogotá, Distrito Especial y el Departamento de Cundinamarca y la 'Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios —ANTHOC ', cuyo contenido es: 'ACUERDO ENTRE EL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA, EL HOSPITAL SANTA CLARA DE BOGOTA Y LOS TRABAJADORES DE ESTE ULTIMO. La Dirección del Ministerio de Salud Pública y del Hospital Santa Clara, acuerdan con el Sindicato de Trabajadores de Hospitales y Clínicas, Sanatorios y Similares de Bogotá, Distrito Especial y en el Departamento de Cundinamarca y la Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios ANTHOC los siguientes aspectos salariales y prestacionales: PRIMERO: A la Junta Directiva del Sindicato del Hospital Santa Clara se le reconoce fuero sindical para los efectos laborales correspondientes. Así mismo, las Directivas del Sindicato tendrán derecho a los permisos necesarios para atender los asuntos sindicales y los trabajadores permisos remunerados para asistir a asambleas y

cursos. SEGUNDO: El Sindicato en representación de los trabajadores, acoge en su totalidad el Estatuto de Personal expedido para los funcionarios del Sistema Nacional de Salud. TERCERO: Para asegurar la estabilidad del personal, además de las normas contenidas en el Estatuto de Personal, el Hospital se compromete a Organizar un Comité de Personal donde tengan representación los trabajadores, el cual será consultado para la aplicación de cualquier medida correctiva, lo mismo que para la promoción de personal. CUARTO: El Hospital hará los descuentos para los respectivos sindicatos de acuerdo con las autorizaciones de los trabajadores. QUINTO: El Hospital reconoce para los trabajadores las siguientes prestaciones: a) Pensión de jubilación al trabajador una vez cumplido el tiempo de servicio, independientemente de la edad, de acuerdo con la Ley 34 de 1948, a través de la Caja Nacional de Previsión; b) Servicio médico en afecciones tuberculosas a los familiares de los trabajadores; c) Programas de educación continuada para los trabajadores a través del SENA; d) El equivalente a un mes de salario por año de servicio (Prima de Navidad); a (Prima de Vacaciones; equivalente a 15 días de salario); f) Tres uniformes y tres pares de calzado al año; g) Seguro de Vida para trabajadores, a través de la Caja Nacional de Previsión; h) Pago de dominicales y días festivos de acuerdo con la legislación existente. SEXTO: El Hospital reconocerá un incremento del 8% de acuerdo con las escalas salariales fijadas por el Departamento Administrativo del Servicio Civil. SEPTIMO: Tendrán subsidio de transporte de $ 55.00 mensuales, todos los trabajadores con sueldos iguales o menores de $ 4.560.00 mensuales. OCTAVO: Tendrán derecho a almuerzo, todos los trabajadores con cargos de sueldos iguales o menores de $ 4.560.00 mensuales y que el primero de febrero de 1975 disfrutaban de dicho beneficio y que trabajen de tiempo completo. NOVENO: Para los cargos con salarios de $ 670.00, $ 850.00 y $ 930.00 mensuales en el primero de febrero de 1975, se reconocerá un salario de $ 1.750.00 mensuales con retroactividad al primero de febrero de 1975. DECIMO: Para los siete (7) auxiliares de adiestramiento, se propone un salario igual de $ 1.750.00 mensuales. DECIMOPRIMERO: El Hospital se compromete a revisar las funciones, requisitos y salarios de los cargos de: Jefe de Taller, Instructor de Taller, Auxiliares de Adiestramiento, Cotizador, Jefe de Pintura y Ayudante de Pintura para que dichos salarios guarden consistencia con los niveles que les corresponde. DECIMOSEGUNDO: Las personas que han cumplido a la fecha tiempo para pensión de jubilación entrarán a disfrutar de ella a partir de febrero de 1976. DECIMOTERCERO: Para las ayudantes de enfermería se establecerá un salario mensual de $ 1.750.00 más una prima de estudios de $ 100.00 mensuales durante un año para que llenen los requisitos establecidos por el SENA y realicen el Curso de Complementación que les permita actuar como Auxiliares de Enfermería. DECIMOCUARTO: Como el Ministerio y el Hospital consideran que los trabajadores de este último son empleados públicos y los trabajadores consideran que son trabajadores oficiales, el Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo por Resolución Nº 004718 de noviembre 14 de 1975 decidirá lo relativo a la calidad de trabajadores oficiales o empleados públicos y consecuentemente la firma o no de Convención Colectiva y su vigencia. DECIMOQUINTO: Este acuerdo comenzará a cumplirse inmediatamente, siguiendo los trámites legales, y se llevará a Convención o no de conformidad con lo que decida el Tribunal. Para la integración del Tribunal, el Hospital desistirá del recurso interpuesto contra la mencionada Resolución 004718, quedando para las partes la facultad de interponer los recursos legales contra el fallo arbitral. OTROSI. En el Artículo Primero debe entenderse: "A las Juntas Directivas de los Sindicatos... Así mismo, las Directivas de los Sindicatos..." y en el Artículo Segundo "Los Sindicatos..." (Fdo.), HAROLDO CALVO NUÑEZ, Ministro de Salud Pública: ABEL DUEÑAS PADRON, Secretario General. Por ANTHOC, MARIA DEL TRANSITO JURADO: VITALIA GUTIERREZ: TEOFILO FORERO: por Clínicas y Similares, DIOGENES TORRES; SILDANA JIMENEZ; PEDRO ZARATE; HUGO S. BECERRA A., Conciliador. CLAUDIO CERON PAZ, Director Hospital Santa Clara, Encargado", es una Convención Colectiva de Trabajo aplicable a todos los trabajadores oficiales del Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá. ARTICULO SE-

GUNDO. El presente LAUDO rige a partir de la fecha y hasta el día 22 de marzo de 1977".

El recurso

El recurrente estima en primer término que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio carece de jurisdicción y competencia para dirimir el conflicto colectivo que le fue planteado, sustentando esta afirmación con los argumentos expuestos por el doctor Salcedo Angulo en su salvamento de voto. En segundo término considera que el Laudo desconoce lo preceptuado en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con lo señalado por los artículos 416 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo, al definir como trabajadores oficiales a los servidores de un establecimiento público como el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, quienes son empleados públicos sin facultad para negociar pliegos de peticiones a través de sus sindicatos. Se apoya en la sentencia de Homologación de catorce de octubre de mil novecientos setenta y uno, algunos de cuyos pasajes transcribe, y concluye:

"En el caso que nos ocupa, el Tribunal de Arbitramento obligatorio reconoció la calidad de establecimiento público del orden descentralizado que tiene el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá y tenía que hacerlo, pues de acuerdo a lo prescrito por el Decreto 1847 del 1º de agosto de 1965 se consideró al HOSPITAL SANATORIO ANTITUBERCULOSO SANTA CLARA DE BOGOTA, como una institución de carácter asistencial dependiente del Ministerio de Salud Pública, posteriormente el Decreto 1427 de 1958, incorporó a la División de Tuberculosis del Ministerio de Salud Pública el personal del Hospital Sanatorio Nacional Santa Clara de Bogotá, por último el Decreto 873 de 17 de abril de 1974 adscribió al Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá al Ministerio de Salud Pública como establecimiento público descentralizado del orden nacional, las anteriores normas permiten en forma clara tipificar el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, como un establecimiento público de los definidos en el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968 y con las características contenidas en esa definición, es decir que el Hospital tiene personería jurídica otorgada por la ley o autorizada por ésta, plena autonomía administrativa y patrimonio independiente sostenido con bienes o fondos públicos y con el producto de la tasa de servicios impuesta a la comunidad. Por si ello fuera poco, también encaja el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá dentro de la asimilación a establecimiento público hecho por el artículo 7º del Decreto 3130 de 1968 a las instituciones de utilidad común que existían a la época de la expedición del Decreto citado y cuya creación era de origen legal o estaba autorizado legalmente. No cabe duda de que el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá es un establecimiento público del orden nacional integrado a la rama ejecutiva del poder público con todas las consecuencias de orden legal que dicha característica implica. No podía el Tribunal de arbitramento al aceptar la calidad de establecimiento público descentralizado del Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá entrar a definir la calidad de los servidores de la entidad, pues esa función estaba atribuida exclusivamente por el legislador a la Junta Directiva de la entidad y en caso de no hacer uso de dicha facultad todos los servidores por ministerio de la ley deben considerarse como empleados públicos. Como ya se dijo al definir como trabajadores oficiales a los servidores del Hospital el Tribunal vulneró el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y excedió sus facultades violando con ello el artículo 458 del código por lo que debe declararse la inexequibilidad total del laudo".

Se considera

I. Según el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, "Los árbitros deben 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..."

La norma anterior presupone la existencia de un pliego de peticiones, sobre las cuales deben pronunciarse los árbitros cuando no han sido objeto de acuerdo en las etapas de arreglo directo y conciliación. Es decir, que la competencia del Tribunal de Arbitramento Obligatorio para decidir está limita-

da exclusivamente a los puntos pendientes del respectivo pliego.

Las peticiones hechas conjuntamente por el Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares del D. E. de Bogotá y en el Departamento de Cundinamarca y la Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios —ANTHOC—, se refieren a la estabilidad de los trabajadores, duración de los contratos de trabajo, creación de un Comité de Reclamos, fijación de salario mínimo, aumento de salarios, establecimiento de una prima de carestía, primas semestrales, prima de calor, prima de vacaciones, aumento de los días de vacaciones, ampliación del servicio de rehabilitación, dotación de uniformes y zapatos, fijación de salario y de la jornada para quienes trabajen en el externado, valoración de la alimentación, establecimiento de un escalafón, remuneración del trabajo en domingos y festivos, fijación del subsidio de transporte, instalación de una sala-cuna, permisos sindicales remunerados, permisos remunerados para los trabajadores, auxilios en dinero para los trabajadores en algunos casos, suministro de aparatos ortopédicos, auxilios en dinero para el Sindicato y la Confederación Sindical de Trabajadores de Colombia, ampliación del fuero sindical, pago de deudas pactadas en convenciones anteriores e integración de una comisión para el cumplimiento de dichos pagos.

Como puede observarse, ninguna de las peticiones se refiere a la calificación jurídica del convenio o acuerdo que celebraran el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá y los Sindicatos de Trabajadores que elevaron el respectivo pliego, ni a la determinación de la calidad de empleados públicos y trabajadores oficiales.

Fueron las partes luego de haber solucionado el conflicto surgido con motivo de la presentación del pliego de peticiones y después de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento Obligatorio, las que acordaron someter a dicho Tribunal la determinación de la calidad de trabajadores oficiales o empleados públicos y si debía celebrarse o no una convención colectiva y su vigencia. El acuerdo respectivo fue firmado por el Ministro de Salud Pública, el Secretario General de dicho Ministerio, los representantes de los sindicatos, el conciliador Hugo S. Becerra A. y el Director del Hospital Santa Clara, y es del siguiente tenor:

"DECIMOCUARTO. Como el Ministerio y el Hospital consideran que los trabajadores de este último son empleados públicos y los trabajadores consideran que son trabajadores oficiales, el Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo por Resolución Nº 004718 de noviembre 14 de 1975 decidirá lo relativo a la calidad de trabajadores oficiales o empleados públicos y consecuentemente la firma o no de Convención Colectiva y su vigencia. DECIMOQUINTO. Este acuerdo comenzará a cumplirse inmediatamente, siguiendo los trámites legales, y se llevará a Convención o no de conformidad con lo que decida el Tribunal. Para la integración del Tribunal, el Hospital desistirá del recurso interpuesto contra la mencionada Resolución 004718, quedando para las partes la facultad de interponer los recursos legales contra el fallo arbitral".

Se le atribuyó nueva competencia al Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para decidir un conflicto colectivo de carácter económico que surgió con motivo de la presentación de un pliego de peticiones, mediante una especie de compromiso y sobre materia no contemplada en dicho pliego. Al resolver los árbitros sobre los puntos que de ese modo les fueron sometidos violaron la primera parte del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto, como ya se dijo, la competencia de los Tribunales de Arbitramento Obligatorio para decidir el conflicto se limita al pronunciamiento sobre aquellos aspectos del pliego no acordados en las etapas de arreglo directo y de conciliación, con las cuales se integra la de arbitramento obligatorio para la solución final del conflicto.

II. También discrepa el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo que el fallo de los árbitros "no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes".

El Artículo Segundo del Laudo dispone que el mismo regirá a partir de la fecha de su expedición y hasta el día 22 de marzo de 1977. Esta decisión fue motivada por el Tribunal de Arbitramento así:

"Como en la misión que se ha confiado al Tribunal, aparece la de definir la vigen-

cia del Laudo Arbitral, situación que no fue discutida en las dos etapas de la negociación colectiva, los árbitros recurrieron al pliego de peticiones presentado por los sindicatos, el cual, en el punto Nº 31 solicita que la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo, sea de un año. Este será el término, que habrá de expresarse en la parte resolutiva del presente Laudo".

Relacionando el artículo 2º con el 1º se concluye que el fallo arbitral consideró a los sindicatos que elevaron el pliego de peticiones como de trabajadores oficiales, desde el momento en que determinó que el acuerdo que habían celebrado las partes en conflicto era una Convención Colectiva, cuya vigencia se fijó en el Laudo. Esta clasificación es violatoria de la segunda parte del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto afectaría el derecho del establecimiento público Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, cuya naturaleza como tal fue reconocida por los árbitros, receptor del pliego de peticiones, a precisar en sus estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, derecho consagrado en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, norma de orden público que también dispone que las personas que prestan sus servicios a los establecimientos públicos son empleados públicos, salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales y los que se califiquen como tales en los estatutos.

Al razonamiento anterior no se opone, como lo da a entender el Laudo, que en 1966 la Sala de Casación Laboral de la Corte, hubiese homologado un fallo arbitral pronunciado para decidir el conflicto colectivo surgido entre el Hospital Santa Clara y sus Sindicatos de Trabajadores, por cuanto en la fecha del pronunciamiento del Tribunal, 22 de febrero de 1966, no se había expedido el Decreto 3135 de 1968, y la clasificación entre empleado público y servidores del Estado por contrato de trabajo estaba sometida a otras normas que señalaban un criterio diferente para esa clasificación.

Tampoco puede considerarse modificado el Decreto 3135 de 1968 por los Decretos 256 y 870 de 1975, que dispone que las entidades adscritas al servicio nacional de Salud que tengan un régimen distinto al de los empleados públicos para su personal lo conservarán en cuanto sea más favorable para el trabajador y que los Establecimientos Públicos que funcionen adscritos al Ministerio de Salud se regirán por el Estatuto de personal de Salud respetando las condiciones laborales más favorables al trabajador, porque no se ha acreditado que el Hospital Santa Clara antes de la vigencia del Decreto 256, tuviese un régimen contractual más favorable para sus servidores que el de empleado público, régimen que de existir forzosamente ha debido expedirse bajo los dictados del Decreto 3135 de 1968, ni que el Estatuto de Personal de Salud haya clasificado como trabajadores oficiales a los que prestan sus servicios en los hospitales organizados como Establecimientos Públicos.

III. Las razones anteriores son suficientes para que la Sala encuentre el Laudo estudiado violatorio del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto en el pliego de peticiones no se solicitó una clasificación de los servidores del Hospital Antituberculoso Santa Clara, y la decisión afectó el derecho de dicho Hospital a determinar en qué casos sus servidores podían vincularse mediante contratos de trabajo, como lo consagra el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y el derecho del establecimiento público a que sus servidores, empleados públicos por regla general, no le presenten pliegos de peticiones, como lo dispone el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ya esta Sala de la Corte se ha pronunciado en el mismo sentido sobre este asunto de la clasificación de los servidores de los establecimientos públicos. Así en sentencia dictada el treinta y uno de julio de 1968, dijo:

"El cargo se fundamenta en que las relaciones de trabajo de los servidores de la Beneficencia, sin excepción, venían rigiéndose, durante más de veintidós años, por convenciones y laudos, lo que constituye derecho para que todos ellos, y no solamente los indicados por la sentencia recurrida, continúen disfrutando de los beneficios de la contratación colectiva, bien sea que ellos se encuentren en convención de este carácter o en providencia arbitral. En resnaldo de esta acusación se invoca un concepto del Exministro del Trabajo, y la conclusión es

la de que el laudo viola el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe afectar derechos o facultades de las partes. 'Para la Sala este planteamiento, como el del cargo primero, pretende más de lo que corresponde a los términos del conflicto y de su solución arbitral, y su cuestión de fondo es inadmisible, por cuanto si la legislación nacional impone, como en efecto lo hace, régimen distinto para los trabajadores oficiales y para los empleados públicos, ningún tratamiento convencional o arbitral puede prevalecer contra aquélla. La condición del funcionario constituye un status de derecho público, que no puede modificarse en su concepción constitucional ni en sus regulaciones de ley por voluntad que le fije consecuencias contrarias, muchísimo menos en materia de contratación colectiva, o de soluciones arbitrales, que se gobiernan con prohibiciones especiales' ".

Y en sentencia pronunciada el catorce de octubre de mil novecientos setenta y uno, recurso de Homologación contra el Laudo proferido para solucionar el conflicto colectivo entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y su Sindicato de Trabajadores, se pronunció así:

"Por virtud de los artículos 38 del Decreto 3130 de 1968, 5º del Decreto 3135 del mismo año y 5º del Decreto 1848 de 1969, la clasificación de los empleados oficiales corresponde a los estatutos de las entidades descentralizadas, luego no podían los árbitros hacer la clasificación, así los hubiera facultado una Resolución Ministerial, pues la norma legal contraria es de aplicación preferencial y la Resolución no puede disponer otra cosa. En las circunstancias examinadas, al dictar el Tribunal de Arbitramento un laudo en conflicto provocado por empleados públicos, violó los artículos 416 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no solamente permitió lo que estaba prohibido por la ley, sino que desconoció el derecho de la Zona Franca a que no se le presentaran pliegos de peticiones y a que no se le obligue a celebrar convenciones colectivas o se le imponga acto arbitral sustitutivo de ellas".

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, ANULA el laudo proferido el veintidós de marzo de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para resolver el conflicto colectivo laboral surgido entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, por una parte, y el "Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares de Bogotá, D. E. y el Departamento de Cundinamarca" y la "Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios —ANTHOC—", por la otra.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SENTENCIAS NO PUBLICADAS.

SALA DE CASACION CIVIL

CAUSAS DE SEPARACION DE CUERPOS DE LOS MATRIMONIOS CATOLICOS. La Jurisdicción civil comenzó el 2 de julio de 1975. Auto de 20 de enero de 1976. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. Caducidad de la acción. Sentencia de 21 de enero de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Edgar, Francisco y Jorge Calderón Quintero contra Julia Varón, Julio César y Francisco Calderón. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

OBJECIONES A LA PARTICION. Técnica de casación. Sentencia de 26 de enero de 1976 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso de sucesión de Pompilio Saavedra Bernal. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. Causal de relaciones sexuales en la Ley 75 de 1968. Reforma de testamento. Sentencia de 28 de enero de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en este proceso ordinario promovido por Nacira Genem Fonseca de Hernández contra los herederos de Pedro Genem. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

PERTENENCIA. Sus requisitos. Sentencia de 29 de enero de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario de Bertha Torres de Barreto contra "Terceros indeterminados". Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

REVISION. Recurso distinto al proceso cuyo fallo se pretende anular. Auto de 10 de febrero de 1976. SE ABSTIENE de considerar y decidir en el fondo la reposición. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Germán Giraldo Zuluaga y José María Esguerra Samper del auto anteriormente citado.

NULIDAD DE PROMESA DE VENTA. Técnica de casación: proposición jurídica completa. Sentencia de 12 de febrero de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en este proceso ordinario instaurado por Rosa Cuesta de Castillo frente a Ana Oliva Salgado Martínez. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. Elementos axiológicos. Determinación del bien. Continuidad de la posesión. La venta de cosa ajena es título suficiente para prescribir. Sentencia de 19 de febrero de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en este proceso ordinario del Municipio de Cartagena frente a "Sucesores de David Dager". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Murcia Ballén y Peláez Ocampo del fallo anteriormente publicado.

FILIACION NATURAL. Técnica de casación: error de hecho y error de derecho. Prueba de la posesión notoria de hijo natural. Sentencia de 20 de febrero de 1976.

NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso ordinario promovido por José Sabel Porto Palacios contra Margarita Calvo de Porto, Evelia Porto de Mejía y Judith Porto de González. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

ARRENDAMIENTO. El error de hecho ha de ser manifiesto y trascendente. Sentencia de 23 de febrero de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en este proceso ordinario promovido por Jaime Cuenca Cadena contra la sociedad "Radio Garzón S. A.". Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. Sentencia de 23 de febrero de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en este proceso ordinario de Luis Enrique Marulanda frente a Elena Jiménez vda. de Ospina, Elena Ospina de Castaño, Martha Lucía Angel Ospina y Eduardo Angel Ospina. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. Transacción novación. Sentencia de 26 de febrero de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por "Comité Agropecuario de Roldanillo (Valle)" frente a la sociedad "Generoso Mancini —Manteca la Americana— Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

PERTENENCIA. Técnica de casación. Sentencia de 3 de marzo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en este proceso ordinario de Camilo Cuadros Cuadros contra "Terceros indeterminados". Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. Causal 5ª de casación. Cosa juzgada. Sentencia de 11 de marzo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga en este proceso ordinario instaurado por Edith Barbosa, como representante legal de sus menores hijos, frente a los herederos de José Ignacio Arbeláez Lara. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION DEL POSEEDOR REGULAR (acción publiciana). Sentencia de 15 de marzo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el proceso ordinario iniciado por Carlos Salas Martínez contra Hugo Espinosa Paternina y otros. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION. El derecho de herencia es distinto al de dominio. Sentencia de 16 de marzo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en este proceso ordinario suscitado por Gabriela Cedeño vda. de Ramírez y otros contra Jesús María Quintero Lasso. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SOCIEDAD CONYUGAL. Patrimonio autónomo o masa de bienes que no forma persona jurídica. Técnica de casación. Sentencia de 2 de abril de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario promovido por Arnoldo Arcila contra María Adela Gaviria de Arcila y otros. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

TRANSACCION. Técnica de casación. Sentencia de 5 de abril de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por la "Empresa Colombiana de Petróleos —Ecopetrol—" y la "Corporación de Vivienda de los trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleos — Cavipetrol" demandaron a las sociedades denominadas "Ojeda Trespalacios Ltda." e "Icontas Ltda.". Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. Caducidad: desde cuando corre el término de dos años. Sentencia de 2 de mayo de 1978. NO CASA la proferida por el Tribunal de Bogotá en el proceso ordinario promovido por José Gregorio Parra contra Ana Isabel Parada de Palacios, Antonio Cortés Pulido y otros. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. Autonomía del Tribunal en la apreciación probatoria. Exámenes sanguíneos como prueba. La sucesión no es persona jurídica. Sentencia de 11 de mayo de 1976. NO CASA la proferida por el

Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por María Rosmira Serna Ruiz, como representante legal de sus menores hijos naturales María Dora y Luis Arbey Serna, frente a Marta Alvarez Castañeda. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. Error de hecho en la interpretación de la demanda. Tratándose de relaciones sexuales no puede exigirse prueba directa. Sentencia de 17 de mayo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Jaime Toribio Rivera frente a Marcelina Rojas Vesga vda. de Lenis. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén, del fallo anteriormente publicado.

FILIACION NATURAL. Nulidades procesales y sustanciales. Error de hecho; valoración de pruebas, error de derecho en el nuevo C. de P. C. Sentencia de 18 de mayo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Carlos Arlés y Marta Alicia Yalí frente a Carlos Enrique, Sigifredo de Jesús, Ana Libia, María y Eunice Sánchez Marín. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. Incongruencia. Presunción de culpa. Sentencia de 28 de mayo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por Marta Mercedes Arana de Varón contra la Cooperativa de Transportes Velotax Ltda. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

COMPRAVENTA DE VEHICULOS. Es contrato consensual. Sentencia de 31 de mayo de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en este proceso ordinario de Pablo de la Cruz Beltrán e Inés Rodríguez de Beltrán frente a Llano Motor Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

AMPARO DE POBREZA. Auto de 1º de junio de 1976. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

TECNICA DE CASACION. Sentencia de 3 de junio de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por González Hermanos Limitada contra el Banco de Bogotá, Sucursal de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Mendoza y Mendoza.

FILIACION NATURAL. Prueba testimonial, ha de valorarse en conjunto. Exceptio plurium concubratorum. Sentencia de 3 de junio de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario instaurado por María Angélica Coral frente a Zoila y Félix Antonio Hernández Rosero. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. No procede contra el tenedor. Cuando la tenencia se deriva de un contrato, debe ejercitarse la acción que nace de éste. Sentencia de 24 de junio de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Lucía Sierra de Valencia, esposa legítima de Fabio Valencia Madrid —recurrente—. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

ARRENDAMIENTO. Técnica de casación. Sentencia de 1º de julio de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario iniciado por Vitaliano Casallas y Efraín García Garzón frente a Hilda Murcia vda. de Orjuela. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REVISION. Requisitos de la demanda. Auto de 6 de julio de 1976. SE DECLARA INADMISIBLE la demanda de este recurso propuesto por Leonor Escobar de Escobar. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REPOSICION. Notificación de la demanda por "conducta concluyente". Providencia de 7 de julio de 1976. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. Revisión del fallo del juez de menores. Sentencia de 8 de julio de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de José Francisco Gómez contra Ana Regina Angel. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Mendoza y Mendoza.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. Causal 5ª proposición jurídica completa. Sentencia de 8 de julio de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso ordinario de Argelia Marina Osorio Gutiérrez contra los sucesores de Pedro Iza Irvi. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRANSITO. Causal 5ª Prueba de propiedad de los vehículos. Sentencia de 9 de julio de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en este proceso ordinario de Enrique Cuencia Lara frente a Santos Noé Veloza González y la empresa transportadora "Conaltra". Magistrado ponente: Doctor Alejandro Mendoza y Mendoza.

DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURIDICAS. Auto de 16 de julio de 1976.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén.

VENTA CON PACTO DE RETROVENTA. Técnica de casación. Términos legales para la retroventa. Sentencia de 14 de julio de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Cecilia Serna de Laserna y otro frente a Nohemí de los Ríos. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REPOSICION. Punto nuevo. Auto de 28 de julio de 1976.

DEMANDA DE CASACION. Requisitos formales. Providencia de 28 de julio de 1976 declara desierto cargos por no reunir requisitos formales. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. Técnica de casación. Sentencia de 3 de agosto de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja promovido por el Instituto de Crédito Territorial contra Bárbara Lucila Sanabria de Sanabria y otros. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Mendoza y Mendoza.

ARRENDAMIENTO. Documento sin pago del impuesto de timbre. Sentencia de 5 de agosto de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso ordinario suscitado por Hugo Pineda contra Guillermo Taylor. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor José María Esguerra Samper.

QUEJA. Interés del que comparece al juicio en virtud del emplazamiento. Auto de 5 de agosto de 1976. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. Técnica de casación. Causal 1ª. Sentencia de 6 de agosto de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario, instaurado por Juan Parra Lozano frente a María de Jesús Sáiez vda. de Palma y otro. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. Incongruencia: ultra petita. Prueba pericial. Sentencia de 10 de agosto de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario que promovió Rafael Meneses contra Tiberio Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. Factores enumerativos. Sentencia de 13 de agosto de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso ordinario de Luis Felipe Guardo Puello, contra la "Sociedad de Transportes Expreso Cartagena". Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. Técnica de casación. Sentencia de 16 de agosto de 1976. NO CASA

la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario promovido por Paulina Bernale Martínez contra Gustavo Castellanos o Bocanegra y otra. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. Demanda en forma y sentencia inhibitoria. Sentencia de 16 de agosto de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de Jesús María Botero Yepes frente a Pedro Luis Muñoz. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén.

SENTENCIA COMPLEMENTARIA. Sentencia de 19 de agosto de 1976. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. Vigencia de las leyes sobre estado civil de las personas. Investigación muerto el padre. Sentencia de 24 de agosto de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por María del Carmen Sánchez de Salazar frente a los herederos de Jorge Enrique Bazurto León. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

ABUSO DEL DERECHO. Causal 4ª apelación adhesiva. Sentencia de 26 de agosto de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario instaurado por José Ramírez Vera y otra frente al Banco Central Hipotecario y al gerente de la sucursal de aquella ciudad, Jorge Alberto Jiménez. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SUBCONTRATO. Contrato administrativo y contrato civil. Septiembre 10 de mil novecientos setenta y seis. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario promovido por Tobías Agudelo Hernández contra la sociedad "Técnica Vial Limitada". Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURIDICAS. Inconsonancia. Sentencia de 16 de septiembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por "Pradilla H. Cía. Ltda.", frente a "Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. Técnica de casación. Error de hecho. Septiembre 17 de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario suscitado por Héctor Iván Gómez contra los sucesores de José Domingo Moreno. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. Relaciones sexuales. Sentencia de 21 de septiembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso ordinario de Héctor Moncaleano contra Jorge Daniel Chalela Sánchez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL y RESOLUCION DEL CONTRATO. Sentencia de 22 de septiembre de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Paul Bloch Porges contra Dora Rodríguez de Gutiérrez y el Banco Central Hipotecario, Sucursal Chapinero. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

REVISION. Causales 8ª y 6ª. Sentencia de 27 de septiembre de 1976. Declara infundado el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, proferida en el proceso posesorio de Graciela Pulido de Aguilar contra Luis Aguilar Rocha y otro. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. Posesión notoria. Sentencia de 28 de septiembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en este proceso ordinario promovido por Fernando Horta contra los herederos de Jorge Chalela Rezk. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION. Responsabilidad patrimonial del apoderado. Sentencia de 4 de octubre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en

este proceso ordinario que Jorge Rey suscitara frente a los herederos de Alberto Acevedo Amaya. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. Derechos de contradicción y oposición. Sentencia de 7 de octubre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario iniciado por Luis Alfredo Ramírez frente a Carmen Moreno vda. de Romero y otros. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS. De las circunstancias de hecho se deduce voluntad de asociación. Sentencia de 8 de octubre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por Leonor Saavedra contra Norberto Prada. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

COSA JUZGADA. Es excepción de fondo y la providencia que la decida favorablemente es sentencia. Providencia de 13 de octubre de 1976. Decide el recurso de queja propuesto en el proceso sobre cancelación de marca seguido por THE LEE COMPANY INC., contra LUIS EDUARDO CAICEDO M. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Humberto Murcia Ballén y Alberto Ospina Botero, de la providencia anterior.

PERMUTA. Técnica de casación. Sentencia de 21 de octubre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso promovido por el municipio contra las sociedades denominadas "Materiales de Colombia Limitada" y "Explotaciones Rendón Limitada". Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. Las relaciones sexuales se pueden inferir del trato personal y social. Sentencia de 22 de octubre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario de Guillermo Merino Visbal contra la menor Myriam Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RESCISION POR LESION ENORME. Propiedad de las mejoras. Sentencia de 28 de octubre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en este proceso ordinario promovido por Libardo Cruz Vega contra Rafael Ossa Soto. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. Lapsus en la parte motiva de la sentencia. Técnica de casación. Sentencia de 29 de octubre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Ernestina Rojas de Velásquez y Hermencia Rojas contra herederos y cónyuge sobreviviente de Lisandro Díaz Doncel. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

CONSTRUCCION EN SUELO AJENO. Técnica de casación. Error de hecho y error de derecho. Proposición jurídica completa. Sentencia de 3 de noviembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en este proceso ordinario instaurado por Pedro Nolasco Pardo frente a Ana María Guerrero de Von Wal. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. Relaciones sexuales: pueden inferirse del trato personal y social de los padres. Efectos patrimoniales de la declaración judicial. Término de caducidad. Sentencia de 9 de noviembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso ordinario promovido por José del Carmen Mariño contra José Julio Lizarazo Arenas. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SIMULACION RELATIVA. Manifiesto error de hecho. Sentencia de 9 de noviembre de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por María Inés Jiménez vda. de Prada y otros contra Aura María Jiménez de Bustamante y otro. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE TRANSITO. Sentencia de instancia de 10 de noviembre de 1976. Proferida en el ordinario de José Isaac e Ildefonso Valencia Ch. contra Guillermo Velásquez y Gabriel Soto.

Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

TECNICA DE CASACION. Sentencia de 10 de noviembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Juan Honorato García contra el Banco de la República. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS. Técnica de casación. Sentencia de 12 de noviembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso iniciado por Alvaro Bernal Torres contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ARRENDAMIENTO. Determinación del bien arrendado. Sentencia de instancia de 16 de noviembre de 1976. Proferida en el ordinario de Hugo Pineda Serrano contra Guillermo Taylor. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

NULIDAD DE CONTRATO DE SOCIEDAD. Mínima petita. Sentencia de 16 de noviembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo en el proceso ordinario de María del Pilar Vergara de Vivero y otra, contra Juan Manuel Vergara Hernández y otros. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA. Técnica de casación. Sentencia de 30 de noviembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Laura y Oliverio Díaz Rodríguez contra "Industrias Termomecánicas Waston Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS. Condiciones esenciales. Sentencia de 30 de noviembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por Ana Tulia Agudelo contra Ascensión Posada vda. de Rivera y Alicia Rivera de Carmona, como sucesores de Julio Antonio Rivera. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados, doctores José María Esguerra Samper y Humberto Murcia Ballén del fallo anteriormente publicado.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. En proceso sucesorio. Auto de 3 de diciembre de 1976. Decide el surgido entre los Jueces Civiles del Circuito de Purificación y Neiva, en el proceso sucesorio de Felipe Sánchez Lozano. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. Posesión notoria. La Corte debe respetar las conclusiones del fallador de instancia mientras no sean arbitrarias o contrarias a la evidencia de los hechos. Sentencia de 6 de diciembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal de Bucaramanga, en el proceso ordinario suscitado por María Alba Figueroa de Quintero contra los sucesores de Rubén Laitón Castañeda. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor José María Esguerra Samper del fallo anterior.

FILIACION NATURAL. Allanamiento a la demanda. Confesión de litis consorte facultativo. Caducidad, características. Sentencia de 6 de diciembre de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por Pablo, Ramón y Alicia Oviedo contra Tránsito Vera vda. de Ortegón y otros. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén del fallo anterior.

Revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso de rendición de cuentas de Luis Felipe Yepes frente a Hilario Sánchez Cabezas. Auto de 7 de diciembre de 1976. Declara inadmisible la demanda por no citar a todas las personas que intervinieron en

el proceso. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS. Nulidad por indebida representación. Sentencia de 10 de diciembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso instaurado por Francisco Arango Izquierdo, "en representación de la sucesión testada del señor Gregorio Botero Robledo, en su carácter de albacea con tenencia de bienes de la misma..." contra el municipio de Cali. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

PROMESA DE CONTRATO. Nulidad por no constar por escrito. Sentencia de 13 de diciembre de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso ordinario promovido por Julio Enrique Díaz contra Anselmo Rivera. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Ricardo Uribe Holguín del fallo anterior.

SEGUROS. Reticencia. Técnica de casación. Sentencia de 13 de diciembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Ana Fabiola González de Castaño y sus hijos contra la Cía. de Seguros de Vida Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. Técnica de casación. No es una tercera instancia. Sentencia de 13 de diciembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Gladys Bárbara Solaque de Martínez contra Martín Solaque Calderón. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RESPONSABILIDAD POR CULPA AQUILIANA. Daños hipotéticos no son indemnizables. Pretium doloris. Sentencia de 14 de diciembre de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por Carlos Julio Díaz y otra contra Unión Santandereana de Transportes Urbanos S. A. —Unitransa—. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA. Al casar la sentencia del Tribunal, la Corte debe revisar toda la sentencia de primer grado. Sentencia de 14 de diciembre de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en este proceso ordinario promovido por María Alicia Ruiz de Tovar y otra contra Ana Tulia Ardila vda. de Camelo. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEGUROS. Incompetencia de jurisdicción es causal de nulidad que debe declarar el fallador y no inhibirse. Contrato principal y accesorio. Característica del contrato administrativo. Sentencia de 15 de diciembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por "Compañía de Seguros del Pacífico S. A." contra "Instituto Nacional de Radio y Televisión —Inravisión—", "Protón Limitada" y Carlos Trujillo Olarte. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SIMULACION. Teoría monista. No perjudica a terceros. Prueba de la simulación. Sentencia de 15 de diciembre de 1976. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán, en este proceso ordinario suscitado por Rebeca Solano vda. de Sarria y otros, frente a José Silvio Urbano López y otro. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALA DE CASACION LABORAL

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. La Corte por sentencia de 15 de enero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Eduardo Jiménez contra Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de 20 de enero de 1976, CASA PARCIALMENTE, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Adriano Casadiego contra Central de Transportes Estación Cúcuta y el Municipio de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de 21 de enero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Guillermo Lopera Betancur contra "La Supertienda Ltda." Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 21 de enero de 1975, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Gabriel Gómez Escobar contra Aníbal Gómez Escobar y Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 21 de enero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Luis Franco Carreño contra Helicópteros Nacionales de Colombia S. A. —HELICOL—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR EVIDENTE DE HECHO. La Corte por sentencia de enero 23 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Dubis Colina viuda de Alonso contra Laboratorio Clínico Pasteur. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. La Corte por sentencia de 23 de enero de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Manuel García Osorio contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de 28 de enero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis E. Alvarez contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de 29 de enero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Enrique Gaviria Liévano contra la Fundación Universidad de Los Andes. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

Indemnización por Accidente de Trabajo. La Corte por sentencia de 2 de febrero de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Eduardo Antonio Hoyos Naranjo contra Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. —FABRICATO—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

CAUSA PETENDI. La Corte por sentencia de 4 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Miguel Desmoineaux Sposito contra Rusco de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 4 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Enrique Arango Vásquez contra el Fondo Ganadero de Antioquia. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de 4 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Eduardo Cantillo Hernández contra Gustavo Mendieta Santamaría. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

TECNICA DE CASACION. La Corte por sentencia de 11 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Hernando Antonio Morales contra Grace y Cía. S .A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CONCESION SALINAS. La Corte por sentencia de 17 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Isaac de Jesús Posada Valbuena contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión Salinas—. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONCESION SALINAS. La Corte por sentencia de 17 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alcides Páez contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión Salinas—. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONCESION SALINAS. La Corte por sentencia de 24 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Francisco Forero contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión Salinas—. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 25 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Orfelio Tejada Castro contra Puertos de Colombia —Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla—. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 25 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Onis Mosquera contra Luis Toledo y Rebeca Levi de Toledo. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION SALINAS. La Corte por sentencia de 26 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Antonio Lemos G. contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión Salinas—. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CONCESION SALINAS. La Corte por sentencia de 26 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ismael Rodríguez Reyes contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión Salinas—. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 27 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María Graciela Castro viuda de Salinas contra Industrial Hullera S. A. —con domicilio en Medellín—. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 27 de febrero de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Agustín de Francisco Q. contra Industrias Eléctricas Schreder Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

INDEMNIZACION POR MORA. La Corte por sentencia de 3 de marzo de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Raúl Achury contra Daniel Vargas Ramírez. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PENSION DE JUBILACION. La Corte por sentencia de 5 de marzo de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Tangarife Muriel contra Carbones San Fernando S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 12 de marzo de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Helena Rincón de Arismendi o Helena Rincón vda. de Lara contra Inversiones Raíces e Industriales Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de abril 22 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de David Cuervo Rueda contra

Gaseosas Colombianas S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

TERMINACION DEL CONTRATO. La Corte por sentencia de abril 29 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de León Estrada Posada contra el Banco Cafetero. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 11 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jesús Emilio Monsalve Betancourt contra Van Heusen de Colombia Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 20 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Efraín Tolosa Dueñas contra Compañía Colombiana de Tabaco S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 20 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de el Sindicato de Trabajadores de la Industria Licorera de Caldas contra la Industria Licorera de Caldas. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

EXISTENCIA LEGAL DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO. La Corte por sentencia de mayo 20 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Enrique Vargas Arias contra la Nación. —Ministerio de Obras Públicas—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO CON JUSTA CAUSA. La Corte por sentencia de mayo 28 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Miguel Manrique Araque contra el Banco de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 28 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Carlos Aguilar contra Cine Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Francisco José Camacho Amaya.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. (Error de hecho). La Corte por sentencia de junio 3 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Alvaro Ardila Almeciga contra Alvaro Fajardo Pinzón y Cía. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de junio 8 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Jorge Alvarez Buelvas contra Compañía Colombiana de Astilleros Ltda. "Conastil". Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de junio 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de Marco A. Pinzón contra el Municipio de Puerto Boyacá. Magistrado ponente: Doctor Francisco José Camacho Amaya.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de junio 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Adolfo Chilo Isco contra Marco A. Pinzón y Arturo Pérez. Magistrado ponente: Doctor Francisco José Camacho Amaya.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de junio 24 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Rubén Torres Cano contra Centro Social de Neiva S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de junio 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Agustín Parada contra Central de Trans-

portes —Estación Cúcuta y al Municipio de Cúcuta—. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de julio 2 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gildardo Arboleda Lopera contra Cervecería Unión S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

EL ARTICULO 61 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL CONSAGRA EL PRINCIPIO DE LA LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO PARA LOS SENTENCIADORES. La Corte por sentencia de julio 8 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de María Elena Restrepo de Vergara contra el Banco de la República. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

LOS TRABAJADORES VINCULADOS AL "INCORA" POR MEDIO DE UN CONTRATO DE TRABAJO, DE ACUERDO CON EL ARTICULO 57 DE SUS ESTATUTOS — DECRETO 3337 DE 1961—, TIENEN EL CARACTER DE TRABAJADORES OFICIALES. La Corte por sentencia de julio 9 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Héctor García Rivera contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora". Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de julio 15 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jorge Lalinde Viveros contra la Sociedad Constructora Industrial Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de julio 15 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Omar de la Pava Gómez contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de julio 22 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio de Daniel Guzmán López contra Hernán Urdinola Alvarez. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CONCESION DE SALINAS. La Corte por sentencia de julio 28 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto García Triviño contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión Salinas—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

SE PROHIBE A LOS PATRONOS DEDUCIR, RETENER O COMPENSAR SUMA ALGUNA DEL MONTO DE LOS SALARIOS Y PRESTACIONES EN DINERO QUE CORRESPONDA A LOS TRABAJADORES, SIN AUTORIZACION PREVIA ESCRITA DE ESTOS PARA CADA CASO, O SIN MANDAMIENTO JUDICIAL, SALVO LAS EXCEPCIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 59, NUMERAL 1º DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. La Corte por sentencia de julio 30 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Sánchez Torres contra Santa Fe Corporación Deportiva. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ACCIDENTE DE TRABAJO. DEBE DEMOSTRARSE EL ERROR MANIFIESTO DE HECHO. La Corte por sentencia de julio 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Bertha Pérez de Granados y sus hijos menores Luz Marina y Luis Fernando Granados Pérez contra Industrial Hullera S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

LA RELACION LEGAL Y REGLAMENTARIA DE LAS PERSONAS QUE PRESTAN SUS SERVICIOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS, SON SEGUN EL ARTICULO 5º DEL DECRETO 3135 DE 1968, EMPLEADOS PUBLICOS. SALVO LOS TRABAJADORES DE LA CONSTRUC-

CION Y SOSTENIMIENTO DE OBRAS PUBLICAS Y LOS QUE DESARROLLEN ACTIVIDADES DE LAS QUE LOS ESTATUTOS DE TALES ESTABLECIMIENTOS PRECISEN QUE PUEDEN SER DESEMPEÑADAS POR PERSONAS VINCULADAS MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de julio 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nicolás Civetta Arzayús contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES". Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO EN CASACION LABORAL. La Corte por sentencia de julio 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Manuel Leaño Cristancho contra Alfonso Meiía Pajardo. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de julio 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Antonio Cabezas Pardo contra Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de agosto 5 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Alfredo Hernández Hurtado contra Texas Petroleum Company. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. La Corte por sentencia de agosto 6 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mario González Gómez contra Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

EL ARTICULO 61 DEL CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO CONCEDE A LOS FALLADORES DE INSTANCIA, LA FACULTAD DE FORMAR LIBREMENTE SU CONVENCIMIENTO. La Corte por sentencia de agosto 12 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Arturo Betancourt Insignares contra Teicetro Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

EMPLEADOS PUBLICOS EN EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE —SENA—. La Corte por sentencia de agosto 12 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Matilde Bateman de Romero contra Servicio Nacional de Aprendizaje —Sena—. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de agosto 12 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Luis Felipe Castilla Jácome contra Central de Transportes Estación Cúcuta y al Municipio de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de agosto 12 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de José Obdulio Ortega contra Central de Transportes —Estación Cúcuta y al Municipio de Cúcuta—. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de agosto 12 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Luis Eduardo Padierna Velásquez contra Construcciones Sigma Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

JUSTA CAUSA PARA QUE EL PATRONO DESPIDA AL TRABAJADOR CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 7º APARTE A), ORDINAL 4º DEL DECRETO-LEY 2351 DE 1965. La Corte por sentencia de agosto 13 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Luis Emilio Cordero Salazar contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —Avianca—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de agosto 19 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Augusto Perea Forero contra el Banco Ganadero. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

EL ARTICULO 61 DEL CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO CONCEDE A LOS JUECES DE INSTANCIA LIBERTAD PARA FORMAR SU CONVENCIMIENTO. La Corte por sentencia de agosto 19 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Chipatecua contra Central Colombiana Auto-Agrícola S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de agosto 19 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Luis Felipe Sandoval Pérez contra Central de Transportes —Estación Cúcuta y al Municipio de Cúcuta—. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de agosto 19 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Amórtegui contra Empresa Distrital de Servicios Públicos y la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

INTERPRETACION ERRONEA DE LOS ARTICULOS 7º DEL DECRETO LEGISLATIVO 2351 DE 1965, Y EL 3º, EN SU ORDINAL 6º DE LA LEY 48 DE 1968. La Corte por sentencia de agosto 23 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Oscar Sanín Yepes contra Tejidos El Cóndor S. A. "Tejicóndor". Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de agosto 27 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Sánchez Granados contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA POR NO CONTENER LA DEMANDA UNA PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. La Corte por sentencia de agosto 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Lugo contra Empresa Vecinal de Transportes de Suba S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE DERECHO EN CASACION LABORAL. La Corte por sentencia de septiembre 2 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo en el juicio de Julio José Pérez Padilla contra Julio H. de Viveros. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 8 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Eduardo Castiblanco Tamayo contra Empresas Municipales de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Julio Lorduy Mesa contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

REAJUSTE DE SUELDOS. La Corte por sentencia de septiembre 16 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Suárez contra Distral S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 16 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de José Gabriel Izquierdo contra Isaura Montoya de Soto. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de septiembre 20 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jorge Pizarro Calderón contra el Banco Popular S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de septiembre 22 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Alfredo Bedoya Amaya contra Distribuidora Nissan Limitada. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de septiembre 23 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Orlando Rubio Quevedo contra Jardines del Recuerdo S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

LOS SERVIDORES DE LA CENTRAL DE TRANSPORTES. —ESTACION CUCUTA—, SON EMPLEADOS PUBLICOS. La Corte por sentencia de septiembre 24 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Angel Lucinio Romero Noriega contra la Central de Transportes —Estación Cúcuta y el Municipio del mismo nombre—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

CONCESION SALINAS. La Corte por sentencia de septiembre 29 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Benedicto Tinjacá C. contra el Instituto de Fomento Industrial —Concesión Salinas—. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de septiembre 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Suárez Sandino contra Aerolíneas Tao Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA POR PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de septiembre 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Alvis Guarín contra Empresa Colombiana de Productos Veterinarios "Vecol". Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de octubre 7 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo Silva Romero contra Fondo Aeronáutico Nacional. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de octubre 13 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marcos Galindo León contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de octubre 18 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Emma Gutiérrez de Zapata contra el Departamento de Antioquia (Fábrica de Licores de Antioquia). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de octubre 21 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de Pedro Tovar contra la Industria Arrocera Espina Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. (No se configuró). PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de octubre 21 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jaime Mejía Robles contra el Colegio Americano de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. (Buena o mala fe patronal). La Corte por sentencia de octubre 21 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Bogotá en el juicio de Fabio Osorio Hoyos contra Sociedad Colombiana de Plásticos Ltda. —Socoplast—. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de octubre 28 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rodrigo Lema Villegas contra Expreso Brasilia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de octubre 29 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Antonio Suanca contra José Abella Camargo. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de noviembre 4 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Enrique Gómez Lizarazo contra el Banco Industrial Colombiano. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de noviembre 5 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Rodríguez Vargas contra el Banco Popular. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Peñaranda contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas—. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

SERVIDORES DE LA CENTRAL DE TRANSPORTES —Estación Cúcuta—. La Corte por sentencia de noviembre 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Jesús María Nova contra la Central de Transportes —Estación Cúcuta—. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Ctálora.

CONTRATO DE TRABAJO, VERBAL O ESCRITO, DE LOS CHOFERES ASALARIADOS DEL SERVICIO PUBLICO. La Corte por sentencia de noviembre 10 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Riveros Castro contra Guillermo Garzón. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jaime Múnera del Valle contra Ramiro Uribe Santamaría. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 17 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jorge Eduardo Gómez contra Federico Gómez L., Gabriel Gómez Henao, Lucy Gómez de Sierra y Margarita de Fernández. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de noviembre 17 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Clemente Conde Ramírez contra Química Shering Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de noviembre 18 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Neira Molano contra Caribbean International Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de noviembre 18 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Moisés Lizarazo Dávila contra Sears Roebuck de Bogotá S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de noviembre 18 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de León Ortiz Acevedo contra Productora de Controles Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 18 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Alberto Rafael Sparano Caro contra Puertos de Colombia —Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla—. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 19 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Revollo Bravo contra Compañía Servicios de Cementerios S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. La Corte por sentencia de noviembre 24 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Arturo Lafaurie Guerrero contra Laboratorio Central D'Hidrauliquc de France. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 25 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Rafael Rueda Silva contra Irmelco del Caribe Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INEXISTENCIA DEL ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de noviembre 26 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael Antonio Vélez García contra Litografía Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DIAS DOMINGOS Y FESTIVOS. La Corte por sentencia de diciembre 2 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Néstor Oviedo Galvis contra Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A. "Lechesán". Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE DEMOSTRACION DEL MANIFIESTO ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 2 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto Castellanos Vélez contra Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO, CON JUSTA CAUSA. La Corte por sentencia de diciembre 2 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Joaquín Sánchez Rivera contra el Banco Central Hipotecario. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de diciembre 7 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Antonio J. Gómez contra las Empresas Públicas de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de diciembre 7 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Hernando García Lasso contra Ingeniería Técnica de Construcción Ltda. y a las Empresas Municipales de Cali. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Reinaldo Martelo Field contra la Empresa Puertos de Colombia —Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla—. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de diciembre 13 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jaime Galeano Bermúdez contra Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer). Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.





INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

Páginas

FILIACION NATURAL. — *Presupuestos procesales. Fallo inhibitorio, cómo atacarlo en casación. Independencia de la paternidad y maternidad naturales.* Sentencia de 12 de enero de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en este proceso ordinario instaurado por María Carmenza González de Rodríguez frente a Ricardo Cuevas Silva. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 5

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Germán Giraldo Zuluaga y José María Esguerra Samper del fallo anteriormente publicado 15

PERTENENCIA. — *Error de hecho. Identidad del objeto. — Prescripción adquisitiva extraordinaria: sus presupuestos.* — Sentencia de 22 de enero de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por María Torres vda. de Franco frente a los herederos de Jorge Silva Wilches. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 17

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — *La concurrencia de culpas, reduce pero no libera de responsabilidad. La diligencia y cuidado del automovilista no lo exonera de responsabilidad.* — Sentencia de 9 de febrero de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal de Medellín en este proceso ordinario suscitado por Consuelo Londoño vda. de Londoño y otros contra Avelino Hincapié. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 26

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS. — *El concubinato no crea sociedad.* — Sentencia de 23 de febrero de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por Olga Ortiz frente a Julio Rojas Núñez. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 32

ARRENDAMIENTO. — *Elementos esenciales. Basta que el precio sea determinable. Responsabilidad del arrendador.* — Sentencia de 25 de febrero de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso ordinario instaurado por Ramiro Rojas Jiménez contra Raquel Rebollo de Lemos, Dolores, María Luisa y Alicia Rebolledo Albán. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 40

INTERES LEGAL E INTERES CORRIENTE. — *Cosa juzgada.* — Sentencia de 2 de marzo de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario del Municipio de Ibagué frente a la Cía. Granadina de Seguros S. A. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo 48

RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE SU PROPIEDAD. — *Responsabilidad civil extracontractual: casos en que se genera; elementos que la configuran.* — Senten-

Páginas

cia de 11 de marzo de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario de José Francisco Pereira contra Rosendo Baquero Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 60

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Germán Giraldo Zuluaga del fallo anteriormente publicado 66

RESPONSABILIDAD EN ACTIVIDAD PELIGROSA. — *Nulidad procesal: no la hay sin texto expreso que la consagre. Omitir la práctica de una prueba no constituye nulidad. — Presunción de culpa del autor del daño. Solidaridad del patrono o empleador. Responsabilidad del que fue causa indirecta del daño.* — Sentencia de 18 de marzo de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Adelina Robledo vda. de Orozco y otros contra León Rodrigo Zapata, Arnulfo Alvarez y Cooperativa de Buses Medellín —Bello Ltda.— Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga ... 67

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. — *La mora de una parte purga la de la otra. Legitimación en la causa: su ausencia no es causa de fallo inhibitorio.* — Sentencia de 6 de abril de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario instaurado por Pablo Carbonari frente a Ana Ilia Ordóñez de Sossa y otros. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda 76

NULIDAD DE LA PARTICION. — *Efectos de su declaratoria; procedimiento; cómo integrar el contradictorio.* — Sentencia de 8 de abril de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario levantado por Glima Torres vda. de Restrepo frente a Ramón Restrepo Londoño y otros. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 93

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. — *Concurrencia de culpas.* — Sentencia de 30 de abril de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario instaurado por Félix Santos Quesada frente a la empresa "Transportes Rápido Tolima S. A." y otro. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 102

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE. — *Error en la interpretación de la demanda. Solidaridad en la indemnización por hecho ilícito. Abuso del derecho.* — Sentencia de 30 de abril de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario instaurado por "Hilanderías Medellín S. A." frente a "Compañía de Productos Químicos Nacionales —Sulfácidos S. A." y a "Sulfácidos S. A."—. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 111

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. — *Interpretación de la demanda: obligación del fallador* Sentencia de 10 de mayo de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en este proceso ordinario dirigido contra Guillermo Velásquez y Gabriel Soto, por los demandantes José Isaac e Ildefonso Valencia Chaurra. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 132

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. — *Perjuicios materiales y morales objetivados. Deben ser ciertos y estar demostrados. Perjuicios morales subjetivos. Reitera la doctrina del* "arbitrium judicis" *para fijar el* "pretium doloris". *Llamamiento en garantía.* — Sentencia de 11 de mayo de 1976. — Fallo de instancia en el proceso de Fabio Patiño y Otelia Salazar de Patiño contra Embotelladora de Medellín S. A. que reemplaza la decisión del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 138

SOCIEDADES. — *Mandato comercial. Efectos del mandato oculto o sin representación en relación con los consocios y ter-*

Páginas

ceros. Prueba del mandato oculto. — Sentencia de 17 de mayo de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso ordinario instaurado por Hernando Jaramillo García frente a Haydée Visbal de la Vega y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 149

SEGURO DE MANEJO O CUMPLIMIENTO. — *(Rescisión por declaraciones falsas) Irretroactividad de la ley.* — Sentencia de 24 de mayo de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por "Internacional de Seguros S. A." contra Jaime Gil Sánchez y Jorge Ballesteros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 156

INCAPACIDAD POR DEMENCIA. — *Presunción de derecho de incapacidad del interdicto y presunción legal de capacidad del no interdicto. Prueba de la perturbación psíquica. Testimonio técnico.* — Sentencia de 25 de mayo de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en este proceso ordinario instaurado por María Rosa Wandurraga y sus hijos legítimos de Isidro Wandurraga Fiallo frente a Ana Dolores Corzo de Muñoz. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 165

PERTENENCIA. — *Nulidades procesales: son taxativas. Causal 3ª de casación. Interpretación errónea: en qué consiste. Actuaciones temerarias.* — Sentencia de 25 de mayo de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso de pertenencia promovido por Ananías Vaca y Alicia Camacho de Vaca contra Eva Sánchez de Obando y Patrocinio Obando. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 176

REVISION. — *Causas únicas de este recurso extraordinario; instituido no sólo a favor de las partes sino en provecho de terceros perjudicados. No es para remediar errores del proceso revisado. Impedimento de magistrado de Tribunal: lo decide su propia Sala y no la Corte. Nulidad procesal; no existe sin texto expreso. Falsedad como causal del recurso de revisión. Quién puede proponerla y en qué oportunidad.* — Sentencia de 11 de junio de 1976. Declara infundado el recurso de revisión propuesto por Movifoto S. A. y Mario y Ricardo Posada Ochoa contra la sentencia de 16 de febrero de 1973, dictada por el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga. 183

VENTA POR CABIDA. — *(Desistimiento unilateral del contrato). La venta como cuerpo cierto es la regla general.* — Sentencia de 14 de junio de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en este proceso ordinario instaurado por la entidad "Promotora Menga Ltda." frente a Manuel J. Quintana y otra. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. 203

REIVINDICACION. — *Causal 5ª. Pruebas en 2ª instancia (Causal 6ª del Art. 152 del C. de P. C.). Reivindicación para la sucesión (legitimación activa). Buena fe posesoria. Error de derecho.* — Sentencia de 2 de julio de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Mercedes Ospina Chinchilla y otra contra la Nación. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 213

NULIDAD DE LA VENTA. — *(Ratifica doctrina sobre incapacidad por demencia). Restituciones mutuas.* — Sentencia de 5 de julio de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso ordinario de Virgilio Justiniano Jiménez frente a Myriam Roa Torres. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo 233

SOCIEDAD DE HECHO. — *La declaratoria de nulidad tiene sólo efectos futuros. Diversas clases de aportes.* — Sentencia de 8 de julio de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario instaurado por Luis Alfonso Rave frente a Rosalba Alarcón Gaviria. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 243

Páginas

QUEJA. — *Interés para recurrir en casación en proceso de pertenencia.* — Providencia de 14 de julio de 1976. — Declara bien denegado el recurso de casación en el proceso de J. & F. Montoya Sociedad Ltda. como opositor en la pertenencia instaurada por Darío Forero Pinilla y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 250

VENTA POR CABIDA. — *Reitera jurisprudencia.* — Sentencia de 22 de julio de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en este proceso ordinario de Francisco Salazar Mejía frente a Jairo Gómez Ortiz. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo . 254

SEGUROS. — *Nulidad por reticencia o inexactitud. Carga de la prueba. Diligencia a que está obligado el asegurador.* — Sentencia de 28 de julio de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Seguros Universal S. A. contra Yolanda Naranjo de Karan. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 260

FILIACION NATURAL. — *Aplicación de la Ley 75 de 1968 en el caso de concurrencia de hijos naturales con legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936. — Impugnación de legitimidad.* — Sentencia de 30 de julio de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en este proceso ordinario que suscitara Myriam Reyes de Córdoba frente a los herederos y a la cónyuge sobreviviente de Ramón Emiliani Vélez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 273

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — *Conducta negligente del Banco. Concurrencia de culpas.* — Sentencia de 2 de agosto de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Cervecería Andina S. A. contra el First National City Bank. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper . 285

Páginas

SIMULACION. — *Error de hecho en la apreciación probatoria. Indivisibilidad de la confesión. "Debía pero pagué". Enriquecimiento sin causa.* — Sentencia de 4 de agosto de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Inocencio Castillo Castillo frente a Blanca Castillo Arias. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 291

SEGURO DE TRANSPORTE. — *Nulidad procesal. Por no tener en cuenta el alegato de conclusión oportunamente presentado.* — Sentencia de 6 de agosto de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de "Aseguradora Gran Colombia S. A." frente a "Transportes Duque S. A." Magistrado ponente: Doctor Alejandro Mendoza y Mendoza 304

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — *Técnica de casación: es inadmisible el cargo por aplicación indebida e interpretación errónea de una norma. Autonomía del fallador para apreciar las pruebas. Daño indemnizable.* — Sentencia de 10 de agosto de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por María de la Luz Valderrama de Devia frente a Carlos Rodolfo Hernández. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 309

PROMESA DE CONTRATO. — *Normatividad de los actos jurídicos.* — Sentencia de 12 de agosto de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso ordinario instaurado por Luis Alfredo Barón Barón y otra frente a Alfredo Gómez Castellanos. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 323

SEGUROS. — *Vigencia de la póliza.* — Sentencia de 19 de agosto de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Carmen Becerra vda. de Sebá frente a la sociedad "Seguros de Vida Patria S. A.". Magistra-

Página

do ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo 330

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS. — *Prueba de la calidad de heredero. Prueba del estado civil. Quienes son litis consortes necesarios en estos procesos. El concubinato no genera sociedad de hecho, como tampoco la excluye.* — Sentencia de 26 de agosto de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Clemencia Rodríguez Sánchez frente a Clara Inés Martínez de Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 338

FILIACION NATURAL. — *Caducidad de las acciones patrimoniales en el caso de muerte presunta del padre.* — Sentencia de 13 de septiembre de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario de Blanca Imelda Peña de Alvarez contra Socorro Jaime de Dallos y otros. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 350

INCAPACIDAD POR DEMENCIA SENIL. — *Medio nuevo en casación. Efectos de la nulidad para las restituciones por parte del incapaz.* — Sentencia de 14 de septiembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario promovido por Guillermo y Germán Gerardo Osorio Vallejo contra Lucía Osorio de Ruiz. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 360

VENTA DE VEHICULO DE CONTRABANDO. — *Testimonios: su recepción y contradicción. Limitación de la eficacia del testimonio.* — Sentencia de 14 de septiembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario promovido por Lila Johns de Acosta en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Gladys, Dagoberto y Carlos Eduardo Acosta contra Ricardo Acosta González. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 372

REGISTRO DE MARCAS. — *Conflicto de competencia entre la jurisdicción común y la administrativa. Son distintas las acciones de oposición y de cancelación del registro de una marca de fábrica.* — Sentencia de 14 de septiembre de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso de cancelación de registro de la marca "Dos Limas". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 380

SIMULACION. — *Abolición de la restricción probatoria. Valor de la prueba oficiosa sin pago del impuesto de timbre: Precedida de promesa de contrato.* — Sentencia de instancia de 14 de septiembre de 1976. — En el proceso ordinario de Juan B. Quintero Mesa, como heredero de Juan B. Quintero C., contra la menor Carmen Elisa Carvajal Villafañe, representada por su madre legítima Alicia Villafañe vda. de Carvajal. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 392

REIVINDICACION. — *Transmisión por herencia. Posesión efectiva de la herencia. Confesión del demandado.* — Sentencia de 21 de septiembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de Julia Rita Montoya vda. de Díez, Horacio Díez Montoya y otros contra la sociedad Samuel Moreno Restrepo y Cía. Comandita por acciones. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 397

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AVIACION. — *Valor probatorio de los informes técnicos de la Aeronáutica Civil. Daños morales: ratifica jurisprudencia sobre inaplicabilidad del artículo 95 del Código Penal.* — Sentencia de 22 de septiembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso instaurado por Inés Emilia Mejía vda. de Gutiérrez y otros frente a la entidad "Saldarriaga Obando y Cía. S. en C." y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 407

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. — *Son distintas la interrupción y suspensión del proceso. La tarjeta o ma-*

Páginas

tricula de circulación es título de propiedad de automotores. — Sentencia de 23 de septiembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de María Gabriela Gallego vda. de Monsalve y otros frente a Rafael Gutiérrez Z. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 419

REVISION. — *Valor probatorio ante terceros de las sentencias sobre estado civil.* — Sentencia de 4 de octubre de 1976. — Invalida la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso acumulado de Rita Bedoya y otros contra Isabel Agudelo vda. de Bedoya y otros. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda 426

PROMESA DE VENTA. — *Interpretación de los contratos. Regulación de perjuicios. Cláusula penal. Incumplimiento parcial.* Sentencia de 7 de octubre de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario promovido por Efraín Salgado Peña frente a Ascencio Losada Quintero. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero ... 441

LLAMAMIENTO EN GARANTIA. — *Cargos subsidiarios. Nulidad por falta o defectuosa notificación.* — Sentencia de 14 de octubre de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por Luz Duque Pérez de Cuervo frente a Raúl Duque Pérez. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 452

LESION ENORME. — *Institución excepcional con régimen propio.* — Sentencia de 14 de octubre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario de María Esther Farfán de Bonilla contra Luis María Arciniegas Cruz. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 460

IMPUGNACION DE LEGITIMIDAD. — *Reconocimiento como natural de hijo de mujer casada.* — Sentencia de 23 de octubre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de Stella o María Stella Montoya frente a Luis Alfonso Montoya Jaramillo y Amalia Arango Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 155

TRANSPORTE. — *Confesión: su calificación corresponde al juzgador de instancia.* — Sentencia de 13 de noviembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en este proceso ordinario instaurado por José Martín Cabarcas Méndoza frente a la empresa "Rápido del Litoral Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 479

FILIACION NATURAL. — *Causal 5ª* — Sentencia de 16 de noviembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de Luz Edme Londoño de Yunis contra Jaime Londoño Mesa. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 485

FILIACION NATURAL. — *Caducidad: no admite interrupción.* — Sentencia de 19 de noviembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso iniciado por Alvaro Naranjo M. frente a Dolores Bueno de Moncaleano y otros. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda 497

FILIACION NATURAL. — Exceptio plurium concubitorum. *Caducidad. Reitera doctrina de que el plazo fijado en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 no es de prescripción. Notificación de la demanda.* — Sentencia de 19 de noviembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en este proceso ordinario que suscitaran Adiela, Hernán, Nidia, Mario y Fredy Ramírez contra los herederos y la cónyuge de Luciano Duque Arrila. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 510

RESPONSABILIDAD POR PAGO DE CHEQUE FALSO. — *Contrato de cuenta corriente.* — Sentencia de 29 de noviembre de 1976. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por José Antonio

Páginas

Ortega Villamizar frente a la entidad "Bank of America National Trust and Savings Association". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 522

VENTA DEL BIEN EMBARGADO. — *Es nula por objeto ilícito.* — Sentencia de 14 de diciembre de 1976. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Daniel Hernández Olarte contra Luis Alberto, Gilberto, Juvenal, Anastasio, Elicio y Evaristo Cifuentes Peñalosa. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 530

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper y Humberto Murcia Ballén del fallo anteriormente publicado 539

SALA DE CASACION LABORAL

REAJUSTE PENSIONAL. — *La Sala en varias sentencias ha sentado el principio de que cuando la ley no emplea el calificativo de "legal" de las pensiones por reajustar, sino que en general se refiere a las "pensiones de jubilación" el reajuste comprende todas las causadas o reconocidas en el momento de entrar a regir la disposición correspondiente. El Decreto 435 de 1971 no hace ninguna distinción entre pensiones de jubilación legales o extralegales.* — La Corte por sentencia de enero 21 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Jesús Mantilla García contra el Banco Central Hipotecario. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 542

PERSONERIA SUSTANTIVA. — *Una cosa es la personería sustantiva de la parte demandada cuando se refiere a la existencia misma de la persona, caso en el cual la discusión debe plantearse como presupuesto procesal, ya que si no hay persona no pueden declararse obligaciones a cargo suyo ni absolver de lo pedido; y otra cosa es que se encuentre la existencia de la persona demandada pero se establezca que dicha persona no es la obligada, bien porque lo sea otra no demandada o porque la perseguida no responde de las obligaciones reclamadas, pues entonces no es cuestión de presupuesto procesal sino del fondo mismo del negocio, ya que el fallador no puede acceder a lo pedido por el demandante si encuentra que la persona de quien se reclama no está obligada.* — La corte por sentencia de enero 23 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Ernesto Barragán contra Ericsson de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 549

AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA. — *Según el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959 se agota la vía gubernativa cuando la providencia no es susceptible de recurso o éste ya ha sido resuelto, o cuando por el silencio administrativo se entiende agotada la vía gubernativa al no decidirse la solicitud o recurso dentro del término de un mes.* — La Corte por sentencia de enero 28 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Romilio Sinisterra contra la Empresa Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina ... 558

BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de enero 23 de 1976, CASA PARCIALMENTE. — La proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Miguel Echeverri contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia 564

AGENTES COLOCADORES DE POLIZAS DE SEGUROS. — *La Ley 65 de 1966, dice: "Se entiende por Agente Colocador de Seguros la persona natural que se dedica de manera habitual y permanente al negocio*

Páginas

de ofrecer seguros, promover la celebración de contratos y obtener la renovación de los mismos en representación y para beneficio de una o varias Compañías de Seguros, con las cuales tiene una relación contractual laboral". — La Corte por sentencia de enero 29 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Rodríguez Forero contra la Compañía de Seguros del Pacífico S. A. y a sus filiales de Vida y Capitalización. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 571

PERDIDA DEL DERECHO AL AUXILIO DE CESANTIA. — *El artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo estatuye que el trabajador pierde el derecho a recibir cesantía cuando el contrato de trabajo termina por cualquiera de las tres causas que la disposición señala y autoriza también al patrono para que en tales hipótesis retenga el valor de la prestación hasta que la justicia decida.* — La Corte por sentencia de enero 29 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Alicia Elsa Sanguinetti de Zorrilla contra Promociones de Crédito e Inversiones S. A. Proinsa. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz . 584

PENSIONES ESPECIALES DE JUBILACION DESPUES DE 15 AÑOS DE SERVICIOS. — *La continuidad en el servicio durante quince años para merecer pensión de jubilación a los cincuenta de edad que el artículo 271 del Código Sustantivo del Trabajo exige en ciertas hipótesis, como la de las labores realizadas a temperaturas anormales, no implica, ni razonablemente podría implicar, que el trabajador rinda la totalidad de su jornada sometido a aquellas temperaturas porque entonces bastaría la más breve y accidental interrupción para que no llegara a cumplirse el requisito de la continuidad y se perdiera el derecho a la pensión.* — La Corte por sentencia de enero 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gonzalo Mejía Guerrero contra Cristalería Peldar S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 591

Páginas

EXAMEN MEDICO DE RETIRO. — *Observa la Sala que en el fondo el fallador de segunda instancia hace una interpretación de la cláusula 11 de la Convención Colectiva de junio 24 de 1965, relacionándola con los artículos 57-7 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Mas como estimó que el demandante solicitaba la indemnización por mora contemplada en el segundo de tales artículos se estudiará la acusación que se hace por vía directa y no a través de errores de hecho.* — La Corte por sentencia de febrero 11 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Raúl Edmundo Obando Hernández contra la Empresa Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 595

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. — *En efecto, la fuerza mayor o el caso fortuito cuando realmente aparezcan comprobados en el campo laboral hacen cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio y sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello. Ambas son víctimas de la fuerza mayor: el empresario queda privado de la posibilidad de continuar su negocio y el trabajador de la de prestar el servicio y de recibir así un salario. Pero ninguno de los dos contratantes es culpable del infortunio de su antigua contraparte ni, por ende, está obligado a indemnizar perjuicios.* — La Corte por sentencia de febrero 18 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Blanca Marín Duque contra Procesadora de Leches —Prolesche S. A.— Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 602

SALVAMENTO DE VOTO 608

CONTRATO DE TRABAJO. — *Indemnización Moratoria.* — La Corte por sentencia de febrero 19 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en

Páginas

el juicio de Campo Elías Galindo Arévalo contra Industria Colombiana de Productos Eléctricos Incopé S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón .. 615

CONTRATO DE TRABAJO CON ASESORES JURIDICOS. — *Ahora bien: si los servicios profesionales pueden ser prestados personalmente o no, como el propio impugnador lo reconoce, no incurre el sentenciador en notorio error de hecho si deduce que fueron prestados personalmente, escogiendo una de las posibilidades, especialmente si no hay otras probanzas que acrediten lo contrario.* — La Corte por sentencia de febrero 20 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de José Manuel Arias Carrizosa contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 615

PAGO DE LA CUOTA SINDICAL POR EL PERSONAL DE TRABAJADORES NO SINDICALIZADOS. — *Cuanto al primer aspecto de la censura, o sea el exigir el Tribunal Superior que la renuncia a los beneficios de la Convención además de expresa debe ser real, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en sentido parecido en varias oportunidades. En sentencia de siete de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, Sindicato de Trabajadores de la Compañía de Empaques S. A. y Compañía de Empaques S. A.* — La Corte por sentencia de febrero 24 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio del Sindicato de Trabajadores de Siderúrgica contra Siderúrgica de Medellín S. A. "SIMESA". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 621

COBRO DE HONORARIOS POR SERVICIOS PROFESIONALES. — *Los presupuestos fácticos que encontró demostrados el Tribunal Superior fueron los de que el demandante en su relación contractual con la demandada tuvo el carácter de contratista independiente y que no prestó personalmente el servicio para la ejecución de la obra, sino que se valió para ello de personas que le estaban subordinadas laboralmente.* — La Corte por sentencia de febrero 25 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Jesús Rodríguez Garzón contra Casablanca Pizano Ruiz Martínez y Compañía Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 629

TERMINACION DEL CONTRATO, CUANDO LA CURACION DE LA ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR NO HAYA SIDO POSIBLE EN EL TERMINO DE 180 DIAS. — Anápite: *La decisión judicial, en fin, se ajusta a las condiciones que ha mostrado la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, como lo recuerda el opositor, y el cargo por interpretación errónea, a más del defecto técnico que se ha apuntado, carece de fundamento.* — La Corte por sentencia de febrero 27 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Isabelino Asprilla Arboleda contra Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 637

PAGO POR COMPENSACION. — *Los artículos 59, ordinal 1º y 141 del Código Sustantivo del Trabajo, son muy claros cuando prohiben al patrono deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que correspondan a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éste para cada caso, o sin mandamiento judicial en algunos, y salvo las excepciones allí establecidas. No tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia las normas anteriores, pues declaró probada la compensación de una deuda del trabajador con lo que le adeudaba el patrono por concepto de salarios y prestaciones en dinero, sin que mediara autorización previa y por escrito del causante.* — La Corte por sentencia de marzo 17 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María Pastora Alzate vda. de Cano contra Joaquín Sierra S. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 641

Página

EXCEPCION POR COMPENSACION DE DEUDAS. — Indemnización Moratoria. — *Con todo, el asunto —prescindiendo de las razones anteriores que bastan para desestimar el cargo— obliga a considerar que no se han demostrado las condiciones del artículo 1715 del Código Civil para que opere la compensación por ministerio de la ley por cantidad mayor que la reconocida por los falladores; muchísimo menos cuando en aspecto no desvirtuado por el recurrente— el 13 de enero de 1975 la empresa consignó la misma suma que el juzgado, en 5 de diciembre de 1974, apreció como insoluto. Tal consignación —y así se abone buena fe— destruye el cargo basado en que la empresa no debía el valor que discute o implica aceptación de que la compensación no podía operar legalmente por suma mayor que la que fue declarada y reconocida.* — La Corte por sentencia de marzo 18 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Guillermo López Marín contra Sud Americana de Electrificación S. A. "Sade". Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón 651

BUENA FE DEL PATRONO EN LA CONSIGNACION DE LO QUE CREE DEBER. — *El patrono se haría acreedor a la indemnización respectiva si no acredita, con razones atendibles, que de buena fe consignó lo que creía deber; por el contrario, quedaría exonerado de la misma, aun cuando la diferencia fuera exagerada, si demuestra que no consignó todo lo debido por considerar de buena fe que solamente era deudor de la suma consignada.* — La Corte por sentencia de abril 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio Alfonso Otero Rodríguez contra Alfonso Melo Angel. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 658

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION EN MATERIA LABORAL. — La Corte por sentencia de abril 22 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Lacayo Revollo contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario "Idema". Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 667

CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA FABRICA DE LICORES DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO. — Indemnización por despido de una trabajadora en estado de embarazo. — *El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 considera trabajadores oficiales los que prestan servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, con excepción de aquéllos que desempeñan funciones de dirección y confianza que en los estatutos se determinan como desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.* — La Corte por sentencia de abril 29 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Graciela Parra de Rossi contra el Departamento del Atlántico y la Fábrica de Licores del Atlántico. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 671

PENSION DE JUBILACION ESTABLECIDA PARA LOS TRABAJADORES FERROVIARIOS "Acerías Paz del Río S. A.". — *No importa, pues, dentro de lo estatuído por el Código con respecto a jubilaciones, que el trabajador preste servicios en una Empresa de ferrocarriles, cables aéreos, funiculares o tranvías o en los talleres de éstas para que pueda calificarse como ferroviario, sino que es la actividad profesional del empleado en esa especie de labores la que determina su calidad de ferroviario, sea quien fuere el patrono que se beneficie con el servicio y sea cual fuere la destinación que a la vía férrea le dé su propietario.* — La Corte por sentencia de abril 29 de 1976, NO CASA la proferida, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Jorge Díaz Góngora contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 676

LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DEPOSITADAS EXTEMPORANEAMENTE NO PRODUCEN EFECTO ALGUNO. — *El do-*

Páginas

cumento citado por el fallador da cuenta de que el convenio fue firmado el 9 de junio de 1964 y depositado en el Ministerio el 23 de febrero de 1965, lo que quiere decir que no fue depositado dentro de los quince días siguientes a la firma, como lo exige el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, y que la convención no produce efecto alguno. — La Corte por sentencia de mayo 6 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Félix de Jesús Yepes contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas—. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 679

SALARIO. — La Corte por sentencia de mayo 7 de 1976. CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gonzalo Estrada Vega contra Ingelectro Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 684

INDEMNIZACION POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. — *Para las consideraciones de instancia sirve la argumentación expuesta, pues habiendo tenido como cierto el Tribunal Superior que el contrato de trabajo con el demandante fue terminado por el patrono en forma unilateral y sin justa causa, tiene el trabajador derecho a la indemnización contemplada en el ordinal c), inciso 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; pero no en la cuantía señalada por el a quo, sino en la de $ 67.374.72 obtenida por esta Sala de la Corte de acuerdo con el salario devengado y el tiempo servido.* — La Corte por sentencia de mayo 13 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de José María Anzola Camacho contra "Chircal San Luis". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 691

JUSTA CAUSA PARA LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO, MANIFESTADA EN LA CARTA DE DESPIDO. — *En la carta de despido el Banco hace un relato de los hechos que lo llevaron a tomar esa determinación, imputándole al trabajador, en síntesis, incumplimiento de sus funciones y grave negligencia en el manejo de la Sucursal a su cargo, con la consecuencia de la pérdida para la entidad de una considerable suma de dinero, y termina respaldando su decisión en los numerales 4º y 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.* — La Corte por sentencia de mayo 18 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Laureano Gamba Gómez contra el Banco del Comercio. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 699

LOS MAYORDOMOS DE FINCAS DE RECREO QUE NO CONSTITUYEN EMPRESA NO TIENEN LA CALIDAD DE "TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO". — *Si bien es cierto que ninguna persona que preste servicios a una empresa puede ser calificada como "trabajador del servicio doméstico", es igualmente evidente que no se puede otorgar esa calificación, a contrario sensu, a quienes lo presten a patronos o a entidades o establecimientos que no tengan carácter empresarial.* — La Corte por sentencia de mayo 24 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Ernesto Galeano Quicono contra la Sucesión de Pedro Pablo Posada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. 704

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Alejandro Córdoba Medina 710

LIQUIDACION DE CESANTIA. — *Mérito probatorio de las fotocopias, cuando se refieren a documentos públicos y a recibos firmados por el demandante que no han sido tachados de falsos oportunamente. Por tales razones, no puede ser desconocido el mérito probatorio de las fotocopias de los folios 66 a 77, ya que unas se refieren a documentos públicos y otras a recibos firmados por la demandante que no habiendo sido tachados de falsos oportunamente, se han de tener como auténticos de acuerdo con el Artículo 252 del Código de*

Páginas

Procedimiento Civil.— La Corte por sentencia de mayo 24 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Josefina Pérez García contra Berkshire de Colombia S. A.— Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 711

REGIMEN LABORAL APLICABLE A LOS TRABAJADORES DEL BANCO CAFETERO. — *El Tribunal dio aplicación a los preceptos de la Ley 6ª de 1945 y de su Decreto reglamentario número 2127 del mismo año, a pesar de existir el mismo Reglamento Interno de Trabajo cuyas disposiciones se invocan en este proceso, el Tribunal no cometió los errores de hecho que se le imputan.* La Corte por sentencia de mayo 25 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Efraín Villegas Echeverry contra el Banco Cafetero. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar 716

CALIDAD DE EMPLEADO PUBLICO DE LAS PERSONAS QUE PRESTEN SERVICIOS A LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS, SEGUN EL ARTICULO 5º DEL DECRETO 3135 DE 1968.— *Según el Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que presten servicios a los Establecimientos Públicos, son "empleados públicos", como regla general, y por excepción pueden algunos trabajadores vincularse por contrato de trabajo a tales establecimientos.*— La Corte por sentencia de junio 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Luis Lozada Guerrero contra Servicio Nacional de Aprendisaje "Sena". Magistrado ponente: Doctor Francisco José Camacho Amaya 722

CONTRATO DE TRABAJO CON CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD. — La Corte por sentencia de junio 22 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Fernández de Soto contra Financiera Mobiliaria S. A. — Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. .. 727

Páginas

HOMOLOGACION. Convención Colectiva y Contrato Sindical. — *La Corte por providencia de 24 de junio de 1976,* Resuelve: *DECLARASE TOTALMENTE NULO el Laudo Arbitral de 28 de febrero de 1976, proferido para decidir las diferencias surgidas, con motivo de la discusión de un "Proyecto de Contrato Sindical", entre la sociedad "Roberto Cavelier & Cía." y el Sindicato de Chequeadores de Carga Marítima y Fluvial del Departamento de Bolívar, "Sinchemarflú".*— Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 736

TERMINACION DEL CONTRATO POR HECHOS INVOCADOS POR EL PATRONO PARA DESPEDIR AL TRABAJADOR, PERO QUE EL TRIBUNAL SUPERIOR CONSIDERO QUE ELLOS NO CONSTITUIAN JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO. — La Corte por sentencia de julio 1º de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Ricardo Restrepo Angel contra Industrial de Tejidos S. A. (INDULANA).— Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 742

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NO CONCURRIR EN LA RELACION JURIDICA ENTRE LAS PARTES, LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO, Y PARTICULARMENTE LA SUBORDINACION ESPECIFICA QUE REQUIERE ESTE CONVENIO.— La Corte por sentencia de julio 5 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Bernardo Ramírez Cote contra Expreso Brasilia S. A.— Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 759

LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, CON AUTORIZACION DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, POR LIQUIDACION O CLAUSURA DE LA EMPRESA, NO CONSTITUYE DESPIDO Y MUCHO MENOS CON EL CARACTER DE INJUSTO. — La Corte por sentencia de julio 8 de 1976, CASA la proferida por el Tri-

Páginas

bunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ciro Alberto Valderrama M. contra Arcilla Briceño y Compañía Ltda. — Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 769

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE DEL TRABAJADOR. - *Dicha causal no exige que sea voluntario o con ánimo de perjudicar al patrono el rendimiento deficiente del trabajador para que sea móvil legítimo de la terminación del vínculo laboral por iniciativa de aquél.* — La Corte por sentencia de julio 8 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Clara Emilia Gómez de Bolívar contra Industria de Aceros Ltda. — Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 776

CONTRATO DE TRABAJO CON SOCIOS DE UNA SOCIEDAD. — *Existe vinculación de carácter laboral con socios de una sociedad comercial, si hay prestación personal de servicios de los socios en beneficio del pretendido patrono.* La Corte por sentencia de julio 9 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Clemente Maldonado Guette contra la Sociedad Franco Colombiana de Especialidades Farmacéuticas —*Sofracol* Ltda.— Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 783

HOMOLOGACION. — *La Corte por providencia de 23 de julio de 1976,* Resuelve: *1º. HOMOLOGASE el laudo recurrido dictado el 10 de febrero de 1976 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, con sede en Bucaramanga, convocado para decidir el conflicto surgido entre "Transportes Colombia S. A" y el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander "Sindiasalariados".— 2º ACLARASE que lo acordado por las partes en la etapa de arreglo directo consta en las respectivas actas y no en la parte motiva del laudo recurrido.* — Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 799

Páginas

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Alejandro Córdoba Medina y Jerónimo Argáez Castello 809

LA SANCION A UN TRABAJADOR DEBE SER CONSECUENCIA INMEDIATA DE LA FALTA COMETIDA. - *Desde luego, esa inmediatez no significa simultaneidad ni puede confundirse con una aplicación automática de la sanción, pues bien puede ocurrir —y es normal que así acontezca— que los hechos o actos constitutivos de falta requieran ser comprobados mediante una previa investigación.* —La Corte por sentencia de julio 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Heliodoro Gómez Marmolejo contra Ingenio Riopaila Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 810

ACTA DE CONCILIACION, CON EFECTO DE COSA JUZGADA. — La Corte por sentencia de agosto 5 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Octavio Gamboa contra Mitsubishi Corporation. - Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 814

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Hernando Rojas Otálora 823

CONTRATOS DE TRABAJO Y DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS SIMULTANEAMENTE ENTRE LAS PARTES. — Buena fe patronal. — *La existencia de un vínculo laboral no la desvirtúa la circunstancia de que por el mismo período el demandante y la demandada hubiesen estado vinculados por un contrato de arrendamiento.* — La Corte por sentencia de agosto 12 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Cristina Contreras vda. de García, Graciela García Contreras de Barragán y José Ramón García Contreras contra Ina María Briceño de Casas. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. .. 825

Páginas

EL ARTICULO 59. ORDINAL 1º DEL C. S. del T. PROHIBE A LOS PATRONOS "DEDUCIR, RETENER O COMPENSAR SUMA ALGUNA DEL MONTO DE LOS SALARIOS Y PRESTACIONES EN DINERO QUE CORRESPONDA A LOS TRABAJADORES, SIN AUTORIZACION PREVIA ESCRITA POR ESTOS, PARA CADA CASO, O SIN MANDAMIENTO JUDICIAL", CON EXCEPCION DE LOS CASOS CONTEMPLADOS EN LOS NUMERALES a), b) y c) DE LA MENCIONADA NORMA. — *Buena fe patronal.* — La Corte por sentencia de agosto 19 de 1976. CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Rodríguez García contra Gercol Comercial Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 834

LOS DECRETOS-LEYES 1050 Y 3150 DE 1968, DISTINGUEN DE MANERA MUY CLARA LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y UNOS Y OTRAS DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. — La Corte por sentencia de agosto 19 de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Fernando Montes Hernández contra Compañía Colombiana de Astilleros Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 843

VIATICOS. — Reajuste del auxilio de cesantía. — *El parágrafo del Artículo 1º del Decreto 559 de 1969, reglamentario del 6º del Decreto 3131 de 1968, dijo: "La fijación de los viáticos, en cada caso concreto, se hará tomando en consideración el lugar donde debe desempeñar la comisión y las disponibilidades presupuestales de la entidad".* — La Corte por sentencia de septiembre 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Armando Constaín Cruz contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 847

VICIO DEL CONSENTIMIENTO, SEGUN LAS EXIGENCIAS DEL ARTICULO 1513 DEL CODIGO CIVIL.—*El juzgador, con base en las pruebas que examinó, encontró demostrado que el documento de folio 74 "no fue firmado espontáneamente por el demandante, sino bajo amenazas y presiones de índole moral" y a ese hecho, le aplicó el referido Artículo 1513 del Código Civil.* — La Corte por sentencia de septiembre 16 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Horacio Zuluaga Yepes contra Máquinas de Coser y Bordar Sigma S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 853

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO CON LOS PROFESORES DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA. — *Si el contrato de trabajo con los profesores termina al finalizar el año lectivo o el plazo inferior expresamente pactado, no existe despido, sino finalización del vínculo de acuerdo con los apartes c) y d) del Artículo 6º del Decreto 2351 de 1965.* — La Corte por sentencia de septiembre 21 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Alberto de Jesús Jaramillo Jaramillo contra Colegio Franciscano de Pio XII. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 858

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor José Eduardo Gnecco C. 865

SALARIO POR UNIDAD DE TIEMPO O POR RESULTADO. — SALARIO FIJO O VARIABLE. — LIQUIDACION DE LOS DOMINICALES Y FESTIVOS. — BUENA O MALA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de septiembre 27 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Díaz del Castillo Vega contra Editorial El Siglo S. A. — Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 869

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. — CONTRATO DE CARACTER ADMINISTRATIVO REGLADO POR EL DE-

Páginas

CRETO 3074 DE 1969. — *Al concluir que no existió contrato de trabajo entre las partes sino uno de carácter administrativo, no violó el Tribunal Superior el Artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, porque la competencia de la jurisdicción laboral se fundamenta en la afirmación del demandante de que estuvo vinculado con el demandado a través de un contrato de trabajo.* — La Corte por sentencia de septiembre 30 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Pablo Camargo Rodríguez contra el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 879

DERECHO DEL TRABAJADOR A LA PENSION DE JUBILACION. — *Los Artículos 22, 23 y 24 del C. S. del T., no tienen la calidad de sustanciales, ya que no consagran derechos, por lo tanto la proposición jurídica se presentó incompleta.* — La Corte por sentencia de octubre 1º de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Antonio Tamayo contra Fernando A. Tovar Leyva. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 898

INFRACCION DIRECTA E INTERPRETACION ERRONEA SON DOS CONCEPTOS DE VIOLACION INCOMPATIBLES. — *Legalmente no hay impedimento para que se celebre un contrato de trabajo entre hermanos.* — *La falta de dinero para no pagar las prestaciones sociales al trabajador demandante, no es causa justificativa, como lo ha dicho la jurisprudencia.* — La Corte por sentencia de 8 de octubre de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Tirso Coronado Molina contra la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. —Cilelco— y a Plinio Coronado Molina. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 905

SEGURO DE VIDA OBLIGATORIO. — *Obligación de ciertas empresas de hacerse cargo del seguro de vida de sus trabajadores cubriendo el riesgo de la muerte, "sea cualquiera la causa que la produzca".*— La Corte por sentencia de octubre 18 de 1976, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Matilde Cecilia Ordóñez contra Clelio Flórez. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 913

BUENA FE PATRONAL. — *De lo antes analizado se concluye que la demandada no procedió de mala fe al no pagar la remuneración por descansos dominicales, pues bien claro aparece que al cancelar al demandante la suma de $ 97.620.03 pagó lo que creía deber, liquidación que fue aceptada en la fecha de dicha cancelación sin presentar observación alguna el demandante.* — La Corte por sentencia de octubre 20 de 1976, CASA PARCIALMENTE, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Ernesto Castañeda C. contra Merck Sharp & Dohme Química de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 920

LA CENTRAL DE TRANSPORTES — ESTACION CUCUTA — ES UN ESTABLECIMIENTO PUBLICO, PUES REUNE LOS ELEMENTOS DE QUE TRATA EL ARTICULO 5º DEL DECRETO 1050 DE 1968. — La Corte por sentencia de octubre 22 de 1976, CASA PARCIALMENTE, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Pedro Contreras Granados contra la Central de Transportes - Estación Cúcuta y solidariamente al Municipio de Cúcuta. — Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora 928

PENSION DE JUBILACION. — *El trabajador con 10 o más años de servicios en el momento de su afiliación al Seguro Social por haber asumido éste el riesgo, de vejez, no solamente tiene derecho a que esta entidad le reconozca la pensión correspondiente a ese riesgo, sino a que el patrono le cubra la diferencia que falte para completar la de jubilación, si a ella hu-*

Páginas

biere lugar conforme al Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y si tal diferencia existe. — La Corte por sentencia de noviembre 5 de 1976, CASA PARCIALMENTE, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Gaitán Jurado contra Cervecería Andina S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 935

RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS POR ABANDONO DEL EMPLEO QUE HAGA EL TRABAJADOR AL OMITIR DARLE A SU PATRONO EL PREAVISO INDISPENSABLE PARA QUE PUEDA DAR POR TERMINADO EL VINCULO LABORAL POR INICIATIVA SUYA Y DE MANERA LEGITIMA (Artículo 8º Decreto-Ley 2351 de 1965). — La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Víctor Enrique Algarín Lubo contra Jorge Lemus y Cía. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz .....)..... 945

REAJUSTE DE SALARIOS EN VIRTUD DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 1ª DE 1963. — La Corte por sentencia de noviembre 26 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Rodríguez Sánchez contra Sewing Machine Company. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 952

PRESCRIPCION DE LA ACCION DE REINTEGRO CONFORME AL ARTICULO 7º DE LA LEY 48 DE 1968. — *Fecha de la terminación del contrato de trabajo, y la de la consignación judicial.*—La Corte por sentencia de diciembre 2 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Virgilio Piedrahita Restrepo contra la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer). Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 958

EFECTO DE COSA JUZGADA QUE EL ARTICULO 78 DEL CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO LE DA AL ARREGLO CONCILIATORIO. — La Corte por sentencia de diciembre 3 de 1976, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Roberto Acosta Perea contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 962

SALVAMENTO DE VOTO 966

EXISTENCIA DE UNO O DE DOS CONTRATOS DE TRABAJO.— (Error de hecho)— "SALARIO VARIABLE". (Descanso dominical). La Corte por sentencia de diciembre 9 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Humberto Cárdenas Macías contra Industrias Cannon de Colombia Ltda. — Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 969

PRORROGA O RENOVACION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CELEBRADOS A TERMINO FIJO. - La Corte por sentencia de diciembre 10 de 1976, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan B. Córdoba contra Fábrica de Paños Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 979

HOMOLOGACION. — *La Corte por providencia de 14 de diciembre de 1976, ANULA EL LAUDO proferido el 22 de marzo de 1976, por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para resolver el conflicto colectivo laboral surgido entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara de Bogotá, por una parte y el "Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Sanatorios y Similares de Bogotá, D. E. y el Departamento de Cundinamarca" y la "Asociación Nacional de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Consultorios" "ANTHOC", por la otra.* — Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 984

SENTENCIAS NO PUBLICADAS. — Sala de Casación Civil 991

SENTENCIAS NO PUBLICADAS. — Sala de Casación Laboral 998

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
Taller de Artes Gráficas

PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA "LA PICOTA"
BOGOTA, D. E., SEPTIEMBRE DE 1980

