REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451.
DE 7 DE MARZO DE 1936.

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL.

TOMO CXVIII (Bis) Número 2283 (Bis)

Bogotá, D. E. Colombia. Octubre, Noviembre y Diciembre de 1966

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXVIII (bis)

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

BOGOTA, D. E. — IMPRESO EN CANAL RAMIREZ - ANTARES — 1970

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

SALA PLENA

Doctores LUIS FERNANDO PAREDES A., Presidente
EDUARDO FERNANDEZ BOTERO, Vice-presidente
Ricardo Ramírez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA, Presidente
Ricardo Ramírez L., Secretario

MAGISTRADOS: Doctores **Flavio Cabrera Dussán**
Aníbal Cardoso Gaitán
Gustavo Fajardo Pinzón
Ignacio Gómez Posse
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada V.

SALA DE CASACION PENAL

Doctores SIMON MONTERO TORRES, Presidente
Francisco López C., Secretario

MAGISTRADOS: Doctores **Humberto Barrera Domínguez**
Samuel Barrientos Restrepo
Eduardo Fernández Botero
Simón Montero Torres
Antonio Moreno Mosquera
Efrén Osejo Peña
Julio Roncallo Acosta
Luis Carlos Zambrano.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores ADAN ARRIAGA ANDRADE, Presidente
Vicente Mejía Osorio, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores **Ramiro Araújo Grau**
Adán Arriaga Andrade
Crótatas Londoño
Luis Fernando Paredes A.
Carlos Peláez Trujillo
Víctor G. Ricardo.

Relator: JOSE EUSEBIO CABRALES PINEDA

Relatores Judiciales Auxiliares: **Carlos M. Gutiérrez E. y Diego E. Cristancho M.**

Octubre - Noviembre - Diciembre de 1966.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL : Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR LABORAL : Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR PENAL : Dr. JOSE SARMIENTO MANTILLA
RELATOR CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO A.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

TOMO CXVIII (bis) Bogotá - Colombia Octubre, Noviembre y Diciembre 1966 N.º 2265 (bis)

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala, a cargo de DIEGO E. CRISTANCHO, Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

ASOCIACION PARA DELINQUIR.—COLISION DE COMPETENCIA

La Corte, en providencia de 10 de diciembre de 1952 (G. J. t. LXXIII, p. 581), de 8 de junio de 1954 (G. J. t. LXXVII, p. 896) y de 5 de diciembre de 1956 (G. J. t. LXXXIII, p. 1054), entre otras, ha indicado como elementos constitutivos de la definición penal contenida en el artículo 208 del Código, los siguientes: "a), tres o más personas; b), agrupación con permanencia y mancomunidad; c), organización o asociación en sí misma, y, d), objeto que persigue, o sea, el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza".

Si se confrontan los dos preceptos, se tiene que la enmienda consistió solamente en suprimir el elemento típico subjetivo (dolo específico) del "propósito permanente de cometer delitos", pues lo relacionado con el "común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados", que no menciona el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, éllo va implícito en el concepto de asociación, dado que consiste ésta en el "conjunto de los asociados para un mismo fin" (según anota el Diccionario de la Real Academia Española), vale decir, que en toda asociación y en esa formada para delinquir, resulta envuelta la idea de ayuda mutua de quienes la componen, en orden al objetivo u objetivos propuestos.

Pero, de otra parte, si bien resulta que en la enmienda traída por el citado artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, como ya se dijo, se suprimió esa intención específica del "propósito permanente de cometer delitos", en cambio, la finalidad de proyectar el convenio de los asociados hacia el futuro, no con el carácter transitorio de quienes acuerdan la realización de determinado delito (coparticipación criminal), sino con esa necesidad de cierta permanencia, surge no solo del concepto de asociación, sino también del fin determinado de cometer delitos, sin especificar cuál o cuáles, ni precisar el momento de su ejecución, ni el lugar donde se van a cometer, ni las personas o bienes contra quienes se dirija la actividad criminosa, necesario en el delito de asociación para delinquir. Ahora bien: El complot, o acuerdo de varias personas para llevar a cabo determinada actividad criminosa, de la cual resulten cometidos varios delitos —como sucede en este caso— no constituye asociación para delinquir, pues no todo concurso de tres o más personas en la realización de dos o más delitos implica la ocurrencia de aquella infracción, pues la asociación para delinquir requiere, cabe repetirlo, que el acuerdo se refiera a delitos indeterminados no solamente en la especie, sino en el tiempo, en el modo, en el lugar y en las personas o bienes cuyo daño se busca, lo cual conlleva que el convenio no tenga un carácter momentáneo, sino que debe estar determinado por un móvil de permanencia.

En proveído de primero de abril del corriente año, dijo la Corte:

"La asociación para delinquir, entidad delictiva con autonomía propia, es decir, independiente de los hechos criminosos que puedan realizar los integrantes de la banda, se tipifica por los siguientes elementos:

"a).—Tres o más personas asociadas.

"b).—Cierta permanencia, pues si bien es cierto que el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 eliminó la frase "propósito permanente", el concepto de asociación lleva implícito el de permanencia, pues de otro modo no habría sino una momentánea reunión.

"c).—Cierta mancomunidad, nacida del común acuerdo, de la identidad de fines y de medios y hasta beneficios comunes de la actividad delictuosa posible o realizada.

"d).—Un propósito común: el de cometer delitos".

En el concurso de delincuentes, cuando se les imputa dos o más delitos, no se tiene asociación para delinquir, si el acuerdo de los copartícipes versó sobre esa actividad criminosa concreta.

Sigue siendo, pues, nota característica del delito que se examina, a pesar de la enmienda introducida por el artículo 3º del Decreto 2525 al artículo 208 del Código Penal, la indeterminación de las violaciones punibles que los asociados convienen en realizar. Se ponen de acuerdo para cometer delitos; no para llevar a cabo determinados delitos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para dirimir la colisión de competencias surgida entre la jurisdicción penal castrense y la justicia penal ordinaria, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra JOSE MARIA ZULETA, JAIRO PAZ, ANIBAL SARCHARDS y DEMETRIO FRANCISCO PEÑARANDA, por los delitos de homicidio, robo y daño en bienes ajenos, la Sala toma en consideración:

1º—En la providencia por la cual el Juzgado 16º de Instrucción Penal Militar ordenó la encarcelación preventiva de los nombrados (fechada el ocho de junio del corriente año), se hace el siguiente resumen de los hechos:

"Dan cuenta los autos que a la una y treinta minutos de la tarde del día dos de marzo del año en curso, en el sitio denominado 'Camperucho', cercá de la población de Caracolí, en la carretera que conduce del municipio de Valledupar a Fundación (Departamento del Magdalena), fue asaltado por individuos desconocidos el vehículo en el cual viajaban el señor Teniente del Resguardo Nacional de Aduanas, Alvaro Posse Guzmán y los guardas Carlos Valero y Libardo Suárez, siendo acribillados, al parecer, con armas de largo y corto alcance. Los antisociales, luego de prender fuego al vehículo de la Aduana, procedieron a despojar a las víctimas de su armamento y de otros elementos personales, para después emprender la fuga, utilizando para ello tres automotores, los cuales sirvieron para perpetrar los asesinatos en los miembros de la institución armada ya referida".

2º—El Comando de la Segunda Brigada de las Fuerzas Militares, con sede en Barranquilla, entiende que no existe en los hehos averiguados el delito de asociación para delinquir. Además, tomando en cuenta que las demás infracciones de que se sindica a los nombrados no están atribuídas a la Justicia Penal Militar, pues se trata de delitos comunes cometidos por particulares, distintos de los que menciona el Decreto 1290 de 1965, considera el funcionario militar que le corresponde conocer de este negocio a la justicia penal ordinaria.

3º—Este criterio no fue aceptado por el Juzgado 2º Superior de Valledupar, pues anota que los sindicados sí hacían parte de una asociación para delinquir, o, por lo menos, los cuatro antes citados la formaban. Dice el juzgado que "la asociación no actuó para violar una sola norma del Código Penal, ya que no se conformaron con causarle la muerte al Teniente y a los dos guardas, sino que, además, prendieron fuego al vehículo y se apoderaron de las armas que portaban, o sea que la misión de ellos no era la de cometer un solo delito, sino varios, como en efecto acaeció".

4º—El artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, dice:

"El artículo 208 del Código Penal quedará así:

"Cuando tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas incurrirá, por ese solo hecho, en la pena de cinco a catorce años de presidio, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa.

"....."

Para precisar el alcance de la enmienda que introdujo el precepto antes transcrito al artículo 208 del Código Penal, conviene anotar:

Este último artículo decía:

"El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa...".

La Corte, en providencias de 10 de diciembre de 1952 (G.J.t.LXXIII, p. 581), de 8 de junio de 1954 (G.J.t.LXXVII, p. 896) y de 5 de diciembre de 1956 (G.J.t.LXXXIII, p. 1054), entre otras, ha indicado, como elementos constitutivos de la definición penal contenida en el artículo 208 del Código, inmediatamente antes copiada, los siguientes: "a), tres o más personas; b), agrupación con permanencia y mancomunidad; c), organización o asociación en sí misma, y, d), objeto que persigue, o sea, el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza".

Si se confrontan los dos preceptos, se tiene que la enmienda consistió solamente en suprimir el elemento típico subjetivo (dolo específico) del "propósito permanente de cometer delitos", pues lo relacionado con el "común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados", que no menciona el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, ello va implícito en el concepto de asociación, dado que consiste ésta en el "conjunto de los asociados para un mismo fin" (según anota el Diccionario de la Real Academia Española), vale decir, que en toda asociación y en esa formada para delinquir, resulta envuelta la idea de ayuda mutua de quienes la componen, en orden al objetivo u objetivos propuestos.

Pero, de otra parte, si bien resulta que en la enmienda traída por el citado artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, como ya se dijo, se suprimió esa intención específica del "propósito permanente de cometer delitos", en cambio, la finalidad de proyectar el convenio de los asociados hacia el futuro, no con el carácter transitorio de quienes acuerdan la realización de determinado delito (coparticipación criminal), sino con esa necesidad de cierta permanencia, surge no sólo del concepto de asociación, sino también del fin indeterminado de cometer delitos, sin especificar cuál o cuáles, ni precisar el momento de su ejecución, ni el lugar donde se van a cometer, ni las personas o bienes contra quienes se dirija la actividad criminosa, necesario en el delito de asociación para delinquir.

Ahora bien:

El complot, o acuerdo de varias personas para llevar a cabo determinada actividad criminosa, de la cual resulten cometidos varios delitos —como sucede en este caso— no constituye asociación para delinquir, pues no todo concurso de tres o más personas en la realización de dos o más delitos implica la ocurrencia de aquella infracción, pues la asociación para delinquir requiere, cabe repetirlo, que el acuerdo se refiera a delitos indeterminados no solamente en la especie, sino en el tiempo, en el modo, en el lugar y en las personas o bienes cuyo daño se busca, lo cual conlleva que el convenio no tenga un carácter momentáneo, sino que debe estar determinado por un móvil de permanencia.

En proveído de primero de abril del corriente año, dijo la Corte:

"La asociación para delinquir, entidad delictiva con autonomía propia, es decir, independiente de los hechos criminosos que puedan realizar los integrantes de la banda, se tipifica por los siguientes elementos:

"a).—Tres o más personas asociadas.

"b).—Cierta permanencia, pues si bien es cierto que el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 eliminó la frase 'propósito permanente', el concepto de asociación lleva implícito el de permanencia, pues de otro modo no habría sino una momentánea reunión.

"c).—Cierta mancomunidad, nacida del común acuerdo, de la identidad de fines y de medios y hasta de beneficios comunes de la actividad delictuosa posible o realizada.

"d).—Un propósito común: el de cometer delitos".

En el concurso de delincuentes, cuando se les imputan dos o más delitos, no se tiene asociación para delinquir, si el acuerdo de los copartícipes versó sobre esa actividad criminosa concreta.

Sigue siendo, pues, nota característica del delito que se examina, a pesar de la enmienda introducida por el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 al artículo 208 del Código Penal, la indeterminación de las violaciones punibles que los asociados convienen en realizar. Se ponen de acuerdo para cometer delitos; no para llevar a cabo determinados delitos.

Como en este proceso no se tiene el delito de asociación para delinquir, ni otro alguno de los

señalados en el Decreto 1290 de 1965, y, de otra parte, se trata de infracciones cometidas por particulares, resulta, como anota el Comando de la Segunda Brigada de las Fuerzas Militares, que el conocimiento de este negocio le corresponde a la justicia penal ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito en el sentido de DECLARAR que le corresponde resolver sobre este negocio al Juzgado 2º Superior de Valledupar, a donde debe enviarse el expediente.

Remítase copia de este auto al Comando citado.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

EL JUICIO DEBE RITUARSE CONFORME A SUS NORMAS PROPIAS, NO CONFORME A NORMAS INEXISTENTES

Infracción del artículo 26 de la Carta Fundamental.—Juicio viciado de nulidad.

Aparece evidente que este proceso se inició en diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro por delito cometido el treinta (30) de noviembre inmediatamente anterior, es decir, cuando ya estaba vigente el decreto 1358 de 1954 que empezó a regir el 1º de septiembre de ese año (art. 14 del Decreto-Ley 1822 de 1964).

Bien tramitada resulta, pues, la primera instancia, no así la segunda que lo fue de conformidad con el Decreto 0014 de 1955, de vigencia ya extinguida para el caso sub-judice.

Esta aplicación de un procedimiento fenecido; esta marcha procesal de acuerdo con disposiciones que determinan formalidades impropias para el juicio; esta revisión de una ley fenecida antes de realizarse el hecho, no puede menos de entrañar una clara violación del principio constitucional, repetido por la ley sustantiva y la procesal, de que el juicio debe rituarse conforme a sus normas propias, no conforme a normas inexistentes, que por lo mismo ya no son tales normas.

Se ha infringido, pues, el artículo 26 de la Carta Fundamental, incurriéndose en una nulidad supralegal de punzante claridad. Y por tanto, el fallo de segunda instancia, recurrido, ha sido dictado en un juicio viciado de nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D.E., octubre diez de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

El señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta interpuso recurso de casación contra la sentencia de esa Corporación fechada el nueve (9) de marzo del año que cursa, mediante la cual, al revisar la de primer grado, confirmó, con algunas reformas en cuanto al pago de perjuicios y la suspensión de la patria potestad, la condenación de MIGUEL ALFREDO SUAREZ o GUSTAVO CAMACHO CASTAÑEDA y FERNANDO GOMEZ a las penas principales de veinte y diez y ocho meses de prisión, respectivamente, y a las accesorias correspondientes.

El delito imputado fue el de hurto, pues acaeció que el treinta (30) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), Juan José Alonso estacionó, en la Avenida 4ª con calle 10 de la ciudad de Cúcuta, una camioneta de su propiedad. Un poco más tarde se dio cuenta de que le faltaban dos llantas destinadas a repuestos. Dos agentes del F2, ocasionalmente, vieron a los condenados cuando se dedicaban a transportar las llantas hacia la bomba Cúcuta, donde fueron dejadas por los sustractores.

El Juzgado Primero Penal Municipal, por auto de siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) abrió causa criminal contra los prementados sujetos y dispuso que se les hiciera saber a los encausados, "el derecho que tienen de nombrar un defensor que los asista en este juicio, advirtiéndoles que si no quieren o no pueden, el juzgado se los designará de oficio".

A pesar de que en sus respectivas indagatorias (fs. 6 y 9), los procesados, por haber manifestado que eran menores de edad, fueron provistos de curadores, este llamamiento a juicio no se les notificó inicialmente sino a ellos (f. 79) y como manifestaron no tener recursos económicos solicitaron que el juzgado se los nombrara de oficio (f. 80), así se procedió.

Posteriormente a estas designaciones, el auto de proceder se notificó a los respectivos defensores y curadores (véanse fs. 81 y 82).

Cabe decir, que los curadores no intervinieron en el nombramiento de defensores.

Rituada la causa, y previas aperturas a pruebas y audiencia de cuyos autos fueron notificados los curadores (fs. 83, 87 y 89), y apelada por uno de los defensores, se concedió el recurso en auto de que fueron notificados, además de los condenados y sus defensores, los curadores José María Montes y doctor Luis Pérez Cristancho.

Llegado el expediente al Tribunal, se tramitó conforme al Decreto 0014 de 1955, y no de acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1358 de 1964, decreto este último que fue el aplicado por el juzgado en el trámite de la primera instancia.

LAS DEMANDAS DE CASACION

Ambas invocan la cuarta señalada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 por haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

El Fiscal recurrente la apoya en los siguientes documentos:

"Como anteriormente se dijo, la investigación se inició el 3 de diciembre de 1964 y se le dio el trámite previsto en el Decreto 1358 de 1964, que entró en vigencia el 1º de septiembre de 1964 y se aplica a los procesos que se han iniciado a partir de tal fecha; pero en la segunda instancia, inexplicablemente se cambió de procedimiento y se le dio al proceso el trámite previsto en el artículo 64 del abolido Decreto 0014 de 1955.

"El procedimiento especial del Decreto 0014 se aplicó a los procesos por delitos contra la propiedad de que conocía la justicia ordinaria; pero fue derogado expresamente por el Decreto 1699 de 1964, que entró a regir a partir del 1º de septiembre de ese mismo año.

"De manera, pues, que en la segunda instancia se cambió el trámite del proceso y se aplicaron leyes de procedimiento derogadas, menoscabándose no sólo el derecho de defensa de los procesados sino los de las demás partes, porque a ellos se les privó de la fijación en lista del asunto por el término de cinco días y al Ministerio Público del traslado por el mismo término para alegar, establecidos por el artículo 35 del citado Decreto 1358.

"El artículo 26 de la Constitución Nacional dice:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"La frase *formalidades legales, plenitud de las formas*, ha dicho la H. Corte Suprema, de que se vale la Constitución al ordenar que toda restricción a la libertad del individuo impuesta por la autoridad a fuer (sic) de prevención o castigo, debe sujetarse a 'formalidades legales con plenitud de formas propias de cada juicio', no son expresiones que puedan entenderse en el sentido de que cualesquiera tramitaciones de procedimiento puedan constituír una garantía suficiente. No tienen ellas el sentido vago que les imprime su tenor literal, ni la aceptación común que les presta el diccionario. Entrañan el concepto altísimo de libertad y seguridad individual protegidos por la defensa; son una fórmula comprimida y breve de un principio cuyo origen se remonta a siglos lejanos, y cuya vida y crecimiento están vinculados a sucesos memorables en la historia del mundo, como ocurrió en Inglaterra con la Carta Magna (1215), la petición de derechos y el habeas corpus (1678)'. (Sent., 13 noviembre 1928, XXXVI, 213).

"La norma constitucional transcrita consagra la garantía del debido proceso, que implica: juzgamiento por parte de un juez competente y observancia de la plenitud de las formas procesales establecidas para cada caso por la ley.

"La garantía constitucional del debido proceso la desarrolla la ley procesal al establecer los procedimientos y señalar las jurisdicciones y competencias, considerándose su violación como una irregularidad que es motivo de nulidad sustantiva.

"Significa lo anterior que en nuestra legislación no existen juicios convencionales, en los cuales el juez pueda gobernar a su capricho la actuación, aplicando el procedimiento que le venga en gana o cambiando en un momento dado el trámite del proceso para aplicar disposiciones derogadas".

"La ley procesal, ha dicho la H. Corte Suprema, en cuanto regula la forma de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio".

"Entonces, está claro que el Tribunal no podía tramitar este proceso por el procedimiento del derogado Decreto 0014 de 1955, máxime cuando se menoscabaron los derechos de las partes, porque se omitieron los traslados para alegar establecidos por el artículo 35 del Decreto 1358, y como tal irregularidad implica la violación de las formas propias del juicio de que habla el artículo 26 de la Constitución Nacional, se ha incurrido en una nulidad sustantiva".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, haciendo uso del derecho de ampliar la demanda de casación, sostiene que por cuanto el juez se abstuvo de designarles a los menores procesados sus respectivos curadores para la notificación del auto de proceder y para completar su personería como perentoriamente lo ordena el artículo 104 del C. de P. P., se violaron gravemente los derechos procesales de tales menores y se incurrió en la nulidad supralegal que tantas veces ha consagrado la Corte en repetidas providencias, entre las cuales cita la sentencia de casación en la causa contra Rafael Castro Mendoza y otro (2 de mayo de 1966).

También invoca el Fiscal recurrente la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, que la Corte considera improcedente estudiar en vista de las conclusiones a que ha llegado.

CONSIDERA LA CORTE:

I.—El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal tiene facultad para invocar, dentro de la causal cuarta, que fue también invocada por el Fiscal recurrente, un nuevo motivo de impugnación de la sentencia.

II.—Resulta evidente que los procesados, al manifestar en sus respectivas indagatorias, que eran menores de edad, fueron provistos de un curador *ad-litem:* José María Montes lo fue para Gustavo Camacho Castañeda o Miguel Alfredo Suárez, y el doctor Luis Pérez para Fernando Gómez.

De la relación verificada antes se deduce que, en la primera instancia, los curadores fueron notificados del auto de proceder, del auto de apertura a pruebas, de los autos citando para audiencias y de la sentencia y hasta del auto que concedió la apelación de ésta.

Lo que significa que se dio cumplimiento al precepto del artículo 104 del C. de P. P., pues la representación de los menores, en esa instancia, estuvo perfectamente complementada.

Aunque los curadores debieron ser notificados del auto de proceder antes de designar defensores, esta irregularidad no afecta derechos constitucionales de quienes estuvieron asistidos plenamente en el juicio. Sus curadores aceptaron la designación de defensores hecha por el juzgado, porque los procesados no podían subvenir a los gastos de su defensa, y es de recibo ese proceder de conformidad con la parte primera del citado artículo.

No prospera, pues, la causal de casación invocada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues fallan los fundamentos de hecho en que este distinguido funcionario basó su impugnación.

III.—Aparece evidente que este proceso se inició en diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro por delito cometido el treinta (30) de noviembre inmediatamente anterior, es decir, cuando ya estaba vigente el Decreto 1358 de 1964 que empezó a regir el 1º de septiembre de ese año (art. 14 del Decreto-Ley 1822 de 1964).

Bien tramitada resulta, pues, la primera instancia, no así la segunda que lo fue de conformidad con el Decreto 0014 de 1955, de vigencia ya extinguida para el caso *sub-judice.*

Esta aplicación de un procedimiento fenecido; esta marcha procesal de acuerdo con disposiciones que determinan formalidades ya impropias para el juicio; esta revivición de una ley fenecida antes de realizarse el hecho, no puede menos de entrañar una clara violación del principio constitucional, repetido por la ley sustantiva y la procesal, de que el juicio debe rituarse conforme a sus normas propias, no conforme a normas inexistentes, que por lo mismo ya no son tales normas.

Se ha infringido, pues, el artículo 26 de la Carta Fundamental, incurriéndose en una nulidad supralegal de punzante claridad. Y, por tanto, el fallo de segunda instancia, recurrido, ha sido dictado en un juicio viciado de nulidad.

Por cuya razón, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la

Ley, CASA la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito y dispone que se reponga la actuación a partir del auto de veintitrés (23) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), inclusive.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVANSE LOS AUTOS AL TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

FUERO PENAL CASTRENSE

DELITO COMETIDO CON OPORTUNIDAD DEL SERVICIO.—ALCANCE DEL DECRETO 1752 DE 1965

1.—No comparte la Corte el criterio del "Comando de Policía Magdalena", según el cual "no existe para... ese Comando..." la menor duda de que el hecho materia de la investigación debe considerarse como un delito militar, en razón de que no otra cosa debe entenderse como ocasión, sino la oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa", pues, si bien ese es el alcance de la palabra OCASION, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, esa oportunidad o comodidad deben emanar del servicio o de los deberes propios de la función militar para que se tenga el delito que define el art. 194 del Decreto 0250 de 1958. Y es evidente que el procesado, cuando cometió el homicidio, no estaba cumpliendo ninguna función de su cargo de la cual se desprendiera esa ayuda en la perpetración del ilícito.

2.—No es suficiente para que se tenga este delito de abuso de autoridad, o para que se dé el de homicidio militar, en el evento de que la conducta tenga lugar con ocasión de las funciones pertinentes, no es suficiente, se repite, la simple calidad de funcionario o empleado público, en aquél; o la de militar, en éste, porque es indispensable que los hechos tengan correlación con el servicio, en forma que éste haya facilitado la realización del ilícito.

Se tiene que el hecho se comete por causa o razón del servicio cuando, por caso, un agente de la Policía da muerte a una persona sorprendida in fraganti delito, sólo porque se opone ese individuo a su captura; y se realiza con ocasión del servicio si, por ejemplo, un miembro de las Fuerzas Militares que acompaña a un Juez en una diligencia de ronda en una residencia, con el objeto de dar respaldo al funcionario judicial, aprovecha esa oportunidad para cometer allí un delito de hurto.

3.—Es cierto que el art. 1º del Decreto 1752 de 1965, proferido dentro de la situación de estado de sitio ahora vigente, ordena que, "sin perjuicio de lo que dispone el art. 40 del Decreto 1705 de 1960, la justicia penal militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional..." pero, como lo anota este mismo precepto, ello es "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".

En cuanto a los delitos comunes que cometan los militares en servicio activo o los civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, se tiene que de ellos únicamente conoce la jurisdicción penal castrense en los siguientes casos: a) cuando se cometan en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior; b) si se llevan a cabo en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.

Así resulta de lo que se dice en los ords. 2º y 3º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Pues bien: los hechos averiguados no se acomodan a ninguna de tales hipótesis pues no tuvieron lugar en tiempo de guerra, turbación de orden público o conmoción interior, situaciones que no existían el 29 de junio de 1962, cuando se cometió el ilícito. Ni acaecieron en territorio extranjero invadido, ni a bordo de buques de la Armada ni aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República. La circunstancia de que en la actualidad y desde el día 21 de mayo de 1965, en virtud del Decreto 1288 de ese año se encuentre "en estado de sitio todo el territorio nacional", no lleva a que los delitos comunes cometidos por militares o por los Agentes de la Policía Nacional antes de aquella fecha, y cuando no tenía el país ninguna de las situaciones de que trata el ord. 2º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar, sean conocidos por la jurisdicción penal castrense, pues de manera clara ese ord. 2º se refiere a "los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares..., en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior". Esto es, se toma en cuenta sólo las infracciones ocurridas dentro de esas situaciones de anormalidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre diecisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para dirimir la colisión de competencias surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción castrense, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el agente de la Policía Nacional EDGARDO SALTARIN TORREGROZA, por el delito de homicidio, la Corte toma en consideración lo siguiente:

1º—El Juzgado 1º Superior de Santa Marta, en la providencia de 17 de julio de 1963, por la cual llama a juicio al citado agente de la Policía Nacional, hace la siguiente síntesis de los hechos:

"Cuentan los autos que el día 29 de junio del año de 1962 salió una comisión de agentes de la Policía, vestidos de civil, de la población de Chiriguaná, con el objeto de darle captura al señor José Bastidas. Dicha comisión la componían los agentes José Moreno Villarreal, Armando Polo Sabala, Jesús Emilio Jaramillo y Edgardo Saltarín. La comisión salió del poblado en las primeras horas de la noche, llevando el mando de la patrulla el agente Moreno Villarreal, y siendo aproximadamente las siete y media de la noche llegaron a su destino. Pero como no encontraron al señor Bastidas y contraviniendo las órdenes emanadas de la Alcaldía, el Jefe de la comisión resolvió seguir hasta un poblado cercano conocido con el nombre de 'La Loma'. En el trayecto que separa la finca del señor Bastidas del poblado 'La Loma' los agentes iban ingiriendo licor, y al llegar al último sitio se dirigieron a los bares o cantinas del lugar, yendo inicialmente al 'Bar España', donde encontraron a un muchacho jugando billar y a quien le exigieron sus documentos de identificación. Como no los portaba, le retiraron las bolas del billar y luego se acercaron al cantinero y le exigieron algún dinero a cambio de su silencio. El cantinero, al principio, se negó a darles plata, pero por último accedió a darles tres pesos. De ahí siguieron al bar 'Monterrey', en donde el agente que comandaba la patrulla, José Moreno Villarreal, agredió al señor Fabio Agustín Montúfar, quien se encontraba en compañía de un señor de apellido Acosta, por el hecho de estar hablando con otro agente integrante de la comisión. El señor Montúfar reclamó al agente Moreno por su actitud para con él y en la discusión intervino el agente Saltarín, desenfundando el revólver de dotación oficial, con el fin de hacer fuego contra el señor Montúfar, pero la oportuna intervención del agente Armando Polo Sabala evitó que dicho señor fuera muerto.

"Luego, los agentes Moreno Villarreal y Polo Sabala salieron al patio del bar, a charlar con unas amigas, y los agentes Jaramillo y Saltarín se quedaron en la cantina ingiriendo licor y bailando. En la pista de baile también se encontraba bailando el señor Sabas Ostias García, quien estaba en el bar con algunos compañeros. Aquél, cuando bailaba, cayó al suelo y tropezó con el agente Saltarín. Este, sintiéndose ofendido, golpeó al señor Ostias García en forma violenta. Este logró levantarse y trató de contestar la agresión de que era víctima. Entonces el agente Saltarín sacó nuevamente el revólver que portaba y encañonó al señor Ostia García. A la bulla de la pelea, llegó el agente Moreno Villarreal y le dijo al agente Saltarín que guardara el revólver y éste lo guardó en la pretina del pantalón. El agente Saltarín no logró hacer fuego, porque los compañeros del señor Ostia García lo tenían agarrado. Después de este incidente, los amigos se llevaron a Ostia, quedando en la cantina los agentes de la policía. El cantinero salió tras el grupo formado por el señor Ostia García, con el fin de hacer efectivo el cobro de la cuenta por los licores consumidos por ellos en el establecimiento, y cuando el grupo había caminado más o menos una cuadra de distancia del bar, fueron alcanzados por los agentes Moreno Villarreal y Saltarín, y el primero alcanzó a ver cuando Ostia decía que así no se mataba a un hombre. Con revólver en mano amedrentó Saltarín a los amigos de Ostia y fueron obligados a soltarlo. Una vez estuvo suelto Ostia García, el agente Saltarín disparó su revólver sobre su cuerpo, hiriéndolo en el tórax. Cuando el disparo, el señor Saltarín estaba más o menos a un metro de distancia del occiso, según se desprende de la diligencia de autopsia (f. 31). Acto seguido regresaron al lugar donde habían quedado los otros agentes y Saltarín manifestó que se había 'empecherado' y emprendió la huída, atravesando el monte, para presentarse posteriormente a su puesto en Chiriguaná".

2º—Atendida la anterior relación de lo ocurrido, es obvio que se trata de un delito común el que se imputa al agente de la Policía Nacional, señor Saltarín Torregroza, como que el ho-

micidio militar requiere que "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo...", el militar... "cause la muerte de otra persona, con intención de matar" (art. 194), si es que se habla de un homicidio simplemente voluntario, como aparecen calificados los hechos en el auto de proceder.

3º—No comparte la Corte (en consecuencia), el criterio del "Comando del Departamento de Policía Magdalena", según el cual "no existe para... ese Comando..," la menor duda de que el hecho materia de la investigación debe considerarse como un delito militar, en razón de que no otra cosa debe entenderse como ocasión, sino la oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa", pues, si bien ese es el alcance de la palabra OCASION, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, esa oportunidad o comodidad deben emanar del servicio o de los deberes propios de la función militar para que se tenga el delito que define el artículo 194 del Decreto 0250 de 1958, ya citado. Y es evidente que el procesado Saltarín Torregroza, cuando dio muerte a Ostia García, no estaba cumpliendo ninguna función de su cargo de la cual se desprendiera esa ayuda en la perpetración del ilícito.

Refiriéndose PEDRO PACHECO OSORIO al delito de abuso de autoridad (art. 171 del Código Penal), infracción ésta que comete "el funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad", dice que "la expresión 'con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas', contiene dos hipótesis distintas. Ocurre la primera cuando el agente comete o hace cometer el acto a raíz del cumplimiento de sus deberes o del uso de sus facultades, pero sin tratar de ajustarse ni a los unos ni a las otras...", (*"Derecho penal especial"*, Edit. "Temis", Bogotá, 1959, p. 220).

No es suficiente, pues, para que se tenga este delito de abuso de autoridad, o para que se dé el de homicidio militar, en el evento de que la conducta tenga lugar con ocasión de las funciones pertinentes; no es suficiente, se repite, la simple calidad de funcionario o empleado público, en aquél; o la de militar, en éste, porque es indispensable que los hechos tengan correlación con el servicio, en forma que éste haya facilitado la realización del ilícito.

Se tiene que el hecho se comete por causa o razón del servicio cuando, por caso, un agente de la policía da muerte a una persona sorprendida en *in flagranti* delito, sólo porque se opone ese individuo a su captura; y se realiza con ocasión del servicio si, por ejemplo, un miembro de las fuerzas militares que acompaña a un juez en una diligencia de ronda en una residencia, con el objeto de dar respaldo al funcionario judicial, aprovecha esa oportunidad para cometer allí un delito de hurto.

Así, pues, en el caso *sub judice* no basta para darle el carácter de delito militar a la infracción averiguada el que resulte demostrado, pero apenas esto, que Saltarín Torregroza tenía la calidad de agente de la Policía Nacional. Los hechos, se repite, no se dieron con oportunidad de las funciones encomendadas al nombrado, ni fueron éstas la razón o causa de lo ocurrido.

4º—Es cierto que el artículo 1º del Decreto 1752 de 1965, proferido dentro de la situación de estado de sitio ahora vigente, ordena que, "sin perjuicio de lo que dispone el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la Justicia Penal Militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional...". Pero, como lo anota este mismo precepto, ello es "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".

En cuanto a los delitos comunes que cometan los militares en servicio activo o los civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, se tiene que de ellos únicamente conoce la Jurisdicción Penal castrense en los siguientes casos:

a).—Cuando se cometan en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior.

b).—Si se llevan a cabo en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.

Así resulta de lo que se dice en los ordinales 2º y 3º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Pues bien:

Los hechos averiguados no se acomodan a ninguna de tales hipótesis, pues no tuvieron lugar

en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, situaciones que no existían el 29 de junio de 1962, cuando fue muerto el nombrado Ostia García. Ni acaecieron en territorio extranjero invadido, ni a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República. La circunstancia de que en la actualidad y desde el día 21 de mayo de 1965, en virtud del Decreto 1288 de ese año, se encuentre "en estado de sitio todo el territorio nacional", no lleva a que los delitos comunes cometidos por militares o por agentes de la Policía Nacional antes de aquella fecha, y cuando no tenía el país ninguna de las situaciones de que trata el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, sean conocidos por la Jurisdicción Penal castrense, pues de manera clara ese ordinal segundo se refiere a "los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares. . ., en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior". Esto es, se toma en cuenta sólo las infracciones ocurridas dentro de esas situaciones de anormalidad.

Tomado en consideración lo anterior, es evidente que el conocimiento de este proceso le corresponde a la justicia penal ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito, en el sentido de DECLARAR que la facultad para resolver sobre este negocio le corresponde al Juez 1º Superior de Santa Marta, y no al Comando de las Fuerzas de Policía Magdalena.

Devuélvase el expediente al Juzgado 1º Superior de Santa Marta y remítase copia de este auto al citado Comando.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

LOS TERMINOS MINIMOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 64 DEL CODIGO PENAL SON FIJOS.—EL JUEZ NO TIENE FACULTAD DOSIFICADORA, CUANDO DISPONE LA RECLUSION DE LOS ENFERMOS MENTALES O DE LOS INTOXICADOS EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—SI EL DELINCUENTE COMETIO EL HECHO EN ESTADO DE ANOMALIA SIQUICA GRAVE, DE CARACTER TRANSITORIO, NO PUEDE SER RECLUIDO EN EL MANICOMIO CRIMINAL, SINO EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—EL TERMINO DE LA DETENCION PREVENTIVA SOLO PROCEDE TOMARSE EN CUENTA, SI SE HA CUMPLIDO, EN CADA CASO, EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—LA MISION INDIVIDUALIZADORA DEL JUEZ UNICAMENTE TIENE EFECTO CUANDO DISPONE EL CESE DE LA RECLUSION O PONE TERMINO A LA MISMA, POR HALLARSE QUE EL ANORMAL YA NO REPRESENTA PELIGRO DE QUE VUELVA A CAUSAR DAÑO.—LA ENAJENACION MENTAL ES UNA ANOMALIA SIQUICA GRAVE, PERO NO TODA ANOMALIA SIQUICA GRAVE CONSTITUYE ALIENACION MENTAL.—PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

1.—Es sabido que el concepto de responsabilidad moral que indicaba el Código Penal derogado desapareció en el estatuto punitivo vigente. De conformidad con el actual estatuto, toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales, o anormales o de mayores o menores de dieciocho años. Pero el Código Penal hace una separación de las sanciones, para distinguirlas, de acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad.

2.—Cabe observar que el estatuto penal colombiano, en desarrollo del principio de la responsabilidad legal que consagra, siguiendo los postulados de la Escuela Positiva del Derecho Penal, acoge el criterio unitario de penas y medidas de seguridad, pues las agrupa bajo la denominación de sanciones, término este usado por Enrique Ferri. Se aparta, pues, de la concepción dualista, que le dá a las medidas de seguridad un carácter extrictamente administrativo.

Pero es obvio que la medida de seguridad carece del carácter aflictivo de la pena, y, además, por referirse a los enfermos mentales o a los deficientes por inmadurez síquica (menores de dieciocho años) no tiene esa incapacidad intimidativa de la pena.

3.—De acuerdo con la síntesis que de su tesis hace el tratadista FILIPPO GRISPIGNI (cita de Sebastián Soler, obra aludida, pág. 457), corresponde hacer notar, en cambio, que las penas y las medidas de seguridad tienen en común: a) su presupuesto es el delito y son proporcionadas a la peligrosidad; b) consisten en la disminución de un bien jurídico; c) tienden a readaptar o innocuizar, y d) son jurisdiccionalmente aplicables.

El Código Penal indica mínimos y máximos cuando se ocupa de las penas. Señala apenas el mínimo, de manera fija, con respecto a las medidas de seguridad. Así ocurre, por caso, en cuanto a las personas que se encuentren en algunas de las situaciones previstas en el ordinal 29: enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o grave anomalía síquica. Y es explicable que en estas hipótesis no se indique en la ley término máximo, por la finalidad de esta sanción (reclusión en colonia agrícola especial o en un manicomio criminal —artículo 64 del C. P.—) que es estrictamente curativa y preventiva, sin tener el carácter aflictivo e intimidativo de la pena.

El término de dos años en el manicomio criminal y de un año en la colonia agrícola especial es inmodificable por el Juez, dado que así resulta de la siguiente norma del Código de Procedimiento Penal:

"Artículo 647.—Transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código penal, el juez, a petición del Ministerio Público, del Director del manicomio criminal, o de la colonia agrícola especial, del recluído o de sus parientes, resolverá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal, la solicitud relativa a la cesación con-

dicional de la reclusión. Este incidente se tramitará como articulación".

No se dice en este precepto que podrá resolverse sobre la cesación condicional de la reclusión únicamente cuando haya transcurrido el tiempo mínimo que haya señalado el juez en la sentencia, sino cuando ha tenido cumplimiento ese lapso mínimo previsto en el Código Penal, esto es, como obvio, el que señala para uno y otro caso (colonia agrícola especial y manicomio criminal) el artículo 64 de ese estatuto, expresamente citado en aquella disposición procedimental.

4.—Como el lapso de reclusión no está determinado en el máximo, atendido que éste depende del hecho de que haya desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño, bien podría ocurrir —si el juez tuviese arbitrio para dosificar el mínimo— que el que fije resulte mayor que el lapso máximo, cuando la curación ocurre antes de vencerse el plazo señalado por el juzgador. Y si ese plazo así individualizado por el juez debe haberse vencido para que proceda la cesación condicional de la reclusión (art. 647 del C. de P. P.), se tendría el absurdo de que la sanción mínima resultase mayor que la máxima cuando el anormal ha dejado de ser un peligro para la sociedad antes de cumplirse el término previsto en la sentencia por encima del que señala, según el caso (artículo 64 del C. P.) el legislador, pues tendría que seguir recluído el delincuente, después de haber permanecido un año en la colonia agrícola especial o dos años en el manicomio criminal, hasta que tuviese fin el plazo indicado por el juez.

5.—El término de duración de esta clase de sanciones, sin ser menor a los plazos previstos en la ley (artículos 64 y 67 del Código Penal, reclusión y libertad vigilada para los enfermos de la mente o intoxicados), es indeterminado, pues depende de los resultados de la medida de seguridad en la curación del anormal, en forma que haya desaparecido el peligro de que vuelva a causar daño.

En consecuencia, la gravedad del delito y la peligrosidad del enfermo mental, intoxicado o deficiente síquico se toman en cuenta, sólo, para señalar la medida de seguridad señalada en la ley. Su duración, se repite, depende de sus efectos en la remoción de la peligrosidad del agente. Ninguna razón práctica explica, entonces, que el juez, con apoyo en el artículo 36 del C. P., sobrepase los plazos mínimos a que aluden los arts. 64 y 67 (aparte a) del mismo estatuto, señalados únicamente para que no se imponga uno inferior.

El pensamiento de la comisión Redactora del Código Penal, al disponer que la reclusión en la colonia agrícola especial o en el manicomio criminal o la libertad vigilada no sea menor de dos años, en las dos últimas, ni de un año, en la primera, fue el de evitar que a los pocos días cesara la reclusión o la libertad vigilada, por hallarse que el enfermo mental o el intoxicado ya no constituyen un peligro para la sociedad, lo cual propiciaría las simulaciones y traería el consiguiente escándalo público.

6.—Y no es dable admitir que ese aumento del plazo mínimo de reclusión se haga en razón de que se estime que el lapso señalado en la ley resulta corto para asegurar la curación del enfermo o del intoxicado, pues la duración del tratamiento no depende del término que señale el juez, ni siquiera del que ha previsto el legislador, sino del resultado beneficioso de la medida, en forma que el perito pueda dictaminar que ha desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño. La misma indeterminación del lapso máximo de la reclusión niega toda razón práctica a la dosificación de esta medida de seguridad por parte del juez. Otra cosa es que no pueda señalar un término inferior al de un año, en caso de aplicarle al delincuente reclusión en colonia agrícola especial, o al de dos años, si se trata de reclusión en un manicomio criminal, porque encontró prudente el legislador que únicamente después de cumplidos esos plazos puede disponer que cese condicionalmente la medida asegurativa.

Es de importancia hacer notar que la Corte, en las distintas oportunidades en que ha aplicado el precepto contenido en el artículo 64 del Código Penal, ha señalado los plazos mínimos que en este precepto se indican.

7.—Es obvio, entonces, que la cita que del Código Penal se hace en el artículo 647 del estatuto procesal no puede referirse sino al artículo 64 de aquella obra, pues es la única norma que en el Código Penal se ocupa del "tiempo mínimo de reclusión" que deben sufrir los enfermos mentales o los intoxicados que delinquen.

Además, ese artículo 64 del Código Penal aparece expresamente mencionado en el artículo 647 del estatuto procesal.

8.—Las medidas de seguridad, se insiste, no tienen carácter aflictivo, ni finalidades intimidativas. Son tratamientos curativos y sistemas de prevención. Sobre el objeto de estas sanciones no existe opinión discorde alguna.

9.—No es extraño, que el Código Penal Colombiano, bastante informado en las ideas de la Escuela Positiva, al menos en cuanto a las medidas de seguridad acogiera esa indeterminación relativa de las sanciones, en la forma ya indicada: Señalando un término mínimo fijo (de dos años para la reclusión en un manicomio criminal y para la libertad vigilada, y de un año para la reclusión en una colonia agrícola especial), e indicando que el plazo máximo sólo queda determinado por la curación del enfermo mental o del intoxicado.

10.—Dado el carácter aflictivo y atendida la finalidad intimidatoria (que de aquél surge) de las penas, al hacerlas conocer de antemano el Código Penal cuando indica el mínimo y el máximo correspondiente, es obvio que no puede identificarlas, de manera absoluta, con las medidas de seguridad. Estas últimas carecen de carácter aflictivo (su misión es sólo curativa y preventiva) y, en consecuencia de la falta de ese carácter aflictivo y de la indeterminación relativa que con respecto a las medidas de seguridad consagra el Código Penal, no ofrecen el poder intimidatorio de las penas, tanto más, cuanto que se refieren a personas anormales y a deficientes síquicos.

11.—El Código Penal Colombiano señala para la reclusión de los enfermos mentales y de los intoxicados que delincan términos mínimos fijos, sin que deje al juez facultad alguna para dosificarlos.

12.—La ausencia de todo fin práctico y el resultado absurdo que pudiera darse, de que el mínimo individualizado por el juez resulte superior al tiempo máximo que requiera la curación del enfermo mental o del intoxicado (lo cual pone término a la reclusión), rechazan esa supuesta facultad dosificadora del juzgador, en cuanto al lapso mínimo de la medida de seguridad.

13.—El artículo 63 del Código Penal alude a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos, para indicar que su reclusión debe cumplirse en un manicomio criminal. Resulta obvio, entonces, que esta medida de seguridad no es legalmente aplicable, ni resulta aconsejable, en los casos de delincuentes que cometieron el delito en estado de grave anomalía síquica transitoria, como ocurre en el caso presente.

14.—Dado que en algunos casos la anomalía síquica y la enajenación mental pueden resultar equivalentes, bien puede admitirse la aplicación del precepto contenido en el artículo 63 del Código Penal en esa hipótesis de igualdad, pero siempre que se desprenda de la pericia siquiátrica que el delincuente padece de una grave anomalía síquica equiparable a un estado de enajenación mental. Es obvio que si el experto siquiátrico encuentra, en un caso dado, que la grave anomalía síquica tiene ese alcance de enajenación mental, así lo indicará en su concepto, hablando de alienación mental y no de graves anomalías síquicas, dados los diferentes matices que esta última ofrece.

15.—El tiempo que lleva en detención preventiva el procesado, no puede abonarse al que se fija como mínimo de la sanción, en este fallo, porque el art. 96 del Código Penal, alude a penas y no a medidas de seguridad. Esta norma, en efecto, dice: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad...". La aplicación analógica no procede, por lo que pasa a observarse.

El fin mismo de la medida de seguridad que se examina, o sea el de tratar o readaptar al alienado mental, intoxicado o perturbado síquico mediante reclusión, según el caso, en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial, al menos por los plazos señalados en el artículo 64 del Código Penal, resultaría inoperante si se tuviese como parte cumplida de la sanción el término de la detención precautelativa, pues no es durante ese lapso, por lo general, cuando el anormal recibe el tratamiento pertinente.

Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos ese tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal.

La indeterminación del plazo máximo de la reclusión, la que no puede cesar, "sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño", impide aplicar el citado artículo 96 del Código Penal en tales hipótesis, pues, aun cuando el enfermo mental o el intoxicado hayan cumplido, en cada caso, los términos indicados en el artículo 64 de la misma obra y así haya permanecido por un mayor tiempo en detención preventiva, no se puede ordenar el cese de la reclusión, si el delincuente ofrece peligro de que vuelva a causar daño.

De conformidad con el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede disponerse que cese la reclusión cuando, por lo menos, han transcurrido los plazos de que trata el artículo 64 del Código Penal, que se refieren a reclusión en una Colonia Agrícola especial o en un manicomio criminal y no a la permanencia del sindicado en los lugares donde comunmente se lleva a cabo su encarcelación precautelativa, como resulta en este negocio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre dieciocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se ocupa la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de ocho de junio del corriente año, por la cual condenó al sindicado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, a reclusión en una colonia agrícola especial por un lapso no inferior a cuatro años; como responsable de los de-

litos de homicidio cometidos en la persona de sus hijas María Adriana y Claudia Patricia.

Conoció en primera instancia el Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, en donde se indicó para la citada medida de seguridad un lapso no menor de un año.

HECHOS:

En el auto de proceder se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Carlos Enrique García Gómez convivía maritalmente con Liliam de Jesús Montoya Saldarriaga desde unos cinco años atrás, lapso durante el cual, como es de común ocurrencia en estos casos, se presentaron divergencias entre ellos y entonces la mujer retornaba a la casa de sus padres, mas luego, ante los ruegos del varón, volvían nuevamente a la misma vida, en la cual habían procreado a las niñas Adriana María y Claudia Patricia García Montoya (a pesar de ser hijas naturales; habían sido bautizadas como legítimas) de cuatro y medio y dos y medio años de edad, respectivamente. En fin, en el mes de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, Liliam de Jesús abandonó a Carlos Enrique y éste, como solía hacerlo cuando ello ocurría, se entregó a las libaciones alcohólicas y a indagar por el paradero de su barragana, a quien amaba ciegamente. Sólo en los primeros días de febrero de mil novecientos sesenta y cinco apareció la Montoya Saldarriaga y esto fue motivo de júbilo para García Montoya quien ingenuamente pensó en que rehacería su vida con aquélla. Sin embargo, ello no fue así. Liliam de Jesús desapareció de la ciudad el día ocho del mes y año citados, y Carlos Enrique desesperado se entregó de nuevo a la ingestión de bebidas embriagantes y a hacer lo humanamente posible por localizar a la dueña de su corazón y madre de las pequeñas citadas. No pudo hallarla. Así las cosas, a eso de las ocho de la noche de la fecha que se viene de citar, Carlos Enrique García Gómez (-a- 'Maravilla' o 'El Banderillero') se dirigió a la casa de sus progenitores, doña Tulia Gómez de García y su esposo, situada en la calle 74 número 44A-33, donde residía en el tercer piso con sus hijas naturales Adriana María y Claudia Patricia, y les dio muerte violenta a éstas, causándoles lesiones con arma cortante y punzante en el cuello, para luego inferirse él, Carlos Enrique, otra herida de igual naturaleza y en la misma región, al parecer con el ánimo de eliminarse".

TRAMITE DEL PROCESO:

Mediante providencia de 13 de diciembre de 1965, el Juzgado 1º Superior de Medellín llamó a juicio al citado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ por doble homicidio, señalando que aquél cometió los hechos "en momentos en que se hallaba en estado de grave anomalía síquica".

En el informativo y de acuerdo con el examen que al procesado le practicaron los médicos legistas, se estableció que aquél, "cuando delinquió y trató de suicidarse, se encontraba bajo el influjo de una alteración de su actividad sicoafectiva, de suficiente intensidad para que pueda ser considerada como una grave anomalía del siquismo, de carácter transitorio".

Agotada la etapa del juicio de primera instancia, el juzgado ya aludido le impuso a García Gómez la medida de seguridad de reclusión en una colonia agrícola especial, por un tiempo no menor de un año, de acuerdo con lo que señalan los artículos 64 del Código Penal y 647 del Código de Procedimiento Penal.

El juzgador de segundo grado no estuvo de acuerdo con el lapso mínimo indicado en la sentencia de primera instancia y aumentó a cuatro años ese término de reclusión.

En ese fallo, objeto del recurso de casación, dice el Tribunal Superior de Medellín.

"Cuando el Código Penal en el artículo 36 se refiere a la imposición de la sanción al delincuente teniendo en cuenta la gravedad del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que lo acompañan y la personalidad del agente, verdaderamente no está haciendo distinción entre penas y medidas de seguridad, pues con el vocablo empleado, sanción, en su condición genérica, cobija tanto unas como otras, hasta el punto de que el título II del Libro 1º, indicado en ese rubro, se descompone en penas para mayores de dieciocho años, en el capítulo 1º, y medidas de seguridad para los delincuentes del artículo 29, en el capítulo 2º.

"Si bien estas últimas no corresponden a un estricto carácter penal, no obstante siempre envuelven una condición represiva, como quiera que implican el aislamiento del delincuente de la sociedad en castigo por así decirlo a su demostrada peligrosidad, así se tienda a buscar prácticamente su recuperación con tratamientos dirigidos a extraerlo de su condición de anormal,

finalidad ésta que no deja de coincidir con el concepto de rehabilitación que domina el actual régimen de la penalidad.

"Y bajo este aspecto, a pesar de que hable de medidas de seguridad, ellas representan una especie de sanción que como tal obliga al juez a dosificarla con arreglo a aquella particular facultad de regulación.

"....

"El artículo 64 del C. Penal, al disponer la reclusión en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial por un tiempo no menor de dos años en el primero y de un año en la segunda, para los delincuentes de que trata el artículo 29 del mismo, como sanción específica, medida de seguridad que habrá de subsistir hasta que el enfermo deje de ser un peligro para la sociedad, también está indicando un espacio dentro del cual puede moverse el fallador para determinarla. O sea, que la medida no puede bajar de dos y un año respectivamente, pero sí puede irse hasta su perduración en el tiempo. Al juez le está vedado descender de tales límites, pero no se le prohibe superarlos con aumentos. Bien puede elevarlos y ello corresponde hacer al calificar la delincuencia, atendida la personalidad del anormal, la gravedad del hecho y todos los demás factores que circunscriben su peligrosidad, considerando que ésta no puede cesar en un tiempo inferior al que lo señala como base.

"Ello es lógico, porque precisamente como funcionario al que se atribuye el papel de impartidor de justicia, es el llamado a concretar la medida que debe corresponder a tal delincuencia y eso no podría hacerlo si se le quitara la facultad de graduarla adecuadamente.

"Entonces, cuando se menciona en el aludido artículo 36 los límites de la sanción, estos en tratándose de medidas de seguridad no son otros que las mismas regulaciones que presiden la penalidad con la sola diferencia de la indeterminación en el máximo.

"....

"En verdad, aquel artículo 647 del Código de Procedimiento Penal hace referencia a un tiempo mínimo, pero no se circunscribe allí propiamente al contemplado en el artículo 64 del Código Penal, sino que expresa muy claramente: 'fijado en el Código Penal', aludiendo así de manera general al conjunto del mismo, y de acuerdo con éste, en sus armónicas disposiciones, los mínimos que señala no son otros que los que concreta el juez con arreglo a las mismas normas, sin bajar de aquellos extremos, atendiendo a los motivos que rigen la graduación. O sea que tal tiempo mínimo no es propiamente el del artículo 64.

"Tal es la interpretación que más se compadece con los dictados del Código Penal, según las reflexiones que el autorizado tratadista, doctor Angel Martín Vásquez, trae en su obra de Derecho Penal" (pg. 271 y ss.).

"....

"Y es que no pueden situarse en un mismo plano de peligrosidad a quien delinque en un estado de grave anomalía síquica y causa o tiene la propensión a inferir un simple daño y el que con acariciamiento de una idea criminal llega a la eliminación de una o dos vidas, para considerar que a ambos se les debe aplicar automáticamente un mismo mínimo de medida de seguridad.

"Si el juez estuviera determinado a obrar tan ciegamente, sobraría prácticamente la producción de un fallo con motivaciones pertinentes a medición alguna. El juzgador se vería avocado a que por ministerio de la ley los mínimos imperaran sin una decisión fundamental, o se convertiría en un aplicador maquinal y sin autonomía del texto rigorista de la ley, cosa que no puede ni debe ocurrir.

"....

Se anota, por último, en la providencia acusada, que si el fallador encuentra que "los datos, conclusiones y precisiones..." de la pericia médica... "le presentan a un procesado que por la gravedad del hecho que cometió, el estímulo que lo llevó al delito y su personalidad, exhibe una latente y señalada peligrosidad, indefectiblemente quien está llamado a apreciar y pesar todas esas circunstancias no puede menos que dosificar la sanción que como medida de seguridad para la defensa de la sociedad cabe imponer".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, en representación del procesado García Gómez, invoca en su demanda la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, porque estima que la sen-

tencia del Tribunal Superior de Medellín de que se ha hecho mérito, "es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Dice que ese fallo violó, por infracción directa y también por interpretación errónea, los artículos 1º, 11, 12, 29, 36, 64 del Código Penal, y el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal.

Como demostración del cargo, anota:

a).—Que el concepto de la responsabilidad simplemente legal tiene en el Código Penal una normación que lleva a distinguir "los delitos éticamente tipificados por el dolo o la culpa, de los hechos objetivamente antijurídicos cometidos por personas anormales, en las condiciones descritas por el artículo 29, inimputables en una acepción propia de identificación volitiva y moral del individuo con su conducta".

De ahí que, agrega, a *contrario sensu* de lo que se indica en el artículo 11 del Código Penal, "los hechos ocasionados por las personas a que alude el artículo 29, al no ser atribuíbles o dolo o culpa del agente, no son delitos en sentido propio, ni permiten hablar de culpabilidad, por más que se encomiende a la justicia criminal someter a medidas de seguridad a quienes en estado de anormalidad mental objetivamente cometen hechos que para las personas normales serían verdaderos delitos", (ordinales 1º y 2º del respectivo capítulo de la demanda de casación).

b).—Insiste en que, "cuando se habla en riguroso sentido jurídico de la no imputabilidad de los anormales, no se está adoptando un criterio retrógrado en Derecho Penal, ni escondiendo la necesidad social de la aplicación de medidas de seguridad a dichas personas, pero sí se deja muy en claro que sus conductas no son delitos en la concepción ética de la acción humana, por estar desprovistas de elementos conscientes de volición y valoración racional de la ilicitud" (ordinal 3º Ib.).

c).—Que el artículo 29 del Código Penal no alude a medidas represivas, sino a medios de tutela y de seguridad sociales que "no pueden salir de los propios marcos que el Código Penal les ha dado, y, como ha dicho la Corte, 'en armonía con el Capítulo II del Título 2º del Libro IV del C. de P. P.'", (ordinal 4º Ib.).

d).—Observa que "entre las penas y medidas de seguridad, como enseña la Corte, hay una diferencia fundamental: 'Las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predican para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación —tiempo indefinido— juega íntimamente el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías síquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuera de la siquis normal'-Cas. de 27 de septiembre de 1955, LXXXI, p. 304", (ordinal 5º Ib.).

c).—Afirma que "este nítido criterio... tiene amplio respaldo en los tratadistas de la materia, igual que en los antecedentes de la ley penal que nos rige" (ordinales 6º y 7º Ib.).

f).—Señala que "el régimen de las medidas de seguridad es como sigue:

"1º—Para las personas (no debe decirse delincuentes) de que trata el artículo 29, hay lugar a reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, medidas ceñidas a las prescripciones de los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal.

"2º—Esta última disposición fija las condiciones de dicha reclusión...

"3º—Su indeterminación y revocabilidad, aspectos fundamentales que distinguen las medidas de seguridad de las penas, quedan completados por el artículo 74, de acuerdo con el cual 'las providencias que dictare el juez al aplicar las disposiciones de los artículos anteriores, podrán revocarse o reformarse en cualquier tiempo'.

"4º—'Por su lado, el Código de Procedimiento Penal, en el capítulo referencia a la ejecución de las medidas de seguridad', se ocupa de ello en los artículos 647, 652, los cuales transcribe, (ordinal 8º Ib.).

g).—Expresa que, "si el artículo 64 establece un término mínimo de reclusión más o me-

nos prudente y con sabio criterio no señaló un tope máximo a la reclusión en manicomios criminales o colonias agrícolas especiales, esa indeterminación está indicando que con respecto a las personas contempladas en el artículo 29, el fin de las medidas de seguridad es tutelar y proteger, lo mismo a la sociedad que al propio enfermo, tutela que cesa o se suaviza, según el caso, o que puede reasumirse al reaparecer los síntomas de anormal peligrosidad", (ordinal 9º Ib.).

h).—Entiende que "es inconcebible que el *ad quem* atribuya a las medidas de seguridad carácter represivo, y que su aislamiento o reclusión en manicomio o colonia del enfermo mental se impone 'en castigo por así decirlo a su demostrada peligrosidad'; y señala que "el apoyo que el sentenciador trató de buscar en conceptos del doctor Angel Martín Vásquez... no tiene sentido, pues lo expuesto por el distinguido profesor en este particular no es ninguna tesis, sino la formulación de una serie de interrogantes 'que no tienen respuesta', según sus propias palabras, a menos de ser reformado el artículo 647 de la ley de procedimiento" (ordinales 10 y 11 Ib.).

i).—Dice, por último, que "no deja de ser importante destacar que el Tribunal, llevándose de calle las normas del Código Penal, se toma la facultad de fijar, a su talante y por sola presunción, un plazo (cuatro años), antes del cual no habrá desaparecido la peligrosidad del acusado. Es algo así como un dictamen siquiátrico ultra-activo, que ningún perito médico se atrevería a dar; del mismo modo, sin sindéresis jurídica, traslada las normas de dosimetría penal (artículos 36, 37, 38 y siguientes) a las medidas de seguridad, como si estuviera juzgándose un delito cometido por persona no comprendida en el artículo 29. Con igual falta de lógica debió tener en consideración los artículos 363 y 33 del Código Penal, y de una vez imponer bajo el nombre de medida de seguridad, la pena correspondiente a un doble delito de asesinato", (ordinal 12 Ib.).

Concluye con la aseveración de que se impuso al sindicado García Gómez una sanción no prevista en la ley, al menos en cuanto al mínimo autorizado, como consecuencia de una errada aplicación de los artículos 36 y 64 del Código Penal y del artículo 647 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal está de acuerdo con los conceptos expresados por el actor y solicita que se case el fallo recurrido, a fin de que la Corte profiera el que corresponde.

Luego de un examen de los preceptos a que alude el demandante, anota que "el artículo 647 del C. de P. P.... indica, de manera indiscutible, no susceptible de interpretaciones, que el mínimo de reclusión lo fija la ley y no el juzgador, el cual, por ser claro y categórico el ordenamiento legal, debe acatarlo, y si, por propia iniciativa, lo aumenta, viola la ley substancial".

CONSIDERA LA CORTE:

Resulta demostrado el cargo que propone el doctor Gustavo Rendón Gaviria contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por los siguientes motivos:

1).—Es sabido que el concepto de responsabilidad moral que indicaba el Código Penal derogado desapareció en el estatuto punitivo vigente. De conformidad con el actual estatuto, toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales o anormales, o de mayores o menores de dieciocho años. Pero el Código Penal hace una separación de las sanciones, para distinguirlas, de acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad.

Se aplican las medidas de seguridad a quienes lleven a cabo un comportamiento antijurídico y que se acomode a una definición punible, si se encuentran en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29 del Código Penal, o si se trata de menores de dieciocho años (art. 30 ibidem). Y se imponen las penas, si se tiene que el delincuente es normal y mayor de dieciocho años.

A esta separación de las sanciones en penas y medidas de seguridad alude la Corte en sentencia de casación de 27 de septiembre de 1945 (G.J.t.LXXXI, ps. 299 a 305), en los siguientes términos:

"Entre las penas y medidas de seguridad hay una diferencia fundamental; las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predican para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas, son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación, tiempo indefinido, juega íntimamente

el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías síquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuera de la siquis normal".

Cabe observar que el estatuto penal colombiano, en desarrollo del principio de la responsabilidad legal que consagra, siguiendo los postulados de la Escuela Positiva del Derecho Penal, acoge el criterio unitario de penas y medidas de seguridad, pues las agrupa bajo la denominación de sanciones, término este usado por Enrique Ferri. Se aparta, pues, de la concepción dualista, que le da a las medidas de seguridad un carácter estrictamente administrativo.

Pero es obvio que la medida de seguridad carece del carácter aflictivo de la pena, y, además, por referirse a los enfermos mentales o a los deficientes por inmadurez síquica (menores de dieciocho años) no tiene esa capacidad intimidativa de la pena.

Anota Sebastián Soler ("*Derecho penal argentino*", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, t.II, p. 457) lo que pasa a transcribirse:

"Las sanciones ordinarias, conminadas al lado de cada figura delictiva, son siempre proporcionadas a la gravedad del hecho, conforme a una valoración político-social de éste; mientras que las medidas de seguridad no dependen, ni por su forma ni por su contenido, de la gravedad del hecho cometido, sino de cierta situación del autor (anormal, menor, habitual), situación que desplaza la aplicabilidad de la sanción proporcionada al hecho, para atender exclusivamente a la peligrosidad del sujeto.

"....

"Este mecanismo de prevención, mediante una amenaza, falta ordinariamente en la medida de seguridad, la cual actúa precisa y principalmente cuando nos encontramos ante un sujeto que por deficiencia o inmadurez síquica no estaba en situación de obrar conforme a esa amenaza. Por eso, la medida de seguridad no depende ni en su clase ni en su duración de la gravedad del delito cometido, sino de la mayor o menor peligrosidad del sujeto".

Igualmente, Ignacio Villalobos, en su "*Derecho penal mejicano*" (Edit. "Porras S.A.", Méjico, 1960, p. 512), expresa:

"Las medidas de seguridad son aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener carácter aflictivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos".

De acuerdo con la síntesis que de su tesis hace el tratadista FILIPO GRISPIGNI (cita de Sebastián Soler, obra aludida, p. 457), corresponde hacer notar, en cambio, que las penas y las medidas de seguridad tienen en común: a), su presupuesto es el delito y son proporcionadas a la peligrosidad; b), consisten en la disminución de un bien jurídico; c), tienden a readaptar o innocuizar, y c), son jurisdiccionalmente aplicables.

Pues bien:

El Código Penal indica mínimos y máximos cuando se ocupa de las penas. Señala apenas el mínimo, de manera fija, con respecto a las medidas de seguridad. Así ocurre, por caso, en cuanto a las personas que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29: enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o grave anomalía síquica. Y es explicable que en estas hipótesis no se indique en la ley término máximo, por la finalidad de esta sanción (reclusión en colonia agrícola especial o en un manicomio criminal —artículo 64 del C. P. —) que es estrictamente curativa y preventiva, sin tener el carácter aflictivo e intimidativo de la pena.

2).—El término de dos años en el manicomio criminal y de un año en la colonia agrícola especial es inmodificable por el juez, dado que así resulta de la siguiente norma del Código de Procedimiento Penal:

"Art. 647.—Transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal, el juez, a petición del Ministerio Público, del Director del manicomio criminal, o de la colonia agrícola especial, del recluído o de sus parientes, resolverá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal, la solicitud relativa

a la cesación condicional de la reclusión.—Este incidente se tramitará como articulación".

No se dice en este precepto que podrá resolverse sobre la cesación condicional de la reclusión únicamente cuando haya transcurrido el tiempo mínimo que haya señalado el juez en la sentencia, sino cuando ha tenido cumplimiento ese lapso mínimo previsto en el Código Penal, esto es, como es obvio, el que señala, para uno y otro caso (colonia agrícola especial y manicomio criminal) el artículo 64 de ese estatuto, expresamente citado en aquella disposición procedimental.

Y es que si así no fuera, se llegaría a las siguientes situaciones aberrantes.

a).—Resultaría no sólo antijurídico sino prácticamente imposible que el juzgador, al resolver sobre la aplicación de las medidas de seguridad de que tratan los artículos 62 y 63 del Código Penal (las de que se ha venido haciendo referencia), dosifique el lapso mínimo aumentando los plazos que señala el artículo 64 del Código Penal, pues ello llevaría a un pronóstico inaceptable: el de fijar, sin base ni apoyo alguno, el término al cabo del cual el alienado o intoxicado esté en condiciones de no constituír un peligro para la sociedad, porque ha desaparecido la amenaza de que vuelva a causar daño.

b).—Si la reclusión no puede cesar sino cuando el perito declare que ha desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño (art. 64 del C. P.) y haya transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal (art. 647 del C. de P. P.), esto es, el de un año o el de dos años (según que se trate de colonia agrícola especial o de manicomio criminal), el juez que aumentara esos términos mínimos no solamente violaría el precepto primeramente citado, sino que daría lugar a que no pudiera ponerse fin a la reclusión del enfermo curado luego de estar vencidos esos plazos legales, pues habría que esperar a que se cumpliera la totalidad de la sanción mínima indicada por el juzgador. Y en esta forma, se desvirtuaría el objeto de esta medida de seguridad, que es únicamente preventiva y curativa, pues ese mayor lapso de reclusión a que diera lugar el aumento indicado por el juez y que el enfermo ya curado tendría que cumplir para poner término a la sanción mínima señalada en la sentencia, tendría el carácter de sanción aflictiva, lo cual es extraño, como ya se anotó, a los fines de las medidas de seguridad.

Así resulta, si se entiende, contra la letra misma del precepto, que sobre el particular es claro, que cuando en el artículo 647 del C. de P. P. se dice: "transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal", se tenga: transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado y dosificado por el juez.

c).—Como el lapso de reclusión no está determinado en el máximo, atendido que éste depende del hecho de que haya desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño, bien podría ocurrir —si el juez tuviese arbitrio para dosificar el mínimo— que el que fije resulte mayor que el lapso máximo, cuando la curación ocurre antes de vencerse el plazo señalado por el juzgador. Y si ese plazo así individualizado por el juez debe haberse vencido para que proceda la cesación condicional de la reclusión (art. 647 del C. de P. P.), se tendría el absurdo de que la sanción mínima resultase mayor que la máxima cuando el anormal ha dejado de ser un peligro para la sociedad antes de cumplirse el término previsto en la sentencia por encima del que señala, según el caso (artículo 64 del C. P.) el legislador, pues tendría que seguir recluído el delincuente, después de haber permanecido un año en la colonia agrícola especial o dos años en el manicomio criminal, hasta que tuviese fin el plazo indicado por el juez.

3).—Los motivos que llevan a que no se individualice ni por la ley, ni por el juez, el término máximo de duración de tales medidas de seguridad, pues está regulado por el tiempo que requiera la curación del enfermo, hacen improcedente que el juez lleve a cabo la dosificación del plazo mínimo, sobrepasando el que prudentemente previó el legislador.

4).—La diferenciación que hace la Corte en la sentencia mencionada entre penas y medidas de seguridad; la indeterminación del término máximo de la reclusión; la ausencia del carácter aflictivo y de un fin intimidativo en las medidas de seguridad, excluyen de la labor juzgadora en cuanto a estas medidas su dosificación en el tiempo, por encima de los plazos que mencionan los artículos 64 y 67 del Código Penal.

Si no fuese así, nada impediría, como lo observa el demandante, que las circunstancias específicas de agravación o atenuación indicadas para cada delito, resultasen asimismo procedentes con respecto a las medidas de seguridad.

El legislador trae una dosificación de las medidas de seguridad, tomando en cuenta la ma-

yor o menor entidad delictiva y el grado de peligrosidad del delincuente anormal, así:

a).—*Manicomio criminal:* Reclusión por un término no menor de dos años y hasta cuando el alienado deje de ser un peligro para la sociedad, si se trata de delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o si el estado del enfermo mental lo hace especialmente peligroso (arts. 63 y 64 del C. P.).

b).—*Colonia agrícola especial:* Reclusión por un término no menor de un año, para los delincuentes a que se refiere el artículo 29 del C. P., en los casos y términos previstos para el manicomio criminal, (arts. 62 y 64 del C. P.).

c).—*Trabajo en obras o empresas públicas:* Se impone a los intoxicados por el alcohol o por una droga venenosa cualquiera. Tiene el carácter de sanción accesoria con respecto a los intoxicados que salgan del manicomio o de la colonia agrícola especial. Y es medida exclusiva, si se trata de infracciones leves o de contravenciones (art. 65 Ib.).

d).—*Prohibición de concurrir a determinados lugares públicos:* Se aplica a los intoxicados como sanción accesoria o como medida exclusiva, en las mismas condiciones señaladas para el trabajo en obras o empresas públicas (art. 66 del mismo Código).

e).—*Libertad vigilada:* De acuerdo con el artículo 67 del C. P., consiste: "a), para los enfermos de la mente o intoxicados, en confiarlos al cuidado de su familia o en internarlos en una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato y por un tiempo no menor de dos años", y b), "en confiar al menor a su propia familia o a una extraña honorable, o a un establecimiento industrial o agrícola, bajo las condiciones que el juez señale, mediante caución suficiente, si lo juzga necesario, y bajo la vigilancia del juez o de los delegados de estudio y vigilancia" (art. 37 de la Ley 83 de 1946. El aparte b) del art. 67 del C. P. fue derogado por el art. 131 de aquella Ley).

Esta medida se aplica a los delincuentes de que trata el artículo 29 del Código Penal, como sanción principal, en caso de contravenciones.

f).—*Medidas para los menores de dieciocho años:* De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 83 de 1946, "el fallo del juez de menores puede consistir en las siguientes medidas:

"1ª—Absolución plena, cuando el hecho delictuoso no se hubiere comprobado;

"2ª—Simple amonestación, cuando la falta hubiere sido ocasional y el menor se hallare en un medio familiar sano y apto para su educación. La detención preventiva en este caso no tendrá lugar o será lo más breve, a fin de conservar el sentimiento del honor en el niño;

"3ª—Libertad vigilada;

"4ª—Entrega del menor a una persona o institución idónea, a fin de lograr su educación, bajo condiciones;

"5ª—Internamiento del menor en una escuela de trabajo, pública o privada, o en una granja agrícola especial para menores, pública o privada, y

"6ª—Internamiento del menor en un reformatorio especial para menores, por tiempo indeterminado, hasta cuando se obtenga la reeducación del menor o la formación de su sentido moral".

Asimismo, se dispone en el artículo 36 de la ley citada que "el juez podrá en cualquier tiempo reformar, sustituir y hacer cesar la medida impuesta a un menor; pero para hacerlo necesitará, en caso de que el menor se halle en un establecimiento de educación, del concepto favorable del director respectivo, o el del Consejo de Disciplina del establecimiento, si se tratare de un establecimiento de reeducación".

Ha hecho, pues, el legislador —se repite— una dosificación de las medidas de seguridad tomando en cuenta la entidad delictiva y el grado de peligrosidad del delincuente.

El término de duración de esta clase de sanciones, sin ser menor a los plazos previstos en la ley (artículos 64 y 67 del Código Penal, reclusión y libertad vigilada para los enfermos de la mente o intoxicados), es indeterminado, pues depende de los resultados de la medida de seguridad en la curación del anormal, en forma que haya desaparecido el peligro de que vuelva a causar daño.

En consecuencia, la gravedad del delito y la peligrosidad del enfermo mental, intoxicado o deficiente síquico se toman en cuenta, sólo, para señalar la medida de seguridad señalada en la ley. Su duración, se repite, depende de sus efectos en la remoción de la peligrosidad del agente. Ninguna razón práctica explica, entonces, que el juez, con apoyo en el artículo 36 del

C. P., sobrepase los plazos mínimos a que aluden los artículos 64 y 67 (aparte a) del mismo estatuto, señalados únicamente para que no se imponga uno inferior.

5).—El pensamiento de la Comisión Redactora del Código Penal, al disponer que la reclusión en la colonia agrícola especial o en el manicomio criminal o la libertad vigilada no sea menor de dos años, en las dos últimas, ni de un año, en la primera, fue el de evitar que a los pocos días cesara la reclusión o la libertad vigilada, por hallarse que el enfermo mental o el intoxicado ya no constituyen un peligro para la sociedad, lo cual propiciaría las simulaciones y traería el consiguiente escándalo público.

En el acta número 88, de la sesión de 22 de noviembre de 1934, se lee lo que sigue:

"El doctor Cárdenas considera muy interesante y desde luego aceptable la fijación de un mínimum para la aplicación de la medida de seguridad a que se refiere el doctor Lozano, entre otras razones con el fin de evitar las simulaciones que pudieran presentarse, tendientes a obtener que algunos delincuentes fueran enviados a manicomios o sitios semejantes, y a los pocos meses o después de varios días, comprobada la sanidad mental de los recluídos se les pusiera en libertad, lo que causaría un profundo escándalo en la sociedad".

Y en la sesión de 15 de noviembre de 1934 (acta número 82), expresa el doctor Lozano:

"En cuanto a la internación de los alienados en el manicomio, es necesario fijar un límite de permanencia mínima en él, es decir, que aunque se compruebe que el loco ha recobrado su sanidad mental no debe ser puesto en libertad si ese límite mínimo de internación no se ha cumplido, con lo cual se evitan los favoritismos y el escándalo social de ver por la calle a los locos delincuentes después que han estado un tiempo demasiado breve en el manicomio".

6).—Anotó el doctor Escallón, miembro de la Comisión Redactora del Código Penal, en la sesión de 23 de noviembre de 1934 (acta número 89), cuando se debatía sobre las medidas de seguridad, lo que pasa a transcribirse:

"Debe también establecerse el licenciamiento condicional distinto de la condena condicional, porque en tratándose de los anormales, ellos deben ser recluídos de nuevo si su estado de anormalidad y de peligrosidad así lo exige, aunque no se cometan nuevas infracciones. Considera prudente dejar al juez la facultad de enviar al delincuente alienado al manicomio o a la colonia, porque en estos casos la medida de seguridad no depende tanto del hecho cuanto de la personalidad del delincuente. El hecho puede ser leve, y sin embargo existir la necesidad de enviar al autor al manicomio o a la colonia".

En desarrollo de estas ideas, de una parte se indicó en el artículo 63 del Código Penal que "el manicomio criminal se destina para recluír a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos"; y, de otra, se dispuso en el artículo 74 de la misma obra que "las providencias que dictare el juez al aplicar las disposiciones de los artículos anteriores, podrán revocarse o reformarse en cualquier tiempo".

Y en cuanto a esto último, se tiene que una de las disposiciones anteriores a que alude el referido artículo 74 del Código Penal es aquella (artículo 64) que faculta al juez para disponer que cese condicionalmente la reclusión, si se dan las exigencias en este último precepto indicadas y las que señala el artículo 647 del C. del P. P.

Entonces, ¿qué fin práctico tiene esa pretendida facultad del juez para indicar un lapso de reclusión que sobrepase los términos previstos en el artículo 64 mencionado?

Si se han cumplido esos plazos legales y el juez ha ordenado que cese condicionalmente esa reclusión, bien puede revocar lo resuelto y disponer que regrese el delincuente a la colonia agrícola especial o al manicomio criminal, si su estado de anormalidad y de peligrosidad así lo aconsejan. Entonces, ningún objeto tiene esa pretendida dosificación del término mínimo, en estas medidas de seguridad.

Y no es dable admitir que ese aumento del plazo mínimo de reclusión se haga en razón de que se estime que el lapso señalado en la ley resulta corto para asegurar la curación del enfermo o del intoxicado, pues la duración del tratamiento no depende del término que señale el juez, ni siquiera del que ha previsto el legislador, sino del resultado beneficioso de la medida, en forma que el perito pueda dictaminar que ha desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño. La misma indeterminación del lapso máximo de la reclusión niega toda razón práctica a la dosificación de esta medida de seguridad por parte del juez. Otra cosa

es que no pueda señalar un término inferior al de un año, en caso de aplicarle al delincuente reclusión en colonia agrícola especial, o al de dos años, si se trata de reclusión en un manicomio criminal, porque encontró prudente el legislador que únicamente después de cumplidos esos plazos puede disponerse que cese condicionalmente la medida asegurativa.

7).—Es de importancia hacer notar que la Corte, en las distintas oportunidades en que ha aplicado el precepto contenido en el artículo 64 del Código Penal, ha señalado los plazos mínimos que en este precepto se indican.

Corresponde citar los casos siguientes.

a).—Sentencia de casación de 20 de junio de 1941 (G.J.t.LI, p. 353 a 361), suscrita por los Magistrados, doctores Absalón Fernández de Soto, José Antonio Montalvo y Campo Elías Aguirre. La parte resolutiva dice:

"RESUELVE: Antonio Muñoz Leal, responsable de asesinato cometido en la persona de su mujer legítima Inocencia Carreño, preso actualmente en la Penitenciaría Central de Bogotá, será recluído inmediatamente en un manicomio criminal por un término no menor de dos (2) años, que empezará a contarse a partir de la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno.

"Transcurrido dicho término, el juez de la causa, a petición del Ministerio Público, del Director del manicomio, del recluído o de sus parientes, resolverá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal, la solicitud relativa a la cesación condicional de la reclusión (artículo 647 del Código de Procedimiento Penal).

"Mientras se cumple esta sentencia, Muñoz Leal continuará detenido en la Penitenciaría Central de esta ciudad, a disposición del Juez Primero Superior de Bucaramanga, para efectos del artículo 633 ibidem.

"Sobre el particular, ofíciese por la Secretaría de esta Sala al Director de tal establecimiento".

b).—Sentencia de casación de 27 de septiembre de 1955 (G.J.t.LXXXI, p. 300 a 305), firmada por los Magistrados Domingo Sarasty Montenegro, Jesús Estrada Monsalve, Ricardo Jordán Jiménez y Luis Zafra. La parte resolutiva expresa:

"RESUELVE: a), imponer a José María Herrera Ospina... reclusión en un Manicomio Criminal por el término de dos años...".

c).—Sentencia de casación de 31 de julio de 1946 (G.J.t.LXI, p. 154 a 165), suscrita por los doctores Agustín Gómez Prada, Francisco Bruno, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Ricardo Jordán Jiménez y Domingo Sarasty. Dice la parte resolutiva:

"... 1º La sanción que corresponde a Leonor González v. de Rodríguez es la de reclusión en una Colonia Agrícola Especial, por el término de un año...".

8º—La opinión de los tratadistas nacionales y extranjeros respalda la conclusión de que es fijo el término mínimo previsto en el artículo 64 del Código Penal colombiano. Sea lo que expresan algunos:

a).—El profesor Luis Carlos Pérez (*"Derecho penal"*, Editorial "Temis", Bogotá, 1959, t.IV, p. 588), dice:

"El artículo 64 determina dos condiciones: a), en cuanto al tiempo (no puede permanecer el recluso menos de dos años, en el manicomio, o uno en la colonia), y b), en cuanto a la curación del paciente. El *daño* a que se refiere el inciso segundo del artículo 64, no es más que un cálculo de los funcionarios interventores basado en el desaparecimiento de la enfermedad...".

b).—El doctor Samuel Barrientos Restrepo, en sus *"Elementos de derecho penal"* (Ediciones "Universidad Pontificia Bolivariana", Medellín, 1962, p. 108), expresa lo que pasa a transcribirse:

"Los anormales, los intoxicados crónicos y los anómalos síquicos permanecerán en los establecimientos que se les han señalado, hasta que dejen de ser peligrosos para la sociedad, esto es, indefinidamente. En todo caso, no menos de dos años en el manicomio criminal, ni menos de un año en la colonia agrícola especial".

c).—El profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez (*"Derecho penal"*, p. 313 a 314) se muestra, inclusive, opuesto al señalamiento legal de su término mínimo para la reclusión de los enfermos mentales, cuando anota:

"Presume la ley, con muy discutible fundamento, que antes de dos años no puede el enfermo recuperar su salud. Nosotros no encontra-

mos justificación alguna a ese límite mínimo. Es completamente absurdo, innecesario, casi cruel, obligar al paciente que ha recobrado la salud a permanecer por más tiempo recluído en el manicomio. Esa disposición tiene en esa parte un matiz expiatorio inexplicable. Gómez Prada, citando a Gutiérrez Gómez, defiende la fijación de ese mínimo diciendo que se hizo necesario para evitar que resultaran írritas las sentencias condenatorias contra los anormales, razón que no nos convence, por lo que hemos observado en la práctica judicial".

d).—El tratadista Francesco Antolisei (*"Manual de derecho penal"*, Editorial "Uteha", Buenos Aires, 1960, p. 566), al comentar el artículo 207 del Código Penal de Italia, dice:

"Conforme a la regla general establecida por el artículo 207 del Código, las medidas de seguridad no pueden ser revocadas si las personas sometidas a ellas no han cesado de ser socialmente peligrosas, lo que es muy natural desde el momento que su función es la de preservar a la sociedad del peligro de la recaída del individuo en el delito.

"Derívase de este principio que la duración de las medidas de seguridad es indeterminada. Dicha indeterminación, relativa y no absoluta, se refiere al máximo de su duración. La razón de ello es fácilmente comprensible. Debiendo prolongarse hasta que haya desaparecido el estado de peligrosidad de la persona, su terminación no puede ser establecida *a priori*, es decir, en el momento en que la medida es acordada, ya que en él no puede preverse cuándo el individuo habrá mejorado hasta el punto de poder ser puesto nuevamente en circulación. El establecimiento de ello sólo puede hacerse después de haberse aplicado la medida, constatando los efectos que ha surtido sobre las condiciones síquicas del sujeto.

"La indeterminación se actúa en la práctica del modo siguiente. Cada medida tiene un mínimum establecido por la ley según las diversas clases de delincuentes y la gravedad del delito. Transcurrido dicho período mínimo, el juez procede al reexamen de la peligrosidad (art. 208 del Código Penal), es decir, vuelve a examinar las condiciones del individuo que se halla sometido a la medida para establecer si es todavía peligroso. Cuando se desprenda del examen que la peligrosidad ha cesado, el juez ordena la revocación de la medida de seguridad; por el contrario, si la peligrosidad perdura, fija un nuevo término para un examen ulterior. Decaído este segundo término, el juez procede aún al examen de la persona, fijando eventualmente un nuevo término y así sucesivamente mientras no haya desaparecido el estado de peligrosidad. La duración de la medida de seguridad puede extenderse, en consecuencia, durante toda la vida del individuo".

9).—Incurre en una errada interpretación el juzgador de segunda instancia cuando estima, en la sentencia acusada, que el artículo 647 del C. de P. P. "hace referencia a un tiempo mínimo, pero no se circunscribe allí propiamente al contemplado en el artículo 64 del Código Penal, sino que expresa muy claramente: 'fijado en el Código Penal', aludiendo así de manera general al conjunto del mismo, y de acuerdo con éste, en sus armónicas disposiciones, los mínimos que señala no son otros que los que concreta el juez con arreglo a las mismas normas, sin bajar de aquellos extremos, atendiendo a los motivos que rigen la graduación. O sea que tal tiempo mínimo no es propiamente el del artículo 64". En efecto, de manera expresa el citado artículo 647 alude al "tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal". Y donde se habla de reclusión en dicho estatuto es, precisamente, en el artículo 64, para indicar los términos mínimos previstos para los delincuentes que estén en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 29 de la misma obra, y en el artículo 61, cuando expresa que "la reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial" es una medida de seguridad.

Es obvio, entonces, que la cita que del Código Penal se hace en el artículo 647 del estatuto procesal no puede referirse sino al artículo 64 de aquella obra, pues es la única norma que en el Código Penal se ocupa del "tiempo mínimo de reclusión" que deben sufrir los enfermos mentales o los intoxicados que delinquen.

Además, ese artículo 64 del Código Penal aparece expresamente mencionado en el artículo 647 del estatuto procesal.

10).—A la observación del Tribunal Superior de Medellín de que "no pueden situarse en un mismo plano de peligrosidad a quien delinque en un estado de grave anomalía síquica y causa o tiene la propensión a inferir un simple daño y el que con acariciamiento de una idea criminal llega a la eliminación de una o dos vidas, para considerar que a ambos se les debe aplicar automáticamente un mismo mínimo de medida de seguridad", corresponde anotar:

a).—Que el Código Penal ha hecho una dosimetría de las medidas de seguridad según la gravedad del delito cometido, en atención a la mayor peligrosidad que pone de manifiesto el delincuente, o al menor índice de la misma. Es así como ha señalado el manicomio criminal para recluír a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos (art. 63 del C. P.). Igualmente, dispone que el trabajo en obras o empresas públicas se aplique exclusivamente a los intoxicados en los casos de infracciones leves o de contravenciones (inciso 2º del art. 65 Ib.). Similar precepto del que acaba de citarse trae la legislación penal para establecer la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos. Y la libertad vigilada se impone, como sanción principal, a los delincuentes de que trata el artículo 29, en caso de contravenciones (art. 68 de la misma obra).

b).—Las medidas de seguridad, se insiste, no tienen carácter aflictivo, ni finalidades intimidativas. Son tratamientos curativos y sistemas de prevención. Sobre el objeto de estas sanciones no existe opinión discorde alguna.

11).—Carece de fuerza el argumento del juzgador de segunda instancia cuando anota: "Si el juez estuviera determinado a obrar tan ciegamente, sobraría prácticamente la producción de un fallo con motivaciones pertinentes a medición alguna. El juzgador se vería avocado a que por ministerio de la ley los mínimos imperaran sin una decisión fundamental, o se convertiría en un aplicador maquinal y sin autonomía del texto rigorista de la ley, cosa que no puede ni debe ocurrir".

Y así sucede, tratándose de medidas de seguridad, porque el término de duración de éstas y particularmente de la reclusión en una colonia agrícola especial o en un manicomio criminal de los enfermos mentales está sólo condicionado por la curación del anormal. Esa reclusión, dice el artículo 64 del Código Penal, "subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad".

Ya se anotó cuál fue el pensamiento de la Comisión Redactora del Código Penal cuando se ocupó de fijar los plazos mínimos de dicha reclusión. Aumentarlos, no es labor encomendada por la ley al juzgador. Su misión es señalarlos. Posteriormente, según los casos, podrá hacer cesar esa reclusión condicionalmente o ponerle término. Es en estas oportunidades cuando su misión individualizadora tiene cumplimiento.

En la legislación penal mejicana (arts. 67 y 68), la reclusión de los enfermos mentales y de los sordomudos que delinquen se dispone por tiempo indeterminado: el necesario para la curación de aquéllos o la educación e instrucción de éstos. No se indica, como en la legislación colombiana, lapso mínimo alguno.

¿Cuál es, entonces, la resolución que debe proferir el juez mejicano, en relación con esa clase de delincuentes? La única de disponer el ingreso de tales personas a los establecimientos respectivos, hasta cuando ocurra su curación u obtengan la educación o instrucción convenientes.

Las normas del Código Penal de Méjico, citadas, dicen.

"Art. 67.—A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción".

"Art. 68.—Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluídos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo.

"En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determina el Código de Procedimiento Penal".

Bien sabido es que la indeterminación de las sanciones, en la práctica, ofrece dos sistemas: uno absoluto, cuando no se indica ni el mínimo ni el máximo de duración, y otro relativo, si se fija el mínimo, o el máximo, o ambos.

El legislador mejicano acoge el sistema absoluto, en los preceptos transcritos.

La segregación por tiempo indeterminado de los delincuentes peligrosos es uno de los postulados de la Escuela Positiva del Derecho Penal, en cuanto a las sanciones. El tratadista Luis Carlos Pérez dice en su "*Derecho penal*" (obra citada, t.IV, p. 554) que "la sentencia indeterminada consiste en condenar al responsable de un delito sin término fijo, obligándolo a permanecer en prisión y sometiéndolo a un tratamiento reformatorio hasta que se capacite para recibir su libertad". Menciona este autor a FONTECILLA, quien anota:

"Si la pena tiene por objeto corregir a la persona defendiendo a la sociedad; si los delincuentes no son iguales; si nadie puede adivinar el tiempo que demore un hombre para corregirse y volver a la vida social; si las penas fijadas *a priori* han sido absurdas e ineficaces, porque permiten que el individuo salga en libertad, sin garantizar a los demás su corrección (y de allí que la incidencia sea un fenómeno generalizado), tenemos que llègar forzosamente a esta conclusión: el único remedio para luchar ventajosamente contra la criminalidad es hacer depender la duración de la pena de la corrección del sujeto, tiempo que no se debe fijar en la sentencia, como se hace hoy, antes que el individuo haya sido sometido a tratamiento correctivo y regenerador".

No es extraño, entonces, que el Código Penal colombiano, bastante informado en las ideas de la Escuela Positiva, al menos en cuanto a las medidas de seguridad acogiera esa indeterminación relativa de las sanciones, en la forma ya indicada: señalando un término mínimo fijo (de dos años para la reclusión en un manicomio criminal y para la libertad vigilada, y de un año para la reclusión en una colonia agrícola especial), e indicando que el plazo máximo sólo queda determinado por la curación del enfermo mental o del intoxicado.

Se tiene, en resumen:

—I—

Acogido el principio de la responsabilidad legal en la legislación penal colombiana (artículo 11) y teniendo, en consecuencia, el mismo fundamento las penas y las medidas de seguridad, cabe admitir, por este aspecto, que el Código Penal establece la unidad entre esas dos clases de sanciones.

Sin embargo, dado el carácter aflictivo y atendida la finalidad intimidatoria (que de aquél surge) de las penas, al hacerlas conocer de antemano el Código Penal cuando indica el mínimo y el máximo correspondiente, es obvio que no puede identificarlas, de manera absoluta, con las medidas de seguridad. Estas últimas carecen del carácter aflictivo (su misión es sólo curativa y preventiva) y, en consecuencia de la falta de ese carácter aflictivo y de la indeterminación relativa que con respecto a las medidas de seguridad consagra el Código Penal, no ofrecen el poder intimidatorio de las penas, tanto más, cuanto que se refieren a personas anormales y a deficientes síquicos.

El profesor Luis Carlos Pérez (*"Derecho penal"*, obra citada, p. 560, t.IV), resume, sobre este particular, el pensamiento de FLORIAN, así: "Sostiene que la unidad entre penas y medidas de seguridad encuentra su razón profunda en la identidad del fundamento de la responsabilidad, por lo que quien admite el dualismo de ésta, debe necesariamente admitir también la distinción entre aquéllas. Los demás caracteres comunes o diversos son más bien accesorios. En cuanto a la sustancia de las dos medidas, es claro que si no se mantiene la aflicción como atributo de la pena, ambas se compenetran, (parte general, v.II, p. 14 y ss.)".

Y el tratadista Ignacio Villalobos, en su *"Derecho penal mejicano"*, obra citada, p. 509, anota:

"Para que la pena sea intimidatoria debe ser aflictiva, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; debe ser legal, ya que sólo así, conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; debe ser cierta, pues la sola esperanza de eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de investigar y sancionar los delitos, por indultos graciosos, etc., deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar".

—II—

El Código Penal colombiano señala para la reclusión de los enfermos mentales y de los intoxicados que delincan términos mínimos fijos, sin que deje al juez facultad alguna para dosificarlos.

—III—

La Corte, en las sentencias citadas, aplicó la medida de seguridad de reclusión acogiendo, estrictamente, esos plazos mínimos señalados en el artículo 64 del Código Penal. Y el fallo de esta corporación, mencionado por el Tribunal Superior de Medellín, de 4 de abril de 1941 (G.J. números 1971-1972, p. 309 y ss.), en el cual se aumentó el lapso de reclusión previsto en la ley, es anterior a aquellas otras providencias, las cuales rectificaron tal criterio.

—IV—

La opinión de los tratadistas mencionados reafirma la aseveración que se hace en el punto II de esta síntesis.

—V—

La ausencia de todo fin práctico y el resultado absurdo que pudiera darse, de que el mínimo individualizado por el juez resulte superior al tiempo máximo que requiera la curación del enfermo mental o del intoxicado (lo cual pone término a la reclusión), rechazan esa supuesta facultad dosificadora del juzgador, en cuanto al lapso mínimo de la medida de seguridad.

Resulta, como ya se dijo, probado el cargo que propone el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de que se ha hecho mérito, y, en consecuencia, prospera la causal primera de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964. En efecto, en el fallo acusado se incurrió en violación de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 64 del Código Penal y del artículo 647 del Código de Procedimiento Penal y por indebida aplicación de los artículos 36 a 40, inclusive, de aquella obra.

Corresponde, por tanto, casar la sentencia aludida y dictar la que deba reemplazarla (ord. 1º del art. 58 del decreto citado).

Pues bien:

1º—De acuerdo con una correcta interpretación de los artículos 62 a 64 del Código Penal, la sanción imponible es la de reclusión en una colonia agrícola especial por un término de un año, pues el procesado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ no es un alienado mental, sino que, cuando delinquió, como anotan los médicos legistas (f. 102 del Cd. ppl.), "se encontraba bajo el influjo de una alteración de su actividad sico-física, de suficiente intensidad para que pueda ser considerada como una grave anomalía síquica, de carácter transitorio".

El artículo 63 del Código Penal alude a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos, para indicar que su reclusión debe cumplirse en un manicomio criminal. Resulta obvio, entonces, que esta medida de seguridad no es legalmente aplicable, ni resulta aconsejable, en los casos de delincuentes que cometieron el delito en estado de grave anomalía síquica transitoria, como ocurre en el caso presente.

La Corte, en sentencia de 31 de julio de 1946 (G.J.t.LXI, p. 163 y ss.), citada en el fallo recurrido, dice:

"Esas medidas de seguridad no se pueden aplicar indiscriminadamente, y en cualquier forma. En el proceso de individualización de la sanción —y es este un atributo fundamental de la reforma penal colombiana— la medida debe adecuarse a las condiciones sicológicas y sociales del sujeto, a los antecedentes de su personalidad vista a través de todos sus aspectos y a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso. Así, por ejemplo, es lógico que al delincuente enajenado mental, la medida que debe aplicársele será la segregación en un manicomio criminal, institución esta que, por lo menos teóricamente entre nosotros, tiene como objetivo cuidar al enfermo, procurar restaurar su salud mental y rehabilitarlo de tal forma que, en un futuro más o menos lejano, pueda nuevamente incorporarse a la vida ciudadana sin peligro para nadie... Pero si lo anterior se predica de las personas que adolecen de una anormalidad síquica o mental, cuyas características averiguadas en el proceso revelan una situación de permanencia relativa, susceptible de modificarse con el tratamiento posterior, resultaría ilógico y absurdo que la medida propuesta (manicomio criminal) corresponda como resultante del proceso de individualización a personas cuya anormalidad descubierta en los antecedentes procesales revele ser de corta duración, o mejor dicho, de carácter transitorio. Es decir, si al momento de imponerse la sanción que corresponda al delincuente, éste revela estar de nuevo en situación normal, y esa rehabilitación mental es una cosa averiguada, resultaría inútil, injusto y sobre todo sumamente perjudicial someter a la segregación del manicomio criminal a una persona cuya peligrosidad ya ha desaparecido y con respecto a la cual sería inhumano colocarla en el sitio correspondiente a una anomalía que ya no padece".

Y se anota más adelante, en este mismo fallo:

"Parece suceder que en previsión de estos casos de anomalía síquica de carácter transitorio el legislador haya creado también teóricamente las llamadas colonias agrícolas especiales que, al decir del Código Penal en su artículo 62, lo mismo que para los manicomios criminales: 'son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, separados de las instituciones similares para enfermos de la mente comunes, dirigidos por siquiatras, y en donde en cuanto sea posible, deberá establecerse

el trabajo industrial o agrícola'. Es natural que, conforme a las prescripciones de la ciencia médica, los delincuentes de esta especie sean sometidos a un tratamiento más que todo de observación y de trabajo con la finalidad de que al restituírlos a la sociedad se pueda afirmar de ellos con alguna probabilidad, que ha desaparecido la causa de su perturbación y que ya no ofrecen peligro alguno.

"Ahora bien, si los institutos de readaptación de carácter técnico, tales como los manicomios criminales o las Colonias Agrícolas Especiales, o medidas como la libertad vigilada son de difícil cumplimiento por inexistencia de los mismos o por dificultades económicas imponderables, ello es un problema que no corresponde examinar a los jueces que deben limitarse a cumplir las disposiciones de la ley, sino a la administración que debe dar aplicación a las órdenes y medidas que los jueces señalen".

Proceden, asimismo, las siguientes razones:

a).—Si al alienado que comete delitos que no tengan señalada pena de presidio debe recluírsele en un manicomio criminal, si su estado lo hace especialmente peligroso (art. 63 del C. P.), cabe también admitir que la persona que delinque en un caso de grave anomalía síquica, de carácter transitorio, no debe ser recluído en el manicomio criminal, sino en la colonia agrícola especial, así la infracción tenga prevista la pena de presidio, pues no es aquel el lugar adecuado para su readaptación social.

Esto, porque si bien la decisión del juez se apoya en el delito cometido, la reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial (cuando proceden estas medidas de seguridad) se condiciona a la salud mental del responsable, objetivo primordial de la medida asegurativa.

b).—El artículo 63 del Código Penal se refiere a los alienados, para disponer que sean recluídos en el manicomio criminal, si cometen delitos sancionados con la pena de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. No alude a quienes, al tiempo de cometer el hecho padezcan de grave anomalía síquica.

Es sabido que las expresiones "enajenación mental" y "anomalía síquica" tienen diferente alcance conceptual. El profesor Pablo A. Llinás (*"Revista de medicina legal de Colombia"*, v.XI, p. 17 a 20 de los números 57 y 58), dice: "A primera vista pudiera tacharse de redundancia en las disposiciones del artículo 29 del Código Penal, pero no es así, porque si es cierto que en toda alienación mental hay anomalía síquica grave, la recíproca no es exacta, puesto que hay casos de anomalía síquica grave sin manifestaciones de alienación mental, y de ahí que el legislador procura subsanar expresamente las deficiencias del artículo 29 del antiguo código penal, porque al lado de los verdaderos alienados hay otros individuos colocados o que se colocan en condiciones desfavorables al cumplimiento de los mandatos legales o de las normas sociales'.

Y el doctor Rafael Campo Restrepo, en concepto que envió a la Corte cuando desempeñaba el cargo de Procurador Primero Delegado en lo Penal, publicado en "Diario Jurídico" (Bogotá, números 566 a 568, de mayo de 1962), transcrito en la obra *"Curso de derecho penal general"* del doctor Bernardo Gaitán Mahecha (Ediciones "Lerner", Bogotá, 1963, p. 320), dice: "Es de la esencia de la grave anomalía síquica, la transitoriedad del estado, por oposición o contraste con la enajenación mental, que es de por sí una enfermedad mental de carácter general y persistente, y que como tal requiere un tratamiento científico apropiado para que desaparezca. Pero a más de la anotada diferencia, se tiene que si es evidente que la enajenación mental siempre equivale a una anomalía o perturbación síquica, también es verdad que no toda anomalía síquica grave es enajenación mental, como acertadamente apunta el profesor Llinás".

Entonces, dado que en algunos casos la anomalía síquica y la enajenación mental pueden resultar equivalentes, bien puede admitirse la aplicación del precepto contenido en el artículo 63 del Código Penal en esa hipótesis de igualdad, pero siempre que se desprenda de la pericia siquiátrica que el delincuente padece de una grave anomalía síquica equiparable a un estado de enajenación mental. Es obvio que si el experto siquiátrico encuentra, en un caso dado, que la grave anomalía síquica tiene ese alcance de enajenación mental, así lo indicará en su concepto, hablando de alienación mental y no de grave anomalía síquica, dados los diferentes matices que esta última ofrece.

c).—Los siguientes tratadistas reafirman el criterio expuesto:

En su obra "Derecho penal colombiano", dice el doctor Antonio Vicente Arenas lo que sigue:

"El manicomio criminal se aplica: a) A los alienados que cometan delitos para los cuales se

haya señalado pena de presidio, y b) A los alienados especialmente peligrosos, cualquiera que sea la pena señalada para el delito (art. 63). En consecuencia, el manicomio criminal es exclusivo para los alienados o enajenados mentales. Nunca se puede imponer esta medida a los delincuentes que padecen de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, pero no es forzoso llevar siempre a los alienados a manicomios criminales".

Agrega este autor que "la colonia agrícola especial se aplica: a) A los alienados mentales que cometan delitos para los cuales se haya señalado pena distinta a la de presidio (a menos que su estado los haga muy peligrosos, como lo dispone el artículo 63); b) A los demás anormales de que trata el artículo 29, o sea a los que padecen de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, sin perjuicio de que se les imponga una medida de seguridad diferente (menos la de manicomio criminal)".

Y el doctor Samuel Barrientos Restrepo, en la obra ya mencionada (p. 108) anota: "Al loco se le interna en un manicomio criminal. Al intoxicado crónico o anómalo síquico, en una colonia agrícola".

También viene al caso transcribir lo siguiente, de la obra del doctor Samuel Barrientos Restrepo (p. 256 a 257), sobre el alcance de enfermedad mental:

"Ha sido aceptada, por lo general, la definición de enfermedad mental que trae el profesor Nerio Rojas. Dice: 'La alienación mental consiste en el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, y en que sus causas patológicas las ignora, o no las interpreta debidamente el enfermo y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad'. Esta definición ha sido explicada por Guillermo Uribe Cualla en estos términos:

'En primer lugar, una alteración general y persistente de las funciones síquicas del cerebro; no se refiere a que esta o aquella función esté más o menos alterada, sino a que hay una perturbación general en el siquismo, bien en lo que se refiere al juicio, a la voluntad, a la imaginación, a la asociación ideativa, a la vida afectiva, etc. Es, pues, un trastorno general de las funciones síquicas.

'Es por otra parte persistente esta alteración. No es algo vago, fugaz o transitorio, como aquellos estados de obnubilación mental que se producen, por ejemplo, por consecuencia de la embriaguez aguda o por influencia de ciertas sustancias tóxicas que puedan producir acción pasajera; o de ciertos estados epilépticos que por sí mismos no constituyen un estado verdadero de alienación mental, sino que existe un trastorno persistente de las facultades mentales.

'En el alienado las causas patológicas que producen tal perturbación permanente, generalmente las ignora el individuo que las sufre y si llega a darse cuenta en alguna forma, es interpretándolas mal, de manera que en general existe un estado de inconsciencia, sobre todo en relación con las causas que las están produciendo'.

"El alienado...", agrega el doctor Barrientos Restrepo...', "no acepta las reglas sociales, las normas legales y morales que rigen el Estado, y causa daño a los individuos y a la sociedad. De tal regla hay que excluír a los desadaptados 'que reaccionan no pocas veces contra un medio social, no porque sean perturbados mentalmente, sino que de una manera inteligente llegan a reaccionar contra determinadas circunstancias sociales, como son, ciertos revolucionarios, individuos geniales, en que precisamente esa desadaptación social no se hace en virtud de anomalías síquicas sino que tiene su explicación porque son modos de obrar con ánimo de modificar determinadas condiciones sociales, lo cual resulta a veces en provecho personal o también para la misma sociedad; mientras que el individuo verdaderamente alienado, de esa desadaptación no consigue beneficio ninguno, para él ni para los asociados, desde luego que muchos de los actos que ejecuta son nocivos para sí mismo y para la sociedad en donde vive'".

Así, pues, la sanción imponible es la de reclusión, como ya se dijo, por un término no menor de un año, la que habrá de cumplirse en la Colonia Agrícola Especial que determine el Gobierno, reclusión, que subsistirá hasta cuando el procesado deje de ser un peligro para la sociedad. Esto, porque el sindicado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, de acuerdo con la pericia siquiátrica, no es un alienado mental, ni un intoxicado, sino que cometió el hecho en estado de grave anomalía síquica, de carácter transitorio.

2º—El tiempo que lleva en detención preventiva el procesado, no puede abonarse al que se

fija como mínimo de la sanción, en este fallo, porque el artículo 96 del Código Penal alude a penas y no a medidas de seguridad. Esta norma, en efecto, dice: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad...". La aplicación analógica no procede, por lo que pasa a observarse:

a).—El fin mismo de la medida de seguridad que se examina, o sea el de tratar o readaptar al alienado mental, intoxicado o perturbado síquico mediante reclusión, según el caso, en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial, al menos por los plazos señalados en el artículo 64 del Código Penal, resultaría inoperante si se tuviese como parte cumplida de la sanción el término de la detención precautelativa, pues no es durante ese lapso, por lo general, cuando el anormal recibe el tratamiento pertinente.

Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos ese tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal.

b).—La indeterminación del plazo máximo de la reclusión, la que no puede cesar "sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño", impide aplicar el citado artículo 96 del Código Penal en tales hipótesis, pues, aun cuando el enfermo mental o el intoxicado hayan cumplido, en cada caso, los términos indicados en el artículo 64 de la misma obra y así haya permanecido por un mayor tiempo en detención preventiva, no se puede ordenar el cese de la reclusión, si el delincuente ofrece peligro de que vuelva a causar daño.

c).—De conformidad con el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede disponerse que cese la reclusión cuando, por lo menos, han transcurrido los plazos de que trata el artículo 64 del Código Penal, que se refieren a reclusión en una colonia agrícola especial o en un manicomio criminal y no a la permanencia del sindicado en los lugares donde comúnmente se lleva a cabo su encarcelación precautelativa, como resulta en este negocio.

d).—El procesado García Gómez se encuentra detenido preventivamente en la cárcel común, desde el 18 de marzo de 1965 (fecha del auto que ordenó su encarcelación, P. 43 del Cd. ppl.), pero fue privado de libertad desde el ocho de febrero del mismo año, cuando se le capturó por los hechos averiguados en este asunto.

3º—En la sentencia recurrida se dispuso confiscar el arma con que se cometió el delito y se condenó a García Gómez a reparar los daños causados por la infracción.

Por lo expuesto, la corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se ha hecho mérito, en cuanto señala un término no menor de cuatro años de reclusión en una colonia agrícola especial, como sanción que debe cumplir el sindicado, y, en su lugar, RESUELVE: 1º IMPONER A CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ la medida de seguridad de reclusión en una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año, que empezará a contarse desde la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno. La reclusión —máximo indeterminado— durará el tiempo que sea necesario para su readaptación social y cesará mediante el sistema de que trata el artículo 64 del Código Penal; y, 2º ACOGER, en lo demás, el fallo recurrido.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

EL ERROR DE BUENA FE EN LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS PRECEPTOS LEGALES NO CONSTITUYE DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD, PUES SE REQUIERE LA INTENCION DE DAÑAR A UNA PERSONA O A UNA PROPIEDAD.—CON MAYOR RAZON EN EL DELITO DE PREVARICATO, DONDE EL ELEMENTO A SABIENDAS SE PRECISA COMO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCION, DE ACUERDO CON EL ARTICULO 2º DEL DECRETO 2525 DE 1963.

1.—Los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver en un caso dado, no permiten, por sí solo, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fé. Esa condición siquica de esta infracción penal (si bien no hace parte del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo—) obliga, cuando no resulta demostrado, a considerar que no cabe reprimir penalmente al funcionario por abuso de autoridad.

El error, por sí sólo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales", como lo señala la Corte, en providencias de 22 de octubre de 1945 (G. J. T. LIX, pág. 998) y de 1º de febrero de 1949 (G. J., T. LXV, pág. 420).

2.—De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, que modificó el artículo 168 del Código Penal, expresamente se exige el elemento "a sabiendas", en el empleado o funcionario o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, en cuanto al dictamen, resolución auto o sentencia que profieran, en forma contraria a la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre veinticuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para calificar el mérito del sumario adelantado por la denuncia que formuló el doctor Alfonso Romero Buj contra el doctor RAFAEL SUAREZ POVEDA, por los supuestos delitos de Prevaricato y abuso de autoridad, la Corte toma en cuenta:

1º—HECHOS:

El denunciante adelantó un juicio laboral ejecutivo, el cual llegó, en segunda instancia, al conocimiento de la sala respectiva, del Tribunal Superior de Bogotá, de la cual forma parte el doctor Rafael Suárez Poveda.

Al parecer, el doctor Aníbal Castro Serrano, parte en ese juicio, presentó un memorial, (fs. 51 a 54), en el que se dice:

"El otro 'yo' del doctor Romero B., el secuestre de bolsillo, señor Jorge Buitrago Roa, en cafés, bares y restaurantes afirma y apuesta que dada la amistad que existe entre el doctor Romero B. y el señor doctor Suárez Poveda, el juicio que le inicia a José Ignacio Villalba será ganado en la segunda instancia también, vale decir, que los terceros nada tenemos que hacer; esa afirmación hace más de quince días que la predica la persona ya nombrada, por eso recuerdo ahora al doctor Moreno Díaz, cuando dijo: 'mi amistad no llega hasta el perjurio'. De otro lado, esa afirmación cae por su base, pues cuando el doctor Heraclio Cubaque tuvo la bondad de relacionarme con el doctor Suárez Poveda, el señor Magistrado se pronunció sobre el negocio de la referencia en forma muy franca y manifestó su opinión clara de qué con letras de cambio no era posible demandar ejecutivamente ante la justicia laboral, máxime cuando el girador es una tercera persona. También dijo el doctor Suárez P., que en otros países existen jueces especiales para conocer de los juicios originados en instrumentos negociables y en general en toda clase de actos comerciales.

"Lo anterior le está demostrando al señor Jorge Buitrago Roa, que con la justicia no se juega, máxime cuando aún hay hombres íntegros ajustados... en todas y cada una de sus partes a los postulados sentados por Justiciano y Ulpiano.

"Como no es posible que se siga explotando la amistad y el hecho de ser el doctor Suárez Poveda condiscípulo de Romero B., creo que lo indicado es darle aplicación a la norma legal que consagra los impedimentos y las recusaciones, normas que pido sean aplicadas, pues desde que se hacen apuestas dejan el ánimo aquí seguido".

Se anota que al parecer fue presentado al Tribunal Superior de Bogotá el anterior escrito por el doctor Aníbal Castro Serrano, porque éste esquivó, quizá con un ánimo de retractación (en el evento de que hubiese sido el autor de ese memorial) reconocerlo. En efecto, luego de no pocas dificultades para obtener que acudiera a la oficina del funcionario de instrucción, sus respuestas sobre el particular fueron francamente evasivas, a saber:

"PREGUNTADO: ¿Quisiera usted decirnos, doctor, si recuerda haber presentado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, un memorial el día siete de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, personalmente?.—CONTESTO: Mi memoria no es lo suficientemente capaz de retener hechos como el que se me pregunta, máxime cuando el tiempo transcurrido es más o menos largo y por razón de ejercer la profesión aquí en Boyacá, me resulta imposible recordar los escritos presentados o no, hace más de tres años.—En este estado, el suscrito juez le pone de presente al doctor Aníbal Castro Serrano copia auténtica del memorial que obra en autos y firmado por éste... CONTESTO: Como primera medida, debo apuntar que la copia o escrito que se me presenta, no aparece dirigida a funcionario alguno, cosa que acostumbro a hacer, porque es elemental que todo escrito que se pretenda allegar a un proceso, debe ir dirigido al juez o funcionario que está conociendo del negocio. Aquí no veo ese hecho fundamental, que acostumbro a realizar en todos mis escritos que dirijo a los funcionarios de la rama jurisdiccional... En cuanto al contenido, no sé si sea o no real, máxime que allí no aparece mi firma; está sí escrito a máquina mi nombre y mis dos apellidos".

Por razón del escrito de que se ha hecho referencia, el doctor Romero Buj, en memorial de 21 de enero de 1964, recusó al Magistrado, doctor Rafael Suárez Poveda, pues considera que se está "en presencia de un típico prejuzgamiento...".

Esta recusación fue declarada sin fundamento. Y en tal virtud, intervino el doctor Suárez Poveda al resolver sobre la reposición del proveído de 18 de diciembre de 1963, por el cual se declaró "la nulidad de todo lo actuado en el juicio, a partir del auto de 5 de julio de 1962, inclusive, por medio del cual el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del doctor Alfonso Romero Buj y en contra de José Ignacio Villalba".

Pues bien:

El doctor Romero Buj, no habiendo quedado conforme con lo resuelto y tomando en cuenta el escrito atribuído al doctor Castro Serrano, formuló denuncio, como ya se dijo, contra el doctor Suárez Poveda por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, pues anota. "La primera infracción la cometió el señor Suárez Poveda cuando 'aconsejó' al doctor Castro Serrano, en presencia del abogado Heraclio Cubaque, en el sentido de que, como 'con letras de cambio no era posible demandar ante la justicia', el negocio en cuestión lo tenía ganado el tercero, ya que sobre él 'se pronunció en forma muy franca', como lo manifiesta el mismo interesado. El sindicado quedó incurso en el segundo delito cuando, a raíz de la presión ejercitada por el doctor Castro Serrano, profirió el auto de 18 de diciembre del año pasado..." (1963)..., "el cual es ostensiblemente contrario a la ley laboral y, en especial, a su procedimiento".

2º—ELEMENTOS DE JUICIO:

El informativo trae los siguientes:

a).—Como se dejó anotado, el doctor Castro Serrano no reconoció el escrito que se le atribuye y el cual dio lugar a la denuncia presentada por el doctor Romero Buj contra el doctor Suárez Poveda, por el delito de prevaricato.

b).—El doctor Heraclio Cubaque Mojica, sin embargo de la mención que de él se hace en el escrito atribuído al doctor Castro Serrano, niega que el doctor Suárez Poveda, en la ocasión en que presentó a éste el doctor Castro Serrano, hubiera emitido "concepto personal alguno sobre instrumentos negociables frente a la justicia laboral". Afirma que "la conversación en ningún momento versó sobre negocio particular alguno", y que "no es cierto que el doctor Suárez Poveda haya aconsejado al doctor Castro Serrano sobre ningún particular".

c).—En su declaración, el doctor Castro Serrano dice:

"Repito que por el tiempo transcurrido no puedo afirmar o entrar a detallar lo hablado por el doctor Suárez Poveda en alguna oportunidad. Es cierto que el doctor Suárez Poveda nunca ha sido mi consejero, pues estimo que para ser consejero de otra persona se necesita que medie alguna amistad y como ya lo dije, con dicho Magistrado apenas lo conocí en esa oportunidad... esto es, cuando hace más de un año (en 1963) el doctor Heraclio Ubaque me presentó al doctor Suárez Poveda... De otro lado, creo que en esa fecha el doctor Suárez Poveda no era magistrado ponente en el negocio aludido".

d).—La providencia a que alude el denunciante es la siguiente:

"En Bogotá, a los diez y ocho días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, encontrándose dentro de la hora judicial de las cinco de la tarde, el día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la audiencia de decisión en el presente juicio, el Magistrado Ponente la declaró abierta en asocio de los restantes Magistrados, con quienes compone la Sala de Decisión y del Secretario de la Laboral.

"A continuación, el Tribunal procede a dictar el siguiente AUTO: En el juicio ejecutivo adelantado por el doctor Alfonso Romero Buj, contra el señor José Ignacio Villalba, el doctor Aníbal Castro Serrano, obrando como apoderado de Luis Ernesto Villalba, tercero, se opuso a la diligencia de secuestro, y pidió la nulidad del juicio. Por auto de 20 de septiembre de 1962, el juzgado del conocimiento despachó en forma desfavorable las súplicas del apoderado del tercero. Contra lo resuelto por el *a-quo*, el interesado recurrió en alzada para ante este Tribunal. Posteriormente, el mismo apoderado, en nombre de Salatiel Beltrán, se opuso a la misma diligencia de secuestro y pidió el levantamiento de este último, alegando que los bienes habían sido trabados en juicio diferente. Por auto de noviembre 14 de 1962, el juzgado del conocimiento accedió parcialmente a las súplicas formuladas a nombre de Salatiel Beltrán, cuyo apoderado también recurrió en alzada.

"Surtido el trámite propio de la apelación en esta segunda instancia, se procede a resolver, previas las siguientes consideraciones:

"Aunque el señor apoderado de Salatiel Beltrán, en memorial que obra a los folios 394 a 395, plantea una hipotética causal de impedimento de uno de los Magistrados, es lo cierto que el presunto impedido no se considera incurso en ninguna de las causales previstas en el artículo 435 del C. J., ni ante el resto de la Sala ha sido recusado en legal forma. Por consiguiente, la Sala puede entrar a resolver el recurso.

"Se plantea la nulidad del juicio alegándose la incompetencia de jurisdicción prevista en el artículo 448 del C. J.—Se habla igualmente de la falta de título, por lo cual no puede hacer impugnaciones revestidas de interés jurídico sino el propio ejecutado. No así sobre la competencia, que es de orden público y que, en este caso, es improrrogable.

"Evidentemente, según se desprende del texto del folio sexto, la base en el juicio ejecutivo fue una letra de cambio, girada por un tercero contra el señor José Ignacio Villalba y en favor del doctor Alfonso Romero Buj.

"Es verdad que con tal letra se acompañó un documento en el que se consigna un acuerdo sobre honorarios entre el ejecutante y el ejecutado. Pero el único documento sobre una obligación actualmente exigible que tomó en cuenta el juzgado, fue la letra de cambio.

"La letra, como instrumento negociable, revestida de las formalidades y garantías propias de la Ley 46 de 1923, es la prueba de una obligación cambiaria, que puede exigir, en cualquier momento, su tenedor, contra todas las partes que en el instrumento hayan intervenido, sin consideración a la causa por la cual fue girada. Es decir, por sí misma, no prueba la existencia de una obligación originada en la prestación de servicios. En otras palabras, que no presta mérito ejecutivo para ante la jurisdicción del trabajo, ni con apoyo en el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo, ni en desarrollo del artículo 1º del Decreto 456 de 1956. Las obligaciones derivadas de la letra de cambio son transmisibles por endoso, no así las que se derivan de la prestación de servicios, o están causadas en él, que sólo pueden ser exigidas o reclamadas por quien los presta o por sus causahabientes.

"Lo anterior quiere decir que la jurisdicción laboral no es competente para conocer de obligaciones derivadas del contrato de cambio y que, en este caso, por haberse conocido de ellas, se incurrió en la primera causal del artículo 447 del C. J., que, por ser inallanable, debe decretarse de plano.—Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala

Laboral, RESUELVE: 1º Declárase la nulidad de todo lo actuado en el presente juicio, a partir del auto de 5 de julio de 1962, inclusive, por medio del cual el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del doctor Alfonso Romero Buj y en contra de José Ignacio Villalba.—2º Condénase en costas al ejecutante y al funcionario responsable, en un cincuenta por ciento para cada uno.—COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.—Rafael Suárez Poveda, Aydée Anzola Linares, Edgar Martán Góngora, Henry García Orozco, Secretario".

e).—El doctor Rafael Suárez Poveda manifiesta que no sabe "qué persona habló allí en esos términos...", (se refiere a la supuesta conversación a que alude el denunciante y el escrito atribuído al doctor Castro Serrano, de que se ha hecho mención)... "Sé que se trataron asuntos sin trascendencia. Como se trata siempre entre personas que se acaban de conocer".

3º—CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse.

"Primero.—Que el doctor Rafael Suárez Poveda violó el artículo 179 del C. P., por cuanto 'aconsejó a una de las partes litigantes en el juicio ejecutivo laboral, al decir que una letra de cambio no puede ser base de un juicio ejecutivo laboral, sino de uno civil y que en algunos países existe la jurisdicción comercial'. Considero absolutamente írrito este cargo, que entre otras cosas no tiene demostración alguna en el proceso, ya que quienes estuvieron en la transitoria reunión de café, doctores Heraclio Cubaque Mojica y Castro Serrano, niegan tal hecho bajo la gravedad del juramento, por una parte, y, por la otra, admitiendo que el doctor Suárez Poveda hubiese emitido tal opinión, ello se hizo cuando el proceso no estaba al estudio del Tribunal y no como consejo a una de las partes, sino como opinión eminentemente personal, explicable en quien es profesor universitario, y emitida en una conversación entre profesionales, que por razón de su oficio hablan de temas jurídicos.

"Pretender, como lo quisieron los dos profesionales, doctores Castro Serrano, en su memorial, y Romero Buj, en la recusación y en la denuncia, atribuír a una opinión general, expresada en conversación de amigos y colegas, el carácter de consejo, de asesoría jurídica, es desconocer la realidad de los hechos, máxime cuando los doctores Castro Serrano y Suárez Poveda, apenas se conocieron ese día, por presentación del doctor Cubaque Mojica, en un café y mal podría el doctor Suárez Poveda saber qué pleitos tenía el doctor Castro, cuáles eran ellos, qué problemas tenían y darle su opinión para dirigirlo hacia el éxito.

"¿Qué decir cuando los otros dos señores Magistrados, el ponente, doctor Edgar Martán Góngora, a quien tanto elogia el denunciante, y la doctora Aidée Anzola Linares, coinciden en declarar la nulidad por equivocación en el procedimiento seguido en el ejecutivo, tantas veces citado?

"Que la opinión emitida, si la emitió, por el doctor Suárez Poveda, no fue un consejo profesional, sino la expresión de una tesis jurídica, sostenida por la Sala Laboral, ya que los tres integrantes de ella coincidieron al respecto".

"*Segundo:* Que el doctor Rafael Suárez Poveda, al dictar el fallo de mayoría en que se declaraba la nulidad por incompetencia de jurisdicción del juicio ejecutivo laboral, en un simple incidente de levantamiento de embargo y secuestro, violó el artículo 2º del Decreto-Ley 2525 de 1963, por cuanto dicho fallo es abiertamente contrario a la ley, y por consiguiente cometió el delito de prevaricato. En primer lugar no debe olvidarse, de acuerdo con el salvamento de voto del doctor Martán Góngora, que el proyecto por éste presentado igualmente declaraba la nulidad por incompetencia de jurisdicción, extendiéndolo expresamente al auto que decretaba el embargo y secuestro y ordenaba el levantamiento del embargo y del secuestro, consecuencialmente, y que el fallo mayoritario en que se resolvió sobre este punto, fue firmado por la doctora Aidée Anzola Linares, por lo cual es sorprendente, cuando menos, que, a estos HH. Magistrados, no se les denuncie y sí a quien por seguir en turno, por orden alfabético del Magistrado disidente, de acuerdo con su colega, hubo de redactar el fallo.

"En segundo lugar, que al coincidir tres Magistrados sobre la misma tesis de que una letra de cambio no da base legal para iniciar juicio ejecutivo por la vía laboral, sino que ella debe hacerse efectiva por los trámites del juicio ejecutivo previsto en el C. de P. Civil, se está relievando que tal tesis es doctrina de la Sala Laboral y que al consagrarla en fallos, no se contraría la ley, sino que se la interpreta, no sien-

do la aplicación dada a dicha doctrina por el doctor Suárez Poveda una excepción irritante, sino el producto honesto y exacto de su convencimiento, la expresión misma de su buena fe".

4º—CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Corresponde compartir, en su totalidad, el concepto del señor Agente del Ministerio Público, porque, de una parte, los hechos no tuvieron comprobación, y, de otra, aún en el supuesto de que el acusado, doctor Suárez Poveda, en términos abstractos y frente a personas de quienes no sabía cuáles eran sus pleitos o juicios, hubiese hablado sobre la imposibilidad de que una letra de cambio pudiese servir de título ejecutivo mediante el juicio pertinente ante la jurisdicción laboral, no da base al delito de prevaricato que se le imputa, ni tampoco al de abuso de autoridad.

Esta última infracción implica que se "cometa o haga cometer un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad".

En el presente caso, no se hizo una aplicación equivocada de los preceptos legales en la providencia que se dejó transcrita. Pero aún suponiendo que se hubiese incurrido en un yerro, debe recordarse que los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver en un caso dado, no permiten, por sí sólo, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fe. Esa condición síquica de esta infracción penal (si bien no hace parte del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo—) obliga, cuando no resulta demostrada, a considerar que no cabe reprimir penalmente al funcionario por abuso de autoridad.

El error, por sí sólo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales", como lo señala la Corte, en providenciás de 22 de octubre de 1945 (G.J.t.LIX, p. 998) y de 1º de febrero de 1949 (G.J.t.LXV, p. 420), a saber:

"El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos, contra las personas o las propiedades. En este sentido cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad. Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como todo delito (y salvo en casos de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento síquico, esto es, el dolo, que consiste, en ese evento, en la voluntad o propósito de 'cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos', como dice MANZINI. Es verdad que el Código no requiere, en este caso, el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder 'a sabiendas', pero sí el dolo genérico y este elemento síquico debe aparecer suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal. En este orden, no basta la disparidad de criterios entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe presúmese, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciaciones, ni el error, demuestran, por sí sólos, el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

Y si no tiene demostración alguna, como se dejó anotado, el delito de abuso de autoridad, con menos razón puede pensarse en que sea imputable al doctor Suárez Poveda el delito de prevaricato, si se atiende que en esta última infracción, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, que modificó el artículo 168 del Código Penal, expresamente se exige el elemento "a sabiendas", en el empleado o funcionario o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, en cuanto al dictamen, resolución, auto o sentencia que profieran, en forma contraria a la ley.

Según lo expuesto, corresponde sobreseer definitivamente en favor del acusado, como lo solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con lo que señala el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor RAFAEL SUAREZ POVEDA, en cuanto a los cargos que le fueron hechos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

DELITO DE ROBO Y LESIONES PERSONALES

Violación directa e indirecta de la ley sustancial.—Finalidad de la causal segunda de casación.—Cuándo puede sostenerse que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Conforme al numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en el cual se compendian los motivos de casación que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal consagraba en sus ordinales 1º y 2º, la ley sustancial puede violarse directa e indirectamente. Constituyen hipótesis de quebrantamiento por la vía directa, las siguientes: a) La norma legal se interpreta por el fallador en forma contraria a sus términos; b) La interpretación de aquélla es correcta, pero se aplica a un caso que no es el contemplado en el proceso, y c) La ley, también rectamente entendida, se deja de aplicar a la cuestión sub-judice. El quebrantamiento por vía indirecta se origina en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de determinada prueba, es decir, tiene su fuente en el análisis probatorio realizado por el juzgador, yerro que puede ser de derecho, o de hecho, el cual debe ser ostensible o manifiesto. El error de derecho en la apreciación probatoria —ha dicho la Corte— implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que el error fáctico solo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

2. Ha expresado esta Sala en numerosas oportunidades el criterio de que la finalidad de la antigua causal segunda de casación, hoy involucrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (2º cuerpo del numeral 1º), consiste esencialmente en subsanar ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero que en manera alguna se endereza a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas por el ad-quem con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituir académicamente un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, y manifiesto, no el que se pretenda construir sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

En otros términos: Dentro del recurso extraordinario de que se trata sólo se puede sostener que existe error de hecho en la apreciación de la prueba cuando la equivocación en que incurrió el sentenciador fue de tal magnitud que prima facie se advierta una antinomia rotunda entre la verdad que éste cree ver en el proceso y la realidad de los hechos.

Todo lo dicho presupone, como es obvio, un juicio sin intervención del jurado, pues ya se sabe que en las causas en que interviene el tribunal popular es a éste al que compete calificar los hechos y definir la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia de fecha cinco de mayo último, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá condenó a ROBERTO CRUZ CANO a la pena principal de seis años y medio de presidio, como responsable de los delitos de robo y lesiones personales, sentencia contra la cual interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación el defensor de aquél.

Agotado el trámite propio del asunto, esta Sala procede a decidirlo.

ANTECEDENTES

En su respuesta a la demanda de casación la Procuraduría Segunda Delegada resume con exactitud y sencillez los hechos que originaron el proceso: "En las primeras horas del día 29 de marzo de 1964 tres sujetos que se hacían pa-

sar por Agentes del D.A.S. en la zona de tolerancia de Tuluá, entre quienes se encontraba el acusado Cruz Cano, atacaron sucesivamente a Héctor Emiro Gómez, José Horacio Agudelo, Germán Rodríguez Londoño y Elenar Tejada Zúñiga. Los dos primeros de los nombrados fueron agredidos a golpes por los asaltantes, habiendo despojado a Gómez de un radio portátil y de la suma de $ 112.00 y a Horacio Agudelo de $ 27.00. Germán Rodríguez Londoño y Elenar Tejada, testigos presenciales de los hechos, fueron atacados y heridos con arma blanca, según consta en los reconocimientos médicos que obran en autos".

Norberto Cruz Cano y Horacio de Jesús Parra Sánchez fueron inicialmente llamados a juicio por el delito de robo, según providencia del 16 de octubre de 1964, proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Tuluá, pero cuando el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad nombrada tuvo oportunidad de conocer del proceso, en virtud de apelación interpuesta contra el fallo condenatorio de primera instancia, mediante proveído calendado el 14 de febrero de 1965, declaró nulo todo lo actuado, a partir del auto que declaró clausurada la investigación, a fin de que el juez del conocimiento definiera también el mérito del informativo con respecto al delito de lesiones personales (fs. 115 y 116).

La nueva calificación correspondió al Juez Tercero Penal Municipal de Tuluá, funcionario que en providencia del 1º de septiembre de 1965 abrió causa criminal contra Parra Sánchez y Cruz Cano, por los dos delitos ya indicados, providencia contra la cual no se interpuso recurso alguno. Durante el plenario no se alteró favorablemente la prueba de cargo.

Por sentencia del 26 de noviembre del año pasado el juez de la causa impuso a cada uno de los referidos procesados la sanción de dos años y medio de prisión, que el Superior reformó en el sentido de condenar a Parra Sánchez y a Norberto Cruz Cano a las penas de siete y seis y medio años de presidio, respectivamente, por estimar que las disposiciones sustantivas aplicables eran los artículos 404 y 33 del Código Penal, en armonía con el Decreto 2184 de 1951. (fs. 160 a 168, Cd. 1º).

Como ya se dijo, contra el aludido fallo solamente recurrió en casación el defensor de Cruz Cano.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La acusación, sustentada por apoderado especial, se formula invocando las causales que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 prevé en sus numerales 1º y 2º.—Sobre tales bases el actor plantea genéricamente la impugnación así:

"Primero.—Por error de derecho, y también de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, consistente el primero en apreciación errónea, y el segundo, en falta de apreciación, de las pruebas que se determinarán en el cuerpo de la demanda (numeral 1º, inciso 2º, artículo 56, Decreto 528 de 1964).

"Segundo.—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder (numeral 2º, artículo 56, Decreto 528 de 1964).

"Tercero.—Como consecuencia de las acusaciones anteriores, la sentencia viola, por aplicación indebida, el artículo 404 del Código Penal".

Y en desarrollo del primero de los cargos transcritos expresa el demandante:

"La sentencia dictada en esta causa, el 5 de mayo de 1966 por el Tribunal Superior de Tuluá viola en lo que al delito de robo se refiere, los artículos 203 del C. de P. Penal, y 404 del Código Penal (3er. cargo), violación proveniente de la apreciación errónea de las pruebas siguientes: 1ª Declaración de Gabriela Castañeda Ríos (f. 26); 2ª Declaración de Moisés Escobar (f. 40); Declaración de Héctor Emiro Gómez (fs. 2 y 13); 4ª Declaración de Carlina Zamora de Guapacha (f. 18), y 5ª Declaración de José Cruz (f. 18 v.); y por falta de apreciación de estas otras pruebas: 1ª Declaración de Ana Luz Botero García a. La Extérminio (f. 27) y 2ª filiación que del procesado Norberto Cruz Cano hizo el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tuluá en la diligencia de audiencia celebrada el 6 de noviembre de 1965. (f. 140)".

Luego el actor examina los elementos de juicio citados y critica la apreciación que de ellos hizo el sentenciador de segundo grado, asignándoles a algunos un valor probatorio que el impugnador les desconoce, y dejando de tomar en cuenta otros, a pesar de que existen en el proceso. Todo lo cual "determinó que en la sentencia se aplicase, además del artículo 404 del Código Penal, el artículo 33 ibidem, disposiciones que resultaron así indirectamente violadas por aplicación indebida".

Para sustentar el motivo de impugnación aducido al amparo de la causal segunda —no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder —afirma el actor:

"El auto de proceder dictado el 1º de septiembre de 1965 (f. 126) por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tuluá, no formuló contra el procesado Norberto Cruz Cano la modalidad agravante de los numerales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal. De ahí que el mismo juez, al dictar la sentencia del 26 de noviembre de 1965, tomara como pena básica la del artículo 2º de la Ley 4ª de 1963, calificación (la de dicho artículo) que el Trbunal Superior de Tuluá consideró acertada.

"Quiere decir esto que si el Tribunal Superior de Tuluá consideró infringido el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, como lo dice el auto de proceder, pero en la sentencia no dio aplicación a dicha norma, sino a otra diferente, como lo es el artículo 404 del Código Penal, que consagra una modalidad específica del robo más agravada, esta sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, cargos que, como se ha repetido, no fueron modificados en el término probatorio de la causa".

Cita luego el acusador una jurisprudencia de la Corte que juzga pertinente, y agrega: "El auto de proceder diferencia dos delitos: el de robo común y el de las lesiones personales en que sí se emplearon armas. Por lo demás, el mismo denunciante Héctor Emiro Gómez, dice: 'un tipo me agarró por detrás y me echó máquina por el cuello y otro me quitó el transistor y salió corriendo y el que me tenía cogido del cuello me sacó del bolsillo derecho ciento doce pesos'. No se emplearon armas para el robo. Germán Rodríguez Londoño y Elenar Tejada Zúñiga resultaron lesionados, pero no fueron víctimas de robo".

Bajo el rubro de "Tercer Cargo" dice finalmente el actor:

"De ser acogido alguno de los cargos anteriormente formulados, resultan indebidamente aplicados los artículos 33 y 404 del Código Penal. Para que la sentencia estuviese en armonía con el auto de proceder, el Tribunal Superior de Tuluá debió respetar en su sentencia la aplicación que el juez de primera instancia hizo del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, pero como no obró así, al aplicar el artículo 404, lo hizo indebidamente. Y también lo hizo indebidamente por los errores de derecho y de hecho en que incurrió en el análisis de la prueba".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada examina cuidadosamente los motivos en que la acusación se funda, expresa su concepto adverso al éxito de aquéllos y, consecuentemente, concluye que debe desecharse el recurso interpuesto. La Sala hará referencia al criterio del Procurador en el momento adecuado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.—Importa recordar que conforme al numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en el cual se compendian los motivos de casación que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal consagraba en sus ordinales 1º y 2º, la ley sustancial puede violarse directa o indirectamente. Constituyen hipótesis de quebrantamiento por la vía directa, las siguientes: a)—La norma legal se interpreta por el fallador en forma contraria a sus términos; b)—La interpretación de aquélla es correcta, pero se aplica a un caso que no es el contemplado en el proceso, y c)—La ley, también rectamente entendida, se deja de aplicar a la cuestión *sub-judice*. El quebrantamiento por vía indirecta se origina en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de determinada prueba, es decir, tiene su fuente en el análisis probatorio realizado por el juzgador, yerro que puede ser de derecho, o de hecho, el cual debe ser ostensible o manifiesto. El error de derecho en la apreciación probatoria —ha dicho la Corte— implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que el error fáctico sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

2.—Al responder al primero de los cargos propuestos contra la sentencia recurrida el señor Procurador expone con acusada objetividad el siguiente concepto que la Sala comparte:

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá encontró responsable a Norberto Cruz Cano de los delitos de robo y lesiones personales, consumados en la zona de tolerancia de la referida ciudad durante las primeras horas del 29 de marzo de 1964, cometidos en coautoría con Jesús Parra Sánchez y de otro individuo que logró escapar, con base principalmente en el tes-

timonio de Héctor Emiro Gómez, quien desde un principio reconoció e individualizó a Cruz Cano como la persona que participó en los ilícitos, por la circunstancia especial de haber trabajado juntos meses antes en faenas agrícolas, de ahí que le fuera posible darle captura con intervención de la autoridad el mismo día de ocurridos los hechos, a pesar de su intento de fuga. La prueba precedente fue ratificada con las declaraciones de Gabriela Castañeda R. y Moisés Escobar, quienes señalan a Norberto Cruz como uno de los tres participantes en el atraco con el empleo de armas, de las cuales se valieron para causar lesiones a Germán Rodríguez y Elenar Tejada. Además, la prueba indiciaria complementada con los otros testimonios citados en la sentencia dan suficiente base para determinar la responsabilidad de los acusados proveniente de su coparticipación en los delitos porque se procede, cuya ejecución presupone unidad de intención en los actos realizados, por tanto no es necesario individualizar la autoría de cada hecho porque los coautores responden conjuntamente de los resultados criminosos obtenidos".

3.—Ha expresado esta Sala en numerosas oportunidades el criterio de que la finalidad de la antigua causal segunda de casación, hoy involucrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (2º cuerpo del numeral 1º), consiste esencialmente en subsanar ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero que en manera alguna se endereza a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas por el *ad-quem* con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituír académicamente un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, manifiesto, no el que se pretenda construír sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

4.—En otros términos: Dentro del recurso extraordinario de que se trata sólo se puede sostener que existe error de hecho en la apreciación de la prueba cuando la equivocación en que incurrió el sentenciador fue de tal magnitud que *prima facie* se advierte una antinomia rotunda entre la verdad que éste cree ver en el proceso y la realidad de los hechos. El Tribunal, en el presente caso, confrontó y analizó las probanzas sin quebrantar la lógica del raciocinio. Luego no puede argüírse con seriedad que apreció arbitrariamente los hechos. Y, por tanto, el cargo no prospera. Todo lo dicho presupone, como es obvio, un juicio sin intervención del Jurado, pues ya se sabe que en las causas en que interviene el Tribunal Popular es a éste al que compete calificar los hechos y definir la responsabilidad.

5.—En cuanto al primer motivo de la causal 2ª —no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder—, es preciso destacar que en el fallo recurrido se expresó lo siguiente:

"Dadas las circunstancias como se cometió el robo, es decir, teniendo en cuenta que los asaltantes hicieron uso de armas y pusieron a sus víctimas (Gómez y Agudelo) en imposibilidad de obrar, se colocaron los procesados en el caso del artículo 404 del C. Penal, numeral 1º y 4º que sanciona el robo con penas de 3 a 14 años de presidio. Mas, la mínima debe ser duplicada por ministerio del Decreto 2184 de 1951". (f. 167, Cd. 1º).

Y la parte resolutiva del auto de proceder dice, en lo pertinente:

"1º—Abrir causa criminal de oficio por los trámites ordinarios contra HORACIO DE JESUS PARRA SANCHEZ, hijo de Antonio José Parra y María Rosa Sánchez, natural y vecino de Tuluá, constructor de profesión, y a NORBERTO CRUZ CANO, hijo de Sergio Cruz Olaya y Graciela Cano, natural y vecino de Tuluá, agricultor de profesión, por los delitos de: 'Robo y lesiones personales', sancionados en el Libro II, título 16, capítulo II y en el Libro II, título 15, capítulo II respectivamente del Código Penal colombiano. Delitos estos cometidos en la noche y madrugada de los días 28 y 29 de marzo de 1964". (f. 131, id.).

Correlativamente, en la parte motiva del enjuiciamiento quedó consignado esto:

"En fecha 29 de marzo compareció en la Inspección Tercera de Policía Municipal de esta ciudad, el señor Héctor Emiro Gómez, quien narró que el día 28 de marzo a eso de las tres de la mañana, y estando de transeúnte por el sector de la zona de tolerancia de esta ciudad, fue atacado por tres individuos, uno de los cuales lo tomó por detrás, imposibilitándole todo movimiento mientras otro lo despojaba de un radio transistor...". (f. 126, Cd. cit.),

Por lo demás, como lo anota el Procurador, el auto de proceder "dejó establecidos los elementos de prueba configurativos de la violencia ejercitada en los actos cumplidos y el empleo de armas en ellos, pórque es obvio que el delito de lesiones personales se consumó concomitantemente con el delito de robo y como causa de éste, de otra manera sería inexplicable el móvil de aquél".

Bastan los datos objetivamente expuestos para concluír que el segundo de los cargos aducidos tampoco fue demostrado.

6.—Con respecto al tercero y último motivo de impugnación —violación de la ley sustantiva—, aducido como consecuencia de los dos anteriores, se dirá que, lógicamente, está sujeto al resultado adverso de aquellos.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

ABANDONO DEL PUESTO

El militar que estando de centinela se retire del puesto no comete la infracción penal denominada "delito del centinela", sino el delito de "abandono del puesto", según el precepto contenido en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar.

Dice el actor que en el fallo recurrido se dio una interpretación equivocada al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, yerro en el que también se incurrió al calificar los hechos en el auto de proceder y al elaborar el correspondiente cuestionario. Y que, por razón de ese yerro, se dejó de tomar en cuenta al artículo 153 de la misma obra en aquellos proveídos y en el cuestionario aludido.

El precepto citado dice:

"Artículo 163: El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años".

La norma, que según el demandante es la pertinente en el presente caso, expresa:

"Artículo 153: El militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años. Si quien comete este hecho es el Comandante del puesto, la sanción se aumentará de una cuarta parte a la mitad".

Ambas disposiciones hacen parte del Título IV ("De los Delitos contra el Servicio") del Libro 2º del Código de Justicia Penal Militar. Pero la primera constituye el contenido del capítulo V ("Delito del Centinela") y la segunda se encuentra en el capítulo III ("Del abandono del puesto").

En este mismo título IV se reprimen el "abandono del servicio" y la "deserción" con pena de arresto de seis meses a dos años, lo que obviamente indica que las infracciones de "abandono del puesto" y "delito del centinela" son más graves, por constituir un mayor daño a los intereses del servicio militar.

Con este mismo criterio dosificador de las sanciones, únicamente en los casos de "abandono del puesto" (art. 154), "abandono del servicio" (art. 156) y "deserción" (art. 159) se ha previsto un aumento y aún la sustitución del arresto por la prisión, a saber:

Artículo 154: Si alguna de las infracciones de que tratan los artículos anteriores..." ("Abandono del puesto")..."se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión".

"Artículo 156: Las penas de que trata el art. anterior, ..." ("Del abandono del servicio") ..."se aumentaran hasta el doble cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

"Artículo 159: Las penas a que se refiere el artículo anterior ..." ("De la deserción") ..."se aumentaran hasta el doble y la pena será de prisión cuando el hecho se cometa en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

El lapso de tiempo es tomado en cuenta para distinguir el delito de que trata, así:

a). En el "abandono del puesto", de acuerdo con el artículo 152, es indispensable, en tiempo de paz, que se dejen de ejercer las funciones propias del militar por más de veinticuatro horas consecutivas. O "por cualquier tiempo" en caso de turbación del orden público, conmoción interior, conflicto armado, o guerra".

b). En el "abandono del servicio", según lo señala el artículo 155, los hechos allí previstos requieren un término no inferior a diez días.

c). En la "deserción" de conformidad con los ordinales 1º y 2º del artículo 158, se precisa que las conductas en éllos indicadas ocurran por un lapso no menor de cinco días. Los ordinales 3º y 4º aluden, respectivamente, a que se "falte al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido", o "traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en campaña".

De lo anterior se desprende lo siguiente:

1º Que la expresión "por cualquier tiempo" que trae el Código de Justicia Penal Militar al referirse a los delitos de "abandono del puesto" alude a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

2º Que si el abandono del puesto por el centinela, esto es, el hecho de "separarse del sitio o lugar que se le asigne" (como dice el reglamento de servicio de Guarnición, según cita que se hace en la sentencia acusada), fuese una de las conductas sancionadas como "delito de centinela", se tendría el absurdo de que, en caso de "guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público", la pena no podría aumentarse, ni tampoco sustituir el arresto por la prisión, cuando la infracción se comete "frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos", pues en el Capítulo V ("Delito del Centinela"), tales circunstancias agravantes no están señaladas, como sí se encuentran previstas, según se dejó anotado, para el delito de "abandono del puesto" (Capítulo III, artículo 154).

Ya se dejó observado como, de conformidad con el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar (que se refiere al delito de "abandono del puesto"), "el militar que estando de facción o servicio abandona su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años"; y si el hecho "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión" (art. 154). Y cabe recordar que la expresión "cualquier tiempo" corresponde a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

Cómo es, entonces, que si el abandono del puesto lo hace el centinela, por cualquier tiempo, deba tomarse en cuenta el Capítulo V ("Delito del Centinela"), en donde no está indicada la circunstancia agravante que trae el artículo 154, así ocurra el hecho en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, o frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos; y si tal abandono del puesto lo cumple el militar en otra clase de servicio, la aludida circunstancia agravadora de la pena sí resulte pertinente, porque ya se trata de hechos definidos en el Capítulo III ("Del abandono del puesto")?

A esta conclusión inaceptable conduce la interpretación que en la sentencia recurrida se le dá al art. 163 del Código de Justicia Penal Militar.

Además, el alcance que en dicho fallo se dá al anterior precepto debe ser rechazado por las siguientes razones:

1ª Cuando el artículo 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que "corresponden a la situación especial del puesto" y no a esas otras de carácter general "que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio.

No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquél en el "delito del centinela" y no en el de "abandono del puesto" (art. 153 del C. de J. P. M.).

2ª Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corresponde acomodarla a otra definición punible, cuando para ésto se requiere darle un alcance extensivo que aquél no exige.

Así, el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, "estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...", puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela.

En cambio, en el artículo 163 ("Delito del Centinela"), no se habla de "abandono del puesto", sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces.

Cómo, entonces, ante la represión penal que de manera clara se indica en el artículo 153 para los casos de abandono del puesto, por cualquier tiempo y en relación con cualquier servicio que preste el militar, sea menester que se acuda a interpretaciones extensivas de la frase "consignas que haya recibido" el centinela, para entender que se trata del "delito del centinela" y nó del delito de "abandono del puesto"?

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de la misma corporación, fechada el cinco de octubre de mil novecientos sesenta y cinco, por la cual impuso al procesado RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ la pena principal de diez (10) años de presidio, como responsable del delito de homi-

cidio y de la infracción prevista en el artículo 163 del C. de J. Penal Militar.

Conoció en primera instancia el Comando del Batallón de Infantería "Patriotas", con sede en Líbano (Tolima).

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

En la sentencia acusada se hace la siguiente relación de lo ocurrido:

"En Líbano (Tolima), en los predios del Batallón de Infantería Nº 26 'Patriotas', el 23 de abril del presente año, el soldado Rigoberto Yusunguaira Yáñez se encontraba como centinela de la guardia del puesto número 4; como a eso de las 13:45 horas, se retiró de su puesto sin ser relevado en forma reglamentaria y se dirigió a los baños de la Compañía 'E', con el propósito de satisfacer necesidades fisiológicas. Allí se encontraba con otros soldados, haciendo aseo, Aquilino Orejuela Riascos, quien le impidió a Yusunguaira entrar a los baños, alegando la razón de estar haciendo la limpieza de éstos, lo cual vino a originar una discusión entre los dos, en que reaccionó Yusunguaira con la acción de disparar su fusil de dotación, hiriendo mortalmente a su compañero Orejuela Riascos, quien falleció después de haber sido sometido a una intervención quirúrgica".

En cuanto al desarrollo del negocio, se tiene lo siguiente:

Clausurada la averiguación (f. 52), el juzgador de primera instancia, mediante providencia de 5 de junio de 1965, abrió causa criminal contra el procesado Yusunguaira Yáñez, por "los delitos definidos y sancionados en el Capítulo II, del Título VII y Capítulo V, Título IV, de HOMICIDIO y DEL CENTINELA, Libro Segundo del Código Penal Militar, cometidos dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta las diligencias respectivas".

En la parte motiva de este auto, se dice:

"Los elementos tipificadores de los delitos Del Centinela y Homicidio, de que se trata, están perfectamente estructurados de acuerdo con los documentos visibles a los fs. 23, en que se halla el registro de defunción del soldado Aquilino Orejuela; 50, en que aparece el resultado de la necropsia practicada al occiso, y 42, en el que se certifica que el soldado Yusunguaira Yáñez Rigoberto se hallaba de Centinela. La imputabilidad de los hechos ilícitos al acusado Yusunguaira Yáñez se desprende del parte denuncia, de la ratificación del mismo, de la propia confesión del sindicado, quien en su indagatoria dice haber dejado el puesto de centinela por la necesidad de satisfacer un acto fisiológico y el habérsele disparado su fusil y herir al soldado Orejuela, en momentos en que discutía con éste, y de las distintas declaraciones de los testigos presenciales de los hechos".

Convocado el Consejo de Guerra y cumplido el sorteo de vocales, el veintidós de junio del mismo año de mil novecientos sesenta y cinco se llevó a cabo aquella diligencia, en la cual se declaró responsable al sindicado, con base en los siguientes cuestionarios:

"Cuestionario Nº 1.—El acusado, soldado del Ejército en servicio activo RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ, de anotaciones civiles y militares conocidas en autos, ES RESPONSABLE, SI o NO, de haber disparado su fusil de dotación, con intención de matar, contra el soldado Aquilino Orejuela Riascos, causándole la muerte, en hechos sucedidos dentro del área del Batallón Patriotas en Líbano, Tolima, el día 23 de abril de 1965, entre las 13:45 y las 14:00 horas?".

"Cuestionario Nº 2.—El acusado, soldado del Ejército en servicio activo, RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ, de anotaciones civiles y militares conocidas en autos, ES RESPONSABLE, SI o NO, de haber incumplido sus consignas como Centinela del puesto Nº 4 de la guardia del Batallón Patriotas, habiéndose ausentado de su puesto sin ser relevado por su Comandante, en hechos sucedidos dentro del área del citado Batallón, en Líbano, Tolima, el día 23 de abril de 1965, a las 13:45 horas?".

En la sentencia de primera instancia se impuso al procesado la pena de nueve años de presidio, "como autor responsable de los delitos de homicidio intencional en la persona de Aquilino Orejuela Riascos y DEL CENTINELA, de que trata el Título VII, Capítulo I, artículo 194, y Título IV, Capítulo V, artículo 163, del Libro Segundo del C. P. M....".

Este proveído fue confirmado por el Tribunal Superior Militar, con la única salvedad de fijar en diez años de presidio la pena que debe cumplir Yusunguaira Yáñez, mediante el fallo acusado.

El Magistrado, doctor Juan Manuel Pachón Padilla, dejó el siguiente salvamento de voto:

"Motiva el salvamento de voto la consideración de que el centinela que se ausenta del lugar que se le ha señalado para el servicio, comete el delito de Abandono del Puesto, determinado en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar y no el del 'Centinela' de que trata el 163 de la misma obra.

"Las razones son las siguientes:

"Para los centinelas existen consignas de carácter general y consignas de carácter particular.

"Las primeras son aquellas prescripciones permanentes que deben cumplir todos los centinelas, cualquiera que sea el puesto donde se encuentren instalados, y que están determinadas por el artículo 46 del Reglamento de Servicio de Guarnición.

"Las de carácter particular son órdenes reservadas, esencialmente transitorias, que les transmiten cuando van a iniciar el servicio y obedecen a las circunstancias y situación especial del puesto. Son las únicas consignas que reciben al hacerse cargo del puesto porque las de carácter general ya las conocen de antemano, por estar publicadas y porque el Comandante de Guardia debe dar instrucción sobre ellas a todo el personal de la Guardia, conforme a lo dispuesto en el aparte 1) del artículo 40 del mencionado Reglamento de Guarnición.

"Según el artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar comete delito del centinela el soldado que en este servicio 'falte a las consignas que haya recibido'. De acuerdo con esta redacción, no es posible pensar que el precepto se refiera a todas las consignas que deben cumplir los centinelas, sino únicamente a las que hayan recibido al hacerse cargo del puesto.

"Entre las consignas de carácter general hay algunas cuyo incumplimiento entraña especial gravedad, por lo cual la ley ha erigido ese hecho como delito. Tales son las de dormirse, dejarse sorprender o dejarse relevar por quien no corresponda. Otras consignas generales como las de no fumar, no beber, mantenerse en actividad, etc., siguen siendo simples faltas, sancionadas por medio del Reglamento de Régimen Disciplinario, y nadie ha pretendido hasta ahora que constituyen delitos.

"El Centinela que abandona su puesto comete un acto que se ha previsto expresamente como infracción penal. Para sancionarlo no es necesario apelar al delito del centinela mediante la interpretación de la frase atrás comentada sobre las consignas que haya recibido'. Se trata de un delito específico para todos los militares que estando 'de facción o servicio' abandonen su puesto. Lo anterior se comprende mejor recordando los antecedentes legislativos de las dos disposiciones.

"En la Ley 84 de 1931, sobre justicia militar, existía un título referente a los delitos cometidos por los militares 'en el servicio' y otro para los delitos 'contra el servicio'. En el primero de estos títulos, en su capítulo segundo, se contemplaban los que podía cometer el centinela y que eran: el abandono del puesto, el embriagarse, el faltar a su consigna, dejarse relevar por quien no correspondiera, dejarse sorprender y dormirse.

"Estos delitos tenían diferentes sanciones, según el centinela se hallara frente al enemigo extranjero, o en lugar declarado en estado de sitio, o si era en tiempo de paz.

"En el título sobre los delitos 'contra el servicio' se especificaba el de abandono del puesto, también con diferentes penas, en consideración al estado en que se encontrara el país: guerra internacional, estado de sitio o tiempo de paz.

"De tal modo, en el estatuto mencionado, se hacía una clara distinción entre el abandono del puesto cometido por cualquier militar, que era un delito 'contra el servicio', y el abandono del puesto ejecutado por el centinela, que era un delito 'en el servicio', configurado específicamente para el centinela.

"En la Ley 3ª de 1945, que sustituyó la 84 de 1931, también figuraba el delito del centinela, pero no ya en título aparte, sino en un título general denominado 'de los delitos contra el servicio' y en el cual aparecían ocho infracciones a saber: abandono del puesto, abandono del servicio, deserción, delitos del centinela, infidencias o violación de secretos, inutilización voluntaria, ataque al centinela y falsa alarma.

"En esta ley también se diferenciaba el abandono del puesto cometido por un militar que estuviere de facción y el realizado por el centinela. Respecto a los delitos que podía cometer éste, los redujo a cinco: abandono del puesto, contravenir o faltar a su consigna, embriagarse, dormirse y dejarse relevar por quien no le corresponde. Suprimió el de dejarse sorprender.

"En el Código de 1950 y sus decretos reformatorios desapareció como delito específico el del centinela, interrumpiéndose la tradición exis-

tente en la legislación penal militar sobre este particular.

"Entendemos que en el proyecto elaborado para reemplazar dicho Código tampoco se contemplaba, y que fue a última hora cuando se incorporó en su articulado la disposición que lo prevé, razón por la cual a pesar de tratarse de una infracción contra el servicio, no está comprendida entre las que debe adelantarse y fallarse por el procedimiento especial que rige para los demás delitos de la misma especie.

"El artículo 163 del Código actual, que sigue en sus líneas generales al 220 de la Ley 3ª de 1945, no incluyó como delitos propios del centinela el abandonar el puesto y el embriagarse. Lo que quiere decir que no las considera ya como casos peculiares del centinela, sino como infracciones comunes a todos los militares que estén de facción o servicio.

"En presencia de este cambio, que representa una reforma sustancial al tratamiento que la legislación castrense le venía dando al hecho, salvo la interrupción de 1950, no es posible persistir en el criterio que se ha venido aplicando de sancionar el abandono del puesto cometido por el centinela, con el recurso de que se trata de una violación de las consignas o prescripciones que él debe cumplir, y entre las cuales se encuentra, claro está, la de permanecer en el sitio que se le ha asignado, siendo así que ese hecho se encuentra expresamente tipificado en el artículo 153 del actual Código de Justicia Penal Militar".

Sobre esta cuestión, se anota en la sentencia recurrida lo que pasa a transcribirse:

"De manera que esa conducta viene a encajar dentro de las prescripciones del artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, que expresa: 'El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años'...". En consecuencia... "no se puede predicar la causal de nulidad invocada por el señor Fiscal Primero de la Corporación, porque no se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por razón de este hecho.

"Al respecto, esta Sala ha venido sosteniendo los conceptos.." siguientes:

"Dice el artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar: 'El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años'. Por su lado, el Reglamento de Servicio de Guarnición define: 'CENTINELA: Individuo colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia o seguridad.—' CLASES DE CENTINELAS: Las consignas son generales y particulares. Son generales, aquellas prescripciones que deban cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados. Son consignas particulares, las que corresponden a la situación especial del puesto. Son consignas generales de los centinelas: 1). Estar en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne sin separarse de él por ningún motivo; 2). Mantenerse de pie, absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servicio... 10). Ningún centinela debe dejarse relevar por persona distinta a su Cabo relevante'.

"Por manera que la prohibición de dormir y la de dejarse relevar por quien no puede hacerlo, durante la prestación del servicio, entre otras, constituyen dos de las consignas denominadas generales, y no son por tanto, de las que recibe el centinela con carácter reservado o especial.

"A este propósito, dispone el Reglamento: 'Las consignas particulares dadas a los centinelas tienen carácter reservado, y éstos deberán comunicársela únicamente al individuo que los releve y a los superiores directos cuando así lo exijan'.

"Así las cosas, no resulta exacto, sino contrario a las disposiciones invocadas antes, afirmar que, porque el artículo 163 del estatuto penal castrense dice que comete el delito de centinela quien, designado para esa función específica, se duerma, falte a las consignas recibidas, o se deje relevar o sorprender, por quien no sea su Comandante, se está refiriendo exclusivamente a las consignas de naturaleza particular, con prescindencia de las otras.

"En primer lugar, porque dicha norma no dice que esas consignas recibidas por el centinela deban ser de índole especial. Prueba de esto, es que ella expresa literalmente que comete el delito en referencia quien 'falte a las consignas recibidas', sean o no reservadas o confidenciales, esto es, a las que han de cumplir siempre por

razón de las funciones a ellos encomendadas, para asegurar su eficiente cometido de vigilancia y seguridad. Lo que ocurre es que el oficio de centinela supone, para su correcto y eficaz desempeño, la obligación de cumplir, en todos los casos, ciertas consignas, sin la observancia de las cuales el servicio resultaría inútil en la práctica; y simultáneamente con ellas deben también ejecutar otras funciones de naturaleza especial, que suelen serles impartidas en determinados eventos, de acuerdo con las necesidades impuestas por las circunstancias de tiempo y de lugar. La regla, pues, la constituyen las consignas generales, implícitas invariablemente en el ejercicio de la función de centinela, y las particulares vienen a ser apenas la excepción.

"Y así, mientras el centinela ha de permanecer en constante actividad, sin separarse del lugar que le haya sido asignado; mantenerse de pie, sin sentarse, ni recostarse, ni hacer nada que distraiga su atención, en todos los casos, durante la jornada de vigilancia; sucede que conjuntamente con esas consignas generales, de forzosa observancia e implícitas siempre en el servicio, bien pueden serle señaladas determinadas acciones particulares o específicas, como, por ejemplo, la de exigir sus documentos de identidad a cuantas personas transiten por el sitio en que debe ejercitar su función de guardia.

"De otra parte, es evidente que el artículo 163 del Código contempla también como configurativo del delito del centinela, el hecho de que el agente activo se duerma durante el servicio, y el de que se deje relevar o sorprender por quien no sea su Comandante. Ahora bien estas prohibiciones no constituyen consignas especiales, que hayan sido recibidas por el centinela en forma reservada, sino consignas de carácter general, conforme ha quedado establecido ampliamente.

'Síguese, entonces, que la norma en cuestión no alude en su texto únicamente a las consignas particulares que se le han podido dar al centinela en un caso dado, sino que se refiere a todas ellas, y en primer lugar, a las de carácter general, sobre las cuales se instruye a los soldados en la vida del cuartel, durante la diaria preparación a que han de ser sometidos para la prestación del servicio militar".

Y en cuanto al homicidio intencional, se dice en el fallo impugnado:

"Se ha probado que el soldado Yusunguaira Yáñez suprimió la vida al soldado Aquilino Orejuela Riascos, el día 23 de abril del presente año..." (1965)... "aproximadamente a las 13:45 horas, una vez que se separó, sin ningún motivo, del servicio de centinela que se le había asignado en el puesto número 4, hecho que cometió con intención dolosa o dañada, pues, ello, se desprende de las declaraciones de los testigos Numael Molina Mogollón, Robinson Montoya Rengifo, Gilson José Mejía Maldonado, Miguel Olmedo Rayo Ramos y Reinel Mosquera. Ante todo, de lo dicho por los soldados Mejía Maldonado, quien asegura que vio a Yusunguaira meter el dedo en el disparador del fusil y accionó para dispararlo, y Montoya Rengifo, quien afirma que le tendió el fusil y le disparó, y del dictamen de los peritos, que actuaron en la diligencia de inspección ocular, que conceptuaron en forma clara y precisa, que el seguro que posee el arma es eficaz y no hay posibilidad que el arma se dispare estando asegurada, y que cuando el arma está desasegurada no se dispara por más movimiento brusco que se ejecute. De manera que la versión que da el procesado, en el sentido de que el arma se le disparó, no tiene ningún respaldo probatorio y debe, en consecuencia, ser desechada, por cuanto la realidad es la sentada por la prueba testifical y pericial como ya quedó analizado. Por tanto, la adecuación típica de la conducta del procesado Yusunguaira Yáñez corresponde a los elementos normativos que describe el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar, e impone una sanción de ocho a catorce años de presidio".

DEMANDA DE CASACION:

Invoca el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar las causales cuarta y primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, así:

1ª—*Causal cuarta:*

Afirma que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por cuanto los cuestionarios no fueron elaborados en la forma prevista en el Código de Justicia Penal Militar, dado que en ellos no se hizo referencia a elementos constitutivos de la infracción señalada en el auto de proceder, pues se incluyeron elementos de un delito distinto, con lo cual resultaron infringidos los artículos 559 y 561 de aquel estatuto. Y asevera, además, que con respecto al cargo de homicidio hecho al sindicado, en el cuestionario no "se determinaron claramente los elementos de los hechos".

En cuanto al primer cargo anota, luego de transcribir el salvamento de voto hecho en el fallo acusado por el Magistrado, doctor Pachón Padilla, que al retirarse Yusunguaira Yáñez "del lugar indicado para la prestación de un servicio, cometió un hecho específicamente contemplado como delito de abandono del puesto, consistente en que estando de facción o servicio, abandonó 'su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo'...", lo que hace... "necesario el efectuar una nueva calificación del hecho para que los señores Vocales puedan definir la situación del inculpado, frente a cada una de las infracciones atribuídas al mismo...".

Y con respecto al segundo, observa que "al no determinar el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, en lo tocante al Homicidio, ya que si bien es cierto no están claras las circunstancias en las cuales se cometió, sólo se argumentó en el cuestionario lo referente a las pruebas en las cuales se funda la imputación que le aparece al procesado".

2ª—*Causal primera:*

Dice el demandante que "la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida o interpretación errónea de la misma...", pues... "se dejó de dar cumplimiento a lo consagrado en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar". Y manifiesta, de otra parte, que "en lo tocante al delito de homicidio, se observa que no se especificó ni analizó el fundamento de la imputación hecha al acusado, y con base en dichas pruebas tenerlo como un delito simplemente voluntario, cuando la apariencia general que arrojan las pruebas, indica que existió en el sindicado la ausencia de intención de producir el resultado conocido, como así lo expresa en su injurada el soldado; pero por deficiencias en el auto de llamamiento a juicio, no se precisó la moralidad del hecho".

Al primer cargo se refiere, además, en los siguientes términos:

"Es de importancia el analizar algunos puntos referentes al procedimiento que se sigue al tramitar la existencia del ilícito de 'abandono del puesto' y 'del centinela', ya que en el caso de que la infracción no sea conexa, se adelantan procedimientos diferentes, para el primero el juzgamiento es en derecho, según el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, no así para el segundo, que normalmente se tramita por el procedimiento de Consejo de Guerra, y hallándose el país en estado de sitio, su juzgamiento se hace por Consejos de Guerra Verbales".

Agrega:

"En lo tocante a la norma sustantiva que describe el delito de abandono del puesto, se tiene que allí se dan como elementos del delito, comunes con al del centinela, el hecho de que se está de servicio y claro está, que se trata de un militar.

"La diferencia radica en que la tipificación del delito de abandono del puesto, su retiro del lugar puede justificarse, al demostrarse la existencia de una causa que así lo haya aconsejado, lo cual no aparece en el caso del delito del centinela.

"En el caso aludido en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar, o sea del abandono del puesto, se hace alusión a cualquier militar, sin distingo alguno, ni enumeración taxativa, como la aludida en el artículo 163 ibidem.

"Además, la disposición primeramente citada es más amplia y tutela la continuidad del ejercicio de una función pública, por lo cual se busca el garantizar el normal desarrollo de un servicio de cuya efectividad depende en un momento dado, el mantenimiento de la seguridad de un cuartel o base.

"También el estatuto castrense, en la otra norma aludida (art. 163), hace referencia a una figura jurídica especialmente aplicable a quien estando de servicio, desempeñando el cargo de centinela, incurra en ciertos hechos o sea que se duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante. Allí se alude a la ocurrencia de ciertos casos, pero cuya interpretación es restrictiva.

'No ocurre lo propio con lo consagrado en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar, cuya interpretación es extensiva, pues sin sobrepasar los límites impuestos por el legislador, admite ir hasta ellos.

"En el caso *sub-judice* no puede afirmarse, con propiedad, que el acusado haya dejado de cumplir consignas o sea "órdenes o instrucciones que se imparten al personal designado para misiones de vigilancia o seguridad".

Expresa por último:

"Si en verdad existen disposiciones o reglamentos expedidos para el uso de las Fuerzas Militares, surgen dudas acerca de la interpretación y aplicación de los mismos a igual nivel jerárquico con las normas contenidas en el Código de Justicia Penal Militar, o sea que tratándose de simples facultades reglamentarias conferidas al Ministerio del ramo, se han querido equiparar o valer en el mismo plano con la ley, o sea en este caso con el Código de Justicia Penal Militar... No hay duda alguna acerca del ámbito de aplicabilidad muy diferente para la ley y el reglamento, pues estos últimos en algunos casos son proferidos por autoridades subalternas y simplemente tienen vida jurídica al recibir su aprobación por resolución a nivel ministerial, o de disposiciones dadas en ejercicio de facultades simplemente gubernamentales".

El Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al referirse al traslado que se le dio en virtud de lo que señala el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954, dice que "sería innecesario ejercer la facultad legal de ampliar la demanda, pues considero que la presentada por el señor Fiscal Primero llena su objeto a cabalidad. Los argumentos de orden jurídico aducidos en apoyo de las causales propuestas para obtener la infirmación del fallo recurrido las comparte plenamente este Despacho, por lo cual, con fundamento en dichos razonamientos, coadyuva la petición del demandante, y solicita de la H. Corte, con todo respeto, que case la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, en el proceso penal militar de la referencia".

CONSIDERA LA CORTE:

Dos cargos propone el demandante al invocar la causal cuarta de casación, los cuales reitera al proponer el motivo previsto en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a saber:

Primero: No haberse elaborado el cuestionario, en cuanto al delito de homicidio imputado a Yusunguaira Yáñez, en la forma prevista en la ley, (ord. 6º del art. 441 del C. de J. P. M.).

Pues bien:

Los preceptos que el demandante considera infringidos, son los siguientes:

"Art. 559.—El cuestionario se formulará así: 'El acusado N. N., es responsable, SI o NO, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)'".

"Art. 561.—Para cada delito y para cada sindicado se elaborará un cuestionario separado".

El juzgador de primera instancia dio exacto cumplimiento a las normas transcritas. De una parte, para cada delito, elaboró un cuestionario separado, como aparece de lo que atrás se dejó transcrito. Y, de otra, al indicar el cargo de homicidio intencional, se hizo una completa especificación de los elementos que lo constituyen, sin darle denominación jurídica.

Con fundamento en el auto de proceder y ceñido a la realidad del informativo, el Comando del Batallón de Infantería Nº 26 "PATRIOTAS", con sede en Líbano (Tolima), consignó en el cuestionario correspondiente al cargo de homicidio intencional los elementos que lo constituyen, de acuerdo con el artículo 194 del estatuto penal castrense, que dice: "El militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cause la muerte de otra persona, con intención de matar, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio".

Si como lo pretende el demandante, dicho cuestionario hubiese sido elaborado de acuerdo con los elementos que conforman el delito de homicidio culposo (art. 200 del C. de J. P. M.), habida cuenta de la versión dada por el procesado, no sólo habría resultado ese cuestionario en contradicción con el cargo propuesto en el auto de proceder (providencia en la cual se alude, concretamente, al artículo 194 del citado estatuto), sino que, asimismo, se habría desconocido el conjunto de elementos de juicio que dan cuenta del propósito de matar en el agente, racionalmente examinados en el fallo acusado, según lo que de este proveído se dejó transcrito.

Este primer cargo, en consecuencia, no resulta demostrado.

Segundo cargo:

Dice el actor que en el fallo recurrido se dio una interpretación equivocada al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, yerro en el que también se incurrió al calificar los hechos en el auto de proceder y al elaborar el correspondiente cuestionario. Y que, por razón de ese

yerro, se dejó de tomar en cuenta el artículo 153 de la misma obra en aquellos proveídos y en el cuestionario aludido.

El precepto citado, dice:

"Art. 163: El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años".

La norma, que según el demandante es la pertinente en el presente caso, expresa:

"Art. 153: El militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años. Si quien comete este hecho es el Comandante del Puesto, la sanción se aumentará de una cuarta parte a la mitad".

Ambas disposiciones hacen parte del Título IV ("De los delitos contra el servicio") del Libro 2º del Código de Justicia Penal Militar. Pero la primera constituye el contenido del Capítulo V ("Delito del centinela") y la segunda se encuentra en el Capítulo II ("Del abandono del puesto").

En este mismo Título IV se reprimen el "abandono del servicio" y la "deserción" con pena de arresto de seis meses a dos años, lo que obviamente indica que las infracciones de "abandono del puesto" y "delito del centinela" son más graves, por constituír un mayor daño a los intereses del servicio militar.

Con este mismo criterio dosificador de las sanciones, únicamente en los casos de "abandono del puesto" (art. 154), "abandono del servicio" (art. 156) y "deserción" (art. 159) se ha previsto un aumento y aún la sustitución del arresto por la prisión, a saber:

"Art. 154: Si alguna de las infracciones de que tratan los artículos anteriores..." (abandono del puesto")... "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión".

"Art. 156: Las penas de que trata el artículo anterior...", ("Del abandono del servicio") ... "se aumentarán hasta el doble cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

"Art. 159: "Las penas a que se refiere el artículo anterior..." (De la deserción)..., "se aumentarán hasta el doble y la pena será de prisión cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

El lapso de tiempo es tomado en cuenta para distinguir el delito de que se trata, así:

a).—En el "abandono del puesto", de acuerdo con el artículo 152, es indispensable, en tiempo de paz, que se dejen de ejercer las funciones propias del militar por más de veinticuatro horas consecutivas. O "por cualquier tiempo" en caso de turbación del orden público, conmoción interior, conflicto armado o guerra".

b).—En el "abandono del servicio", según lo que señala el artículo 155, los hechos allí previstos requieren un término no inferior a diez días.

c).—En la "decersión", de conformidad con los ordinales 1º y 2º del artículo 158, se precisa que las conductas en ellos indicadas ocurran por un lapso no menor de cinco días. Los ordinales 3º y 4º, aluden, respectivamente, a que se "falte al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido", o "traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el Jefe de las tropas en campaña".

De lo anterior se desprende lo siguiente:

1º—Que la expresión "por cualquier tiempo" que trae el Código de Justicia Penal Militar al referirse a los delitos de "abandono del puesto" alude a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

2º—Que si el abandono del puesto por el centinela, esto es, el hecho de "separarse del sitio o lugar que se le asigne" (como dice el Reglamento de Servicio de Guarnición, según cita que se hace en la sentencia acusada), fuese una de las conductas sancionadas como "delito del centinela", se tendría el absurdo de que, en caso de "guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público", la pena no podría aumentarse, ni tampoo sustituír el arresto por la prisión, cuando la infracción se comete "frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos", pues en el Capítulo V ("delito del centinela"), tales circunstancias agravantes no están señaladas, como sí se encuentran previstas, según se dejó

anotado, para el delito de "abandono del puesto" (Capítulo II, art. 154).

Ya se dejó observado cómo, de conformidad con el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar (que se refiere al delito de "abandono del puesto"), "el militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años"; y si el hecho "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión" (art. 154). Y cabe recordar que la expresión "cualquier tiempo" corresponde a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

¿Cómo es, entonces, que si el abandono del puesto lo hace el centinela, por cualquier tiempo, deba tomarse en cuenta el Capítulo V ('delito del centinela"), en donde no está indicada la circunstancia agravante que trae el artículo 154, así ocurra el hecho en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, o frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos; y si tal abandono del puesto lo cumple el militar en otra clase de servicio, la aludida circunstancia agravadora de la pena si resulte pertinente, porque ya se trata de hechos definidos en el Capítulo II ("del abandono del puesto")?.

A esta conclusión inaceptable conduce la interpretación que en la sentencia recurrida se le da al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar.

Además, el alcance que en dicho fallo se da al anterior precepto debe ser rechazado por las siguientes razones:

1ª—Cuando el artículo 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que "corresponden a la situación especial del puesto" y no a esas otras de carácter general, "que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio.

No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquél en el "delito del centinela" y no en el de "abandono del puesto" (art. 153 del C. de J. P. M.).

2ª—Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corresponde acomodarla a otra definición punible, cuando para esto se requiere darle un alcance extensivo que aquél no exige.

Así, el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, "estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...", puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela.

En cambio, en el artículo 163 ("delito del centinela"), no se habla de "abandono del puesto", sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces.

¿Cómo, entonces, ante la represión penal que de manera clara se indica en el artículo 153 para los casos de abandono del puesto, por cualquier tiempo y en relación con cualquier servicio que preste el militar, sea menester que se acuda a interpretaciones extensivas de la frase "consignas que haya recibido" el centinela, para entender que se trata del "delito del centinela" y no del delito de "abandono del puesto"?.

Así, pues, este segundo cargo resulta probado y prospera, en consecuencia, la causal cuarta de casación invocada.

Ahora bien:

De acuerdo con el ordinal 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, es causal de nulidad "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

En el auto de proceder, al delito de "abandono del puesto" se le dio, erradamente, la calificación de "delito del centinela", con lo cual se incurrió, en este negocio, en nulidad de lo actuado, en cuanto a aquella infracción, a partir del auto de llamamiento a juicio, inclusive, y así corresponde declararlo, a fin de que se reponga el trámite. En cambio, es válido el procedimiento cumplido con respecto al cargo de homicidio intencional, ya en el llamamiento a juicio hecho al sindicado Yusunguaira Yáñez, ora en el juzgamiento del mismo, siendo del caso, apenas, proferir la nueva sentencia, luego

de que se haya repuesto el trámite en relación con el delito de "abandono del puesto".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA TOTALMENTE la sentencia del Tribunal Supremo Militar, de que se ha hecho mérito, y ORDENA: 1º—Que se reponga el procedimiento, en cuanto al delito de "abandono del puesto" a RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ, a partir del auto de proceder, inclusive; y 2º—Que se profiera nueva sentencia, en cuanto a los delitos de "abandono del puesto" y "homicidio intencional", una vez rectificado el trámite en cuanto a la infracción penal primeramente citada.

Es válido el procedimiento en lo que respecta al delito de homicidio intencional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

CORRUPCION DE MENORES.—PRETENDIDO ERROR ESENCIAL DE HECHO.—MERITO DEL ACERVO PROBATORIO APORTADO AL PROCESO.

1. De acuerdo con lo sostenido por esta Corporación en forma reiterada y constante, la Corte, en la jurisdicción que le es propia por virtud del recurso extraordinario de casación, está relevada a entrar a sobrepesar en detalle el recaudo probatorio que el Tribunal examinó para sentenciar, porque, en juicios de puro derecho, los juzgadores gozan de un amplio arbitrio en orden a la valoración racional de los elementos de convicción legalmente producidos en el proceso, y, por cuanto, un examen de tal naturaleza solo se justifica, en tratándose de esta causal, cuando ostensiblemente ha habido un error manifiesto en la apreciación de la prueba. De otra manera, tal motivo de casación surgiría como viable con solo alegarlo y fundarlo en simples aspectos de interpretación, los cuales indefectiblemente surgen entre el Juez y la defensa.

2. Para que la llamada por el recurrente "edad sicológica" de la menor, —la cual añade rebasaba el límite previsto en el artículo 326 del C. Penal— pudiera tener incidencia en el presunto error esencial, por lo menos, debía aquélla ser índice cierto y demostrado, no simplemente conjetural, de una anormal precosidad psíquica, que, a su vez, relevara una modificación moral de corrupción en esa persona.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, mediante sentencia datada el 28 de febrero de 1964, condenó a ORLANDO GUZMAN PERDOMO a la pena principal de quince (15) meses de prisión, como responsable del delito de corrupción de menores cometido en la persona de Alba Palomino García, y, además, le impuso las sanciones accesorias del caso. Luego, según fallo calendado el 23 de enero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó, en todas sus partes, el de primer grado.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso de casación el apoderado de Guzmán Perdomo, el cual, una vez sometido al trámite de rigor legal, fue declarado admisible y sustentado ante la Corte, en cuya virtud se procede a decidirlo.

HECHOS:

El Tribunal Superior de Neiva narra de la siguiente manera los hechos que dieron origen a esta investigación:

"... Ante el señor Alcalde de Algeciras compareció el 16 de julio de 1962 el señor Maximino Palomino, de 67 años de edad, con el objeto de formular denuncia criminal contra Orlando Guzmán Perdomo, quien a las nueve de la noche del día anterior había invitado a Alba Palomino García, hija del denunciante, a pasear en un 'jeep' y llevarla a su casa después, lo que no cumplió sino que llevó a la muchacha por la carretera del Caquetá y en el sitio de Campiñas la indujo al acceso carnal, luégo de lo cual la llevó cerca de la casa en las horas de la madrugada".

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, según providencia de 5 de febrero de 1966, sobreseyó definitivamente a favor del procesado; pero el Tribunal Superior de esa ciudad, al revisar en consulta dicha resolución, la revocó y, en su lugar, dispuso llamar a juicio al acusado Guzmán Perdomo por el delito de Corrupción de Menores, de que trata el Capítulo V del Título XII (Libro 2º) del Código Penal.

Posteriormente, se profirieron las sentencias condenatorias reseñadas en la parte inicial y motiva de este fallo de la Corte.

DEMANDA DE CASACION.

El recurrente invoca en el libelo de demanda la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964, y al respecto afirma que la sentencia impugnada "viola la ley sustantiva por infracción directa, aplicación errónea de unas pruebas y falta de apreciación de otras, habiéndose incurrido en errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos".

Al amparo de esta causal se formulan los siguientes cargos:

Primero.—El procesado Guzmán Perdomo consumó el acto que con el carácter de corrupción de menores se le imputa —en el supuesto de que se aceptara su ejecución— por error esencial de hecho respecto a la edad verdadera de la menor Alba Palomino, o sea, dentro de las condiciones contempladas en el ord. 2º del art. 23 del Código Penal; y como el Tribunal se abstuvo de considerar esta circunstancia o cuestión no obstante estar plenamente comprobada, violó dicha norma que, en razón de ese error esencial de hecho, le impedía deducir imputabilidad y, desde luego, responsabilidad al acusado. Expresa el recurrente que la conducta sexual de la menor, como se desprende de la abundante prueba testimonial recogida en el proceso, permitía presumir que "se trataba de una mujer libre y ya conocedora de todos los secretos del amor".

Segundo.—Como consecuencia del anterior cargo —agrega el demandante— la sentencia dio indebida aplicación a los artículos 326 y 317 —inciso 1º—del C. Penal, porque al no poder predicarse la responsabilidad de Guzmán Perdomo "en razón de que tales hechos no estructuran el ilícito tipificado en el auto de proceder y en los fallos respectivos, debe concluírse que no podía darse aplicación" a tales normas.

Tercero.—El recurrente lo resume así: En el tercer cargo se demuestra cómo no existe prueba valedera para sindicar a Guzmán Perdomo de la desfloración de Alba Palomino García y mucho menos para sindicarlo de que hubiera ejecutado con ella actos de primera enseñanza. Esta situación llevó al señor Fiscal Primero del H. Tribunal Superior de Neiva a pedir la absolución del procesado. Y es que realmente no existe prueba distinta testimonial ni de ningún otro orden a la declaración de la presunta ofendida, cuya mendacidad está comprobada por su mismo padre Maximino Palomino, y cuya vida disoluta, que demerita totalmente su testimonio, está igualmente comprobada por innumerables declaraciones". Por lo tanto, la sentencia impugnada violó, por indebida aplicación, los artículos precitados del C. Penal.

Cuarto.—"En el fallo que impugno se da extraordinario valor al dictamen de los médicos legistas, conforme al cual en julio 17 de 1962, Alba Palomino presentaba una desfloración total reciente. Esta circunstancia, sin embargo, por sí sola carece de la relevancia jurídica que se le atribuye. En primer término, porque para que pueda determinar la responsabilidad concreta de alguna persona, debe existir prueba valedera sobre el autor de la desfloración. Ya vimos al hacer el tercer cargo que no existe tal prueba en contra de Orlando Guzmán Perdomo. En segundo término, porque la desfloración, por sí misma, y aceptando los presupuestos de edad, no prueba que se haya estructurado el delito de corrupción de menores, ya que tampoco prueba que el acceso carnal con cuyo motivo se ha producido, sea el primero en el tiempo y menos que constituya acto de primera enseñanza". En consecuencia, la sentencia recurrida violó los artículos 203 a 206, 216 a 218, 223, 260 y 268 del Código de P. Penal y 326 y 317 del C. Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su breve vista fiscal, manifiesta lo siguiente en relación con los anteriores cargos:

"En el caso materia de examen no aparece el error manifiesto en la apreciación de los elementos probatorios por parte del juzgador a que se refiere la causal primera contenida en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, sino discrepancias cualitativas desde el punto de vista del recurrente, las cuales en manera alguna constituyen fundamentos del recurso.

"En efecto, la prueba pericial y documental ampliamente analizada en la sentencia recurrida, con cuyo planteamiento se encuentra acorde este Despacho, no admite duda alguna sobre la edad de la ofendida. La primera la considera en 14 años, teniendo en cuenta la contextura somático-dentaria de Alba Palomino (fl. 3), en tanto que con la partida de bautismo se demostró claramente que la edad real era para la época de los hechos de 15 años y 2 meses.

"De acuerdo con el dictamen de los médicos legistas el cálculo de la edad aparente resultó

inferior al de su edad real, por lo tanto no cabe la hipótesis de un error esencial de hecho por parte del acusado, quien la conocía de tiempo atrás y la cortejaba.

"La 'edad sicológica' a que alude el actor no tiene base jurídica ni doctrinaria de ninguna especie; lo que ha sido motivo de discusión en el caso del artículo 326 del Código Penal, es lo relativo a que si los actos sexuales practicados con la víctima menor de 16 años y mayor de 14 no constituyen hechos de primera enseñanza, esto es que se realicen con mujer ya experimentada en el ayuntamiento ilícito, no existe el delito de corrupción de menores por cuanto no se pervierte ni se le enseña un acto que ignoraba y por consiguiente no hay en tal caso sujeto pasivo de la infracción.

"Las pruebas allegadas a la investigación no demuestran que la menor estuviera ya corrompida o fuera experimentada en cuestiones sexuales; el dictamen pericial indica de manera indudable que su desfloración fue reciente, es decir, los actos consumados fueron de primera enseñanza y las declaraciones allegadas al proceso establecieron que la ofendida era hija de familia sometida a la patria potestad de sus padres legítimos.

"Al testimonio de la joven víctima le dio el Tribunal el valor de plena prueba respecto del autor del hecho criminoso ya que encontró suficiente respaldo en circunstancias indiciarias, tales como el haber reconocido Guzmán Perdomo el hecho de pasearse con la menor en su vehículo particular a altas horas de la noche de los hechos investigados y el regreso de Alba Palomino a la casa paterna, al amanecer del 16 de julio, a donde la acompañó el acusado según consta en la denuncia.

"En tales condiciones, teniendo base racional la apreciación y evaluación de la prueba testimonial, la autonomía que legalmente tiene el juez para razonar, concluír y poner de manifiesto su íntima convicción no es posible desvirtuarla mediante el recurso extraordinario de casación.

"Con ese poder valorativo dado por la ley al juzgador de instancia y con fundamentos jurídicos suficientes estimó consumado el delito de corrupción de menores, porque se demostró el acceso carnal entre un hombre y una mujer mayor de 14 años y menor de 16 y que el hecho atentó contra el honor individual de la víctima, por cuanto el acto tuvo la finalidad de corromper al sujeto pasivo, quien no estaba iniciado en la vida sexual. Por otra parte, encontró base suficiente para imponer mayor sanción por tratarse del acceso carnal en la persona de una mujer virgen".

En tal virtud, concluye el Procurador Delegado en lo Penal, la sentencia en cuestión no debe casarse.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1ª Manifiesta el impugnante que en la sentencia recurrida se ha dado a los hechos un valor probatorio que no tienen. Y agrega— a este mismo particular— que invoca, en cuanto al acto que se le imputa a Orlando Guzmán como corrupción de menores, "el error esencial de hecho con respecto al estado real de la Palomino", consagrado en el ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal, dado que "la edad sicológica de la presunta ofendida rebasa los límites, hasta cierto punto arbitrarios del artículo 326 del C. Penal", si se tiene en cuenta que "la conducta social y sexual" de aquella "implicaba necesariamente el conocimiento de los ajetreos sexuales".

En el caso de autos, pretende el demandante que el caudal probatorio traído a este proceso y el cual se limita a transcribir parcialmente, acredita que Alba Palomino era una mujer liviana y que "a diario se entregaba a quienes pretendían ejecutar con ella el cóito".

De acuerdo con lo sostenido por esta Corporación en forma reiterada y constante, la Corte, en la jurisdicción que le es propia por virtud del recurso extraordinario de casación, está relevada de entrar a sobrepesar en detalle el recaudo probatorio que el Tribunal examinó para sentenciar, porque, en juicio de puro derecho, los juzgadores gozan de un amplio arbitrio en orden a la valoración racional de los elementos de convicción legalmente producidos en el proceso, y, por cuanto, un examen de tal naturaleza sólo se justifica, en tratándose de esta causal, cuando ostensiblemente ha habido un error manifiesto en la apreciación de la prueba. De otra manera, tal motivo de casación surgiría como viable con solo alegarlo y fundarlo en simples aspectos de interpretación, los cuales indefectiblemente surgen entre el juez y la defensa.

Además, ocurre que en los testimonios de cargo —excepción hecha del rendido por Jorge Rendón Duque, quien dice haber realizado el acto carnal por tres veces con Alba Palomino en el

mes de marzo de 1962— no se ha podido señalar a otro hombre distinto del acusado que hubiera tenido esa clase de relaciones sexuales con aquélla. Y en lo atinente a la declaración de Rendón Duque (que el fallo impugnado estima falsa), debe anotarse que el trato carnal que aquél dice tuvo con la ofendida antes del acto imputado a Guzmán Perdomo, no pudo cumplirse por cuanto en la prueba pericial técnica, practicada el día siguiente de los hechos originantes de este proceso (17 de julio de 1962), se estableció que la Palomino presentaba una defloración total reciente, con congestión del perineo, circunstancias indicadoras de la completa unión carnal con una mujer virgen.

De otra parte, en cuanto al pretendido error esencial de hecho respecto a la edad exacta de la menor, cabe agregar estas otras consideraciones:

a) La Palomino, en la fecha de la realización del acceso carnal con el acusado y de acuerdo con la partida de bautismo, tenía quince años y dos meses de edad; esta última, en cambio, se considera en el dictamen médico-legal en 14 años. De lo cual se colige que la ofendida representaba una edad fisiológica inferior a la cronológica, o sea, que aparentaba una edad menor de la que realmente tenía, circunstancia que, por este aspecto, descarta el error esencial de hecho alegado, tanto más si se tiene en cuenta que Guzmán Perdomo conocía a aquélla de tiempo atrás.

b) Para que la llamada por el recurrente "edad sicológica" de la menor, —la cual añade rebasaba el límite previsto en el artículo 326 del C. Penal— pudiera tener incidencia en el presunto error esencial, por lo menos, debía aquélla ser índice cierto y demostrado, no simplemente conjetural, de una anormal precocidad síquica, que, a su vez, revelara una modificación moral de corrupción en esa persona.

c) Las costumbres, maneras y conducta de la menor hija de familia Alba Palomino, quien estaba sometida a la patria potestad de sus padres legítimos, si bien no pueden presentarle como un modelo de recato y de absoluta pureza, tampoco permiten considerarla como una buscona o persona moralmente corrompida, por manera que hicieran creer al procesado que se hallaba ante una mujer, cuando menos, mayor de 16 años, al practicar con ella la cópula carnal.

Se reitera, a este respecto, la glosa antes anotada a la falta de debida fundamentación del cargo en examen, pues el demandante en su libelo no dirige su empeño a la demostración cierta de que en la sentencia impugnada se incurriera en manifiesto error de hecho proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, pues sobre este punto se limita a presentar una interpretación subjetiva acerca del mérito del recaudo probatorio, sin ensayar siquiera una crítica al criterio de estimación del mismo aceptado por el Tribunal al proferir el fallo condenatorio. En efecto, el recurrente, después de reproducir los testimonios que obran en el proceso y sin procurar la valoración del contenido de los mismos, se reduce a postular la conclusión de que "difícilmente se encuentra una mayor concordancia entre los numerosos testigos, cuyo dicho se transcribe, en el sentido de que Alba Palomino no solamente era una mujer fácil sino que a diario se entregaba a quienes con ella pretendían ejecutar el cóito", lo cual acredita el error esencial de hecho. En la sentencia recurrida, el *ad-quem* analizó y apreció, dentro de su arbitrio y de manera detenida, cualitativa y cuantitativamente, como es propio al sistema legal-moral del procedimiento penal colombiano, todos esos elementos de convicción que obran en el proceso, fundando así su decisión, en tanto que el demandante, sin ningún examen crítico ni valorativo de esos mismos elementos de convicción, se limitó a enunciar en forma inconcreta y vaga la opinión de que esa interpretación es errada. Por lo tanto, debe concluírse que el demandante no ha demostrado el error esencial de hecho.

2ª Por acomodarse mejor a la técnica del recurso de casación se procede a examinar el tercer cargo formulado, por cuanto se alega allí por el impugnante que no existe en el proceso prueba distinta de la declaración de la ofendida —cuyo testimonio no merece credibilidad por razón de su vida licenciosa y por estar en contradicción con el de su progenitor—, que permita "concluír que Orlando Guzmán tuvo en la noche de autos acceso carnal con Alba Palomino, ni mucho menos que éste la hubiera desflorado".

A lo cual se observa: a) Las pruebas allegadas a la investigación, según ya se indicara al estudiar el precedente cargo, no acreditan que la menor llevara vida de licencia o corrupción moral; b) La peritación médico-legal estableció la desfloración total y reciente de la menor, a raíz inmediata del hecho denunciado; c) Para deducir responsabilidad contra Orlando Guzmán Perdomo, como autor de la referida corrupción

de menores, el Tribunal Superior de Neiva tuvo en cuenta no sólo el testimonio de la ofendida, sino otras circunstancias indiciarias de importancia que le daban respaldo, a saber: 1º El dicho de Maximino Palomino, padre de la ofendida, que confirma, en parte importante, la anterior declaración, sin que esta última carezca de credibilidad —como de nuevo lo alega el recurrente— por haberse contradicho la menor al haberle manifestado a su progenitor que el día de la ocurrencia de los hechos había estado en un baile y por tal razón llegó a su casa en tardías horas de esa noche. En efecto, como lo expresó la sentencia del Tribunal, esta contradicción es aparente, "porque la muchacha desde un principio le dijo a su padre que Orlando Guzmán Perdomo había pretendido forzarla sin lograrlo, y solamente cuando el padre de Alba comprobó que su hija no había estado en ningún baile, ésta resolvió contarle todo lo sucedido". 2º La indagatoria del procesado, quien reconoce el hecho de haber salido de paseo con la menor por el poblado, en horas nocturnas de la fecha en que ocurrió el suceso investigado y en un automotor particular, como también haberla llevado posteriormente a un lugar cercano a su casa de habitación. Y si bien en esa misma diligencia insinuó el acusado una especie de coartada, ésta, a la postre, resultó inoperante, por cuanto los testimonios recibidos al efecto, imprecisos y faltos de concordancia, no eran aptos para destruír la prueba de cargos.

En tales circunstancias, debe concluírse que el reparo formulado por el demandante a las apreciaciones probatorias del Tribunal, no puede prosperar, tanto porque el recurrente reduce su crítica tan sólo a algunos de los medios de convicción que obran en el proceso, como por cuanto el análisis parcial de esas probanzas tiende únicamente a hacer prevalecer un criterio subjetivo de valoración opuesto al de dicha entidad falladora. No se acomoda a las exigencias de esta causal de casación —como lo ha advertido la Corte con reiteración— "formular reparos parciales al caudal probatorio o pretender hacer primar un criterio subjetivo de valoración opuesto al del Tribunal, porque este sistema de crítica que el actor puede adoptar, no se impondría sobre el que es del legal arbitrio de las instancias, ni enseñaría objetivamente la presencia del error de hecho".

3ª Al formular el cuarto cargo se dice que el Tribunal sentenciador incurrió en error al apreciar la prueba de imputación contra el procesado, porque el hecho de que los médicos legistas anoten en su dictamen una desfloración total y reciente en Alba Palomino, no constituye demostración de que hubiera ejecutado el acto carnal con Orlando Guzmán, ni que el cóito entonces cumplido descarte la posibilidad de que la menor tuviera un himen complaciente o dilatable que le impidiera conocer carnalmente a otros hombres con anterioridad a la época de esa desfloración, tanto más si se tiene en cuenta la conducta licenciosa de la Palomino. En realidad, en la primera parte de este alegato se están repitiendo reparos expuestos en los cargos que ya se dejaron analizados, si bien ahora limita el recurrente su tacha a las apreciaciones probatorias del Tribunal contrayéndola a una sola de las probanzas al estudio de aquél, omitiendo los demás elementos de juicio apreciados en la sentencia recurrida y que fueron suficientemente apreciados, según ya quedó indicado atrás. De otra parte, la defensa se reduce a postular una simple hipótesis al sustentar el recurso de casación, sobre la posible existencia de un himen elástico en la Palomino, que no tiene ninguna demostración en el proceso, y que, además, sustenta en la base falsa de una vida licenciosa de la menor. Por lo tanto, se desecha el cargo.

4º Al invocar el demandante como motivo de casación el de ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de los artículos 326 y 317 del Código de la materia, hace depender esa causal de los cargos antes estudiados y desechados, por lo cual ésta pierde su valor, al no aceptarse aquéllos.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación de que se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUPLIQUESE Y DEVUELVASE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

LA CORTE SE ABSTIENE DE ACLARAR LA SENTENCIA DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 1966.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, refiriéndose a la sentencia de casación recaída en este negocio y en su condición de apoderado de CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, solicita que se aclare el fallo, pues estima que lo resuelto no concuerda con la motivación dejada en ese proveído, ya en lo que atañe al establecimiento en donde el sindicado debe cumplir la medida de seguridad, ora en cuanto a que no se toma en cuenta, como parte cumplida de la reclusión ordenada, el lapso que García Gómez lleva en detención preventiva en la cárcel común.

Anota, además:

a).—Que la encarcelación preventiva de su representado no se cumplió de acuerdo con lo que ordenan los artículos 388 y 390 del Código de Procedimiento Penal.

b).—Que la Corte, "aunque diga que la falta de establecimientos especiales para anormales es una situación de hecho extraña a la jurisdicción, no puede parapetarse en ese razonamiento sólo para que no se le tenga en cuenta al sindicado la reclusión hasta ahora padecida y la que habrá de seguir padeciendo en una cárcel de sumariados, porque al disponerse en ese sentido la Corte ampara la infracción y quebranta la prohibición de que trata el citado artículo 390, comprometiéndose ella misma en esa violación, pues por decisión de la Sala continuará la detención, no computable hasta cuando 'se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno'. Una sentencia, en su parte resolutiva, no puede contener un ordenamiento que la ley sanciona como infracción oficial, ni disponer una cosa que la ley ha prohibido expresamente, lo cual entraña la incongruencia o contradicción que debe ser corregida, para salvar, por lo menos, el imperio de la ley".

c).—Agrega que, "si es una situación de hecho la no existencia de establecimientos especiales para anormales, donde deban estar detenidos preventivamente durante el curso del proceso, como una solución, también de hecho, ha tenido que aceptarse que la detención de anormales en establecimientos comunes hace parte del tiempo de reclusión que por sentencia tenga que sufrir la persona anormal declarada responsable de un hecho penal, del mismo modo que se tiene como parte de la pena para quienes no delinquen en las circunstancias del artículo 29, cualquier tiempo en que por trastornos mentales o sicopáticos deban ser trasladados a hospitales mentales o manicomios".

d).—Dice, asimismo, que "toda resolución que imponga una pena o una medida de seguridad necesita un término cierto, por lo que resulta equívoco e imposible de determinar en el tiempo cuándo una medida de seguridad podrá empezar a cumplirse, si el evento queda condicionado a la voluntad de la Dirección de Prisiones, por una parte, y al supuesto imposible de que exista el establecimiento especial".

e).—Señala, por último, que "de no suprimírsele a la parte resolutiva las condiciones impuestas equívocamente y a sabiendas de la imposibilidad o del capricho gubernamental, podría llegarse al absurdo de que el recluso nunca fuera trasladado a establecimiento distinto al del que hoy es su sitio de reclusión jurisdiccionalmente señalado, provocándose así una aberrante situación jurídica de no cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, de un plazo no definido de detención en blanco y colocándose todos los jueces y funcionarios que han intervenido en el proceso (inclusive la Honorable Corte) en la calidad de infractores de la ley, concretamente en el caso del citado artículo 390".

En posterior memorial, adiciona las consideraciones que ha hecho, así:

"1º—Según el artículo 645 del C. de P. P., para la ejecución de las penas 'se procederá de acuerdo con las siguientes normas:... e) Si de relegación en colonias penales, se observarán las mismas normas que para la ejecución de las penas de presidio, prisión o arresto'.

"2º—Aunque en el caso de que se trata la relegación impuesta es una medida de seguridad y no una pena, habiéndose mantenido al acusado recluído, la relegación del artículo 57 del C. P. no es distinguible de la del artículo 62 ibidem, y por lo mismo, tienen que acogerse las normas de que tratan los artículos 96, 98 y 99 de la obra referida.

"3º—Precisamente sobre el artículo 96, según el cual 'el tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad', la Corte ha hecho varios pronunciamientos de fondo...".

"4º—Con lo transcrito..." (alude a las providencias de la Corte, de 28 de mayo de 1947, G.J.t.LXIII, p. 196, y de 29 de septiembre de 1950, G.J.t.LXVII, p. 528, que el memorialista, según expresa, toma de la codificación de ORTEGA TORRES)..., "pretendo reforzar la demostración de que la parte resolutiva del fallo de casación no puede ser congruente al dejar en blanco el tiempo de detención, como si no existiera la reclusión del acusado, ni en suspenso la medida de seguridad, hasta tanto se promueva y ejecute un acto de orden administrativo, pues con dicho procedimiento, aparte de las violaciones de la ley destacadas en el anterior memorial, se mantendría una aberrante situación jurídica, cuyo único remedio inmediato para no incurrir el fallo en contradicción e incongruencia, tendría que ser la libertad inmediata del acusado en espera de que el Gobierno se invente la colonia agrícola especial de que da cuenta el proveído".

SE CONSIDERA:

1).—La Corte, en sentencia de 6 de mayo de 1946 (G.J.t.LX, p. 517) y de 15 de junio de 1951 (G.J.t.LXIX, p. 767), así como en auto de 30 de junio de 1950 (G.J.t.LXVII, p. 556), ha señalado que también puede aclararse la sentencia, sin embargo de que en el artículo 194 del Código Penal se alude sólo al yerro aritmético, cuando en ella haya frases o conceptos oscuros, según lo dispuesto en el artículo 482 del C. P. Civil, aplicable por virtud del 7º de la obra primeramente citada.

2).—Pero, so pretexto de que se aclaren frases o conceptos oscuros, que en el fallo de casación a que se refiere el doctor Rendón Gaviria no existen, no es procesalmente posible que se introduzca un recurso de reposición contra una sentencia.

3).—No obstante que la Corte en los proveídos que cita el peticionario, estimó en otras ocasiones que el lapso de encarcelación preventiva puede tomarse en consideración como parte cumplida de la medida de seguridad, en el fallo cuya aclaración se solicita concluyó en que el artículo 96 del Código Penal no es pertinente en tales casos, por las razones que en esa providencia se consignan.

4).—La Corte, en la sentencia a que alude el señor apoderado de GARCIA GOMEZ, impuso a éste "la medida de seguridad de reclusión de una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año...", ciñéndose a los preceptos contenidos en los artículos 61, 62, y 64 del Código Penal, que señalan la colonia agrícola especial como el establecimiento en donde deben cumplir tal reclusión, en su caso, los delincuentes de que trata el artículo 29 de la misma obra. Ninguna consideración puede autorizar al juez para modificar la ley. De ahí que la Corte, en la sentencia de 31 de julio de 1946 (G.J.t.LXI, p. 163 y ss.), transcrita en el fallo cuya aclaración se pide, diga: "Ahora bien, si los institutos de readaptación de carácter técnico, tales como los manicomios criminales o las Colonias Agrícolas Especiales, o medidas como la libertad vigilada son de difícil cumplimiento por inexistencia de los mismos o por dificultades económicas imponderables, ello es un problema que no corresponde examinar a los jueces que deben limitarse a cumplir las disposiciones de la ley, sino a la administración que debe dar aplicación a las órdenes y medidas que los jueces señalen".

5).—Asimismo, la Corte, en el fallo de que hace referencia el doctor Rendón Gaviria, dispuso que ese "término no menor de un año... empezará a contarse desde la fecha en que se efectúe" el traslado de GARCIA GOMEZ al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno, como consecuencia obvia de la decisión de no tomar en cuenta el lapso de detención preventiva como parte de la reclusión que debe cumplir el procesado y que subsistirá, no

obstante que venza ese lapso mínimo de un año, si todavía constituye un peligro para la sociedad, según lo que señala el artículo 64 del Código Penal.

En el fallo de casación de 20 de junio de 1941 (G.J.t.LI, p. 353 a 361), también transcrito en la sentencia de que hace mención el doctor Rendón Gaviria, se dispuso: "Antonio Muñoz Leal..., preso actualmente en la Penitenciaría Central de Bogotá, será recluído inmediatamente en un manicomio criminal por un término no menor de dos (2) años, que empezará a contarse a partir de la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno... Mientras se cumple esta sentencia, Muñoz Leal continuará detenido en la Penitenciaría Central de esta ciudad, a disposición del Juez Primero Superior de Bucaramanga, para los efectos del artículo 633 ibidem".

6).—El artículo 633 del Código de Procedimiento Penal dispone que "la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al juez que conoció del proceso en primera o única instancia, mediante orden comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la sanción".

7).—Las consideraciones del memorialista, alrededor del artículo 645 (aparte e) del C. de P. P. y de los artículos 96, 98 y 99 del Código Penal, están claramente enderezadas a sustentar un recurso de reposición, en cuanto a lo resuelto por la Corte de no tomar en cuenta el lapso de encarcelación preventiva como parte cumplida de la reclusión ordenada, recurso que no procede con respecto a las sentencias.

8).—La Corte, ciñéndose, como ya se dijo, a las normas contenidas en los artículos 61, 62 y 64 del Código Penal y precisamente para que se dé cumplimiento al artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, ha dispuesto que el lapso mínimo de un año de reclusión en la colonia agrícola especial que determine el Gobierno, empiece "a contarse desde la fecha en que se efectúe..." el traslado de GARCIA GOMEZ a tal establecimiento. Y tal cosa, como lo dice el artículo 633 del estatuto procesal penal, corresponde hacerlo "al juez que conoció del proceso en primera instancia...".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE ABSTIENE DE ACLARAR, por ser improcedente, la sentencia de 18 de octubre último.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

LESIONES PERSONALES

Situación de aberratio ictus.—La determinación de la responsabilidad penal es cuestión extraña al concepto de cuerpo del delito.—Límite de la facultad de la Corte para estimar las pruebas dentro del recurso de casación.—Causal primera prevista en el art. 56 del Decreto 528 de 1964.

1. Si se trata de un daño en el cuerpo o en la salud de los ofendidos, debido a la actividad de otra persona, es lógico que el cuerpo del delito de lesiones personales resulta plenamente acreditado, así, en hipótesis, no se haya señalado al autor. Las pruebas que permitan imputar el hecho a alguien, suficientemente identificado, hacen relación a la responsabilidad y no al cuerpo del delito.

Es por ello por lo que, auncuando resulte plenamente comprobado el cuerpo del delito, corresponde sobreseer definitivamente en favor del sindicado inocente (ord. 2º del art. 437 del C. de P. P.), y se dispone en el art. 431 de la misma obra que en la parte motiva del auto de proceder se haga "un análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado". Y por igual razón, los arts. 203 y 429 del estatuto procesal distinguen el cuerpo del delito de su autor, cuando aluden a la prueba de aquél y a la de la responsabilidad del sindicado.

Si se tiene una conducta humana (de acción u omisión) y ella coincide con una definición de la ley penal, esa coincidencia (tipicidad) hace relación al cuerpo del delito, y la imputación a su autor (sico-físicas, si se trata de normales) se refiere a la responsabilidad penal.

2º Cabe señalar que la Corte, en diferentes ocasiones, ha expresado que su facultad para estimar las pruebas dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G. J. Tomo LXXXI, Nos. 2160-2161, p. 845-846, y otros).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Yolombó, de veintisiete de abril último, por la cual se le impuso al sindicado recurrente, ENRIQUE OLANO VALENCIA, la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales.

Conoció en primera instancia el Juzgado Penal Municipal de Remedios (Antioquia).

HECHOS:

En el fallo acusado se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El siete de octubre de mil novecientos sesenta, en las horas de la tarde, el señor Santiago Isaza Zea, en su carácter de Juez Municipal de Remedios, se presentó en el paraje denominado 'Tías', de esa jurisdicción, con el fin de practicar una inspección ocular relacionada con la adjudicación de unos baldíos a la 'Compañía Frontino Gold Mines', representada en ese acto por su apoderado, doctor Facio-Lince Tolosa.

"Como secretario del Juez Municipal actuaba Alfonso Naranjo, y como peritos Rafael López y

Juan Manuel Feláez. Concurrió también a la diligencia el Personero Municipal de Remedios, señor Enrique Olano Valencia, lo mismo que la señorita Lilyan Piedrahita, Francisco Pérez y Alejandro Londoño.

"Iniciada la actuación y cuando el juez daba instrucciones a los peritos, colocándose en el primer rumbo de los linderos del terreno, para que éstos constataran su extensión, sus linderos y la existencia de cabezas de ganado, Valencia Olano exigió que el juez recorriera personalmente el inmueble con los peritos y constatara cada uno de esos hechos, pero éste y el abogado de la Compañía manifestaron que eso no era necesario; mas, como Olano insistiera en sus puntos de vista en forma ya descortés, Facio-Lince dijo que desistía de adelantar la inspección ocular y que la solicitaría posteriormente, cuando hubiera otro Personero, pues ya Olano Valencia había increpado al abogado y al juez diciéndoles que estaban vendidos a la Compañía, suscitándose así una discusión agria entre el Personero y Facio-Lince, en el curso de la cual ambos se hicieron mutuas ofensas.

"Olano, a quien Facio-Lince le increpó su actitud ilegal al hacer uso de un reloj y de unos dineros cuando fue secretario de un Juzgado Municipal de Medellín, le dijo a éste que sacara su revólver para que se dieran candela, y acto seguido esgrimió el suyo, disparándolo contra el abogado. Facio-Lince logró coger el suyo, que tenía dentro de una cartera (carriel) y así se produjo un tiroteo del cual resultaron lesionados Facio-Lince y el Juez Municipal, cuando trataba de interponerse entre las dos personas, tratando de evitar el problema.

"Olano Valencia no recibió ninguna lesión y al darse cuenta de los resultados, a pedimento de Facio-Lince dejó caer el revólver, después de haber disparado la carga completa de él".

DESARROLLO DEL PROCESO:

El Tribunal Superior de Medellín, al revisar la providencia calificatoria del sumario proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, confirmó el sobreseimiento definitivo proferido en favor de ALBERTO FACIO-LINCE TOLOSA y FRANCISCO SOLANO PEREZ BARRIENTOS, así como el llamamiento a juicio de ENRIQUE OLANO VALENCIA, por lesiones personales en el primeramente nombrado y en Santiago Isaza Zea, con la modificación de descartar la ocurrencia de una riña y el estado de ira e intenso dolor en el enjuiciado, y aclarando, además, que las heridas causadas a Isaza Zea lo fueron dentro de una situación de *aberratio ictus* y no por imprudencia (culpa). como señaló el juzgador de primera instancia.

Durante el plenario no se trajo ningún elemento de juicio distinto al acopio de pruebas tomadas en cuenta para proferir el auto de proceder.

En la sentencia de primer grado, de 8 de noviembre de 1965, el Juez Municipal de Remedios absolvió a OLANO VALENCIA, porque, se dice, "no existe prueba plena de su responsabilidad y teniendo en cuenta la enorme duda que aún persiste en el proceso...".

Esta resolución fue revocada por el Tribunal Superior de Yolombó, habiendo impuesto, en su lugar, al sindicado OLANO VALENCIA la pena principal de tres (3) años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales de que fueron víctimas Alberto Facio-Lince Tolosa y Santiago Isaza Zea.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor apoderado del recurrente OLANO VALENCIA invoca la causal primera de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pues estima que la sentencia acusada viola, directa e indirectamente, la ley penal sustantiva, pues en ella se incurre en error de derecho y en error de hecho.

Aclara el actor que, "dentro de la técnica de la casación penal, al demostrar la violación de la norma hay que sustentarse o apoyarse, ordinariamente y por lo general, en el acervo probatorio o de juicio que fue tenido en cuenta por el fallador de segunda instancia, bien, mirando a la existencia de la infracción, o ya, en lo relativo a los presupuestos jurídicos de la responsabilidad".

A través de la causal citada, formula los siguientes cargos:

1º—Infracción de los artículos 1º, 2º, 11, 12, 317 y 374 del Código Penal, "toda vez que se

le imputó una causalidad criminosa inexistente, convirtiéndolo..." a Olano Valencia..., "en autor del delito referenciado, sin que a la luz de la verdad procesal esté plenamente demostrado que mi poderdante fue sujeto conciente e impulsador de la causalidad delictiva, obrando, se repite, deliberada e intencionalmente en los hechos".

Afirma que, en cuanto a "las heridas sufridas por los señores Facio-Lince Tolosa e Isaza Zea, causadas con arma de fuego, varios testigos en forma plena y de por sí convincente, sostienen que no se sabe a ciencia cierta quién sea su autor". Agrega que, "yendo del folio 193 al 196, se encuentra que tres personas dispararon sus revólveres, y que son, Alberto Facio-Lince, Francisco Solano Pérez y Enrique Olano, dueños y poseedores de revólveres de la misma calidad o calibre. Si a esto unimos la diligencia de inspección ocular insertada entre los folios 63 a 67 v., tendremos que llegar a la conclusión de que es imposible hablar de nexo de causalidad, parte material del llamado cuerpo del delito juzgado e imputado a mi poderdante, lo que llevó al Honorable Tribunal Superior de Yolombó a caer en flagrante error de derecho, cuando en la sentencia que se acusa condena al encausado Olano por un punible no resultado de su actividad conciente, toda vez que de no existir, como no existe el nexo de causalidad y el resultado, tampoco aparece integrada la actividad y el resultado del procesado, pues no hay cuerpo del delito, el cual remitiéndonos al artículo 272 del Código de Procedimiento Penal se configura por 'los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal...' El "elemento faltante es el de la relación de causa a efecto, toda vez que, se repite, generosa es la prueba testimonial del informativo que sostiene que Olano Valencia no fue el autor de las lesiones personales inferidas a los ofendidos conocidos de autos. Y siendo así, el delito imputado no tiene existencia jurídica, lo que equivale a sostener que el Tribunal Superior de Yolombó cae en el error de derecho cuando se condena a Olano Valencia por un delito inexistente, llevándose de calle las normas sustantivas que regulan la responsabilidad en el campo penal, y específicamente, las invocadas para proferir la condena en la sentencia recurrida".

Expresa el demandante, por último, que el primer cargo se sintetiza en la forma siguiente: El Honorable Tribunal Superior de Yolombó, por innegable error de derecho, al desconocer principios fundamentales de la ley sustantiva penal, atinentes a la imputabilidad y responsabilidad, violó los artículos 1º, 2º, 11º, 12º, 371 y 374 del Código Penal, lo que invalida la sentencia acusada".

2º—Violación de los artículos 203, 204, 205 y 255 del Código de Procedimiento Penal, por indebidas apreciaciones de la prueba, que resume, así:

"1º—Haber dado por probada la responsabilidad de mi poderdante con los testimonios citados en el fallo recurrido, cuando dichos testimonios están pregonando la no autoría del señor Olano Valencia, en las heridas sufridas por Isaza Zea y Facio-Lince Tolosa.

"2º—La confesión de mi mandante, las afirmaciones de Alfonso Naranjo Arango, Rafael López G., Juan Manuel Peláez L., Francisco Pérez B., Alejandro Londoño Henao, la inspección ocular, la falta de pruebas para demostrar el calibre del revólver usado por Olano, a fin de establecer que era único y distinto al calibre de las armas de fuego usadas por Facio-Lince Tolosa y Francisco Solano Pérez, para respaldarla, fueron erróneamente interpretadas por el H. Tribunal Superior de Yolombó, transformándolas, mediante indebida apreciación, de plena prueba de la inocencia de Olano, en plena prueba de su responsabilidad.

"3º—Si respecto al primer motivo o cargo contra la sentencia se demostró el error esencial de derecho en cuanto a la evaluación de los elementos que estructuraron el delito de lesiones personales, y de los que reglan la responsabilidad en el campo penal, ninguna duda hay, en lo que toca y es atinente a los elementos demostrativos de imputabilidad y responsabilidad, en los que erró el sentenciador violando especialmente los artículos 203, 204 y 205 y pertinentes del C. de P. P., para a través de esa violación, quebrantar, como ya se dijo, los artículos 1º, 2º, 11º, 12º, 371 y 374 del C. Penal, normas sustantivas a que se contrae la demanda de casación".

Observa el actor que "podría limitarse el planteamiento de la presente demanda de casación al aspecto examinado...", al primer cargo..., "ya que no estando demostrado plenamente el cuerpo del delito, y sí demostrada la violación de la ley sustantiva por parte del fallador de segunda instancia, la sentencia acusada es inválida. Pero como hay otras violaciones para tratar, causadas por la indebida apreciación de la prueba, pre-

tendo demostrar en el planteamiento de este segundo cargo la forma como fueron violados los artículos 203, 204, 205 y 255 del C. de P. P.".

Anota que, con el fin de llevar más claridad al análisis de la prueba, en demostración de que el H. Tribunal Superior de Yolombó incurrió en errónea interpretación de la prueba, y en falta de justa y verdadera apreciación de ella, me permito presentar, mediante el sistema de doble columna, lo dicho en la sentencia que se acusa, y lo sostenido por los testigos oídos a través de diversas piezas del proceso:

a).—"*Dice el Tribunal:*

"F. 474 ft.—'Que Olano Valencia, después de desafiar a Facio-Lince, fue el primero en disparar contra éste, está establecido en los autos con las declaraciones de Juan Manuel Peláez (f. 2 y 65), Rafael López Gálvez (fs. 7 y 65), Francisco Solaño Pérez (fs. 24 a 26 y 40 a 42), Alfonso Naranjo Arango (f. 8v. a 9) y Alejandro Londoño Henao (fs. 23 a 24), quienes afirman igualmente que fue el sindicado la persona que lesionó al Juez Municipal y a Facio-Lince, en la forma ya explicada suficientemente en el proceso'".

Como contrapuesto a lo anterior, presenta el actor lo siguiente:

"Dice Alfonso Naranjo Arango (Inspección ocular f. 65): 'Me parece muy difícil saber quién hirió a quién, y quién fue el que causó las heridas a don Santiago Isaza. Yo no puedo constatar porque en medio de la confusión que existía y no negando un poco de la sicosis que nos pudo embargar en ese momento, como ya lo manifesté, no puedo aseverar en medio del abaleo quién hirió a quién'.

"Rafael López G. (inspección ocular fs. 65 y 66): 'Tal como lo manifestó el señor Alfonso Naranjo, considero que la posición en que se daban los protagonistas de la tragedia, nada puedo afirmar, porque en el momento en que se suscitó la cuestión me retiré al lado de un fogón de cemento'... 'Considero que el doctor Facio-Lince no pudo haberse herido él mismo y en cuanto al señor Juez Municipal, considero, que al sucederse el candeleo pudo haber sufrido el impacto de cualquier proyectil, que eso lo definen los médicos legistas, porque yo no conocí los calibres de uno y otro revólver'.

"Francisco Solano Pérez B. (Inspección ocular f. 66): 'Estoy en la duda de que haya sido Enrique Olano, porque Enrique Olano estaba cerca a don Santiago y don Santiago se le fue encima a Olano para que no le disparara al doctor Alberto Facio-Lince'.

"Alejandro Londoño Henao (Inspección ocular f. 66 v.): 'Me es imposible decir con seguridad quién fue el que hirió a don Santiago'.

"Juan Manuel Peláez (Inspección ocular f. 66 v): '... Enrique le dijo (a Facio-Lince) que sacara su revólver para que se dieran candela, entonces el doctor Facio dijo: 'Eh, mijo, ya está', y tiró las manos a las alforjas y Enrique se agachó por debajo de la mesa y el doctor Facio hizo el primer tiro y para las pajas del techo del kiosco'".

Manifiesta el demandante que lo anterior contradice, asimismo, la siguiente aseveración del fallo impugnado:

"Peláez, en la inspección ocular, expresa que Facio-Lince aceptó el desafío y tiró las manos a las alforjas e hizo el primer disparo que pasó por las pajas del techo del kiosco, afirmando así que dicha persona no tenía el revólver en sus manos en esos momentos, sino que lo tomó de las alforjas, por lo cual se entiende que al decir que el doctor Facio hizo el primer disparo, se expresa no que él haya sido quien comenzó la acción, sino que al tomar el revólver después de haber disparado el Personero, hizo su primer disparo en la forma y dirección expresadas por el declarante".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expresa que ninguno de los dos cargos propuestos por el actor ofrecen comprobación alguna, pues, de una parte, "sí hay prueba y prueba plena, de que Enrique Olano Valencia fue el heridor de Alberto Facio-Lince y de Santiago Isaza Zea", y, de otra, "no hubo error de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas, habiéndoseles dado su valor exacto por el Tribunal Superior de Yolombó, siendo de forzosa aceptación la sentencia recurrida...".

Al examen de los elementos de juicio, realizado por el señor Agente del Ministerio Público, habrá de referirse la Corte más adelante.

LA CORTE CONSIDERA:

No prospera la causal primera de casación invocada por el demandante, por las siguientes razones:

1ª—No estando, siquiera, sugerido en el proceso que tanto el doctor Alberto Facio-Lince Tolosa como el señor Santiago Isaza Zea se hubiesen ocasionado, cada uno de ellos, las heridas que sufrieron, es obvio que no puede ponerse en duda la existencia del cuerpo del delito de lesiones personales.

Cuestión diferente es determinar la responsabilidad penal, lo cual exige, tratándose de personas normales, que se pueda atribuír sico-físicamente el hecho a alguien, cuestión extraña al concepto de cuerpo del delito.

Si se trata, como en este caso, de un daño en el cuerpo o en la salud de los ofendidos, debido a la actividad de otra persona, es lógico que el cuerpo del delito de lesiones personales resulta plenamente acreditado, así, en hipótesis, no se haya señalado al autor. Las pruebas que permitan imputar el hecho a alguien, suficientemente identificado, hacen relación a la responsabilidad y no al cuerpo del delito.

Es por ello por lo que, aun cuando resulte plenamente comprobado el cuerpo del delito, corresponde sobreseer definitivamente en favor del sindicado inocente (ordinal 2º del artículo 437 del C. de P. P.), y se dispone en el artículo 431 de la misma obra que en la parte motiva del auto de proceder se haga "un análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado". Y por igual razón, los artículos 203 y 429 del estatuto procesal distinguen el cuerpo del delito de su autor, cuando aluden a la prueba de aquél y a la de la responsabilidad del sindicado.

Si se tiene una conducta humana (de acción u omisión) y ella coincide con una definición de la ley penal, esa coincidencia (tipicidad) hace relación al cuerpo del delito, y la imputación a su autor (sico-física si se trata de normales) se refiere a la responsabilidad penal.

No incurrió, por tanto, en yerro alguno el Tribunal Superior de Yolombó al afirmar, en la sentencia acusada, que el cuerpo del delito de lesiones personales está plenamente probado, pues no se ha sugerido, siquiera, que el doctor Facio-Lince Tolosa y el señor Isaza Zea hubieran, cada uno, disparado armas de fuego de corto alcance (revólver) sobre sí mismos, para causarse las heridas que sufrieron, lo cual lleva a señalar un autor extraño, en uno y otro caso, y a que pueda aseverarse que el primer supuesto del fallo condenatorio cuente con plena prueba: el cuerpo del delito de lesiones personales.

En efecto, de las diligencias de reconocimiento médico de los ofendidos, se tiene (f. 92 del Cd. 1º).

"ALBERTO FACIO-LINCE: Presenta herida por arma de fuego, con cicatriz quirúrgica de 10 cmts. de largo, en la parte externa de la región metacarpiana derecha. El proyectil penetró a nivel de la quinta articulación metacarpo falángica derecha, siguió a lo largo del hueso, produciendo extensa fractura conminutiva, actualmente ya consolidada. El proyectil se alojó en la apófisis distal del cúbito derecho. Presenta en la actualidad limitación de los movimientos de flexión del dedo meñique derecho, debido a que el proyectil interesó, seccionándolo, el tendón flexor propio del dedo meñique. También presenta una desviación del dedo de su eje normal. La articulación metacarpo falángica del dedo anular presenta también ligera impotencia para los movimientos de flexión. La incapacidad definitiva fue de treinta días.

"SANTIAGO ISAZA: Presenta herida por arma de fuego, con orificio de entrada en el tercio inferior de la cara anterior del antebrazo derecho; el orificio de salida se encontraba al mismo nivel en la cara posterior. El proyectil penetró inmediatamente por encima de la articulación, lesionando la cápsula y produjo una fractura conminutiva de la cabeza del húmero. En la actualidad presente como secuelas: deformidad del codo derecho, marcada limitación funcional de los movimientos del miembro superior derecho, en especial de la flexión del antebrazo sobre el brazo. En la actualidad está la mano derecha sin funcionalismo. Con el tiempo la intensidad de las secuelas puede disminuírse. Al término de la incapacidad provisional que se establece en 50 días, se hará nuevo reconocimiento".

2ª—El Tribunal Superior de Yolombó encontró plenamente probada la responsabilidad del enjuiciado ENRIQUE OLANO VALENCIA y, en tal virtud, revocó la sentencia absolutoria de primera instancia para imponer la sanción principal de que se hizo mérito.

El examen de los elementos de juicio que se hace en el fallo acusado no ofrece yerro alguno, menos ese error manifiesto que permite invalidar la sentencia, con apoyo en la causal primera de casación (art. 52 del Decreto 528 de 1964). Se hace en la providencia impugnada una crítica racional de la prueba, particularmente en cuanto al testimonio del señor Santiago Isaza Zea, cuya fuerza demostrativa se respalda en otros datos del proceso.

A este respecto, cabe señalar que la Corte, en diferentes ocasiones, ha expresado que su facultad para estimar las pruebas dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G.J.t.LXXXI, Nos. 2160-2161, p. 845-846 y otros).

Se tiene, en efecto:

a).—Dice el señor Isaza Zea, (f. 4 y 4 v. del Cd. 1º):

"Esta manifestación disgustó al Personero Olano y fue entonces cuando dirigiéndose a mí y al abogado de la empresa, señor Facio-Lince, nos dijo más o menos, que estábamos vendidos a la Compañía. Ante su actitud agresiva le manifesté que en mi carácter de Juez Municipal tenía que cumplir con mi deber y que por ello ningún interés tenía yo en esa diligencia. Acto seguido y dirigiéndose al doctor Facio-Lince le dijo que sacara su revólver para que se entendieran y de hecho sacó el suyo y al hacer el primer disparo me produjo la lesión con la cual resulté en el antebrazo de la mano derecha, habiendo salido el proyectil por la parte de encima del codo perforando el hueso... Advierto, sí, que al lesionarme el señor Olano, no fue ese el ánimo de dispararme a mí directamente sino al doctor Facio-Lince, no obstante éste hizo mal en tomar esa actitud. El citado Enrique Olano hizo más de dos disparos, toda vez que con uno de ellos alcanzó al doctor Lince (sic), hiriéndolo en el dedo meñique de la mano derecha, en la primera falange".

b).—Expresa el testigo Francisco Pérez (f. 25 y 25 v.):

"Entonces Enrique Olano le dijo en voz alta al abogado doctor Facio-Lince: 'Armese doctor, para que nos demos candela', y sin darle tiempo de nada le disparó y el señor Juez Municipal se le abalanzó a no dejarlo disparar, diciéndole que no disparara, que no fuera imprudente, y resultó herido en ese momento en que el señor juez intervino...".

c).—Manifiesta el señor Alejandro Londoño Henao (f. 23 v.):

"Allí ya se trabó la cuestión, sacaron los revólveres Enrique Olano y el doctor Facio-Lince y ahí mismo dispararon. Se dispararon ellos dos. Don Santiago Isaza, el juez, pedía paz entre los dos, es decir, colocado entre los dos y allí resultó herido él y el doctor Facio-Lince. Allí se oyeron tres revólveres, el del doctor Facio-Lince, el de don Enrique Olano, Personero Municipal de Remedios, y el de Francisco Pérez...".

d).—Declara Rafael López Gálvez (f. 7 v.):

"Entonces Enrique dijo a Facio (sic): 'Usted lo que quiere es que nos demos candela' y ahí mismo sacó el revólver. El doctor Facio (sic) brincó hacia un sitio para sacar el revólver y entonces don Santiago, el juez, les amonestaba diciéndoles que dejaran esas cosas. El primero que disparó con absoluta seguridad fue el Personero. Se sucedieron muchos tiros, no es fácil precisar cuántos. Enrique se atrincheró de cuclillas y el doctor Facio (sic) se parapetó detrás de una caja de hierro. En el cambio de disparos escuché que el doctor Facio-Lince dijo: 'Hombre, Enrique, estoy herido y el señor juez, también, deja de disparar 'que yo boto mi revólver', y así lo hizo. Enrique tiró de él".

e).—Refiere el testigo Alfonso Naranjo Arango (f. 9 y 9 v.):

"Se incitaron el uno al otro con estas palabras: 'Si quiere que nos demos candela, saque cada cual su revólver' y en diciendo y haciendo y no pudiendo mi persona haber impedido, al doctor Facio-Lince que era el que más cercano estaba a mi persona, pero el revólver de éste se encontraba en unas alforjas que estaban encima de la mesa y no pude impedirle que se apoderara del arma, e inmediatamente se abrieron fuego por encima de nosotros, habiéndose trabado un tiroteo y creo que uno de los vigilantes que acompañaba a la diligencia, de nombre Francisco Pérez (alias 'Kiko'), quien habiéndose resguardado un poco detrás de un muro que queda en el mismo kiosco, también hizo algunos disparos. Después de gritos y haber hecho todo lo posible porque arrojaran las armas, lo cual hicieron Olano y Facio-Lince, después de haber agotado los cartuchos que estaban dentro de los revólveres, terminaba la batalla...".

f).—Relata Francisco Solano Pérez Barrientos (f. 41):

"Y el Personero dijo que se armara para que se dieran candela e instantáneamente le disparó. Entonces el señor juez se le abalanzó al Persone-

ro diciéndole que no hiciera eso, que no disparara, lo que hizo abriendo los brazos, pero no estoy seguro si fue con el primer disparo que hirió al señor juez o con el segundo, y el doctor Facio-Lince le gritaba que se rindiera, que botara el revólver, que él, el doctor, estaba herido y el Personero no atendía y era disparando seguido".

En esta diligencia niega haber disparado su revólver. Pero en la ampliación de indagatoria (f. 42), admite que hizo algunos disparos al aire, con el fin de amedrentar al Personero, señor Olano Valencia, y explica que antes negó, porque estaba muy asustado. En su favor, como se dejó dicho, se profirió sobreseimiento definitivo.

g).—El sindicado recurrente, ENRIQUE OLANO VALENCIA, dice en la declaración de inquirir (f. 16):

"Desde ese momento se trabó entre el señor abogado y el suscrito una discusión bastante acalorada, hasta el punto de ofenderme gravemente, pues me trató de ladrón. Cuando menos lo pensaba, se suscitó un encuentro a mano armada y un tiroteo, por una parte del doctor Facio-Lince y su guarda-espalda, señor Francisco Pérez, apostados ellos detrás del muro de concreto de que antes hablé y yo al frente encuclillado, debajo de una mesa grande, de tablas rústicas, que estaba en medio de dicho kiosco. Don Santiago Isaza que fue el único que intervino para impedir el acto entre el doctor Facio (sic), su compañero y yo, se situó en el medio de los dos y de un momento a otro dijo que lo habían herido. El doctor Facio (sic), oí, cuando dijo que tiráramos los revólveres a la manga e inmediatamente yo fui el primero en hacerlo y después vi que él hizo igual cosa...".

Agrega que "es difícil, de consiguiente, llegarse a saber con qué clase de revólveres resultaron lesionados el señor juez y el doctor Facio (sic). Otro hecho importante es el de que al lado derecho del cuerpo del señor juez daba frente al lugar desde donde disparaba el doctor Facio y el señor Pérez, por lo que se hace presumible que uno de los disparos de ese lado fue el que vino a lesionar a don Santiago, pues si hubiera sido uno de los míos, la herida la hubiera recibido o en el izquierdo o en el cuerpo".

Así, pues, como se dejó observado, el Tribunal Superior de Yolombó le dio suficiente fuerza de convicción al testimonio del señor ISAZA ZEA, quien afirma que tanto él, como el doctor Facio-Lince Tolosa, fueron heridos por el sindicado OLANO VALENCIA. Y en esta apreciación que hace el juzgador de segunda instancia no se encuentra, como se dijo ya, error manifiesto, pues algunos declarantes respaldan esa misma conclusión, la cual, de otra parte, fundamentó el sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Facio-Lince Tolosa y de Solano Pérez Barrientos.

De la sentencia acusada es del caso transcribir lo que sigue:

"Que Olano Valencia, después de desafiar a Facio-Lince, fue el primero que disparó contra éste, está establecido en los autos con las declaraciones de Juan Manuel Peláez, Rafael López Gálvez, Francisco Solano Pérez, Alfonso Naranjo Arango y Alejandro Londoño Henao, quienes afirman igualmente que fue el sindicado la persona que lesionó al Juez Municipal y a Facio-Lince en la forma ya explicada suficientemente en el proceso.

"Peláez en la inspección ocular expresa que Facio-Lince aceptó el desafío y tiró las manos a las alforjas e hizo el primer disparo que pasó por las pajas del techo del kiosco, afirmando así que dicha persona no tenía el revólver en sus manos en esos momentos, sino que lo tomó de las alforjas, por lo cual se entiende que al decir que el doctor Facio hizo el primer disparo, se expresa no que él haya sido quien comenzó la acción, sino que al tomar el revólver después de haber disparado al Personero, hizo su primer disparo en la forma y dirección expresadas por el declarante.

"Para afirmar que el Personero lesionó al señor juez con uno de sus disparos, no se necesita agudeza visual fuera de lo normal, porque lo que se ve no es el proyectil que sale lanzado a gran velocidad, sino la dirección del arma que indica de manera precisa hacia dónde se dirige la puntería, y si en ese momento quien está siendo objeto del blanco es o resulta lesionado, hay que concluír que el lesionador es precisamente quien apuntó y disparó en esa dirección.

"

. . . . . .

"La prueba anterior está diciendo de manera muy clara que el sindicado... no está precisamente diciendo la verdad, al manifestar que 'cuando menos lo pensamos se suscitó un encuentro a mano armada y un tiroteo por parte del doctor Facio-Lince y su guarda-espaldas, señor Francisco Pérez, apostados ellos detrás del muro de concreto de que antes hablé y yo al frente

encuclillado debajo de una mesa grande de tablas rústicas que está en medio del kiosco', con lo cual está afirmando que fue el doctor Facio-Lince quien primero disparó contra él, estando como está establecido que sucedió lo contrario, esto es, que Facio-Lince sólo hizo uso de su revólver que tomó de unas alforjas cuando ya el sindicado había disparado contra él, quedando así desbaratada su versión de que es presumible que alguno de los disparos hechos por Facio-Lince o Pérez hubiera sido el que causó la lesión al Juez Municipal".

No resultan comprobados los cargos que el demandante formula contra el fallo del Tribunal Superior de Yolombó, de que se ha hecho mérito y, en consecuencia, no prospera la causal primera de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Yolombó, fechada el veintisiete de abril del corriente año, por la cual le fue impuesta al procesado ENRIQUE OLANO VALENCIA la pena principal de tres (3) años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales cometido en las personas del doctor Alberto Facio-Lince Tolosa y señor Santiago Isaza Zea.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

DELITO DE RAPTO IMPROPIO

Manifiesto yerro del Tribunal ad-quem al condenar al reo por los delitos de rapto y corrupción de menores, siendo así que sólo se le llamó a juicio por la infracción penal primeramente citada.—La Corte se pronuncia jurisprudencialmente acerca del error en copia, respecto del delito de rapto impropio.—Aplicación del art. 350 del C. P. al caso de autos.—Invocación de la causal 2ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964.

1. El derecho de defensa, consagrado en la Carta, resulta denegado si se condena a alguien por un cargo que no se le ha propuesto en el auto de proceder, pues mal puede adelantar esa persona la defensa de una imputación que no conoce.

2. El delito de rapto impropio, cuya represión resulta del precepto contenido en el art. 350 del Código Penal, no obstante que en las codificaciones y en una de las dos publicaciones que en el Diario Oficial se llevó a cabo de la Ley 95 de 1936 (en la que trae el Nº 23.320 de 29 de octubre de 1936), se incurrió en un yerro tipográfico, al cambiar la palabra "menor" por el vocablo "mayor", pues es obvio que debe estarse al texto mismo de la Ley 95 de 1936 y a la publicación que, ciñéndose a ella en el artículo 351, se hizo en el Diario Oficial Nº 23.316.

No hacerlo así, sería consagrar la impunidad del delito de rapto impropio en los casos en que la mujer sea mayor de catorce años y menor de dieciseis, a cambio de reprimir los eventos en que la víctima tenga una edad superior a los dieciseis años, lo cual resulta ciertamente absurdo.

Así, pues, la norma aplicable es el artículo 350 del C. P. que, según lo anotado, dice: "Si la mujer menor de dieciseis años hubiere prestado su consentimiento para la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en la mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior".

Y en lo pertinente, en el artículo 349 se dispone: "El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, estará sujeto a las siguientes penas: "..... "De uno a cuatro años de prisión, si fuere mayor de catorce y menor de dieciocho.....".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Valledupar contra la sentencia de la misma Corporación, fechada el once de abril último, por la cual se impuso a RAFAEL TERAN VALERA la pena de veintiocho meses de prisión, más las sanciones accesorias del caso, como responsable de los delitos de rapto y corrupción de menores, cometidos en la persona de Silvia Rosa Guzmán Mercado.

Conoció en primera instancia el Juzgado Penal del Circuito de Valledupar.

HECHOS:

La menor Guzmán Mercado los resume así:

"El domingo, dieciséis de los corrientes en la noche..." (junio de 1963)..., "yo me salí con Calixto Terán; él me esperó como a veinte brazas de la casa que tenemos en la trocha de 'Angostura', de allí nos fuimos para 'Agualejos', finca del señor Rafael Solano. Nosotros teníamos diez meses de amores; él me ofreció mi casa y mis chismes y vivir conmigo".

Y el procesado Terán Valera, expresa:

"Sé que se me llama a rendir esta indagatoria por la muchacha que me saqué últimamente y se llama Silvia Rosa Guzmán, hija de Manuel Guzmán y Soledad Mercado, el día domingo dieciséis, en la noche, y la tengo en la finca 'La Esperanza', de Rafael Solano; con ella hago vi-

da marital... Me la saqué de la casa de sus padres, situada en la trocha de 'Angostura', cerca de la finca de los Arias... Estaba señorita y yo la desfloré... Yo me rapté a Silvia Rosa con el fin de vivir con ella y darle su casa y los chismes necesarios".

TRAMITE DEL PROCESO:

Clausurada la investigación, el Juzgado Penal del Circuito de Valledupar, el día ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, llamó a juicio a CALIXTO RAFAEL TERAN VALERA "por el delito de rapto en la menor Silvia Rosa Guzmán Mercado, de que trata el Capítulo I, Título XIV, Libro 2º del Código Penal".

En firme la anterior providencia y agotado el juicio, el cuatro de agosto del mismo año el juzgador de primera instancia impuso al sindicado la pena de un año de prisión, como responsable del delito de rapto. El día diecinueve del mismo mes, Terán Valera fue excarcelado por haber cumplido la pena impuesta.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, con fecha once de abril último, reformó el fallo de primera instancia y dispuso, como ya se anotó, imponer al procesado TERAN VALERA la pena de "veintiocho meses de prisión... por los delitos de rapto y corrupción de menores en Silvia Rosa Guzmán Mercado, de que trata el Título XIV, Capítulo I, Título XII, Capítulo V, Libro I (sic) del Código Penal, respectivamente".

El Magistrado Diógenes Henríquez Pereira salvó el voto, por estimar que únicamente podía tomarse en cuenta el cargo de rapto, formulado en el auto de proceder.

DEMANDA DE CASACION:

Dice el señor Fiscal del Tribunal Superior de Valledupar:

"El numeral 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, erige como causal de casación el hecho de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"Al dictarse la sentencia objeto de esta demanda, se incurrió en la causal puntualizada, por cuanto no existe consonancia entre el cargo que le fue imputado a Calixto Rafael Terán Valera en el auto de proceder y los tenidos en cuenta por el juzgador de segunda instancia para proferirla, pues a éste se le condena también por el delito de corrupción de menores, por el cual no ha sido llamado a juicio, ni juzgado, siendo que únicamente puede ser condenado o absuelto por los cargos que se le concretaron en el enjuiciamiento, y se violó por tanto el artículo 26 de nuestra Constitución Nacional".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal amplía la demanda, a fin de formular un segundo cargo, a través de la causal primera de casación, así:

"La apreciación errada de la prueba, por parte del juzgador de segunda instancia, determinó la aplicación indebida del artículo 326 del Código Penal...", pues ningún elemento de juicio prueba la honestidad sexual de la supuesta ofendida, y, antes bien, "el reconocimiento médico-legal se refiere a que la joven Silvia Rosa Guzmán presenta una desfloración antigua, lo cual demuestra que el acceso carnal a que alude el acusado no fue de primera enseñanza".

LA CORTE CONSIDERA:

Es manifiesto el yerro en que incurrió el Tribunal Superior de Valledupar, al condenar al procesado TERAN VALERA por los delitos de rapto y corrupción de menores, siendo así que sólo se le llamó a juicio por la infracción penal primeramente citada.

Prospera, por tanto, la causal segunda de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, invocada por el demandante.

Tiene cabal fundamento este motivo de casación en el derecho de defensa, consagrado en la Carta, el cual resulta denegado si se condena a alguien por un cargo que no se le ha propuesto en el auto de proceder, pues mal puede adelantar esa persona la defensa de una imputación que no conoce.

En cuanto al nuevo cargo presentado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ningún efecto práctico tiene con respecto a la sentencia que debe proferir la Corte, pues resulta obvio que únicamente se puede ocupar del delito de rapto porque fue llamado a juicio Terán Valera.

Ahora bien:

Da cuenta el informativo de lo siguiente:

a).—Según refiere los hechos la menor Silvia Rosa Guzmán, sin que mediaran violencias o engaños, consintió en abandonar la casa de sus padres para hacer vida marital con el sindicado.

b).—De acuerdo con el informe del Médico Legista y con el acta de bautismo, Silvia Rosa, para la época de los hechos (junio de 1963), tenía una edad entre catorce y dieciséis años, (fs. 8 y 23).

Se trata, entonces, de un delito de rapto impropio, cuya represión resulta del precepto contenido en el artículo 350 del Código Penal, no obstante que en las codificaciones y en una de las dos publicaciones que en el Diario Oficial se llevó a cabo de la Ley 95 de 1936 (en la que trae el número 23.320, de 29 de octubre de 1936), el texto de dicho artículo alude a "mujer mayor de dieciséis años", por las siguientes razones:

1ª—En el volumen 473 del Archivo General del Congreso, correspondiente al Tomo VII de las Leyes de 1936, se halla la Ley 95, de 24 de abril del mismo año, la cual tiene las firmas autógrafas de los funcionarios del Congreso, y del Presidente de la República y de su Ministro de Gobierno, en la sanción ejecutiva. En el artículo 351 (correspondiente al artículo 350 del Código Penal) se habla de "mujer menor de dieciséis años..." Este artículo 351 se halla en la página 41 de la citada Ley 95 de 1936, en el volumen y tomo citados del Archivo General del Congreso.

2ª—En el Diario Oficial número 23.316, de 24 de octubre de 1936, en el cual se publicó también la Ley 95 de 1936, el artículo 351, que corresponde al 350 del actual Código Penal, dice: "Si la mujer menor de dieciséis años hubiere prestado su consentimiento...". Esto es, aparece esta norma de acuerdo con el texto que de la misma se encuentra en la mencionada Ley 95 de 1936.

3ª—Cabe, entonces, concluír que tanto en las codificaciones como en el Diario Oficial número 23.320 de 29 de octubre de 1936, se incurrió en un yerro tipográfico, al cambiar la palabra "menor" por el vocablo "mayor", pues es obvio que debe estarse al texto mismo de la Ley 95 de 1936 y a la publicación que, ciñéndose a ella en el artículo 351, se hizo en el Diario Oficial número 23.316 citado.

4ª—No hacerlo así, sería consagrar la impunidad del delito de rapto impropio en los casos en que la mujer sea mayor de catorce años y menor de dieciséis, a cambio de reprimir los eventos en que la víctima tenga una edad superior a los dieciséis años, lo cual resulta ciertamente absurdo.

Así, pues, la norma aplicable, como se dijo, es el artículo 350 del Código Penal que, según lo anotado, dice:

"Si la mujer menor de dieciséis años hubiere prestado su consentimiento para la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en la mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior".

Y en lo pertinente, en el artículo 349 se dispone:

"El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, estará sujeto a las siguientes penas:

"....

"De uno a cuatro años de prisión, si fuere mayor de catorce y menor de dieciocho...".

En este caso, corresponde señalar el mínimo de la pena, pues no obran circunstancias de mayor peligrosidad y sí la de menor peligrosidad prevista en el ordinal 1º del artículo 38 del Código Penal: La buena conducta anterior del sindicado. También fue este el criterio seguido por el juzgador de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, de que se ha hecho mérito, y en su lugar CONDENA al procesado CALIXTO RAFAEL TERAN VALERA a la pena principal de seis (6) meses de prisión y a la sanción accesoria de interdicción, por el mismo lapso, del ejercicio de derechos y funciones públicas, como también a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, como responsable del delito de rapto impropio cometido en la menor Silvia Rosa Guzmán. Igualmente se le condena a la reparación de los daños privados causados por el delito, condenación que se hace en abstracto por no haber sido avaluados en el proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL PROCESO AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA, EN CARGOS POR ABUSO DE AUTORIDAD, CONCUSION Y FALSEDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para calificar el mérito del sumario adelantado contra el doctor MANUEL GOMEZ PINZON, Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, la Corte toma en consideración lo siguiente:

1º—LOS CARGOS.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en el concepto que ha enviado a la Corte, hace la siguiente relación de las imputaciones hechas al acusado:

"Los señores Alfredo Camargo Belén y Alfonso Contreras Antolínez, en memorial dirigido al señor Procurador del Distrito Judicial de Pamplona, acusaron al Magistrado, doctor Manuel Gómez Pinzón, de haberse ausentado de la sede del Tribunal, del diecisiete al veinticuatro de octubre de 1965, con destino a Bucaramanga. El Procurador, no obstante de que se trataba de una posible infracción disciplinaria, ordenó la ratificación de la denuncia y en una original diligencia a "dúo', los querellantes se ratificaron bajo juramento, acusando a dos voces al doctor Manuel Gómez Pinzón no solamente de la ausencia de Pamplona, sino de haber perjurado al certificar ante esa H. Corte, para concursar para Magistrado del Tribunal de Bucaramanga, que no había sido destituído de cargo público alguno por faltas comprobadas.

"Abierta la investigación, entre innumerables testimonios, se recibió certificación juramentada al doctor Luis F. Urbina, Magistrado de la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Pamplona y en la cual, luego de hacer innumerables cargos sobre la vida social, particular, fisonomía, actos fisiológicos, de urbanidad, economía, de relaciones sociales, afirmó que en un proyecto suyo, como su auxiliar no hallara al doctor Gómez Pinzón, entregó el proyecto a la señorita Cecilia Espinel, auxiliar de éste, quien regresó con el proyecto firmado, y él, el certificante, en presencia del Procurador del Distrito y del Magistrado doctor Acero López, como se le hiciera la firma distinta a la usual del doctor Gómez, levantó un acta al respecto y sobre ella se formuló denuncia ante la H. Corte Suprema, la cual, en sobrio y meditado auto, con ponencia del doctor Montero Torres, el 13 del año en curso, se abstuvo de abrir investigación, por ser relievante la inexistencia del delito, por lo cual, sobre este cargo, por autoridad de cosa juzgada, se carece de jurisdicción para resolver.

"El H. Magistrado doctor Alonso Acero López, en certificación juramentada, en la que, sin la vehemencia y acritud de la del doctor Urbina, hace cargos múltiples al doctor Gómez Pinzón, que nada tienen que ver con la presente investigación, afirmó dos hechos nuevos: Que el doctor Gómez Pinzón, en varios autos que resolvían sobre recusaciones, no ordenó su notificación, sino simplemente el 'cúmplase', y que en el juicio ordinario laboral de Adelina Suárez Durán contra César Villamizar Ramírez, luego de aceptar el impedimento manifestado por el certificante, posteriormente se dictaron otros proveídos que no aparecen en dicho expediente, cuyos folios, a pesar de haber sido conocidos por el doctor Luis Fernando Urbina, el Fiscal, doctor Hernando Gómez Rodríguez, y por mí (el certificante), fueron sustraídos del informativo por insinuación del doctor Gómez Pinzón y se encuentran en poder del doctor Ciro Rodríguez Villamizar, Secretario, para ese entonces, del Tribunal, quien actualmente reside en la ciudad de Bogotá, en la oficina del doctor Salah Villamizar.

"En cuanto a la primera afirmación, de no ordenar la notificación de los autos que resolvían sobre recusaciones, si en realidad constituye una irregularidad, no puede considerarse violatorio de la ley, ya que contra dichas providencias, que se dictan de plano, no procede recurso alguno, por lo cual la notificación carece de finalidad práctica, y el hecho no constituye delito.

"Respecto de la segunda, el H. Magistrado Urbina, en su certificación jurada (p. 52), dice que 'ante la extrañeza de todos los Magistrados, por cuanto su actuación abolía las normas pertinentes del C. P. C. sobre impedimentos, arrancó dos hojas de esa actuación y las reemplazó por otras, las cuales son las que hoy figuran en el proceso', precisando, así, el cargo.

"Por último y oficiosamente, el señor Fiscal Instructor, recibió el testimonio de Horacio Cortés, quien afirmó bajo la gravedad del juramento, que en el juicio sucesorio de Salvador Urbina, del cual el declarante era apoderado general, al subir en apelación al Tribunal, el Magistrado doctor Gómez Pinzón, en la esquina de la casa del doctor Alfredo Lamus Girón, le manifestó que tendría mucho gusto en ayudarle en ese negocio que le había correspondido, como Magistrado Ponente y que más tarde, en la tienda de Gregorio, donde funciona la empresa Bolívar, le exigió que para resolver sobre el negocio necesitaba la cantidad de cinco mil pesos.

Todos estos son los cargos hechos en este largo y fastidioso expediente, en que se investigó no solamente las posibles violaciones de la ley penal, sino toda la conducta social, económica, sicológica, del doctor Manuel Gómez Pinzón, en que los declarantes, con acerbía suprema, con rencor inocultable, vertieron su odio, sin que esas exposiciones fueran necesarias, ni tuvieran nada que ver con las condiciones del proceso y las comisiones conferidas por la H. Corte, haciendo difícil, arduo y fastidioso el estudio del proceso".

2º—LOS DESCARGOS.

Dice el acusado, en cuanto a los cargos de que fue objeto, lo siguiente:

a).—Que no estuvo ausente de Pamplona en el lapso comprendido entre el 17 y el 24 de octubre de 1965 y agrega que asistió a su Despacho de Magistrado y cumplió con los deberes propios de su función jurisdiccional.

Esta aseveración del doctor Gómez Pinzón encuentra respaldo en la diligencia de inspección ocular cumplida en la oficina del sindicado, pues de ella se desprende que en el período aludido del mes de octubre del año próximo pasado sí concurrió al Tribunal Superior de Pamplona y atendió los asuntos a su cargo.

Y, asimismo, le da apoyo el testimonio de la señora Carmen Bautista, al reconocer el documento que obra al folio 173 del informativo, el cual hace relación al pago que el doctor Gómez Pinzón hizo a aquella señora, por servicio de hotel, documento que expresa:

"HOTEL ANZOATEGUI. — Pamplona.—Cuenta de M. Gómez Pinzón.—Entró el 28 de septiembre de 1965.—Se retiró el 24 de octubre (27 días cancelados).—Volvió al 'Anzoátegui' el 26 de octubre.—Se retiró del "Anzoátegui" el 12 de noviembre.—Había pagado hasta el 24 de octubre.—Total, 18 días de alimentación, entre octubre 26 y noviembre 12.—Extras, tres comidas... Recibí, Carmen Bautista".

Sobre este mismo particular, la señora Bautista afirma bajo la gravedad del juramento: "Sí, señor, duró quince días..." (en mi hotel)... "comiendo y durmiendo, pues me parece que fue en octubre, e hizo un viaje a Bucaramanga en ese mes, me parece que fue un sábado a medio día y regresó el lunes en la mañana, y no se ausentó más mientras estuvo en mi hotel" (f. 138 del expediente).

Es cierto, según el testimonio de José Absalón Durán Mendoza (fs. 98 y 99), representante de la agencia de transportes "Copetrán", en Pamplona, que el doctor Manuel Gómez Pinzón obtuvo en esa empresa el tiquete número 137-157, para viajar a Bucaramanga. Pero si se tiene en cuenta que el día de su expedición, 17 de octubre de 1965, correspondió a un domingo y aún en el supuesto de que el sindicado hubiera realizado tal viaje, ello no significa que hubiera estado ausente de Pamplona en el lapso a que se refieren los denunciantes Camargo Belén y Contreras Antolínez, y, antes bien, se compagina este dato con la declaración de la señora Bautista, quien da cuenta, como se dejó anotado, que en el mes de octubre referido el doctor Gómez Pinzón viajó un día sábado (debió ser el día domingo) a Bucaramanga y regresó el día lunes siguiente, por la mañana.

Cabe observar, además, que los declarantes Camargo Belén y Contreras Antolínez, cuya rati-

ficación bajo juramento la cumplió el señor Procurador del Distrito Judicial de Pamplona conjuntamente, a "dúo" (como anota el señor Agente del Ministerio Público, colaborador de la Corte), no ofrecen credibilidad en sus aseveraciones, ora por los elementos de juicio antes relacionados que contradicen el cargo que se examina, ya por el franco odio que ponen de manifiesto hacia el acusado, como se desprende del memorial, que también conjuntamente, suscriben tales denunciantes (f. 117), en el cual se lee: "En nuestra calidad de denunciantes en el proceso de la referencia, en el que se investigan diversos hechos delictuosos cometidos por el perjuro, falsario, prevaricador, abusario y mentecato Manuel Gómez Pinzón, Magistrado que deshonra la Administración de Justicia de Colombia...".

b).—En lo que respecta al cargo de perjurio, propuesto en la razón de que el doctor Manuel Gómez Pinzón, al concursar para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, el 10 de febrero de 1965, hizo bajo juramento la manifestación "de que no he sido condenado por delito alguno, ni sancionado correccionalmente por falta, ni destituído por nada comprobado, ni suspendido por acción u omisión de ningún puesto...", si bien por el Decreto número 3584, de 23 de octubre de 1948, se dispuso retirarlo "del servicio de las Fuerzas Militares... por mala conducta e incompetencia para el desempeño del cargo" de Juez Militar de la Brigada (fs. 254 a 255), la Corte no tienen competencia para resolver, atendido que no se trata de comportamiento realizado en el ejercicio de las funciones de Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona.

Sobre el particular, corresponde enviar copia de las siguientes piezas del proceso al reparto de los Jueces Penales Municipales de Bogotá a fin de que se disponga lo que resulte pertinente: Documento de los fs. 15 y 16; documento de los fs. 19 a 25; diligencia de indagatoria del doctor Manuel Gómez Pinzón, fs. 99 v. a 115; ampliación de la misma indagatoria, fs. 205 a 207; copia de los documentos que obran a los fs. 254 a 255; auto de los fs. 260 a 261; oficio de los fs. 262 a 263; documento de los fs. 270 a 271 v.; folio 277 (pg. 5ª) del concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal (segundo párrafo) y f. 280 (pg. 8ª) del mismo concepto (primer párrafo).

Así lo solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuando observa:

"PERJURIO.—Al declarar bajo la gravedad del juramento, no haber sido destituído por causa comprobada, el doctor Manuel Gómez Pinzón lo hizo como aspirante a Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, pero nunca como Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, ni en ejercicio de las funciones de tal, por lo que no es delito de responsabilidad y esa H. Corte Suprema carece de jurisdicción para conocer, por tratarse de un delito común, de acuerdo con la ley y reiterada jurisprudencia de esa alta entidad, por lo cual debe abstenerse de resolver al respecto".

c).—Expresa el acusado, doctor Manuel Gómez Pinzón, que la firma "Manuel Gómez Pinzón" que aparece en el fallo de 2 de diciembre de 1965, recaído en la queja contra el Juez Promiscuo Municipal de Labateca, es suya y que, de consiguiente, ninguna falsedad existe, sobre el particular.

Como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, la Corte, en proveído de 13 de junio último, se abstuvo de abrir investigación contra el doctor Gómez Pinzón, por tales hechos. De dicho auto corresponde transcribir:

"En la fecha indicada, el Tribunal de Pamplona, con ponencia del Magistrado doctor Urbina, aprobó un fallo de absolución respecto del referido Juez Promiscuo Municipal de Labateca, fallo para el que el expresado Magistrado Ponente ordenó a su secretaria, señorita Mercedes Villamizar, recoger las firmas de los Magistrados que debían suscribirlo, entre ellas, la del doctor Gómez Pinzón.

"La señorita Villamizar, como no estuviera en su despacho el doctor Gómez Pinzón, le entregó el fallo a la secretaria, señorita Cecilia Espinel, persona que tomó la calle, llevándose consigo aquél, y que regresó al Tribunal después de algún rato ya con la firma del doctor Gómez Pinzón recogida.

"El Magistrado, doctor Urbina, examinó la firma del doctor Gómez Pinzón y como sospechó de su autenticidad, llamó a su colega, el Magistrado doctor Acero López, y entre los dos levantaron un acta en torno al inquietante particular e hicieron intervenir al señor Procurador del Distrito, doctor Guzmán Pineda Ropero.

"El Magistrado doctor Gómez Pinzón, mediante certificación del 14 de diciembre, declaró que la firma era suya y explicó que como el dos del expresado mes, fecha del fallo disciplinario, en

virtud de enfermedad no había podido concurrir a su despacho, su secretaria, señorita Cecilia Espinel, le había recogido la firma, aserción que la predicha secretaria confirma en su testimonio, rendido ante el Procurador del Distrito de Pamplona el 7 de diciembre. En estas condiciones, como es obvio, carece de objeto abrir cualquier investigación".

Y con respecto de un supuesto cambio de folios en el juicio ordinario laboral de Adelina Suárez contra César Villamizar, la Corte acoge la conclusión a que llega el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a saber:

En cuanto "al cambio de dos folios..., a que se refieren los doctores Urbina y Acero, de acuerdo con lo dicho por el primero, de que ese auto estaba en desacuerdo con lo dispuesto en el C. de P. C., no habiéndose notificado, esto es, salido del Despacho del Magistrado Ponente, éste podía cambiarlo, reformarlo, ajustarlo a los mandatos de la técnica jurídica, sin que esto constituya falsedad alguna. Dicho auto, mientras no haya salido a la Secretaría para notificación es apenas un proyecto, aun cuando haya sido sacado en limpio, pudiendo ser modificado, corregido, pulido, ampliado, sin que ello constituya violación alguna de la ley penal... Debo, sí, advertir a la H. Corte Suprema de Justicia, que el señor Fiscal 20 Instructor, por auto visible al folio 132 del informativo, ordenó sacar copias de lo actuado para que de este delito, que él erróneamente consideró delito común, conociera el Juez del Circuito de Pamplona, por lo cual debe oficiarse a dicho funcionario, al respecto, ya que dicha falsedad, si existiese, solamente la hubiera podido cometer el doctor Manuel Gómez Pinzón, como Magistrado, ya que el cambio de folios, o el de firma, lo hizo en tal condición".

d).—Y en cuanto al cargo de concusión, es enfático el doctor Manuel Gómez Pinzón en rechazar las aseveraciones del señor Horacio Cortés.

Este último, sin embargo de que en su declaración del f. 143 dijo que el acusado "le exigió que para que resolviera sobre el negocio de que me había tratado necesitaba la cantidad de cinco mil pesos", en la diligencia de careo con el sindicado cambia la versión y expresa: "Y me dijo: 'El negocio de Urbina ya pasó al Tribunal y me correspondió a mí como Magistrado Ponente!. Seguidamente me dijo: "Necesito cinco mil pesos. Se los solicito'. Y yo le contesté: Ahí nos vamos viendo". Y antes, en ese mismo careo, Horacio Cortés había referido que a través de su hijo Daniel Felipe Latorre , por varias ocasiones, le había prestado algunas cantidades de dinero.

El comportamiento de este declarante llevó al funcionario instructor a disponer, en providencia de 24 de junio del corriente año (f. 242), lo siguiente:

"Por cuanto el testigo HORACIO CORTES DUARTE, en la diligencia de careo practicada en el día de ayer entre él y el sindicado en estas diligencias, doctor Manuel Gómez Pinzón, Magistrado del Tribunal Superior de esta localidad, incurrió en contradicción manifiesta con respecto a lo aseverado en su declaración rendida en este Despacho el día quince de los cursantes mes y año, diligencias en las cuales fue juramentado legalmente... considera que el mencionado testigo Horacio Cortés Duarte ha incurrido en el delito de falso testimonio. En virtud de lo enunciado, ordénase que por la secretaría de este Despacho se compulsen las copias de lo pertinente, tanto de la declaración como de la diligencia de careo practicado... a fin de que se inicie la correspondiente investigación penal por el funcionario del conocimiento, que lo es el Juez Penal Municipal...".

Las copias ordenadas fueron remitidas al reparto de los Jueces Penales Municipales de Pamplona, el día 24 de julio del corriente año.

3º—CONCLUSIONES:

En cuanto a los cargos que, con el carácter de delictuosos, abandono del cargo (art. 178 del C. P.), falsedad en documentos (art. 231 de la misma obra) y concusión (art. 156 ibidem), fueron formulados por varias personas en estas diligencias y de los cuales puede ocuparse la Corte para resolver sobre el mérito de lo averiguado, corresponde concluír que no tuvieron ocurrencia y, por tanto, es el caso de sobreseer definitivamente en favor del Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, doctor Manuel Gómez Pinzón, de acuerdo con lo señalado en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, como lo pide el señor Agente del Ministerio Público.

4º—OTRAS ACUSACIONES:

El doctor Luis Fernando Urbina S., Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, oficiosa-

mente reitera una serie de acusaciones contra el doctor Gómez Pinzón, las cuales son materia de un proceso disciplinario que adelanta la Corte y del cual conoce el Magistrado, doctor Luis Carlos Zambrano, cargos relacionados con la conducta social y privada del sindicado, de los cuales, como es obvio, no puede ocuparse la Corte en esta providencia.

Pero sí es del caso, para hacer resaltar el grado de enemistad que existe entre el doctor Urbina y el sindicado doctor Gómez Pinzón, anotar el afán acusador del primeramente nombrado, como que lo lleva hasta señalar hechos como el de que el sindicado no le da la acera a las señoras, "no va al sanitario sino que usa en el Despacho un recipiente de lata contra todo sentido de la asepsia", y que "llegó al Tribunal sin ninguna hoja de servicios, sino meramente por propensión irresistible a la intriga más baja, pues ni siquiera había vivido en este Departamento los cinco años que exige la Constitución Nacional para ser Magistrado".

Sobre lo último, la Corte está en el deber de afirmar que la designación que le hizo para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona fue confirmada porque el nombrado acreditó las condiciones constitucionales para ejercer, en el Departamento de Norte de Santander, las funciones pertinentes. Y sobre la idoneidad intelectual del doctor Gómez Pinzón, obran en este proceso los informes del doctor Antonio Rocha A. y de Monseñor José V. Castro Silva, que señalan a aquél como merecedor del cargo de Magistrado, y también aparece que en el año de 1940 fue designado como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Asimismo, el doctor Juan de la Rosa Luna, Fiscal del Juzgado Superior de Pamplona, declara que, "habiendo observado frecuentemente los actos del doctor Gómez Pinzón, como Magistrado y particular, tiene la absoluta certeza de su integridad moral y de su prestigio profesional adquirido por sus estudios y su adiestramiento en la abogacía; de modo que, reiterando lo que dije en otra ocasión, él realza el nivel del cargo que desempeña y sirve de ejemplo de ciudadano y de patriota", (fs. 19 a 25 del expediente).

Sobre la falta de buenas relaciones del acusado, doctor Gómez Pinzón, con los doctores Urbina y Acero López, también estos dos últimos Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona y testigos de cargo en este negocio, el Secretario de esa Corporación, señor Carlos Julio Villamizar Girón, declara: "La conducta de él..." (del doctor Gómez Pinzón)... "como funcionario es correcta en el sentido de que no se embriaga, asiste con regularidad al Tribunal y en cuanto a relaciones con las empleadas y Magistrados hay algunas desaveniencias, especialmente con los H. Magistrados de la Sala Civil y con algunos empleados subalternos".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del Sr. Procurador Primero Delegado en lo Penal, RESUELVE: 1º—SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en favor del Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, doctor Manuel Gómez Pinzón, en cuanto a los cargos de abuso de autoridad, concusión y falsedad en documentos que le fueron formulados.—2º—Remitir al reparto de los Jueces Penales Municipales de Bogotá las copias de las diligencias y documentos citados en la parte motiva de este auto, a fin de que se resuelva lo que corresponda, en cuanto al cargo de perjurio hecho al doctor Manuel Gómez Pinzón, y, 3º—Enviar copia de este auto al Juez del Circuito de Pamplona, para que disponga lo que sea del caso, con respecto al negocio que, por el supuesto delito de falsedad, adelanta en relación con hechos de que se ocupa la Corte, en esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

PARTE CIVIL Y RECURSO DE CASACION

La Corte, con fundamento en normas de la Reforma Judicial, modifica la doctrina imperante respecto de que la parte civil, en tratándose de indemnización de perjuicios, puede recurrir en casación no sólo de sentencias condenatorias sino también de las absolutorias.—Cuantía para recurrir.

La jurisprudencia de la Corte, que como es obvio, se basaba en los textos vigentes, anteriores al Decreto 528 de 1964, era el resultado de un razonamiento evidente.

Efectivamente, el artículo 558 del C. de P. P. sólo daba potestad para interponer el recurso de casación al Agente del Ministerio Público y al procesado (personalmente o por medio de su representante o defensor). O sea que negaba este derecho a la parte civil.

A ésta, por virtud del artículo 559, le otorgaba, al igual que a las mencionadas en el artículo anterior, el de interponerlo contra las sentencias condenatorias en las causas en que el recurso era admisible per se, en lo referente a la indemnización de perjuicios si la cuantía de éstos fuera o excediera de tres mil pesos ($ 3.000.00).

Por ninguna parte aparecía, pues, el derecho expreso a recurrir de las sentencias absolutorias aun cuando fuesen de las descritas en los artículos 556 y 557 de la codificación procesal penal, sino que, por el contrario, decía de un sólo caso. Por tanto, donde decía de uno, se excluía lo otro: "Qui de uno dicit, de altero negat".

Establece, hoy, el artículo 57 del Decreto 528 de 1964:

"El recurso de casación podrá ser interpuesto por el agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil.

"Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, sólo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos.

"En este caso sólo son procedentes las causales de casación en materia civil.

PARAGRAFO.—Lo dispuesto en este artículo sobre la cuantía para recurrir en casación no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia".

La sola comparación del texto del inciso primero de este precepto, con el artículo 558, lleva a la conclusión de que se introdujeron reformas de redacción y una reforma de fondo. Las primeras son: en lugar de decir "este recurso" (venía reglamentado el de casación, según el título del capítulo), se dijo "el recurso de casación"; en vez de expresar que el procesado puede interponerlo personalmente o por su representante o defensor, mejoró —técnicamente— la redacción diciendo "por el procesado, por su defensor". Y la segunda, que es la esencial, agregó: "y por la parte civil". Este inciso, contentivo de tal modificación no hizo distingo alguno entre sentencias absolutorias y sentencias condenatorias.

Lo que significa que de toda sentencia absolutoria casable según el artículo 55 del Decreto comentado, puede recurrir la parte civil.

No contraría esto el significado esencial de la casación, puesto que en la absolución puede haberse agraviado la ley con perjuicio coetáneo de la parte civil, a la que puede habérsele privado definitivamente y por modo indisoluble con aquella violación, de su derecho de obtener indemnización de perjuicios, ya que dicha absolución inhibe la acción ante los jueces civiles en los casos del artículo 28 del código de procedimiento penal.

De otro lado, cuando existe sentencia condenatoria, la parte civil —y esto es lo que preceptúa el citado artículo 57 en su inciso segundo— sólo puede recurrir para los efectos allí previstos —resarcimiento del daño causado por la infracción— y siempre que la cuantía de su interés sea o exceda de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). De suerte que para recurrir en casación de las sentencias absolutorias casables según el artículo 55 ibidem, no existe limitación, pero si para las condenatorias.

Y esta limitación se explica porque si la parte civil recurriera de un fallo condenatorio meramente para buscar una agravación de las sanciones penales, tendríamos que, a pretexto de defender la ley y no obs-

tante que la condenación al pago de perjuicios, en abstracto o en concreto, se haya verificado, se habría desviado la casación no sólo de su fin primordial —esa defensa de la ley— sino del secundario que es el objetivo de la acción civil: el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal (art. 24 del C. de P. P.). Se estaría buscando la venganza privada y resucitando la famosa "acusación particular".

Las limitaciones en cuanto a la cuantía (inciso 2º) y las reglas civiles sobre las causales de casación (inciso 3º) obedecen a las mismas razones que obligan, en materia civil, a fijar una cuantía para que el negocio pueda ser objeto del recurso y a la técnica de la materia ya convertida en meramente civil desde que el presupuesto básico para el resarcimiento de perjuicios —la condena penal— existe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, D.E., noviembre diez y siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Las razones que tuvo en cuenta la mayoría de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla para no conceder el recurso de casación contra su sentencia de veintiúno (21) de julio de este año a virtud de la cual confirmó la del Juzgado Primero Superior del mismo Distrito Judicial que absolvió a ANTONIO CHEIJ por los delitos de abuso de confianza y de hurto, son, en síntesis, las siguientes:

I) Que el recurso de casación que tiene derecho a interponer la parte civil procede contra los fallos condenatorios en lo atañedero a la indemnización de perjuicios cuando la cuantía de éstos exceda de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) y que así lo ha sostenido la Corte cuando ha dicho que "La parte civil no puede ocurrir en casación contra los fallos absolutorios. La parte civil tiene dentro del proceso penal sus limitaciones precisas y determinadas, sin que puedan atribuírse otras como sería si a pesar del texto expreso del artículo 559 del C. de P. P., se extendieran las facultades que la ley otorga hasta recurrir en casación contra sentencias absolutorias" (la cita corresponde a la providencia del Tribunal).

II) Que aquí se trata de una sentencia absolutoria.

III) Que aunque se ha pretendido que el Decreto 528 de 1964 —en su artículo 57— otorga también a la parte civil el derecho de interponer el recurso de casación contra las sentencias absolutorias, ello no es así porque el aludido estatuto no hizo sino refundir, en sus artículos 55, 56 y 57 lo que el Código de Procedimiento Penal disponía en sus artículos 556, 557, 558 y 559, derogando tan sólo el 557, hoy inoperante por haber sido suprimidos los Juzgados de Circuito. "El artículo 57 del Decreto —escribe el Tribunal— refunde en un solo artículo lo que venía dispuesto en los 558 y 559 del C. de P. P., pero los principios reguladores del recurso han quedado en pie, basta para ello observar que el mismo artículo 57 que se viene comentando, refiere a las causales de casación en materia civil, la casación penal por perjuicios, única que puede interponer la parte civil".

IV) Que, según antecedentes históricos, se ha suprimido la idea de que la casación tiene por objeto "enmendar los agravios inferidos a las partes", por lo cual la Corte ha podido decir que su fin es únicamente la defensa de la ley, concepto general que aprovecha no sólo a las partes sino a la comunidad. Y que como la parte civil sólo busca obtener el pago de perjuicios, esta idea resulta meramente de interés privado y particular.

Agrega conceptos del profesor Pérez Vives sustentatorios de su tesis.

Pero la Corte tiene las siguientes razones para conceder el recurso:

I.—El ofendido, constituído en parte civil, ha acudido de hecho ante la corporación por medio de apoderado (arts. 193 y 562 del C. P. P.).

II.—Del auto en que se negó el recurso se solicitó, oportunamente, la reposición y en subsidio se pidieron, y fueron expedidas, las copias pertinentes, dándose exacto cumplimiento al artículo 513 del C. J.

III.—Estas copias fueron entregadas el 2 de noviembre en Barranquilla y recibidas en la Corte el 4 de noviembre, es decir, dentro de los términos de la ley, y con ellas el escrito en que se fundamenta el derecho que se cree tener para que se conceda el recurso impetrado (art. 514 del C. J.).

IV.—La sentencia fue dictada en segunda instancia por un Tribunal Superior —de Barranquilla— en causa cuyo conocimiento correspon-

dió a un Juez Superior, que lo fue el Primero del mismo Distrito Judicial (ordinal 1º del artículo 55 del Decreto 528 de 1964).

V.—La parte civil sí tiene derecho a recurrir en casación contra sentencias absolutorias que por sí mismas sean susceptibles de dicho recurso.

Pero como éste es el punto sometido a discusión y es la primera vez que esta Sala, después de la reforma judicial, se ocupa del tema, conviene anotar, no sólo para resolver el caso subexamine sino para precisar una interpretación doctrinaria, lo que sigue:

La jurisprudencia de la Corte, que, como es obvio, se basaba en los textos vigentes, anteriores al Decreto 528 de 1964, era el resultado de un razonamiento evidente.

Efectivamente, el artículo 558 del C. de P. P. sólo daba potestad para interponer el recurso de casación al Agente del Ministerio Público y al procesado (personalmente o por medio de su representante o defensor). O sea que negaba este derecho a la parte civil.

A ésta, por virtud del artículo 559, le otorgaba, al igual que a las mencionadas en el artículo anterior, el de interponerlo contra las sentencias en las causas en que el recurso era admisible per se, en lo referente a la indemnización de perjuicios si la cuantía de éstos fuera o excediera de tres mil pesos ($ 3.000.00).

Por ninguna parte aparecía, pues, el derecho expreso a recurrir de las sentencias absolutorias aun cuando fuesen de las descritas en los artículos 556 y 557 de la codificación procesal penal, sino que, por el contrario, decía de un solo caso. Por tanto, donde decía de uno, se excluía lo otro: "Qui de uno dicit, de altero negat".

Establece hoy, el artículo 57 del Decreto 528 de 1964:

"El recurso de casación podrá ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil.

"Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, sólo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos.

"En este caso sólo son procedentes las causales de casación en materia civil.

"PARAGRAFO.—Lo dispuesto en este artículo sobre la cuantía para recurrir en casación no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia".

La sola comparación del texto del inciso primero de este precepto, con el artículo 558, lleva a la conclusión de que se introdujeron reformas de redacción y una reforma de fondo. Las primeras son: en lugar de decir "este recurso" (venía reglamentado el de casación, según el título del capítulo), se dijo "el recurso de casación"; en vez de expresar que el procesado puede interponerlo personalmente o por su representante o defensor, mejoró —técnicamente— la redacción diciendo "por el procesado, por su defensor". Y la segunda, que es la esencial, agregó: "y por la parte civil". Este inciso, contentivo de tal modificación, no hizo distingo alguno entre sentencias absolutorias y sentencias condenatorias.

Lo que significa que de toda sentencia absolutoria casable según el artículo 55 del Decreto comentado, puede recurrir la parte civil.

No contraría esto el significado esencial de la casación, puesto que en la absolución puede haberse agraviado la ley con perjuicio coetáneo de la parte civil, a la que puede habérsele privado definitivamente y por modo indisoluble con aquella violación, de su derecho de obtener indemnización de perjuicios, ya que dicha absolución inhibe la acción ante los Jueces Civiles en los casos del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

De otro lado, cuando existe sentencia condenatoria, la parte civil —y esto es lo que preceptúa el citado artículo 57 en su inciso 2º— sólo puede recurrir para los efectos allí previstos —resarcimiento del daño causado por la infracción— y siempre que la cuantía de su interés sea o exceda de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). De suerte que para recurrir en casación de las sentencias absolutorias casables según el artículo 55 ibidem, no existe limitación, pero sí para las condenatorias.

Y esta limitación se explica porque si la parte civil recurriera de un fallo condenatorio meramente para buscar una agravación de las sanciones penales, tendríamos que, a pretexto de defender la ley y no obstante que la condenación al pago de perjuicios, en abstracto o en concreto, se haya verificado, se habría desviado la casación no sólo de su fin primordial —esa defen-

sa de la ley— sino del secundario que es el objetivo de la acción civil: el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal (art. 24 del C. de P. P.). Se estaría buscando la venganza privada y resucitando la famosa "acusación particular".

Las limitaciones en cuanto a la cuantía (inciso 2º) y las reglas civiles sobre las causales de casación (inciso 3º) obedecen a las mismas razones que obligan, en materia civil, a fijar una cuantía para que el negocio pueda ser objeto del recurso y la técnica de la materia ya convertida en meramente civil desde que el presupuesto básico para el resarcimiento de perjuicios —la condena penal— existe.

Prospera, pues, el recurso interpuesto.

A virtud de todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONCEDE el recurso de casación interpuesto por el representante de la parte civil contra la sentencia de veintiúno (21) de julio del presente año del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla por medio de la cual esa Corporación confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito Judicial que absolvió al señor Antonio Cheij de los delitos de Abuso de Confianza y de Hurto, fechada —esta última— el nueve (9) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), y, en consecuencia, dispone que el Tribunal remita a la Corte el expediente original, previa citación de las partes.

Se librará el despacho respectivo, insertando esta providencia.

Se reconoce personería al doctor Gustavo Rendón Gaviria para representar al señor Emilio Yaar Nasser en los términos y para los efectos de los memoriales de folios 121 y 122.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

DELITO DE ROBO

Adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones a que se refiere el Decreto Nº 2184 de 1951.—El artículo 404 del Código Penal que señala como pena de tres a catorce años de prisión, no está entre las disposiciones exceptuadas en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto antes citado.—Cuándo es casable una sentencia en función de la causal prevista en el inciso 1º del ordinal 1º del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.— Función de la Corte en casos de estimación de la prueba.

1. El motivo que indujo a la expedición del Decreto 2184 de 1951 fue como se expresa en su 'considerando', "Que el país reclama la adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones".

Dispuso en consecuencia, en su artículo 1º lo siguiente:

"Elévanse al doble las penas mínimas señaladas en el libro segundo del Código Penal y leyes que lo adicionan y reforman.

"De esta disposición exceptúanse las fijadas en los Títulos I, II, XII y XV, y en los artículos 224 y 302 del mismo libro, y las que se determinan en los Decretos números 0241 y 1858 de 1951".

No cabe, pues, conforme a aquella ratio legis y a los términos claros y explícitos del inciso 1º, la distinción que propone el actor para reducir el ámbito de aplicación de esa norma, que no reconoce más limitaciones que la que consagra su segundo inciso.

Se refiere el primero a todas las penas mínimas fijadas en las disposiciones de los ordenamientos a que se remite, cualquiera que sea —como dice el Procurador— la especie, dentro de su género, del delito a que correspondan.

El artículo 404 del Código Penal señala una pena de tres a catorce años de presidio. Es una disposición que pertenece al Libro Segundo de dicho Código. No está entre las exceptuadas en el citado inciso segundo del artículo 1º del Decreto en referencia. Luego está comprendida en el primero.

2. Una vez más se repite que en función de la causal prevista en el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, alegado como principal, una sentencia es casable cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la Sala de Casación Penal en un Tribunal de tercera instancia.

3. Cabe repetir que la función de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquéllos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación por parte de los tribunales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre diecisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Por sentencia de 14 de octubre de 1965 el Juzgado Sexto Penal Municipal de Bogotá condenó por el delito de robo a JORGE ENRIQUE MURCIA LOPEZ a la pena principal de tres años de presidio y a las anexas que en ella se señalan.

El Tribunal Superior de esta ciudad, al revisar por apelación ese fallo, lo reformó mediante el suyo de 2 de marzo siguiente, en el sentido de condenar a dicho procesado a la pena principal de seis años de presidio y a la accesoria de pérdida de la patria potestad. Lo adicionó condenándole también a la anexa consistente en la publicación especial de la sentencia y lo aclaró en lo relativo a la condenación al pago de los perjuicios causados por la infracción, diciendo que ella "se hace a título de sanción principal y no de pena accesoria".

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el procesado Murcia López. Rituado y sus-

tentado éste conforme a la ley, se procede a desatarlo.

ANTECEDENTES:

Por ceñirse a la realidad procesal, la Sala acoge como resumen de los hechos originarios de la investigación, la reseña que de ellos hace el Procurador en los siguientes términos:

"Luégo de pernoctar en una fiesta, el 23 de diciembre de 1964, el ciudadano Carlos Alberto Cortés, a eso de las seis de la mañana se dirigió a su casa de habitación en esta ciudad y al llegar a la calle 22 con carrera segunda, notó que dos sujetos lo seguían, por lo cual emprendió carrera con tan mala fortuna que cayó, siendo alcanzado por Hugo Alfonso Chaves, quien por ser menor de 18 años pasó a la jurisdicción del Juez de Nenores, y Jorge Enrique Murcia López, quienes, estando caído Cortés, procedieron a atacarlo a planazos de machete y mientras era agredido en su integridad personal, le quitaron el reloj de pulsera y la cartera con mil pesos, llevándolo a un matorral donde lo amenazaron con herirlo en el abdómen, si gritaba, logrando la víctima huír y avisar a la policía y en compañía de los Agentes de la Policía Nacional, Efraín León y Luis Alberto Silva Sánchez, minutos luégo, en las estribaciones de los cerros capturaron a los asaltantes, uno de los cuales ofreció a la víctima devolverle el reloj y el dinero".

Fue en razón de tal ilícito por lo que Murcia López fue llamado a responder en juicio en auto de 22 de abril de 1965 del citado Juzgado Sexto Municipal de esta ciudad que apeló su defensor, sustentando el recurso, y que el Juzgado Tercero Penal de este Circuito confirmó mediante el suyo de 14 de julio siguiente.

En ambas providencias se relacionan todas las pruebas demostrativas del cuerpo del delito y de la responsabilidad del inculpado a quien se le dedujo la circunstancia de haberlo cometido poniendo a la víctima en imposibilidad de obrar, esto es, con la agravante prevista en el ordinal 4º del artículo 404 del Código Penal.

Ningún elemento de convicción diferente a los que sustentan la referida vocación a juicio se produjo en el término probatorio de la causa ni durante el acto de la celebración de la audiencia.

Culminó el proceso con las sentencias precitadas, que armonizan con los cargos formulados en las providencias enjuiciatorias. Sólo que en la de primer grado, al individualizar la pena principal condigna, conforme al mínimo previsto en el artículo 404, no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el primero del Decreto 2184 de 1951, lo que indujo al Tribunal a elevar la impuesta en la proporción que dicho texto señala.

"Es cierto —dijo— que en el caso presente concurre la circunstancia prevista en el numeral 4º del artículo 404 del Código Penal, por cuanto la víctima fue puesta en condiciones que la imposibilitaron para obrar, por lo que se trata de un delito de robo calificado. En lo que sí no está de acuerdo la Sala es en la tasación de la pena impuesta por el fallador de instancia en virtud de que el Decreto Extraordinario 2184 de 1951 elevó al doble las penas mínimas señaladas en el Libro 2º del Código Penal y leyes que lo adicionan y reforman, sin haber exceptuado de esa medida las contenidas en el Título XVI de la misma obra y porque el mencionado decreto no hizo distinción alguna en lo referente a delitos tipos ni modalidades o variantes de los mismos como se ha pretendido por algunos tribunales y doctrinantes violando la letra y el espíritu de aquel mandato...".

DEMANDA Y RESPUESTA

Contra la sentencia recurrida el demandante aduce las siguientes causales:

"1ª) Invoco la causal primera del Decreto 528 de 1964, artículo 56, ya que la sentencia acusada es violatoria de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación de los artículos 1º del Decreto 2184 de 1951 y 404 del Código Penal.

"2ª) Invoco la causal primera del Decreto 528 de 1964, artículo 56, por cuanto la misma sentencia es violatoria de la ley penal por errónea apreciación de los testimonios e indicios en que se funda, a los cuales se les dio un valor probatorio que no tienen".

El Ministerio Público encuentra que tales motivos de impugnación son infundados y pide que se deseche el recurso. A sus razones aludirá la Sala más adelante.

CAUSAL FUNDADA EN EL INCISO PRIMERO DEL ORDINAL PRIMERO DEL ARTICULO 56 DEL DECRETO 528 DE 1964.

Primer cargo.—Aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, por haber "ol-

vidado la H. Sala de Decisión Penal que profirió el fallo recurrido que el delito de ROBO tipificado en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 es uno solo, y que otra cosa son las modalidades atenuantes o agravantes de ese delito. Porque ha de entenderse en sano derecho que la sanción mínima para ese delito *está ya aumentada* por el artículo 404 del Código Penal, inclusive con agravación de la clase de pena, que de prisión pasa a presidio, teniéndose en cuenta que la penalidad general para el delito que estudiamos es la determinada en la disposición legal que lo define, o sea en el citado artículo 2º de la Ley 4ª. El artículo 404 no establece o tipifica un nuevo delito de robo, sino que por la modalidad con que él se cometa eleva su penalidad *sin prescindir, ahí sí, de los aumentos fluctuantes* a que dan lugar los artículos 31, 34, 36 y 37 del Código Penal y disposiciones concordantes".

Se responde:

El motivo que indujo a la expedición del premencionado Decreto 2184/51 fue como se expresa en su 'Considerando', "Que el país reclama la adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones".

Dispuso, en consecuencia, en su artículo 1º, lo siguiente:

"Elévanse al doble las penas mínimas señaladas en el Libro Segundo del Código Penal y Leyes que lo adicionan y reforman.

"De esta disposición exceptúanse las fijadas en los Títulos I, II, XII y XV, y en los artículos 224 y 302 del mismo libro, y las que se determinan en los Decretos números 0241 y 1858 de 1951".

No cabe, pues, conforme a aquella ratio legis y a los términos claros y explícitos del inciso 1º, la distinción que propone el actor para reducir el ámbito de aplicación de esa norma, que no reconoce más limitaciones que las que consagra su segundo inciso.

Se refiere el primero a todas las penas mínimas fijadas en las disposiciones de los ordenamientos a que se remite, cualquiera que sea —como dice el Procurador— la especie, dentro de su género, del delito a que correspondan.

El artículo 404 del Código Penal señala una pena de tres a catorce años de presidio. Es una disposición que pertenece al Libro Segundo de dicho Código. No está entre las exceptuadas en el citado inciso 2º del artículo 1º del decreto en referencia. Luego está comprendida en el primero.

No hubo, por consiguiente, aplicación indebida del precitado inciso de dicha norma.

Segundo cargo.—Aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal.

Para sustentarlo, el actor se expresa en estos términos:

"... sí, como lo demostraré adelante, no está probada plenamente la modalidad acogida en el fallo acusado para darle aplicación al artículo 404, o sea la prevista en el numeral 4º, ya que según ese fallo la violencia consistió en poner a la víctima en imposibilidad de obrar, lo que no es así, toda vez que para la consumación del robo influyó una circunstancia enteramente fortuita y no atribuíble a quienes se dice lo perpetraron, como es la de que el denunciante Cortés se hubiera caído cuando huía porque creyó que lo iban a atacar, quiere decir lo anterior que la sentencia del H. Tribunal es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, no sólo en cuanto aumenta la pena señalada en el artículo 404, sino también en cuanto erróneamente encajó el hecho en el numeral 4º citado, pues *no habiéndose probado la circunstancia allí descrita, en el peor de los casos lo debido era dar aplicación al artículo 2º de la Ley 4ª de 1943*".

Se responde:

La enunciación anterior, cuya prueba se deja en suspenso, no constituye un cargo.

La condicional insinuación que respecto de éste se hace es cuestión subordinada al consiguiente examen probatorio.

La causal que por este concepto y dentro de aquel planteamiento debió alegarse, no es la prevista en el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 citado, sino la comprendida en el segundo inciso de ese mismo ordinal.

Una vez más se repite que en función del primero de aquellos motivos, alegado como principal, una sentencia es casable cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la Sala de Casación Penal en tribunal de tercera instancia.

CAUSAL FUNDADA EN EL SEGUNDO INCISO DEL ORDINAL PRIMERO DEL MENCIONADO ARTICULO 56, POR APRECIACION ERRONEA DE LAS PRUEBAS.

Primer cargo.—Lo hace consistir el actor en que no está demostrada la modalidad agravante acogida en la sentencia impugnada para dar aplicación al artículo 404 del Código Penal, pues la víctima del ilícito no fue puesta en imposibilidad de obrar por la violencia que contra ella hubieran ejercido quienes lo consumaron, sino por una circunstancia fortuita, independiente de la voluntad de sus asaltantes, como fue el haberse caído cuando corrió impulsado por el temor de ser agredido por éstos.

Para demostrarlo cita el testimonio del denunciante cuando dice:

"... llegando a la carrera 2ª con la misma calle 22 me di cuenta que detrás de mí iban estos dos sujetos, armados de peinilla ambos; *me di cuenta que me iban a atacar y corrí pero desgraciadamente me resbalé y en ese momento me cayeron los dos tipos encima...*".

Afirma luégo que ésta es la prueba "de que el denunciante quedó en circunstancias de indefensión pero por la fortuita caída, no atribuíble desde luego a los autores del reato y siendo distinta la violencia que en ese momento se dice emplearon para despojar a Cortés de sus pertenencias, pues en este evento tal factor está previsto en la disposición punitiva —art. 2º de la Ley 4ª— como elemento *constitutivo del delito*".

Y como demostración "de que, pese a la fortuita caída y al apremio de sus atacantes, al denunciante no se le cerraron todas las posibilidades para liberarse de ellos", cita las siguientes palabras de Cortés:

"... a mis gritos ellos hicieron fuerza para que me callara; *y a un esfuerzo mío logré zafarme*, a lo cual ellos salieron corriendo hacia el monte...".

Se contesta:

Olvidó el demandante agregar a lo primeramente transcrito lo que Cortés expresa así continuando su relato y refiriéndose al momento consumativo del delito:

"... en esas (cuando resbaló) me cayeron los dos tipos encima de mí, el cual me dieron plan por la cara causándome algunas heridas, luégo uno de ellos me rapó mi reloj, luégo me sacó mi cartera del bolsillo del saco de por dentro del lado izquierdo, el otro era el que me pegaba plan con la peinilla, luégo me arrastraron hacia una callejuela que da a un monte, donde querían meterme por el estómago la punta del machete, pero a mis gritos hicieron ellos fuerza para que me callara, a un esfuerzo mío me logré zafar...".

Ocurrió pues, esto último perpetrado el ilícito. Pero sería cerrar los ojos a los rayos de la evidencia si no se aceptara conforme a ese relato que la víctima del ilícito fue puesta en imposibilidad de obrar en el momento de cometerse éste.

El actor repara tan sólo en lo que llama él "la fortuita caída". Prescinde de lo que ocurrió en seguida cuando los asaltantes, aprovechándose de esa circunstancia, sometieron a Cortés a la más absoluta impotencia.

¿O es que, por ventura, podrá decirse —como observa el Procurador— que Carlos Alberto Cortés caído, agredido de hecho, atacado por dos personas, pudo obrar para defender sus bienes y su integridad personal?

Absolutamente, responde el mismo funcionario, y tal es la conclusión obvia y natural a que se llega si no se desarticula desvertebrándolo, el relato que de la acción criminosa hace el denunciante.

No erró, por tanto, el Tribunal al apreciarlo, ni consecuencialmente incurrió en un error de derecho que le atribuye el demandante.

Segundo cargo.—Como tal afirma el actor que "el supuesto apoderamiento del dinero y el reloj no tuvo comprobación *plena* en los autos, porque al respecto sólo existe el dicho del denunciante, ya que ninguna otra persona confirma esta circunstancia en el proceso y no se llegó a demostrar que el señor Cortés portara en aquellos momentos la cantidad de dinero y el reloj de que nos habla".

Agrega, además, "que los testimonios de Francisca de Paula Gómez v. de Cortés y César Augusto Toquica Cárdenas —con los cuales se pretendió probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de tales objetos— no son convincentes, puesto que en lo referente al dinero el segundo calla en tanto que la primera explica de un modo contradictorio su procedencia, sin de-

terminar la clase de moneda en que estaba representado. Y en lo tocante al reloj, tal parece que se refieren a otro distinto, pues las características por ellos dadas no concuerdan con las que ofrece el señor Cortés en su denuncia. Y siendo esto así, no se identificaron a plenitud las cosas que se dice fueron materia del robo, circunstancia que contribuye a la no comprobación objetiva del mismo pero que fue apreciada erróneamente por el Tribunal de segunda instancia".

Se contesta:

Es cierto que sobre tal apoderamiento no existe sino el testimonio del denunciante. Es lo que suele ocurrir en estos casos. Pero con fundamento en esa sola circunstancia, no podría llegarse al extremo de reducir a nada su valor probatorio.

La fuerza de convicción de un testimonio depende de otros factores y conocidos son los motivos (odio, amor, interés) que inducen a falsear la prueba.

Ahora bien, el demandante se conforma con expresar que en relación con tal apoderamiento sólo existe aquella probanza, pero no dice por qué ésta, aún prescindiendo de los demás elementos de juicio que la corroboran, no ofrece motivos de credibilidad suficientes para demostrar aquel hecho.

En tales circunstancias la Sala ignora cuál pudo ser el error en que incurrió el Tribunal al apreciar esa prueba y al asignarle el valor que le atribuyó.

Por otra parte, son de orden muy superficial las tachas que el actor apunta respecto de esos testimonios. Alude, por un lado, a sus discrepancias, pero nada dice de sus concordancias. No se trata tampoco de una crítica probatoria de fondo que demuestre el error en que pudo incurrir por este aspecto el Tribunal.

Porque es lo cierto que si bien Cortés en la denuncia se refirió a su reloj diciendo: "Es amarillo en oro, pulso de cuero negro", en la ampliación de ésta, al ser interrogado por las características del mismo, manifestó: "De pulsera negra, tablero negro, de numeración verde, marca Mido Multiford, no era automático, tenía calendario...". Y cuando se le preguntó a su madre cómo era dicho reloj, contestó: "Era de tablero negro y la pulsera negra elástica, la marca si no la sé decir porque de marcas no conozco nada". Y el testigo Toquica Cárdenas, al ser interrogado en estos términos: "Sírvase decir si usted se ha dado cuenta de que él en alguna época tuviera reloj, si usted lo vio, si puede decirnos cómo era y hasta cuándo lo tuvo en su poder?", contestó: "Sí, exactamente no sé la marca del reloj, creo que era "Mido", era de tablero negro, el pulso era negro y elástico. La última vez que se lo vi fue como el 22 o 23 de diciembre, después supe que se lo robaron".

Además, al ser Cortés en la ampliación de su denuncia preguntado sobre la procedencia del dinero robado, repuso:

"Ese dinero provenía de mi sueldo que son seiscientos pesos y cuatrocientos pesos que tenía ahorrados".

Su madre testificó sobre el particular esto:

"Llevaba más o menos mil pesos, pues había recibido la prima, el sueldo que le correspondía por vacaciones".

No puede, pues, decirse que medien entre esos testimonios las contradicciones que insinúa el demandante y que éstas tengan la entidad que les atribuye.

Además, según el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, para acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas, podrá recibirse la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, las cuales serán apreciadas conforme a lo establecido en el artículo 224", y no se ha demostrado que las rendidas sobre el particular por el denunciante y por la señora madre de éste, no las hubiera apreciado el Tribunal en consonancia con lo que estatuye esa norma y hubiera incurrido al respecto en algún error.

Tercer cargo.—Lo plantea al demandante así:

"Se ha pretendido tomar como prueba demostrativa de la violencia que se dice fue empleada por los autores del supuesto ilícito, el reconocimiento médico-legal visible a f. 3 del cuaderno principal, donde textualmente leemos que JORGE ALBERTO CORTES presentó al examen: "... *Erosión y edema región frontal; traumatismo mandíbula inferior.* Incapacidad 5 días...".

"En primer lugar, permítasenos acotar que no se aportó la prueba acerca de la *presanidad* del denunciante Cortés, para deducir sin lugar a dudas que tales erosiones y traumatismos provenían necesariamente de la acción de los atracadores.

"En segundo término, se ha pasado por alto la afirmación que hace el denunciante en cuanto a que poco antes de ser robado *resbaló y cayó al suelo*, lo que deja en pie la posibilidad de que tales lesiones fueran resultantes de esa caída. Y en fin, lo cierto es que en el dictamen forense no se determinan "... *el instrumento o medios empleados...*", como lo ordena el artículo 311 del C. de P. Penal, y entonces, de por medio queda una duda no despejada ni eliminada que debe resolverse a favor del reo por mandato expreso de la norma contenida en el artículo 204 ibidem".

Se contesta:

En realidad no se trajo a los autos la prueba de la presanidad del ofendido. Pero si se repara en la relación que de los hechos hace éste, se advierte que las lesiones reconocidas en el dictamen transcrito, le fueron inferidas por sus asaltantes: "... me resbalé —dice— y en esas me cayeron los dos tipos encima de mí, el cual me dieron plan por la cara causándome algunas heridas...". Y en la diligencia de careo con Jorge Enrique Murcia, expresa: "Pues me asaltó en compañía con otro, inclusive el que está aquí presente fue quien me dio los machetazos a mí. El otro fue el que me quitó la plata".

Pero no es solamente el testimonio del ofendido sino el corroborante de los Agentes Efraín León y Luis Alberto Silva Sánchez, quienes inmediatamente después de cometido el delito vieron a Cortés en condiciones que el primero describe así: "... Iba lesionado en la frente e informó que lo habían atacado dos individuos..."; y el segundo: "... Presentaba una lesión con sangre en la parte frontal del costado izquierdo e iba todo arrastrado el vestido...".

El dictamen correspondiente al reconocimiento médico-legal practicado a raíz de los hechos, está indicando al señalar la incapacidad que las lesiones eran recientes y, dadas sus características, que fueron ocasionadas como expresa el ofendido.

¿Cómo, pues, poner en duda que esas lesiones fueron causadas, no por la violencia ejercida contra Cortés por sus asaltantes, sino cuando resbaló y cayó al suelo?

¿Se puede, sin ningún fundamento, pisando el terreno de las simples hipótesis, desvirtuar el sentido de pruebas que se complementan mutuamente para llegar a conclusiones que no son las que de ellas naturalmente dimanan?

En tales circunstancias, ¿cómo decir que el Tribunal erró en la apreciación de esas pruebas, cuando no hay otras que las contradigan?

Cabe repetir que la función de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación por parte de los Tribunales.

Cuarto cargo.—Se tachan mediante él los testimonios del denunciante y de los Agentes de la Policía que intervinieron en la captura de los sindicados, por cuanto se dice que en el relato de la misma incurrieron en contradicciones y exageraciones encaminadas a crear una agravante situación de responsabilidad contra éstos y, a la vez, echar una aparente cortina de humo sobre el violento proceder de los Agentes.

A guisa de demostración afirma el actor que es contradictoria la forma como esos servidores públicos ponen en boca de los capturados una presunta confesión que Murcia niega.

Sin embargo, lo que al respecto expresa el Agente Efraín León fue que "éstos le decían al denunciante que no formulara denuncio, que ellos entregaban la plata y el reloj", y al ser interrogado en estos términos: "Sírvase decir si estos dos individuos aceptaron ser los autores del robo de que fue víctima el denunciante o si por el contrario lo negaron?", precisó el hecho así: "El sujeto Hugo Alfonso Chaves le manifestó al atracado o víctima que sí, que él le había quitado la plata y el reloj pero que no pusiera denuncio y se la devolvía. El otro sujeto únicamente nos insultaba de palabras".

Y cuando al Agente Silva, después de haber afirmado que el que cargaba el machete fue el compañero de Jorge Enrique, es decir, Chaves, al ser preguntado si dichos sujetos reconocieron haber sido los autores del robo al denunciante, contestó: "Quien cargaba la machetilla le dijo al atracado que no los perjudicara, que fuera humano, que lo hiciera por su madre y la de él también y que no le formulara denuncio, que él respondía por la plata y por el reloj...". Y más adelante, cuando se le interroga en estos términos: "Sírvase decir si la filiación dada por el atracado acerca de los sindicados, correspondía en realidad a la de los sujetos que fueron capturados?", contesta: "Según por la filiación,

de acuerdo a los datos que el atracado nos informó, sí son los tipos, ya por la ruana y el sombrero y que él nos informó el vestido que llevaban y la estatura poco más o menos, que el uno era más alto y el otro bajito. Ahora, me aseguro más de que eran ellos, ya que le decían al atracado que no les fuera a formular denuncio, que ellos le respondían por la plata y el reloj".

Todo lo cual coincide fundamentalmente con lo expresado al respecto por el Agente León. Se trata de diferentes formas de expresión sobre palabras oídas y que ellos entendieron como una confesión de culpabilidad.

El actor tacha de increíble lo que el Agente León manifiesta cuando dice que al salir de su escondite, Chaves lo hizo machete en mano, lanzándosele encima, y lo que por su parte refiere el Agente Silva cuando al describir la captura del otro sindicado asevera que al gritarle que subiera las manos, éste se las llevó a la cintura por debajo del saco, lo que le hizo creer que estaba armado.

En sí tales hechos no son inverosímiles, y no se advierte por qué no rebasando ellos el natural acaecer de las acciones y reacciones humanas, pudieran hacer increíbles los testimonios que los relatan al par de otros a los que también se refiere la crítica del demandante.

Se añade a esto que el actor afirma que entre las declaraciones del Agente Silva sobre este punto y lo que el demandante asevera en la diligencia de careo cuando dijo que al salir de su escondite, Murcia "... tenía una piedra en la mano...", hay una contradicción que demuestra la forma parcial y mentirosa como deponen el señor Cortés y los Agentes.

Sin embargo, según lo que el denunciante dijo en aquella diligencia, el disparo que hizo el Agente Silva se produjo con anterioridad al hecho que él describe con aquellas palabras. Esto es, que se trata de dos cosas sucesivas y diferentes y, por tanto, no contradictorias.

Enuncia luégo el demandante "la posibilidad" de que Cortés se hubiera equivocado al identificar a Chaves y a Murcia como sus asaltantes, y hace algunas consideraciones en torno de esto que él mismo plantea como una simple hipótesis.

Tampoco puede estimarse como demostrativo del cargo la circunstancia de que Cortés, al ampliar su denuncia, hubiera hecho memoria de un episodio que no mencionó en ésta, esto es, que Chaves le hubiera prometido entregarle la plata y el reloj o responderle por tales objetos en el momento en que era capturado, "seguro —dice el demandante situándose otra vez en el terreno de las simples posibilidades— para hacerle cuarto a los Agentes deponentes".

"Como otro poderoso motivo —agrega— que contribuye a demeritar la credibilidad que el H. Tribunal le da a los testimonios que comento, relievo una contradicción más existente en el dicho del denunciante, cual es la de que éste, en su denuncia de f. 1, y el Agente León a f. 10 vto., se empecinen en decir que el menor Chaves se le abalanzó al segundo '... *armado de un machete*...', pero a f. 54 vto, y al ser preguntado sobre si sabía a cuál de los dos capturados se le decomisó ese artefacto, Cortés manifestó: "... *El machete apareció sobre unas yerbas*, en el mismo sitio donde se escondieron. No puedo decir si era del que está presente (se refiere a Murcia) o del compañero...".

La forma ambigua de la respuesta no permite concluír que exista esa contradicción y que pueda producir ella el efecto que le asigna el actor de demeritar la credibilidad no sólo del testimonio del denunciante sino de los Agentes Silva y León, de quienes dice el actor que se empeñaron en pintar las cosas a su acomodo para crear una idea de responsabilidad en torno de Chaves y Murcia y eludir así la que les incumbe por las lesiones que ocasionaron a aquéllos.

Con razón, resumiendo y contestando este cargo, conceptúa el Ministerio Público lo siguiente:

"Afirma el apoderado del recurrente que la responsabilidad no se halla plenamente comprobada por cuanto el Tribunal dio un valor al testimonio de la víctima del cual carece, por el interés que lo guía.

"Olvida el actor que el testimonio de la víctima en cuanto a la autoría de la lesión a su derecho, tiene un gran valor por cuanto no es humano acusar al inocente y dejar libre al culpable, por una parte, y, por la otra, que en el caso concreto, lo afirmado por Carlos Alberto Cortés, está respaldado por otros hechos que lo hacen plenamente verosímil, el dictamen médico y las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional, Luis Alberto Silva y Efraín León.

"Igualmente afirma que al testimonio de los Agentes de la Policía que hirieron a su cliente y a Chaves, se les dio también un valor del que

carecen, sin que, en realidad, haya el más leve hecho que permita sospechar ni de su sinceridad, ni de su espontaneidad, ni de su moralidad, ni de su desinterés, por lo cual ofrecen un gran coeficiente de credibilidad.

"Ahora bien, si la víctima señala a sus victimarios, si los Agentes de la Policía lo ven herido, si el médico del Juzgado Permanente le reconoce heridas, si los Agentes capturan a los señalados como victimarios, en actitud de resistencia y en actitud sospechosa, si uno de éstos le pide a Cortés que retire la denuncia y le devuelven su reloj y su dinero, podría quedar algún margen de duda al respecto? El Tribunal Superior de Bogotá así lo estimó y dio por plenamente probada la responsabilidad, sin que haya una sola base para decir que incurrió en error. . .".

Inepta, pues, por infundada, resulta la demanda.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto en el presente caso y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

FALSEDAD Y ESTAFA

Técnica de casación.—Interpretación del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.—Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el procesado con el efecto o cuerpo del delito.—La confesión.—Su valor.—Por qué la falsedad en instrumentos negociables no puede considerarse como un solo hecho con el delito de estafa.—Cuándo se configura el delito de abuso de confianza.

1. El art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964 sustituyó o abrogó lo dispuesto en el art. 567 del C. de P. P. en especial respecto al numeral 2º que hacía mención a la errada interpretación o apreciación de los hechos, mientras que en la Reforma se alude a la apreciación errónea o a la falta de apreciación de determinada prueba, pero exige que, en este caso, se demuestre "haber incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos"; de modo, pues, que no basta alegar que se ha apreciado erróneamente uno o más medios probatorios sino que es indispensable, para la eficacia del recurso, expresar si se trata de un error de hecho manifiesto, o bien de uno de derecho e indicar los artículos precisos de la ley sustantiva que resultan indirectamente violados en la sentencia.

2. Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el agente o procesado con el efecto o cuerpo del delito, que implica un resultado material, establecido en el proceso mediante prueba idónea y eficaz, porque así como es del todo inadmisible que exista un efecto sin causa proporcionada, tampoco puede aceptarse que exista una causa de la cual nada haya procedido; y a esta conclusión se llegaría si se admitiera como idónea la confesión del procesado para dar por demostrado el cuerpo del delito, pues por error, interés o por cualquier otro motivo puede hacer una confesión falsa, sin que exista la realidad material, que podía conducir a sancionar por el delito de homicidio de una persona que no ha muerto, o por los delitos de falsedad y estafa sin existir documento alguno ni perjuicio patrimonial para nadie.

3. La confesión del procesado demuestra la causalidad o participación en el delito, pero no la del efecto o cuerpo del delito, que debe llevarse al proceso mediante una prueba idónea, que acredite la realidad material, como resultado de la actividad ilícita del agente. Con fundamento en estos principios, el art. 255 del C. de P. P. dispone como norma reguladora de la prueba, primero, la aptitud de la confesión en cuanto concierne a la participación o responsabilidad del procesado, que presume verídica, salvo prueba en contrario. Y segundo, la rechaza en la demostración del cuerpo del delito, que exige debe estar probado por otros medios probatorios.

4. Según lo previsto en el art. 233 del C. P. la falsedad consumada en instrumentos negociables, como los cheques de este juicio, no pueden considerarse como un solo hecho con el de estafa porque está definido y sancionado como un delito independiente o formal, pues de otro modo no se habría mencionado de modo expreso en la citada disposición, para dejarlo dentro de los sancionados en el art. 240 del C. P.; porque, con toda lógica, una vez que el art. 4º de la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, presumió la autenticidad de las firmas, los revistió de una de las más destacadas propiedades de los documentos públicos a que se refiere el art. 1759 del C. C.

5. El delito de abuso de confianza se configura cuando el tenedor de una cosa mueble se la apropia en provecho propio o de un tercero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre veinticuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de ANTONIO ESTEVEZ PEÑA, contra la sentencia de fecha 16 de marzo de este año, según la cual, el Tribunal Superior de Bogotá reformó la de primera instancia del Juez Sexto Superior, en el sentido de

condenar al procesado a setenta meses de presidio en lugar de los cuarenta y dos impuestos por el dicho juez; a pagar al tesoro nacional la multa de cien pesos y, entre las accesorias, "a la pérdida de la patria potestad y a la publicación especial de la sentencia", todo como responsable de los delitos de falsedad y estafa en perjuicio de los intereses de la SOCIEDAD NEBIOLO S. A., representada por su gerente, Francisco Martinotti M.

I.—De acuerdo con los hechos admitidos en la sentencia de segunda instancia, con base en el auto de proceder, la actividad ilícita del procesado se llevó a cabo, en esta forma:

"'De conformidad con lo que este proceso ilustra se tiene conocimiento, que desde el 16 de agosto de 1961, el imputado Antonio Estévez Peña prestaba sus servicios, como contador, en la Sociedad Nebiolo', Sucursal de la 'Sociedad Nebiolo, S. A.' de Turín —Italia—, siendo gerente aquí el señor Francisco Martinotti M., quien en estas diligencias aparece como denunciante.—Ocurre que por la confianza que allí los directivos de la aludida empresa le tenían al implicado Estévez Peña, se le permitía que manejara las chequeras de las cuentas corrientes pertenecientes a la nombrada Sociedad y en tales condiciones elaboraba los cheques que habrían de firmar ya el gerente ora el subgerente, como también, la de anular aquellos cheques que acusaran alguna irregularidad en su elaboración. Dentro de este orden y teniendo en cuenta esta última facultad, como no eran ciertas las equivocaciones o informalidades en la elaboración de tales instrumentos negociables manifestada por el inculpado Estévez Peña a sus superiores, sucedía que hábilmente se quedaba con ellos y los giraba a su favor, falsificando la firma del gerente y sus valores los hacía efectivos ya personalmente mediante cobro ora consignando esos cheques en su cuenta corriente, habiendo en tal sentido, con su reiterado comportamiento, menoscabado el patrimonio económico de la empresa en cantidad confesada de 'alrededor de ciento cincuenta mil pesos'. Es de tenerse en cuenta, que para llevar a cabo el citado implicado Estévez Peña esa doble actividad delictiva, para poder cobrar o hacer efectivo el valor de los cheques por él expedidos dentro de las circunstancias y a su nombre, cuyo primer acto fue ejecutado aproximadamente en el mes de octubre del citado año, usaba también el protector de cheques que reposaba en su poder que como garantía en la expedición de éstos empleaba la Sociedad, y como omitió este requisito en uno que él giró como corriente de la nombrada entidad, no le fue pagado por el banco contra el cual giró que fue el Comercial Antioqueño, Sucursal San Martín". (f. 24, C. Nº 2º).

II.—a) El apoderado del procesado principia su demanda de casación por referirse, en su primer aparte o capítulo, al "origen del proceso", y al efecto menciona el denuncio presentado por el gerente de la Sociedad, como también a las ampliaciones o declaraciones rendidas por el dicho gerente, para deducir que existen ciertas contradicciones o testimonios (fs. 12 a 18, C. Nº 3º).

b) En el aparte denominado por el recurrente "actuación procesal" se refiere a la cumplida en el proceso y de "cuyo examen ponderado y desprevenido" —dice— "nacen los fundamentos de hecho y de derecho para la impugnación del fallo del H. Tribunal". Y así, en este orden de ideas, se refiere a la mala paginación del expediente o a su posible mutilación; a la inadmisión de la confesión calificada del enjuiciado que ha servido para dar por demostrado el cuerpo del delito; a la inspección ocular que en definitiva se frustró, porque a los peritos no se les puso a disposición los libros, no obstante las gestiones hechas con tal fin por ellos, para poder emitir la correspondiente peritación; a los careos practicados entre el denunciante con el procesado, en los cuales, dice el recurrente, "aparece de bulto la poca o ninguna sinceridad del señor Martinotti"; en fin, alude a que si bien el funcionario de instrucción ordenó agregar al expediente los cheques y que se practicara "la respectiva prueba grafológica" no se llevó a cabo por estimarla innecesaria el juzgado en vista de que "paladinamente (públicamente) el sindicado se había declarado confeso de falsedad documentaria...". (f. 27, C. Nº 3º).

c) En el capítulo titulado "Calificación y Fallo del Proceso" observa que ni en primera ni en segunda instancia se oyó el concepto del A. del M. P., porque, a petición del apoderado, se dio aplicación preferente al D. 1358 de 1964 no obstante hallarse en firme el auto que había ordenado el traslado; y el Tribunal confirmó el auto de proceder y desechó la nulidad alegada por el fiscal de tal entidad.

El Tribunal, en la sentencia recurrida, confirmó el fallo de primera instancia reformándolo para dar aplicación a los artículos 33 y 32 del C. P. e imponer la pena antes mencionada.

d) Expuestos tales antecedentes por el recurrente, en el capítulo IV de su demanda, invoca las causales de casación determinadas en los ordinales 1º y 4º del artículo 56 del D. 528 de 1964, que inserta en su escrito.

En relación con la causal primera, aduce "tres cargos, dos de ellos consistentes en violaciones indirectas, por el sentenciador, de la ley penal sustantiva, y el último por violación directa de la misma ley".

Primer cargo.—En relación con este cargo, el recurrente dice textualmente:

"Por apreciación errónea de las pruebas que más adelante serán puntualizadas, el fallo del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en esta causa, violó los artículos 233, 408, 32 y 33 del Código Penal, en concordancia con los artículos 1º y 11 ibidem.

"Paso a demostrarlo:

"1º—El delito de *falsedad en documentos*, objetivamente descrito en el ordinal 1º del artículo 231 del C. P. ('Contrahaga, o finja letra, firma o rúbrica'), referido a las conductas de que da cuenta el artículo 233, es un delito técnico, de elaboración material, producto, objetivamente visto, de la habilidad manual e intelectual del agente en la contrafacción caligráfica, eficaz o relativamente idónea para imitar lo verdadero.

"2º—Por su naturaleza, el delito de falsedad documentaria en la forma específica enunciada, su demostración procesal, para los efectos de los artículos 429 y 203 del C. de P. P., depende principalmente de una prueba grafológica, de un dictamen de expertos en la materia, o, en ausencia de este medio legal de convicción, una prueba concordante en su pluralidad (indicios o testimonios), de tal perfección que pueda alcanzar la plenitud en cuanto a establecer el *cuerpo del delito*, presupuesto necesario para la vocación a juicio y para dictar sentencia condenatoria.

"3º—En este proceso, por razones inexplicables o no fáciles de alcanzar, en momento alguno se practicó el examen grafológico, que podría haber sido sorpresivo, si ocultos intereses no le impiden, como a la postre se impidió, el otro dictamen que debía ser secuencia de la inspección ocular para saber a ciencia cierta la situación contable de la Sociedad ofendida, el origen de los comprobantes de contabilidad, sus autores y el monto de los cheques girados.

"4º—Pero no. Como el señor Estévez, con la mayor sinceridad, casi que de modo ingenuo, confesó haber elaborado cheques en su favor y estampado, para su cobro o consignación, la firma del gerente, señor Martinotti, el investigador, primero, y después las instancias, prescindieron de la práctica de pruebas esenciales y dejaron descansar el proceso sobre esa confesión, para dar por plenamente demostrado el cuerpo del delito de falsedad, el cuerpo del delito de estafa y la responsabilidad del sindicado por ambos reatos". (fs. 29 y 30, C. Nº 3º).

Transcribe los artículos 255, 63 y 272 del C. de P. P., y luego dice: ". . . concordando los tres ordenamientos, puede demostrarse que el sentenciador violó la ley penal, atribuyéndole a la confesión un valor probatorio distinto al que tiene, dividiéndola arbitrariamente y sustituyendo con ella otras pruebas que eran indispensables para demostrar en forma plena la objetividad jurídica de los ilícitos". (fs. 30 y 31 ib.).

Refiriéndose a las declaraciones del gerente de la Sociedad, Franco Martinotti M., "de cuya credibilidad —dice el apoderado recurrente— los autos dan derecho a dudar, por sus contradicciones. . ." anota la falta de congruencia en cuanto a la imitación de su firma que calificó de burda, pero que al exhibirle uno de los cheques falsificados, reconoció "que no sabe si es su verdadera firma o no". Asimismo negó haber autorizado a Estévez Peña para poner su firma, para admitir que sí ocurrió por una sola vez; en cuanto al cheque por diez mil pesos, lo devolvió el banco, no por defectos de la firma, sino por la falta de uno de los sellos y que también faltó a la verdad "en lo relativo a los préstamos y en cuanto a la manera de contabilizarlos en la Compañía".

Como una secuela a las críticas a este testimonio, dice el recurrente:

"Se puede decir, con razón, que lo depuesto por el ofendido en las diversas oportunidades no merece credibilidad, para en esa sola prueba hacer descansar, contra la ley, la demostración de los elementos constitutivos de los delitos de falsedad y estafa". (f. 32, C. Nº 3º).

Después de invocar una doctrina de la Corte, según la cual "la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor; mas no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión", procede a criticar los testimonios del revisor fiscal y ayudante de contabilidad de la empresa, porque, aparte de

ser subalternos del gerente o asalariados, indirectamente comprometidos en los hechos por incuria y negligencia, "no están seguros de la falsificación de las firmas".

Admite que el delito de falsedad, si bien ordinariamente se demuestra por la prueba pericial, se puede establecer también por otras pruebas, pero no con la confesión, como sucede en este caso que "los delitos de falsedad y estafa se han montado en el juicio sobre la confesión, y ello valdría si por otra parte se hubiera establecido el cuerpo del delito. . .". Luego dice textualmente:

"Estévez no ha confesado ser autor de los delitos de falsedad y estafa. Si las instancias (sic) entendieron y dieron por plenamente probadas esas dos conductas fue recurriendo a una evaluación arbitraria, atrabiliaria e inaceptable de la confesión, pues si aceptó haber girado los cheques, en los cuales puso la firma del gerente, "lo hizo con autorización de éste y que las sumas recibidas o cobradas eran a título de préstamo"; y como nada de esto se infirmó en el proceso, concluye que se dividió la confesión del acusado y se "involucraron el cuerpo del delito y la responsabilidad, netamente distinguidos en los artículos 429, 203, 255, 271 y concordantes del C. de P. P.".

"En el caso de autos —dice— la confesión se apreció erróneamente, y de ahí la violación de la ley penal sustantiva en forma indirecta". (fs. 33 y 34, C. Nº 3º).

Transcritas varias doctrinas de la Corte sobre indivisibilidad de la confesión o de que debe presumirse verídica, cuando se trata de prueba única y que, además, el acusado no está obligado a probar sus disculpas, insiste en que no existe prueba del cuerpo del delito de falsedad, ya que, con la confesión del enjuiciado, está acreditado que "actuó con el consentimiento del denunciante", fuera de ser "un hecho cierto que de esa considerable cantidad de cheques no hubo devolución por firma falsificada. . .".

"De la confesión —dice el recurrente—, no surge como hecho reconocido el dolo de falsedad como delito medio de estafa, ni de la confesión surge el dolo de fraude tipificante del delito de estafa. Y por fuera de la confesión ninguna prueba demuestra ese doble propósito criminal que hace parte de las infracciones imputadas". (f. 36 ib.).

Finalmente, transcribe algunos apartes del auto de proceder (fs. 289 o 305, C. Nº 1º) como de la sentencia de primera instancia (fs. 331 o 247 ib.) para concluír que fue muy poco lo que se dijo acerca del cuerpo del delito (f. 40, C. Nº 3º).

Segundo cargo.—En la fundamentación de este cargo, el recurrente invoca los motivos de casación del inciso 2º del artículo 56, sin expresar si se trata de error de hecho manifiesto o de derecho, ni indica las disposiciones del C. P. y las del C. de P. P. que estima violadas. En efecto, dice así textualmente:

"Podría decirse que tiene el mismo anclaje del primero, pero el planteamiento es a la inversa, entrañando (sic) también el motivo de casación de que se ocupa el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

"Concretamente hubo violación de la ley penal sustantiva por falta de apreciación de una prueba determinada y por apreciación errónea de otra.

"Al proceder en la forma indicada el Tribunal violó el Código Penal en las mismas disposiciones que se señalaron para el otro cargo, igual que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que entonces se citaron". (fs. 41 y 42 ib.).

Luego insiste en la indivisibilidad de la confesión del enjuiciado, cuyas explicaciones, disculpas o calificaciones no han sido desvirtuadas; ya que, por otra parte, "erró el fallador al atribuír a las declaraciones del denunciante un valor que no tienen. No puede merecer credibilidad quien afirma hechos falsos, omite o calla hechos verdaderos, se contradice en sus testimonios y dificulta la práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad". (f. 42, C. Nº 3º).

Critica nuevamente los testimonios "de los empleados de la Empresa", cuyo ". . . valor probatorio es ninguno para oponerlos a la confesión. . .".

Tercer cargo.—Expresa que lo aduce como subsidiario, con fundamento en la causal primera por "violación directa de la ley penal sustantiva por indebida o errónea interpretación del artículo 33 del C P.", porque los delitos de falsedad y estafa, sancionados en este proceso, "no conforma el concurso real o material de delitos de que trata la disposición citada", pues según el recurrente, ". . . las conductas jurídicamente individualizadas en la ley tienen una conexidad de medio a fin y uno es el dolo del agente, el

concurso es ideal o formal y se rige en el Código por el artículo 31".

Cuarta causal.—Alega la cuarta causal de casación, también en forma subsidiaria, y expone:

"Si el señor Estévez era empleado de manejo, es decir, empleado de confianza, si a su cargo estaba el manejo de las cuentas; si contaba con la autorización para el giro de cheques y si estaba autorizado para firmar con el nombre del gerente, la hipótesis de que en ejercicio del cargo pudo apropiarse de fondos de la Empresa, sería el caso de un abuso de confianza, lo que daría lugar a nulidad por error en la denominación jurídica del delito, contraído este error a la estafa, pues no tiene vida la hipótesis de la falsedad.

"Ese error en la denominación jurídica proviene del auto de calificación (enjuiciamiento) y ha dado lugar a un juzgamiento por delitos distintos al que pudo haber cometido el señor Estévez.

"El motivo de impugnación, por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, lo aduzco también de manera subsidiaria. (fs. 44 y 45 ib.).

III.—Contestación de la demanda de Casación.—El procurador primero delegado en lo penal, previo resumen de los hechos y de la demanda de casación presentada por el apoderado del recurrente, hace un juicioso estudio de cada una de las causalas y cargos alegados, para llegar a la conclusión de que ninguno es fundado y que, en consecuencia, se niegue la casación del fallo, con fundamento en razones y argumentos que se citarán más adelante.

IV.—Consideraciones de la Corte.—Expuestos los argumentos y razones de la demanda de casación e indicada la opinión del Procurador Delegado en lo Penal, procede la Sala al estudio de las causales y cargos hechos a la sentencia de segunda instancia, comenzando por advertir que, a diferencia de lo observado ordinariamente, no resolverá en primer término la nulidad alegada con fundamento en la errada denominación de la infracción, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 198 del C. de P. P. y en relación con la causal 4ª del artículo 56 del D. Nº 528 de 1964; porque tanto los delitos de falsedad y de estafa, como el de abuso de confianza tienen por objeto los mismos elementos fácticos, que en sentir del recurrente, según lo alegado con ocasión de los dos primeros cargos, no están probados; de manera que sin elucidar esta cuestión previamente, no se podrá entrar a la calificación de los ilícitos sobre hechos no establecidos en el juicio, según el decir del recurrente.

PRIMER CARGO.

1º—El artículo 56 del D. número 528 de 1964 sustituyó o abrogó lo dispuesto en el artículo 567 del C. de P. P., en especial respecto al numeral 2º que hacía mención a la errada interpretación o apreciación de los *hechos*, mientras que en la reforma se alude a la apreciación errónea o a la falta de apreciación de determinada *prueba*, pero exige que, en este caso, se demuestre "haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos"; de modo, pues, que no basta alegar que se ha apreciado erróneamente uno o más medios probatorios sino que es indispensable, para la eficacia del recurso, expresar si se trata de un error de hecho manifiesto, o bien de uno de derecho e indicar los artículos precisos de la ley sustantiva que resultan indirectamente violados en la sentencia.

2º—En este caso, el recurrente, en el primer cargo en relación con la causal primera, acusa la sentencia "por apreciación errónea de las pruebas que más adelante serán puntualizadas...", sin determinar si aquella errónea apreciación de las pruebas debe atribuírse a errores de hecho o de derecho; sin embargo, dado el desarrollo del cargo, en lo principal, debe interpretarse que acusa la sentencia por error de derecho, que consiste en la violación de la norma que regula o determina el valor probatorio de la confesión del enjuiciado en lo atañedero a la demostración del cuerpo del delito, o sea del artículo 255 del C. de P. P., que habría conducido al sentenciador de segunda instancia a violar indirectamente los artículos 231, 233, 408, 32 y 33 del C. P., invocados por el recurrente.

3º—Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el agente o procesado con el efecto o cuerpo del delito, que implica un resultado material, establecido en el proceso mediante prueba idónea y eficaz, porque así como es del todo inadmisible que exista un efecto sin causa proporcionada, tampoco puede aceptarse que exista una causa de la cual nada haya procedido; y a esta conclusión se llegaría si se admitiera como idónea la confesión del procesado para dar por demostrado el cuerpo del delito, pues por error, interés o por cualquier otro mo-

tivo puede hacer una confesión falsa, sin que exista la realidad material, que podría conducir a sancionar por el delito de homicidio de una persona que no ha muerto, o por los delitos de falsedad y estafa sin existir documento alguno ni perjuicio patrimonial para nadie.

4º—Por tanto, la confesión del procesado demuestra la causalidad o participación en el delito, pero no la del efecto o cuerpo del delito, que debe llevarse al proceso mediante una prueba idónea, que acredite la realidad material, como resultado de la actividad ilícita del agente. Con fundamento en estos principios, el artículo 255 del C. de P. P. dispone:

La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito".

Consagra esta norma reguladora de la prueba, primero, la aptitud de la confesión en cuanto concierne a la participación o responsabilidad del procesado, que presume verídica, salvo prueba en contrario; y segundo, la rechaza en relación con la demostración del cuerpo del delito, que exige debe estar probado por otros medios probatorios.

5º—Siguiendo el orden impuesto en la demanda de casación, se procede a estudiar si el sentenciador de segunda instancia violó el memorado artículo, según las alegaciones hechas en el primer cargo y en relación con el numeral 2º del artículo 56 del D. 528 de 1964.

a) No cabe duda alguna que no se practicó, como se dice en la demanda, un reconocimiento grafológico por expertos en la materia, como tampoco se llevó a efecto el examen de los libros de contabilidad de la sociedad afectada con el ilícito, porque, dice el recurrente, toda la demostración del cuerpo del delito se fundó en la confesión del procesado, en cuya indagatoria se lee:

PREGUNTADO: Ya que dice usted saber el objeto por el cual se le llama a rendir esta declaración instructiva libre de toda presión o apremio, sin juramento y asistido por un apoderado, ¿quiere usted hacernos una exposición lo más veraz que pueda sobre los acontecimientos que en estas diligencias se investigan? CONTESTO: Yo hice unos cheques para cobrarlos, cheques de la Sociedad Nebiolo para cobrarlos, plata para mí, eso es todo. PREGUNTADO: Según su respuesta anterior, ¿nos podría usted hacer una relación más clara y amplia, sobre cómo se hicieron los giros de esos cheques cuyo dinero fue para usted? CONTESTO: Yo giré los cheques a mi nombre y los cobré". (fs. 51 a 52, C. Nº 1º).

Más adelante agrega que estaba autorizado para girarlos, como también recibió los dineros "en calidad de préstamo", circunstancias que atañen al segundo cargo como se verá más adelante.

b) En la sentencia de segunda instancia, para la demostración del elemento material del delito o el efecto de la actividad ilícita del procesado (f. 25, C. Nº 2º), se alude a los instrumentos negociables o cheques con los cuales se consumaron los ilícitos de falsedad y estafa, tales como estos: cuatro fotocopias de los girados a favor del enjuiciado y cobrados por él; sesenta y tres cheques originales por un valor de $ 135.932.11 girados contra la cuenta de la Sociedad en el Banco Comercial Antioqueño, Sucursal de San Martín, cobrados personalmente o por canje; extracto de la cuenta corriente de la Sociedad Nebiolo en la cual aparecen debitados 48 cheques que giró en su mayoría a nombre de él, cobrados personalmente o por canje; un extracto de la cuenta corriente que Estévez Peña tenía en el Banco de Los Andes, Sucursal San Martín, en la cual "... se constata la consignación de nueve cantidades correspondientes a un número igual de cheques girados contra la cuenta de la Sociedad Nebiolo del Banco Comercial Antioqueño"; nueve cheques contra la cuenta de la Sociedad en el Banco de Los Andes, Sucursal de San Martín, por la suma total de $ 6.075.00; el cheque por diez mil pesos "girado a favor del procesado y no pagado por falta del sello de la Sociedad Nebiolo en liquidación (f. 64); relación firmada por el gerente denunciante sobre los cheques contra el Banco Comercial Antioqueño, durante los años de 1962 y 1963, "girados sin autorización de la empresa"; en la inspección ocular se ordenó agregar las tarjetas que demuestran el movimiento de los préstamos realmente hechos por la Sociedad a Estévez Peña (fs. 147, 148, 149, C. Nº 1º); y en fin, menciona la sentencia los talonarios en el Banco de Los Andes y en el Banco del Comercio.

c) En la misma sentencia se transcribe el siguiente aparte de la declaración del gerente de la Sociedad Nebiolo S. A. "En ejercicio de sus funciones nuestro contador, señor ESTEVEZ PEÑA, hoy día mi denunciado, aprovechándose de sus funciones y de la confianza que le había otor-

gado, en muchas oportunidades en que se le ordena la redacción de uno o más cheques, acostumbraba a anular en el talonario de la chequera correspondiente un cheque, haciendo creer que lo había dañado. Posteriormente los cheques sustraídos los giraba a su favor por distintas cantidades de dinero, utilizando para ello, sin mi consentimiento, el protector de cheques y el sello correspondiente que tenía registrado la compañía en el banco correspondiente y falsificando en forma burda por demás, la firma del suscrito gerente. Posteriormente estos cheques los cobraba personalmente en el banco correspondiente o los consignaba en su cuenta corriente que tiene en el Banco Comercial Antioqueño, Sucursal San Martín, o en el Banco de Los Andes, Sucursal San Martín, de esta ciudad de Bogotá. ... 8º Nuestro contador y denunciado hoy día, señor Estévez Peña, para cuadrar los balances mensuales, procedía a elaborar personalmente uno o más comprobantes diarios adicionales, cargándole a gastos o pasivo diferido o afectando otras cuentas, con el faltante de los saldos bancarios, que precisamente debería ser la suma de dinero que durante cada mes se sustraía o se apropiaba en forma indebida, disfrazando en esta forma la realidad que debería contener o reflejar los libros de la Sociedad". (fs. 26 y 27, C. Nº 2º).

d) Alude también a la declaración del ayudante de contabilidad, Helman Rojas Caipa, en la cual se afirma que los cheques anulados, según la anotación hecha en el talonario, "habían sido cobrados y pagados por los bancos sin aparecer comprobantes que justificaran el pago".

e) El revisor fiscal de la Sociedad manifiesta que visó la contabilidad que aparentemente reflejaba "un giro normal de las operaciones de la Sociedad, pero con posterioridad al ilícito cometido por el señor Estévez y estudiando a fondo estos asientos contables se descubrió que en totalidad eran falsos y que fue el medio de que se valió para encubrir su desfalco" (f. 28, C. Nº 2º).

6º—El recurrente, respecto a la prueba invocada por la sentencia "en orden a la comprobación de la materialidad o elemento objetivo de los delitos", o sea, en cuanto atañe a la existencia real de los cheques falsificados, no hace ninguna observación con el fin de demostrar que el juzgador de segunda instancia haya incurrido en un error de hecho manifiesto o en uno de derecho en la apreciación de tales documentos, que consideró como suficiente prueba para la demostración del cuerpo del delito, conclusión que no puede modificarse en casación oficiosamente.

7º—En cuanto a la prueba testimonial, esto es, en relación con los testimonios del gerente, revisor fiscal y ayudante de contabilidad de la Sociedad, no expresa el recurrente si el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho en su apreciación, sino que se limita a hacer varias observaciones respecto de su credibilidad, ya por las contradicciones que dice existen en las deposiciones del primero de los nombrados, o bien en la dependencia del revisor y del ayudante de contabilidad respecto del gerente; mas estas críticas no son de recibo en casación porque implican una ponderación del testimonio confiado a la soberana decisión de los jueces de instancia, que la Corte no puede revisar sin convertirse en juez de instancia olvidando la finalidad que le fija la Ley.

El Procurador Primero Delegado, sobre este cargo expone:

"En síntesis, Honorables Magistrados, la confesión del procesado respaldada por los hechos que dejo expuestos, es suficiente para la plena comprobación de los cuerpos de los delitos de falsedad y estafa, ya que el solo hecho de haberse anulado los talonarios de los cheques falsos, el haberse pagado al señor Antonio Estévez Peña dichos cheques y haberlo beneficiado a él exclusivamente, aún prescindiendo de su confesión, llevan al ánimo la certidumbre de que los cheques fueron falsificados en la firma del girador, protegidos con los sellos y protector de la firma, puestos bajo el cuidado del doloso beneficiario, por Antonio Estévez Peña, que es en lo que consiste la plena prueba del cuerpo de los delitos de falsedad y estafa por los cuales se le condenó". (f. 55, C. Nº 3º).

En conclusión, el cuerpo del delito respecto de los de falsedad y estafa está demostrado por medios probatorios distintos de la confesión del procesado; y en consecuencia, resulta infundado el cargo que hace el recurrente a la sentencia del Tribunal.

SEGUNDO CARGO

1º—Sostiene el recurrente, con razón, que el segundo cargo tiene un fundamento similar al primero, en cuanto a la prueba, porque en lo demás, el anterior se refería al cuerpo del delito y en éste a la imputación, demostrada mediante una confesión calificada, que pretende quitar

a los hechos su carácter ilícito al decir que estaba autorizado para poner la firma del gerente y que el dinero lo recibió a título de préstamo, esto es, una calificación en relación con el elemento moral o intencional de los hechos.

2º—Como antes se advirtió, el recurrente, al formular este cargo, no indicó si el error en la apreciación de la prueba era de hecho manifiesto o de derecho, ni tampoco indicó qué normas sustantivas resultaban indirectamente violadas como efecto de aquella mala apreciación, porque no basta referirse al Código Penal o al de P. P. en relación con las "que entonces se citaron"; sin embargo, en este como en el cargo anterior, debe entenderse que se refiere a un error de derecho al haber el Tribunal dividido la confesión del procesado, en lugar de considerarla como un todo, o mejor, presumirla verídica en todo su contenido.

3º—La presunción legal consagrada en el artículo 255 del C. de P. P., como tal, admite prueba en contrario; y en este juicio, de acuerdo con los elementos probatorios examinados al estudiar el otro cargo, se establece la falta de fundamento de las disculpas alegadas, porque, en primer término, si el dinero lo hubiera recibido a título de préstamo habría sido contabilizado con esa denominación; pero no fue así, sino que se lo imputó a supuestos gastos de la Sociedad; y en cuanto a la autorización del gerente para poner su firma, además de estar contradicha por éste, por el ayudante de contabilidad y el revisor, resulta del todo evidente que ella no existió, si se tiene en cuenta que en los talonarios de los cheques falsificados puso la palabra "anulado", lo que pugna en forma evidente con la supuesta autorización.

4º—Sobre lo anterior, anota el Procurador delegado:

"A dicho cargo contesto con los mismos argumentos que al anterior cargo, ya que esas modificaciones hechas a la confesión por el procesado, quedan destruídas al poner en los talonarios de los cheques falsificados la palabra anulado, al no tener razón ni causa un préstamo tan cuantioso, ni plazo, ni garantía, todo lo cual hace inverosímil la explicación dada y la destruye por la ilogicidad misma de ella.

"Y en cuanto a la prueba del dolo para la falsedad y la estafa, su plena prueba está en poner a los talonarios de los cheques falsificados el "anulado", el presentar cuentas inexistentes para cuadrar la contabilidad mensual y en lo absurdo de las explicaciones, todo lo cual pregona el dolo en forma plena e indestructible". (f. 56 ib.).

En consecuencia, tampoco este cargo resulta fundado contra la sentencia del Tribunal.

TERCER CARGO

El tercer cargo consiste en la violación directa de la ley sustantiva penal, por cuanto se aplicó indebidamente el artículo 33, como si se tratara de un concurso real de delitos, cuando en sentir del recurrente, solamente existiría un concurso ideal, o sea, entre el delito medio y el delito fin.

Según lo previsto en el artículo 233 del C. P. la falsedad consumada en instrumentos negociables, como los cheques de este juicio, no pueden considerarse como un solo hecho con el de estafa, porque está definido y sancionado como un delito independiente o formal, pues de otro modo no se habría mencionado de modo expreso en la citada disposición, para dejarlo dentro de los sancionados en el art. 240 del C. P.; porque, con toda lógica, una vez que el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, presumió la autenticidad de las firmas, los revistió de una de las más destacadas propiedades de los documentos públicos a que se refiere el artículo 1759 del C. C.

El Procurador delegado, después de referirse a la doctrina de la Corte sobre existencia del concurso real de delitos, cuando se falsifican instrumentos negociables y se hacen efectivos, agrega que "... habiendo el señor Antonio Estévez Peña, falsificado varios cheques, consumó el delito de falsedad y al haberlos cobrado y hecho entrar a su haber los dineros así conseguidos, fingiendo gastos no efectuados para cuadrar la contabilidad, usando del sello y el protector de la firma defraudada, se consumó igualmente el delito de estafa, existiendo un verdadero concurso real de delitos, por lo cual la aplicación del artículo 33 del C. P., hecha por el Tribunal Superior de Bogotá, es legal y jurídica". (f. 58 ib.).

Por tanto, tampoco prospera este cargo.

CUARTO CARGO

Como se observó al principio, esta causal tiene por fundamento el haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, que el recurrente

la funda en el error en la denominación jurídica del delito, que dice es de abuso de confianza y no los de falsedad e instrumentos negociables y estafa.

Esta causal así como el fundamento invocado, quedan descartados en absoluto con las razones y argumentos antes expuestos, tanto en relación con las pruebas aportadas al proceso como respecto de la naturaleza o denominación jurídica de las infracciones, comoquiera que los hechos establecidos en el proceso configuran los delitos por los cuales fue condenado el recurrente.

Además, el delito de abuso de confianza se configura cuando el tenedor de una cosa mueble se la apropia en provecho propio o de un tercero; pero en este caso, el enjuiciado en ningún momento fue tenedor precario de los dineros, objeto del ilícito, sino que para conseguirlo ocurrió a la falsificación de los cheques, alteración de los asientos de los libros de contabilidad, etc., etc., por cuyo medio obtuvo que los bancos le entregaran una suma de casi ciento cincuenta mil pesos, debitando las cuentas corrientes de la Sociedad Nebiolo.

No existe, pues, la nulidad alegada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INFIRMA la sentencia de fecha 16 de mayo de 1966, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido contra Antonio Estévez Peña por los delitos de falsedad y estafa.

NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

DELITO DE ESTAFA.—FINALIDAD DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL.—EL ERROR DE DERECHO Y EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION PROBATORIA.

1. Como lo ha expresado la Corte en una de sus doctrinas más reiteradas, la finalidad de la antigua causal segunda de casación, —hoy involucrada en el art. 56 del Decreto 528 de 1964— consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero en manera alguna se encamina a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas razonablemente por el ad quem, porque ello significaría la sustitución de un examen probatorio por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, —ha dicho también esta Sala en múltiples oportunidades— es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, manifiesto. No el que se pretenda construír sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

Al respecto léanse sobre ese particular las sentencias de la Corte de 7 de diciembre de 1954, G. J. Nos. 2.149, T. LXXIX, pág. 346; 6 de febrero de 1963, G. J. Nº 2.266, T. CI., pág. 304; 4 de febrero de 1963, G. J. Nº 2.266, T. CI. pág. 279.

2. El error de derecho en la apreciación probatoria, —ha dicho la Corte—, implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que el error fáctico solo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba dá cuenta. Ni el uno ni el otro fue demostrado en el presente caso. En consecuencia, se dará aplicación al art. 569 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JUAN ABUCHAIBE ABUCHAIBE contra la sentencia de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla revocó la absolutoria de primer grado y condenó al reo a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de un mil pesos ($ 1.000.00), más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de estafa.

ANTECEDENTES:

I.—*Los hechos.*—RAFAEL ROSADO MAGRI, corredor profesional, recibió del procesado Abuchaibe el encargo de vender una camioneta Fargo, modelo 1960, distinguida con placas KA-3695 de Barranquilla, de color azul, de la cual éste decía ser propietario, por haberla comprado, según expresa en su injurada, "a un señor Víctor M. Vega", y tener los respectivos papeles en regla, tal como él mismo dizque los recibió de Vega y entregó a la Oficina de Tránsito de aquella ciudad.

Rosado Magri, por cierto acompañado de Abuchaibe en alguna oportunidad, logró vender esa camioneta a Manuel Fernández Villa por la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00), que el vendedor procesado recibió a entera satisfacción.

Transcurridos varios días, el comprador, sospechando la mala procedencia de la mentada camioneta, visitó a Rosado Magri para expresarle sus fundados temores y proponerle una "rescisión" de la venta. Abuchaibe, noticiado al respecto, aceptó, y Fernández hizo a su anterior vendedor el traspaso indicativo de la resolución del contrato. Mas como el procesado no devolviese el dinero, el corredor o comisionista Rosado Magri le firmó a Fernández una letra por los veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) y Abuchaibe, a su vez, giró un cheque a favor de Rosado Magri, por igual suma, el dieciséis (16) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963).

Cheque contra el Banco del Comercio, de Barranquilla, marcado con el número 669360, el que fue protestado por "fondos insuficientes". (fs. 28 y 29, Cd. 1º).

Debido a su mala procedencia, la camioneta fue posteriormente decomisada por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

El denunciante perjudicado, Rosado Magri, afirma que Juan Abuchaibe Abuchaibe se ha negado a pagarle aquella suma, "porque se imaginaba —dice— que yo era la persona que lo había denunciado".

II.—*Historia de la camioneta.*—Automora Gallo & Chaljub, Ltda., importó legalmente al país una camioneta Fargo, modelo 1960, estilo PICK-UP, originalmente de color amarillo y crema, de tres cuartos de tonelada y cuyo motor tenía el número 105868, serie 1260105868, amparada por el manifiesto de aduana número 020858 de 18 de diciembre de 1959, con Registro Nº 990.

Dicho vehículo fue vendido por la Automotora a la señora Herlinda A. de Char y matriculada a su nombre en Barranquilla, con placas de servicio particular número KA-1475. (f. 129, Cd. 1º).

La misma oficina de Tránsito que matriculó la camioneta autorizó, después de más de dos años, el cambio del color original (amarillo y crema) por el de "amarillo bajo y verde aceituno".

La señora de Char declaró, dentro de la investigación, que conserva la propiedad de dicha camioneta y la sigue usando; que no ha celebrado negocio alguno en relación con ella y que siempre ha estado en su poder. (fs. 62 y 63, Cd. 1º).

Aparece —como se ve a folio 123 del mismo cuaderno— que Herlinda de Char manifiesta haber vendido a Héctor M. Vega, con cédula de ciudadanía número 118.126 de San Jacinto, una camioneta con placas F.40059 de Valledupar, en cuya venta se citan todas las especificaciones ya conocidas, con excepción del color, pues aquí figura azul, color que nunca tuvo la suya, y el mismo manifiesto de aduana.

Este documento de traspaso aparece autenticado por el Inspector Primero de Policía de esa ciudad con la cita de las cédulas, entre ellas la de Héctor M. Vega. Esta cédula corresponde (véase fl. 141 id.) a Mesías Vargas Rojas, y Héctor M. Vega no posee cédula laminada, según atestación de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Sección de Identificación).

Hecha la anotación correspondiente, Vega hace que en Santa Marta se cambie de placa número F.40059 (fs. 119, Cd. 1º), por la número F.10484. Con este número, la traspasa en la misma ciudad a Juan Abuchaibe (f. 116, id.).

El memorial en el cual se solicita el traspaso (f. 116 vto., id.) está autenticado por el Notario, quien certifica que Vega y Abuchaibe se presentaron personalmente y exhibieron sus respectivas cédulas: 118126 y 1753502. Y ya se sabe que Vega no poseía esa cédula. Y se tiene también, por confesión del procesado, que éste ni siquiera estuvo en la Notaría. (fl. 41 id.).

Posteriormente Abuchaibe solicita en Santa Marta la cancelación de la matrícula del referido vehículo, a fin de matricularlo en Barranquilla, y así se le otorga. (f. 114 y vto., id.).

El 26 de marzo de 1963 matricula la camioneta a su nombre en Barranquilla (f. 109, id.), y se le entregó la placa número KA-3695. (f. 40, id.). Y el 17 de abril del mismo año la traspasa a Manuel Fernández Villa (f. 111), siendo luego devuelto dicho traspaso, como ya hubo de expresarse. (fs. 38 a 39, id.).

LA DEMANDA DE CASACION

Después de relatar los hechos y sintetizar con criterio subjetivo los fallos de primera y segunda instancia, el señor apoderado arguye, en esencia:

Primero.—Violación indirecta de la ley sustantiva, originada en un error de hecho. Consiste aquélla en que no estando probado —según el actor— el artificio o engaño que indujo al perjudicado a entregar su dinero, se ha infringido el artículo 408 del Código Penal, que exige ese elemento para la tipificación del delito de estafa. Dice el impugnante que a juicio del Tribunal el artificio consistió en hacer creer en la legítima procedencia de una camioneta, siendo ésta de contrabando, pero que, realmente, la referida camioneta resulta ser legítima propiedad de Abuchaibe. Así las cosas, el sentenciador de segundo grado incurrió en manifiesto, protuberante error de hecho "al aceptar como demostrado el origen ilícito o de contrabando del vehículo, sin que obrara en el proceso ni un atisbo de prueba que así lo acreditara".

Segundo.—Violación indirecta de la ley sustantiva, originada en error de derecho. Considera el recurrente que el Tribunal ha quebrantado el artículo 408 del C. P., como consecuencia de la errónea apreciación de las pruebas sobre la responsabilidad de su representado.

Afirma que los documentos relacionados en los considerandos del fallo acusado son auténticos y que al no apreciarlos así —pues no se ha desvirtuado la presunción de autenticidad— incurrió el fallador en error de derecho, "ya que a través de una valoración defectuosa, ha deducido responsabilidad para el señor Juan Abuchaibe, conforme al artículo 408 del C. P.". Si se hubiesen estimado esas pruebas documentales en su "tenor y valor legales", habrían desaparecido todos los elementos del cuerpo del delito.

Con el objeto de demostrar el cargo empieza por citar el artículo 251 del C. de P. P., en virtud del cual los documentos auténticos, que son los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, constituyen plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe, y que contra esa prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo. Continúa recordando que "en los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla". (Artículo 204 del C. de P. P.). Y agrega:

"No ha sido desvirtuado, ni tachado de falso, ni condenado en Valledupar el funcionario que atesta la autenticación de las firmas de la señora Char (sic) y del señor Vega, puestas en el documento de traspaso hecho por la primera al segundo, con sus respectivas cédulas.

"Ese documento ostenta toda su virtualidad demostrativa. No puede ser destruído con la sola declaración de la señora Char, de que no estuvo en Valledupar, no conoce al señor Vega y de que no ha vendido su carro. Ni siquiera estos extremos se trataron de probar, para sacar valedero el dicho de la mencionada señora.

"En cuanto a la firma de la misma señora, en el documento de traspaso, se considera de su puño y letra, mientras no se demuestre lo contrario. De nada vale la constancia dejada por el señor juez a folio 130, en el sentido de que a simple vista las firmas de esta señora que aparecen en tal documento cotejadas con las que aparecen en el proceso, son disímiles. Es una errónea apreciación probatoria. Basta leer el artículo 256 del C. de P. P., en su parte final.

"Tampoco se ha destruído, en su fuerza probatoria —calibrada legalmente— el documento de venta o traspaso, celebrado en Santa Marta entre el señor Héctor M. Vega y Juan Abuchaibe, con los otros documentos a que hace alusión el fallo acusado. Allí aparece la atestación del Notario del Circuito de Santa Marta, en cuanto a las dos firmas, 'como si hubieran estado presentes y segundo los demás documentos de rigor en esas negociaciones'.

"El Tribunal habla del 'engaño en que pudo (sic) incurrir el Notario atestado'. Pero mientras no se demuestre que éste certificó una falsedad o fue víctima del engaño, su atestación queda en pie. Es obvio.

"Lo mismo dígase de los documentos a que hace referencia el punto d) del proveído en virtud del cual el Tribunal desató el recurso de apelación del auto de detención —proveído que forma parte integrante del fallo que censuramos en casación.— Estos documentos tienen vital importancia.

"¿Cómo negarle autenticidad al certificado según el cual en septiembre 6 de 1963 el vehículo continuaba radicado en cabeza del señor Fernández Villa?

"Entonces, ¿cómo hacer la afirmación temeraria, sin tiznar con ello la reputación de una serie de funcionarios públicos (incluso de los encargados de dar fe pública), de que 'todos esos documentos no ofrecen crédito por cuanto se trataba de amparar la propiedad de un vehículo de oscura procedencia con los papeles de otro que sí eran de legítimo origen?".

Concluye el impugnante con una cita jurisprudencial que atribuye a la tarjeta de matrícula "el valor que el artículo 632 del C. J. enseña para los relacionados en él, frente no solamente al Estado que expidió la matrícula, sino a los terceros".

EL MINISTERIO PUBLICO

En la vista fiscal que obra de folios 27 a 41 del cuaderno número 8 la Procuraduría Segunda Delegada estudia, con la amplitud que juzgó pertinente, la acusación formulada contra la sentencia recurrida. Concluye solicitando que se deseche el recurso de que se trata, conforme al artículo 569 del C. de P. P.

LA CORTE CONSIDERA:

1.—Fuera de las afirmaciones genéricas de que no existe la prueba, en parte alguna del capítulo dedicado al primer cargo se analizan, siquiera someramente, los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Tribunal para afirmar no sólo la ilícita procedencia del vehículo sino la consecuente existencia del engaño que determinó la realización del negociado, la disminución del patrimonio de Rosado Magri y el aprovechamiento ilícito que hizo el procesado de los veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00).

Por lo demás, como lo ha expresado la Corte en una de sus doctrinas más reiteradas, la finalidad de la antigua causal segunda de casación, —hoy involucrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964— consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero en manera alguna se encamina a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas razonablemente por el *ad-quem*, porque ello significaría la sustitución de un examen probatorio por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, —ha dicho también esta Sala en múltiples oportunidades— es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, manifiesto. No el que se pretenda construír sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

2.—Entre los numerosos antecedentes del criterio expuesto en el numeral anterior, importa recordar éstos:

"Habiendo sido alegada, como motivo de casación, la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., el demandante estaba obligado a analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas las saca el juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia". (Sentencias de 7 de diciembre de 1954, G. J. número 2.149, T. LXXIX, página 346; 6 de febrero de 1963, G. J. número 2.266, T. CI, página 304).

"Reiteradamente, la Corte ha expuesto su pensamiento sobre la interpretación que debe darse al numeral 2º del artículo 567 del C de P. P., al decir que para que el recurso de casación prospere, es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya invalidación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al interpretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene. (Sentencia de 4 de febrero de 1963, G. J. número 2.266, T. CI, página 279).

3.—En cuanto al segundo cargo, es preciso observar:

a)—Si el argumento se endereza, como parece, a demostrar que el señor Abuchaibe era propietario del vehículo, carece de interés, porque el fallo recurrido no está fundado en la negación de esa propiedad, sino en lo mismo en que se basó el comprador Fernández para deshacer el convenio: en la ilícita procedencia del automotor.

b)—Si el argumento tiende a demostrar que todos los manejos o traspasos han sido correctos, conviene tener en cuenta:

Es evidente, de toda evidencia, que existen dos camionetas: La que compró a sus introductores legítimos y aún posee la señora de Char, y otra. Pero entre las dos hay diferencias y concomitancias. Empezando por las últimas, anota la Corte que ambas son de la misma marca y modelo; del mismo estilo y de igual capacidad.

También es cierto que la de la señora de Char se matriculó con el número de motor 105868, serie 1160105868. Pero es igualmente verdadero que la segunda camioneta, que dicha señora dizque vendió a Héctor M. Vega en Valledupar, para que apareciera como igual a la suya se la hizo aparecer con el mismo número del motor, pero regrabado y con el número de serie desaparecido.

Sobre el particular dice el correspondiente peritazgo:

"Después de examinar minuciosamente la camioneta hemos observado que el número que aparece en el motor de la referida camioneta que es

105868 ofrece los siguientes reparos: el número o cifra CERO se encuentra más abajo de los demás números y las cifras *ocho*, que son dos, se encuentran inclinadas hacia la derecha, demostrando con esto que esta numeración fue regrabada, (sic) es decir que no es original. En este estado el señor juez observa, en asocio de los señores peritos, que el color de la camioneta fue cambiado, pues presenta huellas de pintura de color *verde* debajo del color azul; que el paral trasero izquierdo de la puerta izquierda demuestra que la placa donde viene el SERIAL, es decir el número del Serial, fue desprendido, encontrándose sus cuatro remaches que lo sujetaban...". (fl. 65 y vto., Cd, 1º).

Todo lo cual demuestra que se acudió a una maniobra para que la segunda camioneta pudiera tomarse como la misma de la señora Char. La declaración de ésta y la circunstancia de la falsedad en cuanto a la cédula de Héctor M. Vega, individuo que jamás pudo ser hallado, indican, con lo anterior, que el Tribunal no erró al tener como falso el pretendido traslado, maniobra propia de quienes tratan de hacer aparecer como de legítima procedencia un vehículo mal adquirido, o introducido al país como de contrabando.

Además, al folio 130 del cuaderno primero los peritos anotan la diversidad de las firmas de la señora de Char. Por tanto, tiene razón la Procuraduría cuando en su concepto de fondo escribe:

"Con todo lo anterior, la simulación de la venta de Herlinda de Char a Héctor M. Vega, la inexistencia de la venta de Héctor M. Vega a Abuchaibe, como antecedentes para la transacción de Abuchaibe y Fernández Villa, fueron las circunstancias que hicieron que el H. Tribunal calificara las dos primeras negociaciones como producto de un ilícito, o bien que el automotor había sido introducido al país de contrabando, probablemente". (fl. 36, Cd. Nº 8).

4.—El error de derecho en la apreciación probatoria, —ha dicho la Corte—, implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que error fáctico sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta. Ni el uno ni el otro fue demostrado, como se ha visto, en el presente caso. En consecuencia, se dará aplicación al artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Barranquilla.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

FUERO PENAL MILITAR

El art. 1º del Decreto Nº 1752 de 1965 preceptúa que la competencia de la Justicia Penal Militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".

Cuando el art. 1º del Decreto Legislativo Nº 1752 de 1965 consagra el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, por los delitos que cometan o hayan cometido, no obstante que no formen parte de las Fuerzas Militares, es cierto que, de manera expresa, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia y menos condiciona esa competencia al lapso comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 18 de julio de 1960 (fechas, en su orden, de los Decretos 1814 y 1705), durante el cual la Policía Nacional hizo parte, como cuarto componente de las Fuerzas Militares, pues precisamente indica que los miembros de aquélla serán juzgados por la jurisdicción penal castrense, "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 40 del Decreto 1705 de 1960", esto es, no obstante que desde la vigencia de este Decreto los miembros de la Policía Nacional, tienen la condición de civiles que, igualmente, tenían antes de la vigencia del Decreto 1814 del 10 de julio de 1953. Pero sí preceptúa dicho art. 1º del Decreto 1752 de 1965 que esa competencia de la justicia penal militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar", o sea, de acuerdo con las normas que regulan la competencia dentro de esta jurisdicción.

Por razón de ésto, la Corte, en providencia de 17 de octubre del corriente año, al dirimir la colisión de competencia surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción penal castrense, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el Agente de la Policía Nacional, Edgardo Saltarín Torregroza, por el delito de homicidio, señaló que le correspondía el negocio a la justicia penal ordinaria, pues se trataba de un delito común y no había tenido ocurrencia en ninguna de las circunstancias previstas en los ords. 2º y 3º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Pero en este proceso seguido contra algunos miembros de la Policía Nacional, por los delitos de homicidio y robo, no solo se dá la circunstancia de que para la época de los hechos el país se encontraba en estado de sitio (21 a 24 de julio de 1953), sino que ellos se cometieron con ocasión del servicio, según resulta de la síntesis de lo ocurrido.

Corresponde, por tanto, conocer de este negocio a la justicia penal militar, sin embargo de que los hechos tuvieron lugar entre el 21 y el 24 de junio de 1953, o sea antes de la fecha del Decreto Legislativo Nº 1814 del mismo año, expedido el 10 de julio, Decreto por el cual se incorporó a las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, atendido que el Decreto 1752 de 1965, como se dejó anotado, al consagrar el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, en cuanto a los delitos que cometan o hayan cometido, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, ni condiciona esa competencia al lapso en que la Policía Nacional hizo parte de las Fuerzas Militares, como cuarto componente de éstas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre primero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para resolver la colisión de competencias surgida entre la INSPECCION GENERAL de LAS FUERZAS DE LA POLICIA NACIONAL y el JUZGADO QUINTO SUPERIOR DE BOGOTA, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra Luis Alberto Cristancho de José, Carlos Alfonso Espejo Peña, José Manuel Solórzano Guevara, Carlos Julio Rugeles Vega, Pedro Antonio Mantilla, José Narváez Martínez, Pablo Emilio Vargas Campo, Daniel Páez Rodríguez, Josué Elías Pérez Chaparro y otros, todos miembros de la Policía Nacional para la época de los hechos (24 de junio de 1953), por los

delitos de homicidio en las personas de Aristides Segura, Arturo Bolaños y José María Espitia y robo en contra de los intereses económicos de estos mismos, la Corte toma en cuenta lo siguiente:

Primero: HECHOS.

En el auto de proceder proferido por el Juzgado Quinto Superior de Bogotá el 8 de mayo de 1963, se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El 21 de junio de 1953, por orden del Sargento de la Policía, en ese entonces Alcalde Militar de Topaipí, señor Luis Alberto Cristancho de José, fueron detenidos en las cárceles del lugar los ciudadanos Arturo Bolaños, Aristides Segura y José M. Espitia, contra quienes no se inició proceso alguno conocido. En las horas de la noche del día 24 del mismo mes y año, los citados señores fueron torturados por los policiales, con choques eléctricos provenientes de un motor de radiotransmisiones; las súplicas de los torturados así como sus gritos penetrantes y lastimeros de dolor, conmovieron a los habitantes de Topaipí y parece que también a los modernos inquisidores, puesto que pusieron término a los sufrimientos de las víctimas, dándoles muerte en el paraje vecino, denominado 'Corinto'. Allí pusieron una guardia para impedir el acceso del público y como dos muchachos del lugar la burlaran, para su escarmiento fueron obligados a arrastrar con cuerdas los cadáveres por el lecho de una quebrada, en cuyas piedras fueron quedando vestiduras y piltrafas, que desfiguraron horripilantemente los cuerpos. El tiempo y los animales hicieron el resto. En el cementerio de Topaipí hoy sólo queda inhumado un cráneo, perteneciente a una de las víctimas".

Segundo: Fundamentos que anotan los jueces que plantean la colisión de competencias.

Adelantado el juicio y verificado ya el sorteo de jurados en el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, y por solicitud del señor apoderado del Sargento de la Policía Nacional, señor Luis Alberto Cristancho de José, el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, mediante providencia de 23 de julio de 1965, dispuso: "Como lo solicita el doctor Manuel A. Sevillano Quiñones en el anterior memorial, y de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1752 del año en curso, remítase el presente negocio, por competencia, y por conducto de la Brigada de Institutos Militares, a la Justicia Castrense".

Recibido el asunto en la Inspección General de las Fuerzas de la Policía Nacional, no aceptó ser competente el Comando de esa entidad para conocer y dispuso enviar el proceso al Juzgado Quinto Superior de Bogotá. En la providencia de 18 de septiembre de 1965 (fs. 242 a 247 del Cd. 3º) se dice:

"El hecho jurídico de la expedición del Decreto 1752, de 2 de julio de 1965, no implica que se adquiera de facto el fuero penal militar para la Policía Nacional. Este decreto se aplica teniendo en cuenta la Ley 153 de 1887, que en sus artículos 40 a 43 establecen: 'Art. 40: Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'.—Art. 43: 'La ley preexistente prefiere a la ley ex-post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40'.

"El Decreto 1426 de 1954, de mayo 4, le dio el fuero militar a la Policía Nacional y desde esa fecha (mayo 4 de 1954) la jurisdicción castrense conoce de los delitos cometidos o que cometan los miembros de la Policía Nacional, conforme a lo establecido en el Decreto 250, de 11 de julio de 1958.

'El fuero penal militar no es retroactivo al momento en que se le concedió ese fuero legal, con base en el artículo 58 de la Constitución Nacional, cuando dijo, 'demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia'. El hecho de la expedición del Decreto 1752 de 1965 se debió a que con la redacción del artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, en incidentes procesales de colisión de competencias y en recursos extraordinarios de casación, la Policía Nacional ha sufrido quebrantos a causa de la interpretación que la H. Corte Suprema de Justicia ha dado a dicha norma. Por eso el Decreto dice que 'sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la justicia

penal militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional, con arreglo al Código de Justicia Penal Militar'... Estando vigente el Decreto 250 de 1958 y siendo ley de la República (Ley 141 de 1961) están vigentes los artículos 284, 285, 286 del Código de Justicia Penal Militar. Además, la facultad extraordinaria de la Ley 19 de 1958, reflejada en el Decreto 1705 de 1960, no iba hasta el extremo de derogar o reformar un código, llevándose por delante la Constitución. Simplemente se trata de un decreto reorgánico del Ministerio de Guerra y no de un decreto que reformara el estatuto castrense, pues por información debemos de recordar y saber que sólo la Ley 27 de 1963 le concedió, en su artículo 2º, autorización al Ejecutivo para que con base en el artículo 76 de la Constitución Nacional, numeral 12, modificara el Código de Justicia Penal Militar. El señor Presidente de la República no modificó en su oportunidad el Código de Justicia Penal Militar, o sea que el actual Código Castrense se halla vigente y no ha sido declarado inexequible o sea que es Ley de la República, que hay que cumplir.

"..... .....

"Los hechos materia de la investigación fueron cometidos antes del 4 de mayo de 1954, fecha en la cual adquirió el fuero militar, para el caso que nos ocupa, la Policía Nacional.

"Encontrándose ejecutoriado el auto de proceder, se debe cumplir lo establecido en la Ley 153 de 1887, en sus artículos 40 y 43 y regresar el proceso al señor Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Bogotá".

El Juzgado Quinto Superior de Bogotá insistió en que no tenía competencia para conocer y, en consecuencia, por auto de 11 de octubre de 1965 resolvió remitir el proceso a la Corte.

Sin embargo, el expediente, con manifiesta equivocación, el Juzgado Quinto Superior de Bogotá pasó el proceso al Comando del Departamento de Policía de Cundinamarca y éste sólo lo envió a la Corte el 23 de noviembre del corriente año de 1966, lo que dio lugar a una demora de más de doce meses.

En ese proveído de 11 de octubre de 1965, expresa el Juzgado Quinto Superior de Bogotá:

"Inspirado el Gobierno en un criterio muy subjetivo sobre las causas de perturbación y maneras de restablecer el orden público, ordenó que a partir del 2 de julio de 1965 serán los jueces y tribunales de la Justicia Castrense quienes conozcan y decidan no sólo de los delitos que a partir de esa fecha cometan los miembros de la Policía Nacional, sino también de los que hasta entonces hubieran cometido con anterioridad, sin limitación ni calificación alguna en el tiempo, dado que se expresó inequívocamente, mediante el participio en tiempo pretérito de 'cometidos', lo que lleva a concluír que ese mandamiento soberano igualmente debe cumplirse con respecto a los procesos penales adelantados contra miembros de la Policía Nacional y que a la fecha de entrar a regir no estuvieran fenecidos. Si la intención hubiera sido la de excluír procesos penales con auto de proceder válidamente ejecutoriados, así lo hubiera declarado el legislador ejecutivo, por manera que, si así no lo hizo, indudablemente fue porque quiso estimular en los miembros de la Policía Nacional un mejor espíritu de cooperación efectiva al restablecimiento del orden, sin que en tales propósitos se vieran inhibidos por temor a las decisiones de la justicia ordinaria, dado que es apenas natural que elementos formados militarmente tengan más confianza en los juicios de sus superiores jerárquicos.

"Así las cosas, estima este Despacho que es a la Justicia Penal Militar a quien corresponde seguir conociendo del proceso *sub-judice*, mientras subsista la vigencia del Decreto 1752, de 2 de julio de 1965...".

Tercero: El fuero penal castrense, en cuanto a los miembros de la Policía Nacional.

Sobre este particular, cabe señalar:

1).—Los diferentes fines señalados en la Constitución Nacional al Ejército (o Fuerzas Militares) y a la Policía Nacional, explican la distinción que hace la Carta entre estos dos componentes de la Fuerza Militar. La doctrina constitucional señala como misión del Ejército (o Fuerzas Militares) la defensa de las instituciones, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio y la ejecución de sus compromisos internacionales. Estos supremos intereses, colocados bajo el amparo del Ejército (o Fuerzas Militares), concretamente los indica el artículo 16 de la Constitución de Francia, de 1958. En cambio, a las Fuerzas de Policía, según lo dijo la Corte en fallo de 1º de diciembre de 1930 (G.J.t.XXXI, p. 31), corresponde

una función esencialmente preventiva "y de protección social; debe ser la mano fuerte, el apoyo decidido para conservar el orden público y respaldar las decisiones del poder judicial".

Dentro del concepto genérico de "fuerza pública" y de "fuerza armada", comprende la Constitución Nacional tanto al Ejército (o Fuerzas Militares) como a la Policía Nacional y a los demás "Cuerpos armados de carácter permanente", sin que ello implique que todos sean militares, pues para lo único que la Carta los asimila es para disponer que "no es deliberante" la fuerza armada, ni mientras permanezcan en servicio activo pueden sus miembros (ya del Ejército, o de la Policía o de los Cuerpos armados de carácter permanente) "ejercer la función del sufragio, ni intervenir en debates políticos" (art. 168 de la Constitución Nacional).

Es obvio, entonces, que cuando la Carta se refiere a los militares, excluye de tal concepto a los miembros de la Policía Nacional y de los demás "cuerpos armados de carácter permanente".

2).—El artículo 170 de la Constitución Nacional dice:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Es en este precepto en donde se establece el fuero penal castrense. Y de la letra de esta norma se desprende, de manera clara, que únicamente alude a los militares en servicio activo.

3).—Mediante el Decreto Legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953, las Fuerzas de la Policía Nacional fueron incorporadas al Ejército Nacional (a las Fuerzas Militares), como cuarto componente. A partir de esa fecha y hasta la expedición del Decreto 1705 de 1960 (de 18 de julio) que dispuso la desincorporación de aquéllas de las Fuerzas Militares, es evidente que los miembros de la Policía Nacional estuvieron sometidos al Fuero Penal Castrense, pues tuvieron el carácter de militares y la norma contenida en el artículo 170 de la Carta, en consecuencia, les era pertinente.

A esa incorporación de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, ordenada por el citado Decreto Legislativo número 1814 de 1953 (de 10 de julio), se refiere el Decreto Legislativo número 0377, de 13 de septiembre de 1957, así:

"Las Fuerzas Armadas comprenden:
"El Ejército;
"La Armada;
"La Fuerza Aérea;
"Las Fuerzas de Policía;
"La Dirección General de los Servicios, y
"Las formaciones o Cuerpos que se destinen posteriormente".

Y luego de referirse el Decreto Legislativo número 0377 de 1957 a los Comandos del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, también menciona el Comando de las Fuerzas de Policía.

Esto es, que a más de los tres cuerpos que ahora indica el Decreto-Ley 1705 de 1960, para aquel entonces existió otro dentro de las Fuerzas Militares: el de las Fuerzas de Policía.

Después de hacer mención de las "Fuerzas Militares", este Decreto-Ley número 1705 de 1960, en el artículo 36, señala que "los Comandos de fuerzas están integrados por los Comandantes del Ejército, de la Armada Nacional y de la Fuerza Aérea". Así, pues, este estatuto, excluyó a las Fuerzas de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, pues ya no dependen del Comando General de éstas, sino de su Director General y del Ministerio de Guerra, para los efectos de su organización, administración, inspección y vigilancia (art. 42 del Decreto-Ley 1705 de 1960).

En consecuencia y como ya se dejó anotado, luego de entrar en vigencia el Decreto-Ley 1705 de 18 de julio de 1960, las Fuerzas de la Policía Nacional dejaron de estar sometidas a la jurisdicción penal castrense, pues fueron excluídas de las Fuerzas Militares, para adquirir ese Cuerpo el carácter de institución civil, como lo señala el artículo 40 de este estatuto.

4).—No se trata, como anota la Inspección General de las Fuerzas de la Policía Nacional, de que el Decreto-Ley 1705 de 1960 haya derogado (que no lo hizo) disposiciones del Código Penal Militar (arts. 284 a 286) que equiparan a las Fuerzas de la Policía Nacional con las Fuerzas Militares, para someter a aquéllas a la jurisdicción penal castrense, sino de que, al desincorporar aquel estatuto a los miembros de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, tanto el Código Penal Militar (Decreto Legislativo número 250 de 1958) en los artículos mencionados, como el Decreto Legislativo número 2900 de 3 de noviembre de 1953 (que dispuso que

"los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de éstos a las Fuerzas Armadas, son de competencia de la jurisdicción penal militar"), resultan contrarios al artículo 170 de la Carta, el cual es de aplicación preferente (art. 215 de la Constitución Nacional).

Bien podía el Código Penal Militar (Decreto Legislativo número 250 de 1958), como lo hizo el Decreto Legislativo número 2900 de 1953, someter a las Fuerzas de la Policía Nacional a la jurisdicción penal castrense, pues sus miembros, con anterioridad, en virtud del Decreto Legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953, adquirieron el carácter militar y les era pertinente, como se dejó dicho, lo dispuesto en el artículo 170 de la Constitución Nacional. Pero desincorporadas las Fuerzas de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, en virtud del Decreto 1705 de 1960, es obvio que no pueden aplicarse, en lo que respecta, las normas de aquellos otros decretos (el 2900 de 1953 y el 0250 de 1958) por resultar contrarios al artículo 170 de la Carta, como se ha señalado.

5).—Otra cosa es que el Decreto Legislativo número 1752 de julio 2 de 1965, expedido en uso de las facultades que le confiere al Presidente de la República el artículo 121 de la Constitución Nacional, suspendiendo en lo pertinente lo que dispone la Carta (art. 170), en cuanto consagra el fuero penal castrense sólo para los militares en servicio activo, extiende el conocimiento de la jurisdicción penal militar a "los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional, con arreglo al Código de Justicia Penal Militar", no obstante lo que señala el artículo 40 del Decreto-Ley 1705 de 1960, vale decir, sin embargo de que tengan aquéllos el carácter de civiles.

La Sala Plena de la Corporación, en sentencia de 13 de julio del corriente año, al resolver sobre el cargo de inexequibilidad propuesto contra los artículos 1º, 3º, 8º y 9º del Decreto Legislativo número 1290 de 1965 (estatuto éste que atribuyó a la Justicia Penal Militar el conocimiento de algunos delitos definidos y sancionados en la ley penal común, así fuesen cometidos por civiles), declaró que los preceptos acusados no son contrarios a la Carta, pues expedido ese decreto con fundamento en las facultades que al Gobierno Nacional le confiere el artículo 121 de la Constitución, bien podía apartarse de la norma contenida en el artículo 170 de la misma, para extender a los civiles la competencia de la Jurisdicción Penal Militar, en el juzgamiento de las infracciones penales que tal estatuto menciona.

Cuarto: La competencia para conocer de este proceso.

Cuando el artículo 1º del Decreto Legislativo número 1752 de 1965 consagra el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, por los delitos que cometan o que hayan cometido, no obstante que no formen parte de las Fuerzas Militares, es cierto que, de manera expresa, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia y menos condiciona esa competencia al lapso comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 18 de julio de 1960 (fechas, en su orden, de los Decretos 1814 y 1705), durante el cual la Policía Nacional hizo parte, como cuarto componente, de las Fuerzas Militares, pues precisamente indica que los miembros de aquélla serán juzgados por la jurisdicción penal castrense, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960", esto es, no obstante que desde la vigencia de este decreto los miembros de la Policía Nacional tienen la condición de civiles que, igualmente, tenían antes de la vigencia del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953. Pero sí preceptúa dicho artículo 1º del Decreto 1752 de 1965 que esa competencia de la Justicia Penal Militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "*con arreglo al Código de Justicia Penal Militar*", o sea, de acuerdo con las normas que regulan la competencia dentro de esta jurisdicción.

Por razón de esto, la Corte, en providencia de 17 de octubre del corriente año, al dirimir la colisión de competencias surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción penal castrense, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el agente de la Policía Nacional, EDGARDO SALTARIN TORREGROZA, por el delito de homicidio, señaló que le correspondía el negocio a la justicia penal ordinaria, pues se trataba de un delito común y no había tenido ocurrencia en ninguna de las circunstancias previstas en los ordinales 2º y 3º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar. De dicha providencia cabe transcribir lo siguiente:

"Atendida la anterior relación de lo ocurrido, es obvio que se trata de un delito común el que se imputa al agente de la Policía Nacional, señor Saltarín Torregroza, como que el homicidio militar requiere que "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo...", el militar..., "cause la muerte de otra persona, con intención de matar" (art. 194), si es que se habla de un homicidio simplemente voluntario, como aparecen calificados los hechos en el auto de proceder.

"....

"Es cierto que el artículo 1º del Decreto 1752 de 1965, proferido dentro de la situación de estado de sitio ahora vigente, ordena que 'sin perjuicio de lo que dispone el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la Justicia Penal Militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional...'. Pero, como lo anota este mismo precepto, ello es 'con arreglo al Código de Justicia Penal Militar'.

"En cuanto a los delitos comunes que cometan los militares en servicio activo o los civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, se tiene que de ellos únicamente conoce la Jurisdicción Penal castrense en los siguientes casos:

'a).—Cuando se cometan en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior.

"b).—Si se llevan a cabo en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.

"Así resulta de lo que se dice en los ordinales 2º y 3º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

"Pues bien, los hechos averiguados no se acomodan a ninguna de tales hipótesis, pues no tuvieron lugar en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, situaciones que no existían el 29 de junio de 1962, cuando fue muerto el nombrado Ostia García. Ni acaecieron en territorio extranjero invadido, ni a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República. La circunstancia de que en la actualidad y desde el día 21 de mayo de 1965, en virtud del Decreto 1288 de ese año, se encuentre 'en estado de sitio todo el territorio nacional', no lleva a que los delitos comunes cometidos por militares o por los Agentes de la Policía Nacional antes de aquella fecha, y cuando no tenía el país ninguna de las situaciones de que trata el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, sean conocidos por la Jurisdicción Penal castrense, pues de manera clara ese ordinal segundo se refiere a 'los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares..., en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior'. Esto es, se toma en cuenta sólo las infracciones ocurridas dentro de esas situaciones de anormalidad".

Pero en este proceso seguido contra LUIS ALBERTO CRISTANCHO DE JOSE y otros miembros de la Policía Nacional, por los delitos de homicidio y robo, no sólo se da la circunstancia de que para la época de los hechos el país se encontraba en estado de sitio (21 a 24 de junio de 1953), sino que ellos se cometieron con ocasión del servicio, según resulta de la síntesis de lo ocurrido, atrás transcrita.

Corresponde, por tanto, conocer de este negocio a la justicia penal militar, sin embargo de que los hechos tuvieron lugar entre el 21 y 24 de junio de 1953, o sea antes de la fecha del Decreto Legislativo número 1814 del mismo año, expedido el 10 de julio, decreto por el cual, como se ha anotado, se incorporó a las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, atendiendo que el Decreto 1752 de 1965, como se dejó anotado, al consagrar el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, en cuanto a los delitos que cometan o hayan cometido, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, ni condiciona esa competencia al lapso en que la Policía Nacional hizo parte de las Fuerzas Militares, como cuarto componente de éstas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito en el sentido de DECLARAR que el conocimiento de este proceso le corresponde a la Justicia Penal Militar y no al Juzgado Quinto Superior de Bogotá.

Devuélvase el expediente al Comando del Departamento de la Policía Nacional de Cundinamarca, y envíese copia de este proveído al Juzgado Quinto Superior de Bogotá.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

APRECIACION DE LA PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACION.—MERITO DEL TESTIMONIO DE LA VICTIMA O DE SUS INMEDIATOS FAMILIARES

1. Es lo excepcional, por el delito que implica y por perversidad que pone de manifiesto, que quien ha sido víctima de un atentado contra la integridad personal, por enemistad con determinada persona o por odio hacia élla, le atribuya, a sabiendas de que es inocente, la autoría de tal ilícito, dejando en la sombra al verdadero responsable, únicamente para ejercitar una venganza contra el falsamente acusado.

2. Tiene razón, el señor agente del Ministerio Público cuando anota que ha sido uniforme la doctrina "en afirmar que el testimonio de la víctima o de sus familiares inmediatos, es plenamente creíble en cuanto a la autoría del delito se refieren y solamente debe analizarse con reservas en lo que respecta a las modalidades de la infracción, ya que el rencor, el afecto, el odio, pueden agravar tales circunstancias".

3. La buena conducta anterior del procesado no incide en la resolución condenatoria, sino en la dosimetría de la pena. Aquélla, por sí sóla, no demuestra la inocencia del sindicado. Y en cuanto a la dosificación de la sanción impuesta, el fallo acusado alude sólo a las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º y 7º del art. 37 del C. P. (motivos innobles o fútiles y abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido) y nó a las señaladas en los ordinales 1º y 2º (antecedentes de depravación y libertinaje, o haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre dos de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Sogamoso, de veintinueve de abril del corriente año, por la cual le fue impuesta al procesado JUAN EVANGELISTA HOLGUIN TEJEDOR la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio, como responsable del delito de lesiones personales cometido en la persona de FILIBERTO O. TORRES.

Conoció en primera instancia el Juzgado Promiscuo Municipal de Tópaga (Boyacá).

HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Viejas rencillas, agravadas por pleitos, denuncias, quejas y discusiones, distanciaban a Filiberto Torres de Evangelista Holguín Tejedor, el cual, a las cinco y media de la tarde del 22 de abril de 1964, en la vereda de 'San Judas Tadeo', municipio de Tópaga, oculto tras un matorral cercano a su casa de habitación, atalayó el paso de Filiberto Torres y tan pronto éste llegó a dicho sitio, procedió a atacarlo a piedra, causándole lesiones personales que le produjeron treinta días de incapacidad y perturbación funcional transitoria en la extensión del brazo izquierdo".

El juzgador de primer grado llamó a juicio al acusado HOLGUIN TEJEDOR el 19 de febrero de 1965 y su resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Sogamoso, concretando que el cargo es el de lesiones personales. Y mediante sentencia fechada el 8 de febrero del corriente año, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tópaga condenó al nombrado Holguín Tejedor a la pena principal de treinta y seis meses de presidio, proveído éste que asimismo confirmó el juzgador de segunda instancia por medio del fallo materia del recurso de casación.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

La doctora María Inés González de Cabana, quien con ejemplar cuidado y diligencia tomó

a su cargo la defensa del sindicado HOLGUIN TEJEDOR, en demanda que se ajusta a la técnica del recurso, propone las causales de casación señaladas en los ordinales 1º y 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, así:

a).—*Causal primera:*

Dice que "por errada interpretación o apreciación de la prueba, en la sentencia recurrida se atribuyó a algunas el valor probatorio que no tienen, negándose a otras el que sí ofrecen".

Afirma que fueron equivocadamente apreciadas las siguientes pruebas:

a).—El testimonio del ofendido, FILIBERTO O. TORRES CASTRO, porque, anota la actora, "probada como está de autos la enemistad entre denunciante y sindicado, mediante la prueba testimonial que se aportó y especialmente por los informes de Secretaría (fs. 13 v. a 14 y 59 del Cd. 1), informes de los que se desprende que el procesado ya había sido con anterioridad víctima de continuas sindicaciones por parte del denunciante, se está en presencia de una imputación más proveniente de enemigo que de ofendido, como tal. Esta condición en el denunciante demerita su testimonio en su elemento subjetivo, no pudiendo, entonces, decirse que su declaración es prueba absoluta de imputación...". Y tanto menos, cuando "no hay otros elementos de juicio que la respalden".

b).—Las declaraciones de MARTIN TEJEDOR, SILDANA DE ORDUZ, ISIDRO HURTADO, DOMINGO COLMENARES y RITA DE ROJAS, así como los informes de Secretaría sobre diversas querellas, por cuanto, observa la demandante, "no fueron transcritos ni comentados en el texto de la sentencia recurrida, ni en la sentencia de primera instancia. Y esos elementos de juicio son indicadores de la enemistad existente entre Filiberto O. Torres y Juan Evangelista Holguín, así como de los continuos pleitos entre dichos señores".

Manifiesta que el Tribunal Superior de Sogamoso, en vez de tomar en cuenta la enemistad que existía entre denunciante y sindicado, para hacer una más severa crítica de lo aseverado por aquél, la consideró, en cambio, como un indicio de la responsabilidad de Juan Evangelista Holguín, quien enfáticamente rechaza el cargo que le hace Torres Castro.

c).—El testimonio de JORGE EMILIO TEJEDOR, pues de su aseveración de que HOLGUIN "es calumniante, grosero, que le gusta el disgusto y trabaja los días festivos", dedujo el Tribunal Superior de Sogamoso un supuesto indicio de capacidad para delinquir del sindicado, así como la circunstancia agravante de una inexistente mala conducta anterior, lo cual influyó en la dosimetría de la sanción.

d).—Que no se tuvo en cuenta que el sindicado no registra antecedentes penales, ni policivos. Sin embargo, expresa la actora, a Juan Evangelista Holguín se "le privó de su calidad de hombre de buena conducta anterior y de consiguiente imperó en su contra la calidad subjetiva de antisocial, que repercutió en el fallo, al momento de imponérsele la pena principal".

b).—*Causal cuarta:*

Afirma la demandante que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, porque al ser llamado a juicio el sindicado HOLGUIN se tomaron en cuenta, para determinar el cargo de lesiones personales, reconocimientos médicos que aluden a heridas que sufriera el denunciante en el brazo derecho y, en cambio, en el fallo recurrido se mencionan heridas que presentó el señor Torres Castro en el brazo izquierdo.

Asevera que "esta irregularidad sobre la comprobación del cuerpo del delito en su aspecto material, condujo necesariamente a formular un cargo sobre un hecho no demostrado y de consiguiente, en nulidad de carácter constitucional, violándose el artículo 26 de la Carta, al haberse pretermitido formas propias del juicio, en detrimento de los derechos del acusado".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que ninguno de los cargos hechos a la sentencia impugnada tienen demostración y solicita, en consecuencia, que no se invalide el fallo del Tribunal Superior de Sogamoso, de que se ha hecho referencia.

CONSIDERA LA CORTE:

A).—En cuanto a la causal primera de casación invocada por la demandante, se tiene que, evidentemente, no prospera, pues no incurrió el Tribunal Superior de Sogamoso en error manifiesto en la apreciación de los elementos de juicio tomados en cuenta para condenar al sindicado Juan Evangelista Holguín, por el delito de lesiones personales de que fue víctima Filiberto O. Torres Castro.

En diversas oportunidades ha señalado la Corte que su facultad para estimar las pruebas dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad". (G.J.t.LXXXI, Nos. 2160-2161, ps. 845 y 846 y otros).

En el presente caso, se tiene:

1º—Es lo excepcional, por el delito que implica y por perversidad que pone de manifiesto, que quien ha sido víctima de un atentado contra la integridad personal, por enemistad con determinada persona o por odio hacia ella, le atribuya, a sabiendas de que es inocente, la autoría de tal ilícito, dejando a la sombra el verdadero responsable, únicamente para ejercitar una venganza contra el falsamente acusado.

Por esta razón, no puede atribuírse al Tribunal Superior de Sogamoso un yerro manifiesto al dar crédito a las aseveraciones del denunciante, atendido que ellas no resultan desvirtuadas sino por lo que niega el sindicado Juan Evangelista Holguín. Dice, en efecto, el señor Torres Castro:

"... de golpe, a mansalva, Juan E. Holguín... estaba escondido a un lado hacia la parte superior del camino, entre unas matas de chilco; Juan E. Holguín estaba vestido de pantalón carmelito, ruana y sombrero negro, y como ya dije, de la parte superior del camino me asestó una pedrada en el brazo izquierdo, abajito del hombro, rompiéndome el brazo por completo...". (Denuncio, f. 2 del Cd, 1). Y en diligencia de careo con el sindicado, expresa: "Los hechos sucedieron así: A eso de las cinco de la tarde, más o menos... el denunciado, de repente, salió de la parte superior donde se forma un sardinel en el camino, de donde estaba escondido o situado detrás de unas piedras y matas y villanamente me dio de pedradas... Estaba, poco más o menos, a una distancia de dos metros, y lo conocí perfectamente que era este señor Juan Evangelista Holguín (lo muestra con el dedo); yo no tengo por qué dar un juramento falso, haciéndole cargos a quien no me ha hecho mal, porque fue Juan Holguín el que me atacó; no fueron ni sus hijos ni ninguna otra persona y tengo que darle cuenta a Dios, y alcanzo a recordar que llevaba vestido un saco negro y pantalón carmelito; llevaba una ruana negra y estaba con sombrero negro, y lo vi cuando me cayó la primera piedra; alcancé a volver la vista rápido y lo vi...". (f. 19 v. a 21 del Cd. 1).

Tiene razón, por tanto, el señor Agente del Ministerio Público cuando anota que ha sido uniforme la doctrina "en afirmar que el testimonio de la víctima o de sus familiares inmediatos, es plenamente creíble en cuanto a la autoría del delito se refiere, y solamente debe analizarse con reservas en lo que respecta a las modalidades de la infracción, ya que el rencor, el afecto, el odio, pueden agravar tales circunstancias".

Y en cuanto a la tacha que hace la actora al indicio que deduce el fallador de segunda instancia de la enemistad existente entre el sindicado y el denunciante, es obvio que no tiene la fuerza suficiente para fundamentar un supuesto error en la apreciación de esa prueba, pues es dable admitir que ese estado de ánimo explica el ataque que Holguín cumplió contra Torres Castro. Los testimonios de Martín Tejedor, Sildana de Orduz, Isidro Hurtado, Domingo Colmenares y Rita de Rojas, así como los informes de Secretaría, dan cuenta de esa enemistad entre Holguín y Torres Castro.

La buena conducta anterior del procesado Holguín no incide en la resolución condenatoria, sino en la dosimetría de la pena. Aquélla, por sí sola, no demuestra la inocencia del sindicado y en cuanto a la dosificación de la sanción impuesta, el fallo acusado alude sólo a las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º y 7º del artículo 37 del Código Penal (motivos innobles o fútiles y abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido) y no a las señaladas en los ordinales 1º y 2º (antecedentes de depravación y libertinaje, o haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía).

B).—Tampoco prospera la causal cuarta de casación propuesta por la demandante, porque no se incurrió en el auto de proceder en yerro alguno que dejara sin suficiente claridad el cargo hecho al sindicado.

Es cierto que en esa providencia se cita el primer informe médico (fechado el 27 de abril de 1964, f. 4 del Cd. 1), el cual alude a lesiones sufridas por Torres Castro en el hombro y brazo derechos, siendo así que las heridas le fueron

ocasionadas en el hombro y brazo izquierdos. Pero a esta equivocación se refiere el mismo auto de vocación a juicio para indicar cómo, de la historia clínica y de la certificación de la Oficina de Medicina Legal de Tunja se desprende una completa aclaración de tal yerro.

No se lesionó, por tanto, el derecho de defensa del sindicado por una supuesta oscuridad en el cargo que se le hizo al ser llamado a responder en juicio, porque en el mismo auto de proceder se llevó a cabo una completa aclaración del error cometido por el médico legista de Sogamoso, en su primer concepto.

A este respecto, manifiesta el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"La distinguida apoderada olvida que el señor juez, ante tal contradicción, solicitó ampliación al señor médico de la Oficina Central de Medicina Legal de Tunja, para que explicara la contradicción y este distinguido legista insistió en que el callo óseo generante de la perturbación estaba localizado en el tercio inferior humeral izquierdo, insinuando al señor juez que solicitara la historia clínica de Filiberto Torres al hospital donde fue atendido, el testimonio del médico tratante, las radiografías correspondientes, y sobre estos datos, determinar si las lesiones fueron en el brazo derecho o en el izquierdo, si la fractura fue del fémur o del húmero izquierdo. Si lo primero, la lesión que determina la perturbación no puede atribuírse al procesado. Si lo segundo, hubo 'una equivocación involuntaria del dictamen pericial' (f. 100 del Cd. 1), y que ante tal insinuación se solicitó copia auténtica de la historia clínica, la cual obra al f. 103 del cuaderno principal, y según la cual Filiberto Torres ingresó al Hospital San José de Sogamoso para tratamiento el 25 de abril de 1964, y además de las perturbaciones pulmonares, presentaba fractura del *brazo izquierdo* y costillas del mismo lado, habiéndosele operado para la fractura de dicho brazo izquierdo, con lo cual quedó plenamente demostrado que el equivocado fue el médico legista de la zona de Sogamoso, doctor Uldarico Téllez, máxime cuando nada se habla de fractura del fémur, quedando desvirtuado el cargo".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Sogamoso, de que se ha hecho mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Requisitos para que la acusación del procesado a sus coparticipes pueda tenerse como prueba.—El Tribunal al radicar la situación del incriminado en el inciso segundo del artículo 19 del C. P., no cometió error manifiesto en la apreciación de las pruebas.—Cuándo acaece la violación directa de la ley penal.—Técnica del recurso de casación.—Calidad de documentos públicos a certificados de estudios expedidos por Colegios Nacionalizados.—Presunto error en la denominación genérica del delito.—La Corte no es correctora de demandas ni creadora de motivos de impugnación.—Documentos específicos a que se refiere el art. 244 del C. P.

1. La violación directa, en efecto, acaece cuando a un supuesto de hecho claro o indiscutible no se aplica la norma que debía aplicarse. Pero si lo que se discute, como se hace en el primer cargo, es el supuesto de hecho —la intervención determinante del procesado—, se está en presencia de una violación indirecta.

2. Cabe considerar que hay contradicción flagrante en el escrito del recurrente al considerar como documentos privados los certificados que se han examinado y quererlos convertir en "análogos" a los documentos específicos de que trata la precitada norma penal (art. 244 del C. P.), que son públicos de especie singular (pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad) que legalmente deben ser expedidos por autoridades nacionales o extranjeras.

Y finalmente, así sea por vía jurisprudencial, debe decirse que no es posible asimilar a esos documentos, destinados solamente a certificar que ciertas cualidades (aptitud para una determinada actividad, capacidad para viajar al exterior, adquisición de la ciudadanía, identificación) han sido demostradas por los medios propios, con unas certificaciones que tienden a probar la realización de hechos que engendran un derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. —Bogotá, D.E., diciembre tres de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de SEVERO MEDINA MORALES contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá calendada el veintidós (22) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

Dicho fallo condenó al procesado Medina a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de la falsedad en documentos. Se le aplicó el artículo 231 del Código Penal en relación con el artículo 19 de la misma obra y se consideró su penalidad en el ínfimo grado.

LOS HECHOS

Severo Medina Morales conoció en Bucaramanga a ALBERTO LUIS BARRERA cuando éste era Director de Educación del Departamento. Como ya Medina había sido juez y era su paisano y "muy insinuante y estudioso", Barrera consideró oportuno prestarle su ayuda. Al efecto, le extendió una recomendación dirigida a Alonso Urbano Leyton, Secretario-Habilitado del Colegio San José de Guanentá de San Gil, para que este Secretario le ayudara en lo posible a fin de que Medina Morales pudiera continuar sus estudios.

La amistad entre Barrera, ex-Rector de ese Colegio, y su antiguo Secretario, predispuso a dicha ayuda a quien "rebasando los límites de la licitud" expidió el certificado de f. 17 del C.I. en donde constan las calificaciones obtenidas por Severo Medina Morales desde quinto año elemental hasta sexto año de bachillerato como alumno matriculado en el Colegio Nacional de "San José de Guanentá" de San Gil.

Ese certificado aparece fechado el diez y ocho (18) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) cuando Alberto Luis Barrera dirigía el Colegio (f. 60, C.I.); tiene las firmas de éste y las del entonces Secretario Alonso Urbano Leyton, autenticadas estas firmas, a virtud de comparecencia personal y con presentación de cédulas, por el Notario Segundo interino de San Gil, Rafael Durán Acebedo.

El cinco (5) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), ya provisto de aquel certificado (fs. 12 y 11), bajo una firma que dice "Severo Medina Morales", se solicita al Ministerio de Educación "el estudio de los documentos que adjunto para poder obtener mi diploma de bachillerato por validación", "pues quiero aprovechar una especial oportunidad que me han brindado para seguir la carrera de abogado".

En respuesta a dicho memorial se dijo: "2º VALIDACION: Por no haber cursado y por tanto debe preparar: HISTORIA DE COLOMBIA de 4º; 3º EXAMENES FINALES DE FUERZA. De todas las materias de 6º, las cuales no presentó. Estas son las siguientes: FRANCES, INGLES, FISICA, QUIMICA, GEOGRAFIA DE COLOMBIA, HISTORIA DE COLOMBIA, FILOSOFIA, LITERATURA COLOMBIANA, CIVICA". (f. 11, C. 1º).

Para estos efectos se autorizó al predicho Colegio.

Y con fecha veintidós (22) de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) se certificó en absoluta conformidad con lo ordenado por el Ministerio, o sea, que Severo Medina Morales validó todas esas materias ante los profesores Ignacio Escrigas, Gerardo Chamorro, Ismael Gualdrón, Pbro José Durán y Alonso Urbano Leyton (sic), (f. 4), todo ello bajo la firma del Rector Alfonso Sánchez Peña y el Secretario Gerardo Chamorro Palma.

Este certificado se repite, con pequeñas diferencias, el veintiocho (28) de los mismos mes y año y con la firma del Rector Sánchez y del Secretario Alonso Urbano Leyton, el cual se autentica en la Notaría Segunda de San Gil con atestación de la comparecencia de los firmantes y expresión de sus cédulas (f. 9).

Además, se produjo un cuadro completo de calificaciones que aparece firmado por el Rector Alfonso Sánchez Peña y el Secretario Leyton (f. 8), y otro de aptitud para presentar examen de Historia de Colombia por haber preparado la materia. Esta certificación la firma Ismael Gualdrón Gómez, cuya firma autentica el susodicho Alonso Urbano Leyton. La Notaría Segunda de San Gil certificó la comparecencia de tales firmantes y que reconocieron sus firmas y presentaron sus cédulas.

Así las cosas, con base en esos documentos se concedió autorización al tantas veces mentado Colegio para expedir el correspondiente diploma de bachiller (f. 36 idem) y se autorizó su registro.

Como el Visitador del Ministerio de Educación, José Rafael Rengifo González (véase f. 27 ibidem), comprobara que existía una hoja sin firmas del Rector y del Secretario en la cual aparecían calificaciones de asignaturas correspondientes al sexto grupo de bachillerato y a una materia de cuarto año originadas en exámenes de validación, pidió detalles al Secretario Leyton —quien además aparece allí como profesor examinador— y obtuvo informes de que "no le consta que ello haya (sic) sido cierto", y como en diciembre —cuando se dicen practicadas esas pruebas de validación no están abiertos esos planteles, entró en sospechas. Cree recordar que se le informó cómo Medina Morales nunca estuvo matriculado en el Colegio de "San José de Guanentá", y agrega: "... el mismo señor Rector Reverendo Padre Alfonso Sánchez y el señor Secretario ya tenían conocimiento de los certificados presentados por dicho señor (Medina Morales), uno de los cuales lleva la firma del Rector actual, quien fiándose de la honestidad del Secretario que expidió dichos certificados sin haber hecho averiguaciones, firmó también".

El Ministerio, con estos elementos, ordenó la investigación correspondiente, cuyos resultados procesales han sido:

a) El veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961) el Juzgado Primero Superior de San Gil negó la declaratoria de prescripción y llamó a juicio por el delito de la falsedad en documentos públicos a Severo Medina Morales y a Alonso Urbano Leyton y sobreseyó definitivamente en favor de Alberto Luis Barrera. (f. 118 s.s., C. 1º).

b) Medina fue declarado reo ausente (f. 129 idem) y si tiene apoderado y defensor, ello se debe al poder general que otorgó en la Notaría 7ª de Bogotá en septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) cursante a f. 317 del Cuaderno 1º.

c) Con aclaraciones en la parte motiva este auto fue confirmado por el Tribunal de San Gil, y

d) Pronunció sentencia de primer grado el Juez Primero Superior de San Gil el seis (6) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962), la que resultó confirmada, con una modificación en el sentido de declarar que los condenados no son acreedores a los beneficios de la condena condicional y del perdón judicial, por la recurrida que hubo de dictar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por haberse cambiado, en legal forma, la radicación del negocio.

LAS DEMANDAS DE CASACION

Dentro de los términos legales, no sólo se presentó una demanda sino que ésta fue adicionada.

Impetra el recurrente las siguientes causales:

La primera de que trata el ordinal I del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, dividida en dos cargos:

I) Consiste el inicial en la violación por infracción directa de la ley penal material. Se dice que la sentencia quebrantó los artículos 1º, 11, 12 y 231 del Código Penal, y para demostrar este aserto se razona, en resumen, así:

Que a Medina se le viene imputando un delito de falsedad no como autor sino por haber determinado a otro a cometerlo según la situación prevista en el segundo inciso del artículo 19 del estatuto de las sanciones penales; que se le ha asignado una causalidad delictiva inexistente "sin que en verdad hubiera el procesado puesto en marcha la causalidad delictiva o intervenido consciente, deliberada e intencionalmente en hechos a los cuales fue en un todo extraño, subjetiva u objetivamente".

Dice que el autor de las falsedades, Alonso Urbano Leyton, no procedió a ello por instigación de Medina sino por obligante insinuación de Alberto Luis Barrera y que así se colige de la indagatoria de Leyton —de la cual cita unos párrafos— para deducir que lo aseverado en la sentencia impugnada en cuanto afirma que Severo Medina Morales obró "como instigador para la consumación del delito", carece de sentido jurídico.

Rechaza el demandante la afirmación de que el procesado participó en actos posteriores a las falsificaciones, "extremo éste sin base probatoria ni legal" que el mismo Tribunal reconoce en la sentencia según el siguiente párrafo que copia textualmente con ánimo de demostrar esta última aseveración: "... en este caso la conducta del señor Severo Medina Morales es indicio de responsabilidad y contribuye a que la Sala llegue a la conclusión de que el señor Severo Medina sí determinó a Alonso Urbano Leyton a cometer el delito de falsedad pues si bien es cierto que no se comprobó el concurso de acción material, su instigación determinó la acción de Urbano Leyton en la consumación del hecho". (f. 342, C. II).

"Por este aspecto —escribe el defensor de Medina Morales— el fallo del Tribunal necesariamente incurrió en notorio, flagrante y evidente error de derecho, puesto que vinculó, según la consideración transcrita, al procesado Medina en un grado de autoría, vale decir dentro del mismo artículo 19 del C. P. cuando señala la responsabilidad de la persona que determina a otra a cometer un delito cualquiera".

En un capítulo que lleva por título "CONCLUSION DEL CARGO", el impugnador organiza así sus ideas:

Copia, en primer término, el artículo 19 del Código Penal; afirma luégo que, descartados como está el uso de documento falso como entidad delictiva autónoma, el que Medina hubiera tomado parte en la ejecución del hecho o prestado al autor de la falsedad un auxilio o cooperación "sin los cuales no hubiera podido cometerse", el debate se contrae a la instigación aislada en el inciso segundo del artículo transcrito.

Determinar es "provocar, incitar o inducir a otro a que haga alguna cosa", y por eso la Corte ha dicho —comenta el demandante— que es necesario que la acción intelectual del uno sea la determinante de la acción material del ejecutor, esto es, que sin la influencia del instigador no hubiera realizado el ilícito.

Y que no siendo Medina Morales causa psíquica, moral ni física de la conducta delictuosa del falsario, resulta apenas lógico "que el sentenciador violó los artículos en un principio enunciados..., cuya transcripción resulta impertinente".

II) Con fundamento en la misma causal, pero teniendo en cuenta la violación indirecta por apreciación errónea de la prueba de cargo, se acusa la sentencia.

Dice que la responsabilidad del acusado se basó en dos cuestiones simples: las inculpaciones

de Leyton en su declaración indagatoria y en ser —como lo afirma el Tribunal expresamente— "un hecho cierto que la única persona interesada en conseguir la manera de entrar a la Universidad mediante la expedición de certificados de estudio de bachillerato, era el señor Severo Medina Morales".

La primera prueba la considera inadmisible por inverosímil y por contradicción palmaria en cuanto al verdadero y lógico origen de cualquiera influencia eficaz en el ánimo del autor de la falsedad, que el demandante radica en la "obligante insinuación de Alberto Luis Barrera".

En cuanto a la segunda afirma que no tiene relievancia jurídica "puesto que ninguna gestión personal se le carga al sindicado en los autos e, inclusive, al mismo proceso, declaró que en sus fallos el ningún empleo de documentos falsificados para fin de obtener el título de bachiller. . .".

Y así concluye que hubo error esencial al avaluar esos elementos de juicio y de ese error provino el error de derecho que se ha venido analizando y que tiene que ver con la participación de Severo Medina en el ilícito juzgado.

III) Se acusa la sentencia recurrida por violación de la ley penal sustancial como consecuencia de haber incurrido el fallador en grave error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y haber dejado de apreciar otras. Se invoca la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y se señalan como violados los artículos 231 del C. P. y 251, 203 y 272 del C. de P. P., el artículo 1758 del C. C., el artículo 5º del C. P. y Municipal y el Decreto 1.513 de 1940.

Toda la estructuración de este cargo reposa en que el Colegio de San José de Guanentá es un establecimiento privado y no público ni menos nacional; que, por tanto, el Secretario que expidió los certificados no era, como lo dice el fallo, un funcionario o empleado público. Y que siendo esto así, tales certificados no son documentos públicos ni oficiales sino documentos privados.

Que las pruebas mal apreciadas con grave error de derecho fueron los certificados de estudio, el acta de exámenes y demás documentos objeto de la falsedad, y como dejadas de apreciar: el contrato celebrado entre la Nación y la Fundación "Colegio San José de Guanentá" de fecha 1º de noviembre de 1954, la certificación oficial sobre el hecho de que el cargo de Secretario de dicho Colegio no tuvo creación legal y el certificado igualmente oficial en que consta que no se ha celebrado contrato de "nacionalización definitiva" del mencionado instituto.

Termina así el recurrente, en una buena síntesis de su pensamiento:

"Si, pues, está demostrado que ni por la naturaleza de las cosas, ni por lógica, ni por *lo dispuesto expresamente por la ley* puede aceptarse que el señor Urbano, autor convicto y confeso de los documentos reputados como falsos, no era, cuando los confeccionó, ni un empleado ni un funcionario público, es preciso concluír en forma necesaria en que el Tribunal violó, a consecuencia de la apreciación contraria, equivocada y errónea, las disposiciones sustanciales señaladas arriba, es a saber: el artículo 231 del C. P., que aplicó; el 251 del C. de P. P., que define los documentos públicos o auténticos; el 1758 del C. C., que hace la misma determinación; el 5º de la Ley 4ª o Código Político y Municipal en armonía con el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución, que exigen perentoriamente, para que haya empleado público, que el cargo que ocupe provenga de creación legal; el 272 del C. de P. P., conforme al cual 'los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal serán la base de la comprobación del cuerpo del delito' y este último artículo en relación con el 203 ibidem, que exige la prueba plena o completa de la infracción por la cual se dictó sentencia condenatoria".

IV) En la demanda inicial se escribe:

"Consecuente con los razonamientos centrales de la demanda, y como en un principio lo anuncié, sólo de manera subsidiaria aduzco la causal de nulidad, que tendría como base procesal estas breves consideraciones:

"a) Medina no participó en grado alguno de complicidad (arts. 19 y 20 del C. P.) en el delito juzgado.

"b) La inducción o determinación a la comisión del ilícito sólo pudo provenir del entonces Secretario de Educación departamental, sobreseído definitivamente en el proceso, siendo entonces la intervención de Medina un hecho completamente distinto en la nomenclatura penal al que se debatió en juicio. Hipotéticamente podría hablarse de una tentativa de cohecho, dando por bueno el haber ofrecido dinero, no para falsificar certificados, sino para una ayuda del Secre-

tario del Colegio, o podría hablarse de un encubrimiento sobre el hecho aceptado por Urbano Leyton y determinado por Barrera.

"c) En tales circunstancias cabría hablar de nulidad por error en la denominación jurídica del delito, es decir la prevista en el ordinal octavo del artículo 198 del C. de P. P., que afectaría el proceso desde la calificación de fondo".

V) Hace el recurrente, para finalizar su impugnación, la hipótesis de que la Corte logre "descubrir la demostración sobre la existencia de los elementos esenciales del delito de falsedad en documentos privados" y, colocado, dice, en ese supuesto, aboga porque la Corte, al dictar la sentencia que deba reemplazar la infirmada, aplique el artículo 244 del C. P., porque los documentos privados falsificados y que son el objeto del proceso son documentos análogos a los que, siendo también privados (según su afirmación) describe el artículo invocado.

Y como tal delito tiene un máximo de pena inferior a cinco años, se declare la prescripción.

EL CONCEPTO DEL COLABORADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal (Encargado) conceptúa de fondo:

I. Que el primer cargo, aunque de violación directa de la ley, se sustenta en apreciación de pruebas y, por tanto, es necesario examinar los medios probatorios allegados al proceso.

Comenta, previas transcripciones, las indagatorias de Urbano Leyton y concluye que "lo transcrito es suficiente para demostrar la forma como Medina actuó para determinar al Secretario Urbano Leyton".

Recuerda, finalmente, la libertad de apreciación de pruebas que corresponde a los falladores de instancia.

II. En cuanto al segundo cargo, afirma:

"Quedó ya examinado al tratar del cargo anterior, el valor de las afirmaciones de Urbano Leyton y consecuentemente, su correcta apreciación por parte del Tribunal, cuestión conexa con dicho cargo; en cuanto a ser Medina Morales el único interesado en los documentos falsificados, resulta inobjetable y obviamente por ello, se hizo recomendar de Barrera e intervino ante Urbano Leyton; y si no se relaciona con el uso de documentos, cargo no imputado, sí tiene importancia para concluír que efectivamente cumplió las actividades antes mencionadas".

III. Al tercer cargo responde:

"Niega el recurrente el carácter de oficial al Colegio San José de Guanentá. Aunque para desvirtuar esta apreciación y los argumentos presentados al efecto, bastaría citar lo dicho por el funcionario de primera instancia en la correspondiente sentencia (fls. 294 a 297 del cuaderno 1º) y que demuestra claramente dicho carácter; resta agregar, que la institución sostenida por el Estado y cuyo funcionamiento se realiza con empleados oficiales, bajo la dirección del Gobierno, tiene calidad oficial e igualmente los documentos que a nombre del instituto se expidan. Por esto, carece de incidencia el que el contrato de administración sea o no definitivo, pues el Colegio participa de tal calidad mientras funcione en la forma expresada.

"Conviene advertir que en el presente caso no se trata de que el Gobierno se haya asociado simplemente a un instituto particular para la prestación de un servicio público, sino que lo ha asumido directamente como se desprende de los términos del contrato de administración, con todos los efectos ya anotados.

"Si, por otra parte, se considera que los referidos documentos fueron expedidos de acuerdo con las formalidades legales —según los reglamentos correspondientes— y por funcionarios competentes, debe concluírse que tienen la calidad de públicos, puesto que reúnen las condiciones necesarias y por cuanto fueron expedidos por Urbano Leyton en su calidad de Secretario del Colegio mencionado y no como simple particular".

IV. Sobre la nulidad por error en la denominación genérica del delito, afirma el Procurador Delegado que como es consecuencia de los otros cargos y se propuso subsidiariamente, resulta que, desechados aquellos, debe rechazarse éste.

V. Escribe el Procurador Delegado estos apartes que adelante se comentarán:

"En cuanto a las anteriores manifestaciones del recurrente, es necesario interpretar la demanda, porque allí se solicita la aplicación del artículo 244 del Código Penal pero no por concepto de violación o desconocimiento de esta norma en relación con el artículo 231 del mismo estatuto, sino en el evento de dictarse por la Corte la sentencia correspondiente al prosperar el cargo ya

examinado atinente a la procedencia de los documentos.

"Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el actor ha enunciado la violación del artículo 231 citado y solicita la aplicación del artículo 244, como correspondiente a la situación procesal contemplada, lo cual es suficiente para examinar si en realidad hubo violación de aquel precepto.

"Parte el demandante de una equivocada interpretación del artículo 244 del Código Penal en cuanto considera los documentos allí expresados como privados, lo cual desorientó la fundamentación acertada y concreta del cargo. Dicha norma legal, hace alusión a '... pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad, o cualquiera otro documento análogo'..., es decir, típicos documentos públicos, por cuanto reúnen todas las condiciones legales, ya mencionadas en otra parte de este concepto. No se explica cómo un documento de los aludidos, destinado a acreditar determinadas condiciones o circunstancias jurídicas, con efecto general, pueda —según la tesis expuesta por el recurrente— ser expedido por particulares, cuando corresponde a claras funciones estatales y su índole es diferente por naturaleza a la de los documentos privados.

"En efecto los documentos 'análogos', a que se refiere el artículo 244 son sin duda públicos en razón de que la disposición alude a documentos públicos de esa índole y no a otros".

Pero considera acertado que la disposición aplicable es el artículo 244 del C. P. y termina diciendo que "la sentencia recurrida violó la ley sustancial al aplicar indebidamente el artículo 231 del C. P. en lugar del 244".

La sentencia, por tanto, debe casarse, y como "la pena máxima prevista en éste es de cinco años (sic), la prescripción de la acción penal se cumplió en el mismo término..." y debe ordenarse la cesación de todo procedimiento contra el acusado Severo Medina Morales.

CONSIDERA LA CORTE:

I.—Para fundamentar sus conclusiones sobre la intervención del procesado en la falsificación de los documentos atrás detallados, el Tribunal hace el siguiente análisis:

'Es un hecho cierto que la única persona interesada en conseguir la manera de entrar a la Universidad, mediante la expedición de certificados de estudio de bachillerato, era el señor Severo Medina Morales; que para el efecto, se valió de la intervención del señor Secretario de Educación de Santander, quien cultivaba muy buenas relaciones de amistad con el Secretario habilitado del Colegio San José de Guanentá de San Gil; que el procesado Urbano Leyton afirma categóricamente que el señor Severo Medina le insinuó y 'planteó la manera como debería expedir los certificados y hasta le ofreció dinero que él no le recibió. En esta forma, el señor Severo Medina Morales, si no tomó parte en la confección de los certificados sí determinó a Urbano Leyton a cometer el delito, empleando para ello tales artificios que dieron lugar a vencer la voluntad del Secretario-habilitado del plantel para expedir los certificados falsos de que se viene hablando. No está de acuerdo la Sala —no puede estarlo— con la defensa, y con el señor Fiscal en el sentido de desechar como inverosímil la declaración enfática y categórica del procesado Urbano Leyton al inculpar, como instigador para la consumación del delito, al señor Severo Medina Morales.

"A este respecto, la Sala trae a este proceso la siguiente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia:

"La acusación del procesado a sus copartícipes 'chiamata del correo' en la clásica expresión italiana— exige (según los expositores de sicología judicial) para que se tenga como prueba, los siguientes requisitos: a) que la confesión que de su participación hace el indagado sea cierta, esto es, que evidentemente haya concurrido al delito; b) que la inculpación no se inspire en sentimientos innobles (odio, venganza, perversidad), ni tenga el propósito oculto de atenuar la responsabilidad del inculpante, descargándola sobre otros; c) que dicha inculpación sea 'vestida', esto es, que se presente como parte central de la narración completa de las modalidades de la coparticipación, y d) que concuerde con otros indicios, esto es, que no sea la única prueba de la responsabilidad de los copartícipes" (Sent. 8 julio 1952, LXXII, 665).

"Analicemos, pues, la confesión de Alonso Urbano Leyton, para ver si reúne los requisitos a que alude la jurisprudencia anteriormente transcrita: la confesión de Alonso Urbano Leyton es cierta toda vez que hay prueba suficiente, fuera de ella, de que sí expidió los certificados falsos que dieron origen a la formación de este proceso; no se inspira dicha inculpación a Severo Medina Morales en el deseo de venganza, por odio,

o por perversidad, ya que si así fuera, habría inculpado a otras personas de las que aparecen firmando esos certificados, y no sólo hubiera inculpado a Medina Morales cuando hubiera podido saciar sus deseos de venganza en individuos distintos a él. No ha querido atenuar su responsabilidad descargándola sobre el señor Severo Medina Morales, puesto que él no ha alegado o sustentado cualquiera de las eximentes de responsabilidad a que se refiere el artículo 23 del C. P., e hizo la narración completa de su actividad delictuosa, no sólo en su indagatoria, sino también en declaración rendida bajo juramento confesó la manera como procedió para cometer el delito y la insinuación o determinación del señor Severo Medina Morales para que confeccionara los certificados falsos. Por otra parte es de tenerse en cuenta que el señor Severo Medina Morales ha venido eludiendo protuberantemente la acción de la justicia, pues, como consta en autos, a pesar de los muchos esfuerzos hechos para lograr su comparecencia ante los jueces, todo ha sido infructuoso. En este caso la conducta del señor Severo Medina Morales es indicio de responsabilidad y contribuye a que la Sala llegue a la conclusión de que el señor Severo Medina sí determinó a Alonso Urbano Leyton a cometer el delito de falsedad pues si bien es cierto que no se comprobó el concurso de acción material, su instigación determinó la acción de Urbano Leyton en la consumación del reato".

Por donde se infiere que tres fueron los elementos probatorios de los que dedujo la convicción cierta de hallarse, en el caso examinado, encajada la acción de Medina Morales en el evento que disciplina el inciso 2º del artículo 19 del Código de las Penas, a saber: la indagatoria de Alonso Urbano Leyton, el hecho de ser Medina Morales el único a quien aprovechaba la falsificación y la ausencia, en el proceso, de quien ha rehuído la explicación de su conducta.

Comparte la Corte el análisis hecho por el *ad-quem* de la declaración de Alonso Urbano Leyton, anotando que, en cuanto a los cargos a Medina Morales, se le recibió el juramento del caso. Y esa conformidad la basa en que Leyton expresa, entre otras cosas:

"... me manifestó que él era Juez Dieciocho de Policía y que llevaba mucho tiempo en el desempeño de oficinas judiciales y que le habían prometido aceptarlo en segundo año de Derecho mediante la ayuda de don Alberto Luis, y esa fue otra de las armas que utilizó para obligarme a que expidiera los certificados, *que él mismo planeó el modo como debía hacerlo y llevó varias hojas de papel sellado que por algunas firmas que tenían al margen las llevaba desde su oficina de Bucaramanga*". (Subrayas de la Corte).

Nótese, a fs. 17 y 18, que el papel sellado tiene, al margen, la "firma" Dr. Romero, elemento que saca avante lo afirmado por Leyton.

Agrega éste a f. 75 vto.:

"... es evidente que Medina Morales, a sabiendas de que no era estudiante del Colegio Guanentá y seguramente un hombre docto en asuntos penales, llegó a hacerme la insinuación hasta obtener sus certificados, y no siendo estudiante es claro y verídico que él me los debía exigir sean falsos".

También es evidente que el único interesado directo en los resultados de la falsificación fue Medina Morales.

El hizo uso de los certificados, a sabiendas de que eran falsos. Los usó para dirigir la solicitud al Ministerio de Educación, acompañando el primero que se le dio y que es el de fs. 17 y 18; usó los de "validación" para llenar, así, todos los requisitos; obtuvo el cartón que lo acreditaba bachiller y lo hizo inscribir en el Ministerio.

Para admitir que Medina Morales no determinó a Leyton a cometer las falsedades, habría que incurrir en el absurdo de imaginar (porque sólo imaginativamente cabe tal cosa) que Leyton ideó todo el procedimiento de ayuda delictuosa, suministró el papel para expedir certificados a quien jamás fue alumno del mencionado instituto y lo guió en el camino de su uso y aprovechamiento.

Se afirma, en la primera demanda, que en los fallos se declaró "el ningún empleo de documentos falsificados para fin de obtener el título de bachiller...", aseveración que no es exacta. Porque el Tribunal, al dar un nuevo paso, lo que escribe es que "está de acuerdo con el juez del conocimiento en que no hubo concurso material de delitos en lo tocante a Severo Medina Morales, pues si éste los usó no era persona ajena a su elaboración". Y el fallador de primer grado dijo: "El juzgado, aceptando que Severo Medina participó de (sic) la elaboración de documentos falsos y que además usó de ellos, no lo llamó a juicio por un concurso material de delitos, como sí lo hizo el Tribunal, por considerar el juzgado, que el elaborar los documentos falsos y

usarlos son actos integrantes de un solo delito: el de falsedad en documentos públicos. Para que haya uso indebido de documentos como delito autónomo, se requiere que quien haga uso de los documentos, sea persona ajena a su elaboración y los use a sabiendas de que son falsos".

Se combate también el uso diciendo que la firma del memorial de 5 de diciembre de 1955 (f. 12), según dictamen grafológico, no es la de Medina.

Pero aún admitiendo que ello sea así, la verdad es que del texto del memorial se deduce que fue hecho en su interés "para poder obtener mi diploma de bachillerato" y para que "se digne ordenar más exámenes en el Colegio de San José de Guanentá...".

No figuran en el expediente otros memoriales dirigidos por el procesado al Ministerio, pero si se expidió el diploma y se registró, eso no pudo ser realizado oficiosamente sino por solicitud de Medina Morales o de un representante suyo, debidamente autorizado.

Finalmente, la renuencia del incriminado a presentarse a las autoridades, es un indicio que confirma su intervención como instigador de la factura de los falsos certificados.

No puede, por lo expuesto, aseverarse que la sentencia, al radicar la situación del incriminado en el inciso segundo del artículo 19 del C. P., hubiera cometido error manifiesto en la apreciación de las pruebas que condujeron al Tribunal a esa deducción.

La demanda, a este respecto, se limita a contraponer a los razonamientos del Tribunal un diverso modo de valoración de las pruebas sin demostrar un error de hecho manifiesto.

Por tanto, no prospera el segundo cargo, y tampoco prospera el primero.

En relación con éste cabe observar que, aunque no planteó como una violación directa de la ley penal, concretamente del artículo 19 y consiguientemente de los artículos 1º, 11, 12 y 131 del Código Penal, lo evidente es que para negar, como lo hizo el recurrente, que Medina "determinó" a Leyton a cometer la falsedad, se recurrió al análisis de las pruebas.

La violación directa, en efecto, acaece cuando a un supuesto de hecho claro o indiscutible no se aplica la norma que debía aplicarse. Pero si lo que se discute, como se hace en el primer cargo, es el supuesto de hecho —la intervención determinante de Medina Morales—, se está en presencia de una violación indirecta.

Por eso, en realidad el primero y el segundo cargo se identifican de fondo y se contestan como se deja dicho, no sin antes recordar que se ha aplicado la constante jurisprudencia de la Corte expresada así:

"Reiteradamente, la Corte ha expuesto su pensamiento... al decir que para que el recurso de casación prospere, es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya invalidación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al interpretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene. (Sentencia de 4 de febrero de 1963, G. J. Nº 2.266, T. C.I., pág. 279)".

II.—No puede sostenerse, como lo hace el doctor Rueda Uribe, que el Colegio de San José de Guanentá fuera una institución privada y que, por tanto, el Secretario habilitado Alonso Urbano carecía del carácter de empleado público, por lo cual los certificados que falseó eran documentos privados y no públicos como lo consideró el fallador para aplicar, así, el artículo 231 del Código Penal.

Para demostrar esta tesis, débese reproducir el importante estudio que al respecto hacen los falladores.

El de primera instancia dijo:

"Se alegó dentro de la audiencia pública, que a pesar de haber sido otorgados los documentos a nombre del Colegio, tales documentos no eran públicos, porque los empleados que los otorgaron no eran funcionarios públicos, sino dependientes de un Colegio Privado, de una fundación y no de una institución oficial.

El juzgado acepta que el Colegio Guanentá, en sus comienzos, fue una fundación y por tanto privado.

"El Colegio inició sus labores en el año 1787, el día 4 de septiembre, con una cátedra de gramática. Pero la fundación propiamente dicha, sólo parte del año de 1811 cuando se firmó el quince de octubre la escritura de fundación otorgada por los señores Diego y Manuel Meléndez para el funcionamiento de la cátedra de filosofía.

"Pero este Colegio, ya recibió carácter oficial al ser creado por Decreto del 22 de mayo de

1824, firmado por el Vicepresidente de la República de Colombia y Encargado del poder ejecutivo, General Francisco de Paula Santander.

"Al mencionado Decreto pertenece el siguiente artículo:

"Art. 1º—Usando de la facultad que concede al Gobierno el artículo 6 de la Ley de 28 de julio del año 11º el Colegio de la Provincia del Socorro se establecerá en la Villa de San Gil y se denominará Colegio de San José de Guanentá, con cuyo nombre era conocido el territorio que hoy comprende dicha Providencia, cuando la conquista de los españoles.

"Art. 2º—El Colegio estará a cargo de un Rector, un Vicerector y un Pasante de estudios; el Rector es el superior principal de la casa y bajo de su inmediata dirección correrá la educación y manejo de las rentas que se aplicarán al Colegio.

"Art. 3º—Por ahora se establece en el Colegio de Guanentá la escuela de primeras letras fundada por el Decreto de 13 de febrero de 1822, las cátedras de gramática y filosofía acordadas por el mismo decreto, con las dotaciones que en él se asignaron. Habrá también una cátedra de principios de legislación donde se enseñarán los del derecho político, natural, de gentes y civil por el tiempo que asigne el plan de estudios. Las cátedras ya provistas en la casa de estudios de San Gil, continuarán sirviéndose por los maestros que actualmente las desempeñasen. Estas y las demás que se establecieren se proveerán en lo venidero por oposición cuyos pormenores arreglará el Intendente del Departamento.

"Art. 4º—Por esta primera vez el Gobierno se reserva el nombramiento de Rector, (se ha nombrado ya al doctor Francisco Otero), y en lo venidero se nombrará por el Intendente respectivo. Al mismo se concede la facultad de proveer en propiedad las plazas de Vicerector, de Pasante y de Catedráticos a propuesta del Rector, y los últimos previas las formalidades y requisitos necesarios.

"Art. 5º—Los estudios se harán por el plan provisorio que actualmente rige en los colegios de la capital, mientras que el Congreso dicta el plan general de estudios de la República, pero la filosofía se enseñará precisamente en castellano".

"Fue pues el Gobierno Nacional, quien creó el Colegio, creó y nombró su profesorado, fijó sus sueldos y funciones.

"Por Decreto de 9 de octubre de 1835, vuelve el Gobierno a crear una cátedra de Teología para el mismo Colegio.

"Así siguió funcionando el Colegio, con una Junta administradora, a la cual el Gobierno delegaba algunas funciones, especialmente el Gobierno Departamental, a cuyo cargo corría el sostenimiento del plantel.

'Ya en el presente siglo, el Gobierno expidió la Ley 91 de 1938 que autorizó la nacionalización de institutos de enseñanza secundaria. En tal ley se establece en su artículo 1º que al Gobierno Nacional debe confiársele todo lo referente a la dirección y organización de los institutos que quieran nacionalizarse.

"En virtud de esta ley, se conoció más tarde la Ley 166 de 1948 que con el fin de que la Nación contribuya a los gastos de sostenimiento del Colegio Guanentá que corrían por cuenta del Departamento desde su creación, autorizó su nacionalización pero estando con anterioridad aprobado, en su totalidad el establecimiento, por resolución del Ministerio de Educación número 1609 del 15 de septiembre de 1947.

"En virtud de la Ley 166 de 1946 el Gobierno celebró en 1954 el contrato de nacionalización.

"Este contrato impuso al Gobierno Nacional el sostenimiento del Colegio, ratificando más aún el carácter de entidad oficial de que disfrutaba el Colegio, desde muchos años atrás.

"De ahí se desprende que los funcionarios del Colegio, en especial su Secretario, es un empleado público, nombrado y pagado por el Gobierno, para un cargo creado por el Gobierno, y por tanto las certificaciones que expide a nombre del Colegio, son documentos públicos".

Y el de segundo grado reproduce el concepto de su Fiscal al respecto y lo comenta así:

Dice el Fiscal:

"Es indiscutible que el Colegio de San José de Guanentá, de San Gil (Santander), gobernado hasta el 31 de octubre de 1954 por una Junta Administradora, pasó, desde el 1º de noviembre del acabado de citar, a ser una dependencia del Gobierno Nacional y, como tal, dirigido, administrado y organizado por el Ministerio de Educación Nacional, como que, a tenor del contrato celebrado por Aurelio Caicedo Ayerbe, como Ministro de Educación, y Carlos Augusto Noriega, como representante de la Junta Admi-

nistradora del Colegio, con fecha 1º de noviembre de aquel año, tal establecimiento de educación dejó de tener el carácter que había venido teniendo y adquirió, por el término de veinte (20) años, las modalidades de los colegios nacionalizados, según lo previsto por las Leyes 166 fr. 1948 y 91 fr. 1938.

"Por consecuencia, y tal como se convino por las partes contratantes, a partir de la vigencia de las nuevas disposiciones normativas, 'el nombramiento, remoción, promoción del personal directivo, docente y administrativo del plantel, así como la fijación y pago de las asignaciones, serían de facultad y cargo del Gobierno Nacional'".

Añade el Tribunal:

"En estas circunstancias, el señor Alonso Urbano Leyton, cuando falsificó los certificados de estudio que dieron origen a la formación de este proceso, tenía el carácter de empleado público pues había sido 'nombrado por el Ministerio de Educación Nacional' y desempeñó dicho cargo (Secretario habilitado) desde el 1º de febrero de 1951 hasta el 31 de diciembre de 1956. La posesión del señor Urbano Leyton como Secretario habilitado del Colegio San José de Guanentá se hizo ante el señor Alcalde Municipal de San Gil, lo cual quiere decir que sí tenía el carácter de empleado público".

No prospera por tanto el cargo.

III.—Los considerandos hechos en los apartes anteriores demuestran que no hubo error en la denominación genérica del delito y que por tanto, no se ha dictado sentencia en juicio afectado de nulidad por esa causa.

Lo que indica que la causal invocada con apoyo en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, carece de asidero jurídico.

IV.—Para terminar el presente fallo, la Corte se referirá a la tesis final del concepto fiscal, cuyos apartes fundamentales se transcribieron antes.

En ninguna de las demandas se acusó la sentencia de violatoria del artículo 231 en cuanto los documentos falsificados no corresponden a los allí descritos sino que son de los comprendidos en el artículo 244.

A este respecto el abogado se limita a decir que siendo los certificados expedidos por el particular Leyton de la clase de los documentos privados, debe casarse el fallo y que al dictar la Corte el que reemplace el infirmado, aplique el artículo 244 del estatuto punitivo por cuanto esos documentos privados son análogos a los también privados de que trata esta disposición.

Planteada así la cuestión, no puede entenderse por qué, basándose en la sola razón de que si se alegó la violación del artículo 231, puede interpretarse la demanda como que sostuvo dicha violación por no haberse aplicado la disposición que correspondía aplicar, o sea, el artículo 244 citado.

La violación del artículo 231 se fundamentó en la falta de causalidad, en la ausencia de prueba de esta causalidad y en la calidad de privados de los documentos, pero jamás en la no aplicación de este artículo en lugar del aplicado.

Así dijo el doctor Rueda Uribe:

"Tales observaciones llevan a concluír que aunque los documentos en cuestión son meramente privados, su nueva confección —que es lo único demostrado— no generó el delito de falsedad, imponiéndose así, también por ese aspecto, la absolución del procesado.—Pero no abandono todavía el terreno de las hipótesis y me coloco en el supuesto de que la H. Corte logre descubrir la demostración sobre la existencia de los elementos del delito de falsedad en documentos privados que el legislador y los doctrinantes y la jurisprudencia exigen como necesarios y esenciales para que se confirme la tipificación de esa especie delictuosa del género de falsedad.—Colocado en ese supuesto, abogo ante ese alto Tribunal y sin timidez pero con respeto, *porque al escogitar la ley penal que correspondería al caso en estudio, se le aplique a mi defendido la norma contenida en el artículo 244 del estatuto penal...*". (Subrayas de la Corte).

No habiéndose, pues, acusado el fallo por ese concepto, resulta especioso el argumento del colaborador que convertiría a la Corte, si aceptase esa forzada interpretación de la demanda, en una correcta, casi en una creadora, de los motivos de impugnación.

Esto de un lado, pero de otro cabe considerar que hay una contradicción flagrante en el escrito del doctor Rueda Uribe al considerar como documentos privados los certificados que se han examinado y quererlos convertir en "análogos" a los documentos específicos de que trata la precitada norma penal (art. 244 C. P.), que son pú-

blicos de especie singular (pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad) que legalmente deban ser expedidos por autoridades nacionales o extranjeras.

Y finalmente, así sea por vía jurisprudencial, debe decirse que no es posible asimilar a esos documentos, destinados solamente a certificar que ciertas cualidades (aptitud para una determinada actividad, capacidad para viajar al exterior, adquisición de la ciudadanía, identificación) han sido demostradas por los medios propios, con unas certificaciones que tienden a probar la realización de hechos que engendran un derecho.

Por lo cual, no cabe acceder a lo pedido por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

En mérito de cuyas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por la defensa de SEVERO MEDINA MORALES, y NIEGA, además, la solicitud de prescripción impetrada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

PECULADO

Deficiencia y oscuridad que caracterizan la prueba de los hechos a que se contrae el proceso.—El cargo formulado de haberse incurrido, dentro de la sentencia acusada, en errónea apreciación de pruebas, se encuentra demostrado.—Prosperidad de la causal prevista en el ordinal 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado RICARDO MENDEZ MONTENEGRO contra la sentencia del 21 de mayo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot lo condena, como responsable del delito de peculado, en cuantía de $ 2.555.00, a la pena de dos años de prisión, lo mismo que a las correspondientes accesorias.

HECHOS Y ACTUACION

En el proceso se formula a Méndez Montenegro el cargo de haber incurrido en el delito de peculado sobre la base, según se pretende, de que como Tesorero Municipal de Tocaima se apropió entre junio de 1957 y febrero de 1958, de $ 5.501.61, correspondientes a los fondos recaudados por concepto del Impuesto de Pavimentación, y de $ 444.00 del Impuesto de Alcantarillado, haciendo suyos, de este modo, caudales públicos a su cuidado en cuantía total de $ 5.945.81.

El Juzgado Sexto Superior de Bogotá, en razón de aquella imputación, llamó a juicio, mediante auto del 17 de marzo de 1960, al procesado Méndez Montenegro, determinación que el Tribunal de la indicada ciudad confirmó en su proveído del 8 de octubre de 1962.

Más tarde, tramitado el juicio, el mismo expresado Juzgado, en sentencia del 5 de marzo del año pasado, absolvió al predicho Méndez Montenegro, fallo que el Tribunal Superior de Girardot, a donde pasó el negocio en fuerza de la nueva distribución judicial, revocó en el suyo del 21 de mayo de este año para en su lugar condenar al procesado como responsable del delito de peculado, no en la cuantía de los $ 5.945.81, deducida en el enjuiciamiento, sino en la de $ 2.555.00, a la pena de dos años de prisión y accesorias consiguientes.

LA DEMANDA

En la demanda se invoca la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que en la sentencia acusada se incurrió en error en la apreciación de las pruebas del expediente, atribuyendo, a unas, "un valor que no tienen", y dejando de considerar otras, lo que determinó el que allí se acogieran como plenamente acreditados tanto "el cuerpo del delito" como "la responsabilidad" del procesado, el cual, de esta suerte, contra las previsiones de los artículos 203 y 204 del C. de P. Penal, resultó condenado, en vez de haber sido absuelto, como era lo debido, si esas pruebas hubieran sido correctamente valoradas, error de apreciación que el recurrente, al fundamentar el cargo, deriva de los siguientes hechos:

a).—De haber considerado que los recibos que obran en autos llevan la firma del "Tesorero responsable", cuando esa afirmación es inexacta, "porque los que la misma sentencia designa con los números 4, 5, 6, 7, 8, 9, y 10, correspondientes a los señores Elías Rodríguez, Pedro Her-

nández, Edelmira de Bernal, Ursula de Enciso, Atanasio Sánchez, José M. Rodríguez y Parmenio Ospina, no fueron firmados por el 'Tesorero responsable'", hecho sobre el que cabe observar, además, que, "lo más curioso de esta situación, es que fueron estos dineros que el señor Méndez Montenegro no RECIBIO, precisamente los que no fueron contabilizados en los respectivos libros de tesorería".

b).—De no haber advertido las contradicciones que existen entre la prueba testimonial y la prueba literal, punto sobre el que el recurrente, en suma, consigna:

"... algunos testigos-contribuyentes, como el señor ELIAS RODRIGUEZ (fl. 44) afirma haber pagado al tesorero Méndez Montenegro el valor de sus impuestos, cuando la verdad es que no fue así, ya que, por ejemplo, el recibo número 32920 (fl. 18) no lleva la firma del 'tesorero responsable'. Lo mismo se puede decir del testigo-contribuyente señor PEDRO A. HERNANDEZ (fl. 45), quien dice haber pagado a Méndez Montenegro el valor de sus impuestos, cuando la verdad es que no fue así, ya que, por ejemplo, el recibo número 32911 (fl. 19) no lleva la firma del 'tesorero responsable'. Igual cosa se puede decir de la señora URSULA URQUIJO v. DE ENCISO, en cuanto al recibo que aparece visible a folio 21 del expediente. Y, finalmente, la señora EDELMIRA V. DE BERNAL (fl. 58), quien afirma haber pagado a Méndez sus impuestos, cuando la verdad es que no fue así, como se aprecia con el examen del recibo visible a folio 20".

El actor agrega que aquellas no advertidas contradicciones aparecen no sólo respecto del impuesto de pavimentación sino también del de alcantarillado, y a ese efecto dice:

"Los recibos visibles a folios 83, 84, 86 y 87 y cuyas cantidades PRECISAMENTE fueron las que no ingresaron a la Caja de la Tesorería de Tocaima, no están firmados por el 'Tesorero responsable', sino por otra persona, pese a que los propios contribuyentes declarantes, pretendan afirmar lo contrario, como sucede, por ejemplo, con la señora EMILIA CANO BARRIOS, quien afirma haber pagado personalmente a Méndez Montenegro, cuando la verdad es que no fue así, como límpidamente se verifica con el examen de los recibos visibles folios 86 y 87. Igual cosa se puede decir de la declaración del Sr. RUMUALDO LORDUY (fls. 91-92), quien afirma haber pagado a Méndez Montenegro, y el recibo que aparece en los autos, lleva la firma de otra persona (fl. 83)".

c).—De no haber advertido la verdadera causa de la situación fiscal observada por los Visitadores de la Contraloría y haberla radicado en el mero hecho de ser el procesado Tesorero titular, cuando "la señorita ELIZABETH DURAN (fl. 34 ss.), quien desempeñaba el cargo de Secretaria de la Tesorería, acepta haber firmado y desde luego haber RECIBIDO dinero proveniente de los impuestos municipales. Acepta igualmente haber firmado varios de los recibos de caja cuyos valores NO INGRESARON a la Caja de la Tesorería"; cuando 'el señor GUSTAVO GARZON (fl. 122), quien desempeñaba el cargo de CITADOR, también cumplía funciones propias del tesorero: recaudaba los impuestos y firmaba los recibos de caja correspondientes", y cuando "el señor JESUS HERRERA (Tesorero que sustituyó en su cargo al procesado) en declaración visible a folios 40 y siguientes, nos dice lo siguiente en cuanto al estado de la oficina:

"Lo único que puedo decir es que la Contabilidad y los libros que se llevaban en la Tesorería los encontré en desorden completo, pues no llevaban libro siquiera de Diario del movimiento de la Tesorería, y a mi me tocó abrir libros de Diarios para hacer los asientos y en esta forma entregué la Tesorería".

El demandante, recavando en estos hechos que señala, expresa:

"...en la Tesorería de Tocaima existía una situación especialísima: en primer término, no había un solo Tesorero, sino la módica cantidad de TRES, pues ya se ha visto que la Secretaria Contadora y el Citador de la Tesorería, recaudaban impuestos y firmaban los recibos correspondientes de caja. De otra parte, no se llevaban los libros necesarios para una correcta contabilización de los ingresos".

d).—De que esa situación, no advertida en el fallo acusado, se "viene a agravar fundamentalmente, si como aparece, "por el solo concepto del impuesto de PAVIMENTACION se recaudó la suma global de $ 19.185.96 en partidas que oscilan entre los $ 1.500.00 y los $ 50.00 en una Tesorería en donde había TRES TESOREROS Y NO SE LLEVABAN LIBROS DE CONTABILIDAD, ¿cómo no se iban a producir esas irregularidades, atribuíbles, lógica y necesariamente a DESORGANIZACION y no a

DOLO del funcionario? Una contabilidad en esa cuantía, llevada sin libros y por TRES tesoreros a la vez, ¿no podía crear esa situación?

"El mismo discurso se puede aplicar al impuesto del alcantarillado. Y si a eso se suman las demás funciones que debía cumplir el Tesorero, ¿cómo no se iba a producir esa situación?

"De modo que las pruebas analizadas por el Tribunal en la sentencia impugnada, no se convinaron como era lo lógico con la real situación que vivía la Tesorería de Tocaima. El Tribunal se limitó a hacer una enumeración de las Actas de los Visitadores Fiscales de la Contraloría, a sumar los recibos y a contabilizar los testimonios de los contribuyentes, pero sin vincular, las unas y los otros, a la realidad viviente de una oficina en plena desorganización. He ahí la falla de la sentencia.

"..... .....

'No hay que tener en cuenta, según estas tesis, ni la desorganización de la oficina, ni el hecho de que hubiera TRES TESOREROS, ni que no se llevaran libros de contabilidad, ni que por la cuantía de los recaudos y por lo exiguo de sus guarismos se hubiera podido incurrir en error, ni que un Tesorero de Tocaima, es de suponer no ser CONTADOR JURAMENTADO, ni nada por el estilo...".

e).—De que en la sentencia, no obstante reconocer, en uno de sus apartes, "que la pérdida de los caudales pudo haberse producido por causas diferentes a la conducta del inculpado", se "entiende que se da la PLENA PRUEBA del hecho y la PLENA PRUEBA de la responsabilidad, elementos que exige el artículo 203 para poder proferir sentencia condenatoria, por la sola y única circunstancia de que RICARDO MENDEZ MONTENEGRO, como titular de la Tesorería de Tocaima, firmó unos recibos, por concepto de impuestos, cuyos valores no fueron incluídos en sus cuentas y en los libros de contabilidad, que no se llevaban en la Tesorería. La firma de Méndez Montenegro en los recibos aducidos, significa su condena".

El actor se pregunta en seguida cómo se estableció la existencia de aquellos valores, y en el examen de esa cuestión sostiene que el Acta de Visita Fiscal, los testimonios de los contribuyentes y los recibos firmados por los mismos no pueden justipreciarse en forma separada, porque esos elementos de convicción versan sobre un solo hecho, el de "la inexistencia en las cuentas de la Tesorería de unas determinadas partidas", y comenta:

"He sostenido que los señores Visitadores de la Contraloría, al elaborar el Acta Fiscal, tuvieron, por necesidad contable y de lógica, que tener en cuenta los recibos y los testimonios, que luego se pretendió hacerlos valer nuevamente como indicios separados de responsabilidad, con lo cual se violó ostensiblemente el artículo 222 del C. de P. Penal".

Más adelante, el recurrente agrega:

"... no es posible afirmar.... que por el hecho de que unas determinadas partidas no hubieran sido incluídas en unas cuentas, ello INDIQUE NECESARIAMENTE (plena prueba) que quien OMITIO tal cosa, fue porque o hizo USO INDEBIDO o se las APROPIO. Si ello fuera cierto, desde un punto de vista probatorio, estaríamos dándole a la famosa Acta de Visita Fiscal de la Contraloría, el valor de PRESUNCION DE DERECHO, lo cual es totalmente absurdo y ajeno a los principios que informan la teoría de la prueba en la legislación colombiana".

Estima el actor que hasta estos extremos no puede llegarse. Suyas son al respecto estas palabras:

"La mera afirmación, verificación o comprobación de la existencia del alcance o del glose, revelado o puesto en evidencia mediante un trámite fiscal o contable, no REEMPLAZA jamás con igual eficacia jurídica probatoria a la comprobación PLENA de los verbos que integran la conducta delictiva, que no son precisamente los de la existencia del alcance o de la glosa, sino los del APODERAMIENTO o USO INDEBIDO DOLOSO. No queda duda alguna que la mera verificación contable de un alcance o una glosa, no excluya la posibilidad de que tal hecho puede haberse producido por causas ajenas no imputables a la conducta del funcionario".

La argumentación reseñada constituye, en lo esencial, la base demostrativa de la tesis sostenida en la demanda, según la cual dentro del fallo acusado se incurrió en errónea valoración de las pruebas contenidas en el proceso, llegándose, de esa manera, a una condena contraria a las prescripciones de los artículos 203 y 204 del C. de P. Penal.

Con apoyo en el mismo ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, el recurrente

afirma que en la sentencia acusada se incurrió, "como consecuencia de la errada apreciación y de la falta de apreciación de las "pruebas", en violación del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, "que describe y sanciona el delito de 'peculado doloso por apropiación o uso indebido'".

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con fundamento, en realidad, en las mismas razones en que descansa la sentencia impugnada, conceptúa que ésta debe mantenerse y solicita, por lo tanto, que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I.—En el Acta de Visita del 21 de noviembre de 1958, relativa al faltante de $ 5.501.81, por concepto del Impuesto de Pavimentación, aparece lo que a continuación se reproduce:

"... se procedió a llamar a los contribuyentes con el fin de establecer si en realidad de verdad se había contabilizado la totalidad de las contribuciones pagadas y se estableció que el Tesorero responsable no le dio ingreso a los siguientes comprobantes originales presentados por los Contribuyentes...".

Y en el Acta del 22 de diciembre, también de aquel año, concerniente al faltante de los $ 444.00 en el Impuesto de Alcantarillado, esto:

"... se procedió a notificar a todos los que aparecían como que hubieran cancelado el valor del impuesto y se constató que el Tesorero responsable no le había dado ingreso a los siguientes recibos o comprobantes de Caja que aparecieron en poder de los Contribuyentes...".

Esos "contribuyentes", llamados a declarar, manifestaron que, en realidad, habían entregado los dineros materia de los recibos.

Es claro, entonces, que las Actas de Visita, los recibos y los testimonios de los "contribuyentes" constituyen la prueba de un hecho, el ingreso de unos dineros no contabilizados, el cual, en ese carácter de único, no cabe ser variado, porque "el hecho tiene siempre igual valor, tanto si está probado por diez testigos como si está probado por dos, y es vicioso sofisma pretender multiplicar los indicios multiplicando las pruebas de un único hecho. El es siempre el mismo y es siempre único aunque esté probado por un ejército de testigos" (Carrara, Programa, Parte General, Vol. II, acápite 975).

II.—Los tenedores de los recibos del Impuesto de Pavimentación, no contabilizados, José Segura, Elías Rodríguez, Pedro Hernández, Edelmira Martínez de Bernal, Ursula de Enciso, Atanasio Sánchez y José Rodríguez declararon que el dinero lo habían entregado al Tesorero Méndez, el que, a su vez, les había expedido esos recibos (fls. 46 y 47, 44, 45 y 46, 58, 51, 48 y 59 y 60 del cuaderno principal).

La señorita Elizabeth Durán aseveró, en cambio, que a ella, en su condición de Secretaria-Contadora de la Tesorería, se le habían entregado esos dineros, así como los del comprobante de Parmenio Ospina, por lo que también había expedido los correspondientes recibos, "PUES ESTOS APARECEN CON LA FIRMA QUE USO Y ACOSTUMBRO". (fls. 34 y ss. del cuaderno principal).

Los recibos, incorporados al proceso, llevan, en efecto, la firma de la señorita Durán (fls. 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del cuaderno principal).

Los tenedores de los recibos del Impuesto de Alcantarillado, no contabilizados, Rumualdo Lorduy, Anaís Castiblanco y Griseldo Barrios, que exhibió dos por conducto de su cónyuge Emilia Cano de Barrios, sostuvieron que el dinero lo habían entregado al Tesorero Méndez, el que también les había expedido esos recibos (fls. 91 y 92, 93 y 94 y 89 y 129).

Esas aserciones encuentran su rectificación en los propios recibos, igualmente agregados al expediente, los cuales fueron autorizados, no por el Tesorero Méndez, sino por la señorita Durán, cuya firma se observa en cada uno de ellos de manera ostensible (fls. 83, 84, 86 y 87 del cuaderno principal).

III.—La Secretaria-Contadora afirmó en su declaración que los dineros por ella recaudados y sobre los que expidió los correspondientes recibos, los cuales, como se deja consignado, alcanzaron a doce, los entregó al Tesorero Méndez, aserto respecto del que no aparece a lo largo del proceso nada que tienda a confirmarlo. En torno a este punto el Fiscal del Tribunal, dijo:

"No hay prueba de que esas sumas de dinero hubieran sido traspasadas al Tesorero, fuera de la declaración de la interesada, que por ser interesada, ofrece serios motivos de duda a esta Fiscalía".

Y el Tribunal, siguiendo el criterio inobjetable de su colaborador, no tuvo en cuenta, en los

fines de condenar a Méndez como responsable del delito de peculado, los recaudos de la señorita Durán.

IV.—En el Acta de Visita del 21 de noviembre se relaciona como no contabilizado un recibo, por concepto de Impuesto de Pavimentación, expedido a favor de Juan N. Cifuentes.

Ese recibo, aunque nada se hizo en la investigación para establecer quién lo expidió y cuál es la persona que lo firma, se atribuyó al procesado Méndez.

El recibo, según Cifuentes, lo expidió el Tesorero Méndez. Pero ya se estableció atrás que el testimonio de los tenedores de recibos de impuestos no ofrece, respecto del particular que importa, ninguna seguridad.

El Citador de la Tesorería, Gustavo Garzón, después, de advertir que la señorita Elizabeth Durán "expedía recibos de los impuestos que allí se pagaban y que, a su vez él realizaba esa tarea, "de acuerdo con los recibos que figuraban en la oficina", expresa que si en el momento del recaudo no se encontraba el Tesorero Méndez "se guardaba el dinero y al día siguiente se le hacía la correspondiente entrega". (fls. 122 y 122 vto. del cuad. principal).

Esta declaración de suyo plantea que, aún sobre la base de aceptar, sin discusión ni reservas, que la firma que aparece, autorizándolo, en el recibo de Cifuentes sea la del Tesorero Méndez, no es posible sostener, sin riesgo de incurrir en grave equivocación, que el mismo sujeto hubiera sido la persona a quien se entregó el dinero especificado en el comprobante.

El 16 de abril de 1958 Méndez fue reemplazado en su cargo de Tesorero por Jesús Herrera, persona que después de consignar que nada le consta "en relación con las irregularidades" en el cobro de los impuestos por parte de su antecesor y que encontró la oficina "en desorden completo", dice:

"... pues no llevaban libro siquiera de Diario del movimiento de Tesorería, y a mí me tocó abrir libros de Diarios para hacer los asientos y en esta forma entregué la Tesorería" (fls. 40 y 41 del cuaderno principal).

Esa falta de libros, como es obvio, vino a constituír un grave vacío en la tarea de determinar, con absoluta precisión y claridad, los recibos de impuesto que pudieron o no contabilizarse, cuestión que, desde luego, no puede perderse de vista respecto del recibo de Cifuentes.

La Alcaldía de Tocaima, mediante Decreto número 22 del 11 de abril de 1957, hizo el aforo del Impuesto de Pavimentación, "cuyo valor total asciende a la suma de $ 23.412.93". En ese aforo no figura Juan N. Cifuentes. El único de ese apellido que allí aparece lleva el nombre de NEPOMUCENO, sujeto del que no se sabe si pagó su impuesto, si lo está debiendo o si no se le contabilizó.

V.—En la misma Acta del 21 de noviembre se reseña, también como recibo no contabilizado, uno expedido a David Esguerra, el cual obra al folio 16 y lleva en su parte superior esta anotación manuscrita: "POR CARMEN Y EDGAR RIVERA - o RAIMUNDO RIVERA".

El predicho Esguerra, dentro de su respectivo testimonio, manifestó que el impuesto de aquel recibo lo cubrió por encargo de su sobrino Marco Tulio Esguerra y en relación con una casa que compraba a la sucesión de Raimundo Rivera, punto concreto sobre el que dice:

"Debo declarar que la casa que mi sobrino compraba en ese entonces era de propiedad de la sucesión de don Raimundo Rivera y este señor era el que figuraba como deudor del Impuesto de Pavimentación. El recibo fue expedido en mi nombre *pero en el mismo recibo se hizo la anotación de que correspondía a don Raimundo Rivera* (fls. 41 y 42 del cuaderno principal).

Y Marco Tulio Esguerra, dice:

"En el mes de julio del año pasado le compré una casa situada en la localidad de Tocaima, marcada con el número 2-80 de la carrera 9ª, a la señorita Carmen Rivera Alfonso y al menor Edgar Rivera Rivera. Encontrándonos en la Notaría de este lugar para la firma de la escritura de venta que me hacían, el señor Notario exigió el Paz y Salvo por concepto de Impuestos. Entonces la señorita Carmen me manifestó que estaba debiendo el Impuesto de Pavimentación, yo me hice cargo de pagar este Impuesto y estando con nosotros en la Notaría mi tío David Esguerra, le rogué que fuera a la Tesorería Municipal y me pagara los Impuestos que se estuvieran debiendo y me prestara la plata de lo que costara. Mi tío David Esguerra, me hizo el favor y luégo se presentó con el recibo por concepto de Impuesto de Pavimentación que ascendió a la

suma de $ 435.00 m/cte. Este recibo fue expedido por el Tesorero Municipal, señor Ricardo Méndez, y sin saber por qué circunstancia se lo expidieron a nombre de mi tío David Esguerra *pero en el mismo recibo el Tesorero hizo la anotación de que correspondía al Impuesto que debía la señorita Carmen y Edgar Rivera*" (fls. 42 y 43 del cuaderno principal).

Conforme a estos testimonios, resulta evidente que David Esguerra pagó el Impuesto como simple recomendado y que, por lo tanto, ese Impuesto no podía contabilizarse a nombre suyo sino de Raimundo Rivera, que era el que lo debía, o de sus herederos en trance de vender la casa vinculada al gravamen, que eran Carmen y Edgar Rivera.

VI.—En el Acta del 22 de diciembre, relativa al Impuesto de Alcantarillado, se relaciona, como recibo no contabilizado, uno expedido a Luis Martínez, el cual se atribuye a Méndez. En autos obra original (fl. 85 del cuaderno principal).

Ese recibo apenas ofrece, como a modo de firma responsable, unas cuantas rayas, imposible de identificar siquiera como letras iniciales de algún nombre y apellido, circunstancia que inhabilita, según de suyo es comprensible, para atribuírlo a Méndez, sujeto que, como está demostrado, no era el único, a pesar de su carácter de Tesorero, que recaudaba el dinero de los impuestos y expedía recibos con relación a ellos.

VII.—Esa incertidumbre, deficiencia y oscuridad que caracterizan la prueba de los hechos a que se contrae el proceso se hacen todavía más inquietantes, creando la absoluta perplejidad, si a cuanto se deja expuesto se agrega que entre junio de 1957 y febrero de 1958 las cuentas del Tesorero Méndez se fenecieron "sin cargo alguno" y que a los autos se incorporó copia de un fallo de fecha 5 de septiembre de 1959, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, donde se confirma la providencia del Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad, mediante la cual se aplica en favor de aquél el artículo 153 del C. de P. Penal, precisamente en razón de no haber existido el alcance que, en cuantía de $ 3.512.82, se le dedujo a través de una Visita practicada el 13 de marzo de 1958.

VIII.—En suma, pues, el cargo formulado sobre la base de haberse incurrido, dentro de la sentencia acusada, en errónea apreciación de pruebas, se encuentra demostrado y entonces, como es lógico, debe prosperar la causal a cuyo amparo se hizo, vale decir, la prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, causal que, desde luego, debe prosperar, a su turno, en relación con el cargo relativo a violación del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, puesto que los dos cargos se ofrecen en tal modo que acogido el primero tiene que acogerse el segundo.

IX.—De manera que, en conclusión, procede invalidar el fallo impugnado, determinación que, como lo dispone el ordinal 1º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964, ya citado, obliga a dictar el que haya de reemplazarlo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia acusada y en su lugar ABSUELVE al procesado RICARDO MENDEZ MONTENEGRO respecto del delito de peculado en virtud del cual se le llamó a juicio mediante autos del 17 de marzo de 1960 y 8 de octubre de 1962, proferidos, respectivamente, por el Juzgado Sexto Superior de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

DELITOS DE VIOLENCIA CARNAL

Presunta violación de la ley sustantiva por aplicación indebida y por interpretación errónea.—Acertada aplicación de los artículos 33, 36 y 318 del C. P. y de los ords. 1º y 2º del 317 del mismo estatuto represivo.—Delitos cometidos en concurso material.—Peligrosidad y antecedentes de mala conducta en el delincuente.—Ineficacia de la impugnación, en el caso de autos, con base en la causal prevista en el ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.

La disposición legal prevista en el artículo 318 del estatuto represivo, aplicada en la sentencia, señala como mínimo la pena de tres años de presidio, mínimo que como es obvio, no podía imponerse, aún sobre la base de que el delito consumado en la menor no obrara en concurso con otros dos delitos de la misma índole, teniendo en cuenta que la violación se llevó a cabo en mujer virgen y con la colaboración de otra persona, circunstancia que configura las agravantes de los ordinales 1º y 2º del art. 317 del Código Penal, también actualizadas en el fallo impugnado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado DANIEL BARBOSA o CAMARGO contra la sentencia del 1 de junio del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como responsable al lado de ESPERANZA PANQUEVA, del delito de violencia carnal en Gloria Fanny Avila Ramírez, María Stella López Cediel y Gladys Moisés.

HECHOS Y ACTUACION

Con base en los datos del proceso se tiene que Daniel Barbosa, con la complicidad de su amante Esperanza Panqueva, sometió al acto carnal, colocándolas en estado de inconsciencia, mediante el procedimiento de hacerlas ingerir barbitúricos, a las jóvenes Gladys Moisés, María Stella López y Gloria Fanny Avila, hechos por los que, en su debida oportunidad, se llamó a juicio a los referidos partícipes dentro de cada uno de los procesos a que dieron lugar, los cuales se acumularon.

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, a cuyo conocimiento quedaron los tres negocios al ser acumulados, mediante sentencia del 14 de mayo de este año, condenó a Barbosa, en el carácter de autor de los delitos, a la pena principal de tres años de prisión, y a la Panqueva, como cómplice necesario, a la de dos años, también de prisión, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 2 de junio para imponer, al primero, la pena de seis años de prisión y, a la segunda, la pena de treinta meses de prisión.

LA DEMANDA DE CASACION

En la demanda el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida y por errónea interpretación" de los artículos 316, inciso 2º, 36, 38 y 33 del Código Penal, violación que "condujo a la imposición de una pena considerablemente superior a la correspondiente, razón por la cual la sentencia debe ser casada".

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, como conclusión del compendiado, aunque preciso estudio que hace de la demanda, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).—En el auto de proceder respecto del delito de violencia carnal que Daniel Barbosa consumó en Gloria Fanny Avila, niña de apenas 11 años y cinco meses, se dejó consignado esto:

"... siendo menor de catorce años e impúber, fue sometida al acceso carnal y desflorada... en cuyo acto o actos fue infectada de la enfermedad venérea denominada blenorragia, lo cual, como es obvio, se le causó grave daño en su salud que, de suyo, agrava la infracción en los términos del artículo 318 del estatuto represivo".

Esta disposición legal, aplicada en la sentencia, señala como mínimo la pena de tres años de presidio, mínimo que, como es obvio, no podía imponerse, aún sobre la base de que el delito consumado en la menor Avila no obrara en concurso con otros delitos de la misma índole, teniendo en cuenta que la violación se llevó a cabo en mujer virgen y con la colaboración de otra persona, circunstancia que configura las agravantes de los ordinales 1º y 2º del artículo 317 del Código Penal, también actualizadas en el fallo impugnado.

b).—Los tres delitos de la condenación del procesado Barbosa obran en concurso material y entonces, como se hizo en el fallo acusado, tenía que aplicarse el artículo 33 del Código Penal, donde se autoriza un aumento de pena, sobre la que corresponda en sí mismo al que se haya tomado como básico para la determinación de la sanción, "hasta otro tanto", aumento que, desde luego, en su determinación concreta, queda a la discreción del juzgador.

c).—El procesado Barbosa registra antecedentes de mala conducta, factor en el que el fallo recava, enlazándolo con el concepto médico, donde se precisa que aquél es "un individuo de mucho peligro social", para intensificar la pena por este aspecto, ya que ella, acorde con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal, debe aplicarse "según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del delincuente".

d).—Dentro de las condiciones expuestas, bien fácil se comprende que el cargo formulado contra el fallo de la impugnación carece de eficacia, lo que significa que la causal de casación a cuyo amparo se hizo no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado DANIEL BARBOSA o CAMARGO contra el fallo expresamente determinado en esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

RECUSACION CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR

La recusación dentro del proceso penal debe probarse.—La enemistad grave como causal de recusación.—La opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito.

1. Es sabido que en la recusación, atento el legislador a que en tal caso la indicación de la causal proviene de la parte que la alega, ha señalado que ella debe probarse. Es así como el segundo inciso del art. 76 del Código de Procedimiento Penal señala que "la recusación se propondrá por escrito, ante el Juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde".

2. Cabe indicar que la Corte, en providencias de 19 de junio de 1948 (G.J. t. LXIV, p. 568) y de 7 de octubre de 1952 (G. J. t. LXXIII, p. 481) dice: "La enemistad grave, como causal de recusación, debe ser mutua, y excepcionalmente unilateral de parte del Magistrado y no de parte del procesado. Las acusaciones, denuncias o quejas del recurrente contra el Magistrado no son prueba de la enemistad mutua, menos de la enemistad hacia el procesado".

3. La Corte, en diversas oportunidades, ha dicho que "la opinión que se expresa en el auto de detención no es definitiva, puede cambiar, puede perder su valor inicial por nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, y puede revocarse; por tales razones, la opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento" (Auto de 12 de septiembre de 1947, G.J. t. LXIII, p. 801).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre doce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Ibagué, mediante providencia del Magistrado, doctor Gonzalo Rodríguez, dispuso enviar a la Corte el proceso adelantado contra el doctor MAXIMILIANO OCHOA GIRALDO, acusado del delito de falsedad en documentos, a fin de que se resuelva lo pertinente en cuanto a la recusación que éste propuso contra los Magistrados Hernando Saavedra Robles y Manuel J. Solanilla Nieto, la que fue declarada sin fundamento.

En relación con este asunto, el doctor Fabio Silva Torres, apoderado del doctor Ochoa Giraldo, dice en memorial del cinco del corriente mes, lo siguiente:

"Obra en autos un memorial fechado el día ocho (8) de septiembre pasado, por el cual se pone de presente una serie de actuaciones y omisiones que, sin lugar a dudas, constituyen nulidades del proceso. Como la nulidad declarada genera la de toda la actuación posterior, estimo procedente dar aplicación a lo establecido en el artículo 200 del C. de P. P., antes de entrar a resolver la recusación propuesta contra los magistrados que hacen Sala para este proceso, en el Tribunal Superior de Ibagué. Por todo lo anterior, con el mayor comedimiento doy por reproducidas, aquí, las argumentaciones del escrito antes citado, a la vez que solicito de la H. Corte se sirva hacer la declaración correspondiente".

Pues bien:

Atendido que la Corte, dentro del incidente de recusación, no tiene facultad distinta de la de resolver sobre los fundamentos de la que ha sido propuesta, no puede acceder a la solicitud presentada por el señor apoderado del doctor Ochoa Giraldo.

Y en cuanto a la recusación referida, corresponde tomar en cuenta:

Primero: Los motivos que aduce el recusante:

a).—En escrito de 11 de agosto de 1966 dice:

"e)—El Magistrado Hernando Saavedra Robles, es hijo del señor Floro Saavedra.

"f).—El señor Floro Saavedra es actualmente propietario de la finca denominada 'California', inmueble éste sobre el cual versó el contrato inicial de compraventa que motivó la producción del instrumento negociable materia u objeto de investigación dentro del juicio en referencia.

"g).—El dominio y posesión del predio 'California' se encuentra *sub judice*, dentro del juicio ordinario que promovió el suscrito con sus hermanas, en contra de Luis Enrique Salazar y Josefina Escobar de Salazar. Como se dijo antes, el titular actual del predio es el padre del Magistrado Saavedra".

b).—En memorial de 19 de octubre último, anota:

"1).—El titular del predio 'California', en situación *sub judice* hoy, es nada menos que el mismo H. Magistrado doctor Saavedra Robles, con sus hermanos, en proindiviso.

"2).—El juicio ordinario promovido por el suscrito contra Josefina Salazar o Escobar de Salazar y su cónyuge, sobre resolución del contrato de compraventa de 'California', se encuentra sin definir en primera instancia; es el doctor Belisario Salazar su apoderado y, actualmente está en situación de suspenso. Juicio al que debería estar vinculado, hasta su solución, el H. Magistrado doctor Saavedra Robles.

"3).—El H. Magistrado Saavedra es colega del H. Magistrado doctor Salazar que, como está establecido, es pariente muy cercano de la señora Josefina de Salazar; es copartidario de él, circunstancia influyente en nuestro medio, en mucho; es factor, según los dichos, determinante de las desaveniencias entre los esposos Salazar, por cuestiones morales muy decantadas entre las gentes de esta ciudad, cuya probanza escapa a mis principios.

"Con respecto a los HH. Magistrados Vera y Saavedra, en general, en su contra concurren las siguientes causales:

"Suscribieron, entre otros, la providencia que aparece al f. 9 y ss. del Cd. Nº 6, por la cual se confirmó la que revocó una detención, por la cual, si no se detiene, menos se enjuicia.

"Suscribieron la providencia de 27 de julio pasado, enjuiciatoria, contrariando, sin razón, lo anteriormente suscrito.

"Suscribieron esa providencia y la del diez de agosto pasado, en las cuales se viola lo preceptuado en el artículo 163 del C. de P. Penal.

"Contra los HH. Magistrados aludidos me he quejado, en solicitud de cambio de radicación del proceso, a manera de denuncio criminal, con el doctor Grisales, en vista de los términos de la providencia en mención y del brusco virage en su orientación legal, de varios años.

"Con el doctor Grisales, los HH. Magistrados Saavedra y Vera, se abstuvieron de tramitar la recusación introducida en tiempo hábil, así como las solicitudes de nulidad y restitución de términos, cuya solución es de competencia de la Sala, por ser contra los mismos proveídos, incurriendo, presumiblemente, en violación del artículo 2º del Decreto número 2525 de 1963, que subroga el artículo 168 del Código Penal.

"Las causales, pues, de enemistad y de interés en el asunto, se encuentran configuradas y se establecen probatoriamente, en las pruebas que ya obran y en las que anexo ahora.

DOCUMENTOS:

"Primero.—Copias de las actas de nombramiento de jueces, por el H. Tribunal; establecen la relación de dependencia entre el Juez y Magistrado interino..." (alude al doctor Grisales, quien en la actualidad ha sido reemplazado por el doctor Gonzalo Rodríguez) ... "y el Magistrado interesado en este asunto, por razones familiares y eróticas.

"Segundo.—Certificado del Juez Promiscuo del Circuito, en donde se encuentra el ordinario en el que se presenta doña Josefina como demandada y Belisario como su apoderado; donde debiera aparecer el H. Magistrado Saavedra como naturalmente interesado.

"Tercero.—Certificado número 2263 de la Oficina de Catastro del Tolima, en el que figura el H. Magistrado Saavedra como condueño del predio 'California', de donde se deduce este asunto.

"Cuarto.—Copia del escrito dirigido al Gobierno Nacional en solicitud de cambio de radicación del proceso, por falta, precisamente, de garantías, habida consideración del atropello de

que fui víctima, con la enumeración de los presuntos delitos cometidos. Ello envuelve, naturalmente, una manifestación de enemistad".

Con el escrito de 11 de agosto de 1966, el doctor Maximiliano Ochoa trajo al informativo:

"Partida de matrimonio de Luis Enrique Salazar con María Josefina Escobar, expedida por el párroco de Ibagué (Catedral).

"Partida de bautismo de Belisario Salazar Salazar, también expedida en la Catedral.

Dice el memorialista que solicita "se tenga, como prueba, los términos del auto de proceder".

Segundo: Trámite de la recusación:

Antes de ser introducido el memorial de 11 de agosto de 1966 de que se ha hecho mención, en el proceso seguido contra el doctor MAXIMILIANO OCHOA GIRALDO, por falsedad en documentos, había tenido ocurrencia lo que pasa a relacionarse:

a).—Mediante ponencia del Magistrado de la Sala Penal de Ibagué, doctor José Gregorio Grisales, la correspondiente Sala de Decisión revocó el auto de sobreseimiento temporal proferido en favor del doctor Ochoa Giraldo por el Juzgado Promiscuo del Circuito y, en su lugar, dispuso llamarlo a juicio por el delito de falsedad en documentos y ordenar la detención preventiva del sindicado. (fs. 248 a 273 del Cd. 2).

Los hechos son sintetizados, en este proveído, así:

"El origen de este proceso es el siguiente: Entre Maximiliano, María Antonia y Griselda Ochoa Giraldo y 'Luis E. Salazar y Cía. Ltda.', se celebró un contrato de compraventa de la finca rural denominada 'California', situada en jurisdicción de este municipio de Ibagué. Los Ochoa Giraldo dieron a buena cuenta a la sociedad Salazar & Cía. Ltda., formada por Luis Enrique Salazar Molina y Josefina Escobar de Salazar, la suma de $ 30.000.00, suma que no ha sido devuelta a los presuntos compradores, ya que el contrato referido que se elevó a Escritura Pública de 1952, en la Notaría Segunda de Ibagué, no pudo inscribirse o registrarse en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos.

"Así las cosas, el doctor Maximiliano Ochoa instauró demanda ejecutiva ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta localidad contra la señora Josefina Escobar de Salazar, por la citada suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, con base en una letra de cambio girada el 6 de septiembre de 1958 (f. 37 y ss., copias).

"Admitida la demanda, el Juzgado, en providencia de 11 de diciembre de 1958, decretó medidas preventivas, embargando como consecuencia bienes de propiedad de la ejecutada, contra quien igualmente se libró orden de pago por la vía ejecutiva, por la suma ya dicha (f. 40 v. y ss., copias).

"Dentro del correspondiente juicio ejecutivo, el Dr. Pedro Luis Alvarez Ocampo, obrando como apoderado de la ejecutada, tachó de falso el instrumento o sea la letra (f. 1), y tramitada la articulación del caso, se aportaron, entre otras pruebas, un dictamen grafológico donde los expertos, después de un estudio concienzudo, dicen que la firma de Josefina E. de Salazar que aparece en el instrumento negociable 'ofrece múltiples signos e indicios que nos permiten concluír que la firma incriminada no pudo ser producida por la señora Josefina E. de Salazar'. (fs. 12 a 20, copias).

"El Juzgado Civil, en auto de 17 de julio de 1961, resolvió el incidente de articulación declarando no probada la falsedad de la letra por $ 30.000.00; apelado que fue por el apoderado judicial de la demanda, este Tribunal también en proveído de 27 de octubre del mismo año, revocó la decisión del inferior, disponiendo que por la justicia penal ordinaria se investigara el delito de falsedad de dicha letra, tacha propuesta por la parte demandada en sus excepciones, para cuyo efecto ordenó compulsar copia de lo pertinente (fs. 21 a 25, copias).

"Con lo así ordenado, se inició la investigación penal, a la que se aportaron copias tomadas del juicio ejecutivo antes mencionado diversas pruebas practicadas en el curso del incidente sobre falsedad de la letra, de la demanda ordinaria anteriormente propuesta por el doctor Maximiliano Ochoa Giraldo y señoritas María Antonia y Griselda Ochoa Giraldo contra Luis Enrique Salazar y Josefina Escobar de Salazar y también contra la sociedad de responsabilidad limitada, formada por éstos, de la contestación de la demanda penal formulada por Ochoa Giraldo contra los citados esposos Salazar-Escobar, de los fallos de primera y segunda instancia recaídos en el proceso respectivo y de las declaraciones de los precitados esposos.

Notificado el auto de proceder, el señor apoderado de la parte civil solicitó reposición de tal providencia, así:

"1º—El enjuiciamiento se hizo solamente por falsedad, cuando ha debido hacerse por este delito y por el de tentativa de estafa...

"2º—En la parte resolutiva del auto comentado se llamó a juicio al sindicado Ochoa Giraldo 'como autor de falsedad en instrumento negociable, cometido el 6 de septiembre de 1958...', afirmación que no es cierta, porque la falsedad no se cometió el 6 de septiembre, sino el día en que el falsario hizo uso de la letra de cambio..., o sea a comienzos del mes de diciembre del mismo año...".

No por el Magistrado sustanciador, sino por el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, se dio "traslado" a las demás partes del anterior recurso de reposición, así: "TRASLADO REPOSICION.—Ibagué, 5 de agosto de 1966.—Ayer venció el término de trece días hábiles para ejecutoria del auto de enjuiciamiento de fecha 27 de julio último, dentro del cual el apoderado de la parte civil presentó el memorial que antecede pidiendo reposición. Desde hoy y por dos días, se mantiene en la Secretaría la solicitud correspondiente a disposición de las demás partes, para los fines indicados en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil. Contra el auto del 29 de julio, visible al folio 274, no se interpuso recurso alguno y, por lo mismo, quedó debidamente ejecutoriado.—Guzmán, Secretario".

Sin dar noticia alguna de este "auto" de la Secretaría, ni al Ministerio Público, ni al procesado que ya estaba encarcelado, ni a su defensor, mediante ponencia del Magistrado, doctor Grisales, el día diez de agosto próximo pasado resolvió el recurso, ordenando la práctica de algunas pruebas y negando la reposición solicitada, pero aclarando que "el llamamiento a juicio se hace es por el delito de falsedad en documentos, cometido en las circunstancias de que da cuenta la parte motiva de la providencia".

El día once del mismo mes de agosto, el doctor Ochoa Giraldo recusa "a los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión", entre los cuales, como es obvio, está el doctor Grisales. Luego, el día trece de agosto, interpone recurso de reposición contra el proveído de fecha diez, por cuanto estima que en éste se "reforma el enjuiciamiento, lo corrigen o lo aclaran", siendo estos puntos nuevos que dan lugar a que se tramite su pedimento. Este recurso lo reitera el día dieciséis del citado mes y el defensor del doctor Ochoa Giraldo coadyuva los pedimentos de su mandante. La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué envió el proceso al Despacho del Magistrado sustanciador, doctor Grisales, quien, sin embargo de estar recusado, y en Sala Unitaria, niega lo solicitado por el doctor Ochoa Giraldo mediante providencia del día diecinueve de agosto, en la que se anota que el proveído del día diez del mismo mes no contiene puntos nuevos y se dice que "el proceso ha debido ser devuelto ya al Juzgado del conocimiento, en cumplimiento de lo ordenado en auto de veintisiete de julio de este año; pero, como ello no ha ocurrido, esta providencia debe limitarse a recordar a la Secretaría esta obligación, dejando agregados al expediente los memoriales presentados".

Devuelto el proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Ibagué, se inició el trámite del juicio y se negó la petición de declaratoria de nulidad hecha por el doctor Fabio Silva Torres, nuevo defensor del doctor Ochoa Giraldo, providencia que fue apelada por aquél.

En virtud de este recurso, regresó al Tribunal Superior de Ibagué el negocio y, ante la reiteración de la recusación presentada por el sindicado desde el día once de agosto del corriente año, el nuevo Magistrado sustanciador, doctor Gonzalo Rodríguez, le dio trámite, con el siguiente resultado:

a).—El doctor Saavedra Robles dice:

"A.—Es cierto, soy copropietario de la hacienda denominada 'California', cuya compraventa, en tiempo atrás, dio lugar al juicio ordinario promovido por el doctor Maximiliano Ochoa, obrando en su propio nombre y en el de las señoritas María Antonia y Griselda Ochoa. Pero no es cierto, no acepto tener interés de ninguna índole puesto que, de acuerdo con principios suficientemente conocidos de derecho civil, en caso de que en el juicio entablado por el recusante, fueran vencidos los demandados esposos Salazar, solamente a ellos podría perjudicar el resultado de esa litis. En ningún caso a terceros adquirentes de buena fe. En fin, que ninguna consecuencia patrimonial me acarrearía el fallo de aquel juicio ordinario, ni veo el perjuicio o beneficio que pudiera derivarse de que la letra fuera o no falsa. El único interés que me movió fue el de la justicia.

"B.—Es cierto que el suscrito es colega de Magistratura del doctor Belisario Salazar, pariente cercano de los demandados en el juicio ordinario instaurado por el doctor Ochoa. Pero, rechazo enfáticamente que esta circunstancia me hubiera movido a firmar el proyecto formulado por el doctor José Gregorio Grisales, según el cual se dictó auto de proceder contra el doctor Maximiliano Ochoa Giraldo.

"Igualmente, rechazo por temeraria la insinuación de que por móviles políticos, hubiera podido suscribir la providencia que perjudicó al recurrente y rechazo otra vez, por ofensivas, las alusiones hechas en el memorial sobre la vida privada del colega doctor Belisario Salazar.

"C.—No está erigida como causal, carece de seriedad y fundamento, la recusación invocada en cuanto se alega que suscribí una providencia confirmatoria del auto que revocó la detención del procesado y que, más tarde, firmé aquella que lo llama a juicio...". pues.., "se adujeron nuevas tesis y se allegaron pruebas tan importantes como el concepto grafológico emitido por el doctor Uribe Prada...".

"D.—Por último, considero que en las providencias de 27 de julio y 10 de agosto del presente año, no se hicieron calificaciones ofensivas respecto del doctor Maximiliano Ochoa Giraldo".

El Magistrado, doctor Saavedra Robles, no acepta la recusación propuesta.

b).—El doctor Hernando Vera Vera, expresa:

A.—Que "jamás había oído hablar acerca de que al doctor Maximiliano Ochoa lo hubieran perseguido por sus creencias políticas. Y ahora no salgo de mi asombro ante las relaciones de causalidad que haya podido descubrir el acusado entre esas persecuciones y mis condiciones de juez, como para justificar tal recusación, por el simple hecho de que pudiéramos estar en diferentes bandos o partidos políticos...".

B.—Que en las providencias suscritas por él, en el proceso seguido contra el doctor Ochoa Giraldo, no existe ninguna palabra ofensiva.

C.—Que encontradas las exigencias para llamar a juicio al sindicado, doctor Ochoa Giraldo, ningún impedimento surgía del hecho de que, en otra situación probatoria, hubiera suscrito la revocatoria del auto de detención preventiva ordenada contra aquél.

D.—"Si por no haber tramitado antes de ahora las recusaciones, si que también la petición de nulidad o la restitución de términos, como en su oportunidad lo dijo el ponente, visto que todo eso se había presentado fuera de término y si mal no recuerdo, ya cuando el Tribunal carecía de jurisdicción y los otros motivos de esa laya, a que se refiere en sus recusaciones el doctor Ochoa Giraldo, me acusa o para mejor decir, nos acusa ante la justicia ordinaria, como nos lo tiene anunciado ya, por Prevaricato, Detención Arbitraria, Abuso de Autoridad, Asociación para delinquir y tal vez Asonada, esperamos confiados el fallo de nuestros jueces.

"Pero mientras tanto y por cuanto a lo que al suscrito Magistrado corresponde en esta oportunidad, es la declaratoria de que no acepta el fundamento de esas recusaciones, disponiendo el envío del caso a quien incumba decidir de su calificación".

Rechaza, como lo dice, el Magistrado Vera Vera, la recusación planteada.

Tercero: CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El recusante presenta las siguientes pruebas:

1º—Certificación del Juez Promiscuo del Circuito de Ibagué, fechada el 8 de octubre del corriente año, que dice:

"1º—Que el juicio ordinario promovido por el doctor Maximiliano Ochoa y otros, contra 'Luis E. Salazar y Cía. Ltda.', se halla en suspenso.

"2º—Que Josefina Escobar de Salazar figura como demandada.

"3º—Que el juicio versa sobre resolución del contrato de compraventa de la hacienda de 'California', municipio de Ibagué, fracción Tolima.

"4º—Que el doctor Belisario Salazar figura como apoderado de los demandados.

"5º—Que el referido juicio se halla sin definir en primera instancia".

2º—Certificación de la Dirección Seccional de Catastro del Tolima, expedida el 22 de agosto de 1966, según la cual, "en el libro de Catastro Rural vigente, correspondiente al municipio de Ibagué, aparece la siguiente inscripción: Predio número 6985.—Saavedra Robles Hernando, Saavedra Robles Augusto, Saavedra Robles de García María Aída, Saavedra Robles de Polanco Marina.—Vereda 'Tolima', nombre 'California' (lotes 'La Julia', 'El Bosque' y 'California'), Area, 401

Ha., Avalúo: Quinientos mil pesos moneda corriente".

3ª—Copia de la solicitud de cambio de radicación del proceso que se sigue al recusante, doctor Ochoa Giraldo y del cual se hace referencia en este proveído, sobre la cual dio concepto desfavorable la Corte, petición en la que, entre otras cosas, se dice que "los HH. Magistrados podrían haber incurrido en Prevaricato, conforme al precepto del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963; en detención arbitraria, según el artículo 295 del Código Penal; en abuso de autoridad, según la configuración del artículo 171 del mismo C. Penal. Delitos que se averiguarían en su oportunidad legal; y como pulula en el ambiente social general, ¿qué decir de la asociación para delinquir?".

Pues bien:

Es sabido que en la recusación, atento el legislador a que en tal caso la indicación de la causal proviene de la parte que la alega, ha señalado que ella debe probarse. Es así como el segundo inciso del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal señala que "la recusación se propondrá por escrito, ante el juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde".

Pues bien:

Propone el doctor Ochoa Giraldo, con respecto a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Ibagué, doctores Vera Vera y Saavedra Robles, los motivos de recusación previstos en los ordinales 1º y 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, que dicen, en su orden:

a).—"Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso".

b).—"Existir enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado".

Ninguna de las dos causales antes transcritas resulta probada en este caso.

En efecto, en cuanto al Magistrado, doctor Vera Vera, ningún elemento de juicio de los que aduce el recusante permite aseverar que él, o alguno de sus parientes, tengan interés en el resultado de este proceso. Ni tampoco dan fundamento para aceptar que exista enemistad grave entre el doctor Ochoa Giraldo y el recusado. Sobre lo último, cabe indicar que la Corte, en providencias de 19 de junio de 1948 (G.J.t.LXIV, p. 568) y de 7 de octubre de 1952 (G.J.t.LXXIII, p. 481) dice: "La enemistad grave, como causal de recusación, debe ser mutua, y excepcionalmente unilateral de parte del Magistrado y no de parte del procesado. Las acusaciones, denuncias o quejas del recusante contra el Magistrado no son prueba de la enemistad mutua, menos de la enemistad hacia el procesado".

Y, con respecto al Magistrado, doctor Saavedra Robles, es cierto que es copropietario de la finca denominada "California", pero de ello no se desprende interés ninguno suyo o de sus parientes en el resultado de este proceso, pues la tacha de falsedad de la letra de cambio que sirvió de título ejecutivo dentro del juicio que sigue el doctor Ochoa Giraldo contra la señora Josefina Escobar de Salazar, únicamente a ésta interesa, según el resultado de este negocio penal. Y, asimismo, no se cuenta con prueba que permita aseverar que entre el Magistrado recusado y el doctor Ochoa Giraldo, exista grave enemistad. El que no se hubiera dado trámite, por el Magistrado sustanciador, doctor Grisales, a la recusación que el doctor Ochoa Giraldo propuso, el día once de agosto último, contra todos los magistrados de la Sala de Decisión que conocen de este asunto, y, en cambio, no obstante estar recusado, hubiera proferido el citado doctor Grisales la providencia de 19 de agosto del corriente año, por la cual, en Sala Unitaria, niega la reposición interpuesta por el acusado contra el auto de la Sala de Decisión, fechada el 10 del mismo mes de agosto, son cuestiones ajenas al Magistrado, doctor Saavedra Robles y, por tanto, no pueden tomarse como elementos de juicio para dar pie a esa supuesta enemistad suya para con el doctor Ochoa Giraldo. Asimismo, el hecho de que el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, ante el recurso de reposición introducido por el señor apoderado de la parte civil, hubiera resuelto tomar las funciones de Magistrado sustanciador, para disponer el traslado pertinente a las demás partes y la circunstancia de que de su "proveído" no diera noticia alguna al procesado, ni a su defensor, también es cosa ajena al doctor Saavedra Robles y tampoco da base alguna para deducir esa supuesta enemistad de su parte para con el recusante.

No están demostrados, en consecuencia, los motivos de recusación que indica el doctor Ochoa Giraldo y así corresponde declararlo.

Y si bien no se ha señalado por el recusante la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la de "haber.. dado el Juez o Magistrado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", en vista de que el doctor Ochoa Giraldo alude a que los doctores Vera Vera y Saavedra Robles, no obstante haber suscrito la providencia por la cual el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso, confirmó el proveído de primera instancia, por el cual fue revocada la orden de encarcelación preventiva del recusante, con lo cual, indirectamente, anota una actitud incongruente de los recusados, en cuanto también suscriben el auto de proceder posteriormente dictado en contra del doctor Ochoa Giraldo, corresponde recordar que la Corte, en diversas oportunidades, ha dicho que "la opinión que se expresa en el auto de detención no es definitiva, puede cambiar, puede perder su valor inicial por nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, y puede revocarse; por tales razones, la opinión expresada en el auto de detención o una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento" (Auto de 12 de septiembre de 1947, G.J.t.LXIII, p. 801, y otros).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE: 1º DECLARAR infundada la recusación de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctores HERNANDO SAAVEDRA ROBLES y HERNANDO VERA VERA, propuesta por el sindicado en este proceso, doctor Maximiliano Ochoa Giraldo; y, 2º ABSTENERSE de resolver la solicitud presentada por el doctor Fabio Silva Torres, defensor del doctor Ochoa Giraldo, de la cual se hizo referencia en la parte motiva de este auto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Cuándo se consuma el delito de asociación para delinquir.—Alcance del Decreto Nº 1290 de 1965 respecto de la competencia de la justicia penal militar para conocer de este delito.—Nulidad prevista en el ord. 1º del art. 441 del C. de J. P. M.

1.—Si para el delincuente que entra a formar parte de una sociedad para delinquir, constituída de antes, consuma la infracción en el instante mismo de su ingreso, es obvio que también cesen los efectos del delito en el momento mismo en que alguno de los miembros de la asociación, por su captura, deje de hacer parte de ella, pues cabe entender que queda en imposibilidad de colaborar con los otros miembros no aprehendidos, si es que tal sociedad continúa vigente. Lo mismo corresponde entender en cuanto al retiro voluntario de uno de los socios.

2.—El Decreto Legislativo Nº 1290, de 21 de mayo de 1965, atribuye competencia a la justicia penal militar para conocer del delito de asociación para delinquir y de otras infracciones. Pero, con la salvedad de los delitos de extorsión y secuestro, de esas infracciones continúan conociendo los Jueces ordinarios, si se trata de hechos cumplidos antes de la vigencia de dicho estatuto.

Solo con respecto a estas infracciones de extorsión y secuestro se dice en el inciso 2º del art. 3º del Decreto Legislativo Nº 1290 de 1965 que "los procesos penales en curso..." deben pasar a la jurisdicción penal castrense, en el estado en que se hallen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de veintidós de abril último, por la cual se impuso al procesado EDELIO PASTRANA MONTOYA la pena principal de siete años y diez meses de presidio, como responsable del delito de asociación para delinquir, negocio del cual conoció en primera instancia el Comando de la Octava Brigada del Ejército, con sede en Armenia (Batallón de Ingenieros Nº 4 'Cisneros').

HECHOS:

En la sentencia acusada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El 1º de febrero de 1964, las autoridades tuvieron conocimiento de que en el sector urbano de Armenia, o sea en la casa de la carrera 20 número 19-54, ocupada por Rafael Marín y señora, se encontraba una cuadrilla de antisociales. Agentes de la Policía, comandados por el Subteniente Alexis Nieto Torres, se dirigieron a la dirección indicada, pero los ocupantes de la casa, o sea Edelmira Molano Romero, Arlex de Jesús Betancourt Agudelo, Avelino Arteaga González y Edelio Pastrana Montoya, se resistieron a abrir la puerta, dando lugar a que los tres sujetos huyeran hacia las edificaciones vecinas. Se logró, no obstante, capturarlos, pero después emprendieron nuevamente la fuga y fueron recapturados Pastrana Montoya y Betancourt. En esa operación final fue dado de baja Avelino Arteaga".

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El doctor Oscar Gómez Santa, en representación del recurrente PASTRANA MONTOYA, invoca la causal cuarta de casación prevista en el artículo 56 del Decreto-Ley Nº 528 de 1964, pues afirma que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Anota que el supuesto delito de asociación para delinquir no alcanzó a tener permanencia, si-

quiera, para la fecha de la expedición del Decreto Legislativo número 1290, de 21 de mayo de 1965, que atribuyó a la Jurisdicción Penal Militar el conocimiento de algunos delitos, entre los cuales se menciona el de asociación para delinquir y, por tanto, el conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción penal común.

La Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares comparte las afirmaciones del demandante y, en consecuencia, solicita que se case el fallo recurrido.

CONSIDERA LA CORTE:

Es evidente que, de haber existido una asociación para delinquir formada por el recurrente PASTRANA MONTOYA y por las demás personas mencionadas en la relación de los hechos, ella quedó liquidada, en cuanto al sindicado recurrente, única persona condenada en el fallo impugnado.

Anota GIUSEPPE MAGGIORE en su "*Derecho penal*" (Editorial "Temis", Bogotá, 1955, t.III, pg. 453) que el delito de asociación para delinquir "se consuma en el momento mismo en que tres o más personas se asocian para cometer delitos, es decir, apenas se promueve, se constituye o se organiza la asociación, o apenas se entra a formar parte de ella. La consumación se prolonga hasta que la asociación se acabe (por disolución de la sociedad o por arresto de los asociados), porque, en efecto, se trata de un delito típicamente permanente".

Si para el delincuente que entra a formar parte de una sociedad de éstas, constituída de antes, consuma la infracción en el instante mismo de su ingreso, es obvio que también cesen los efectos del delito en el momento mismo en que algunos de los miembros de la asociación para delinquir, por su captura, deje de hacer parte activa de ella, pues cabe entender que queda en imposibilidad de colaborar con los otros miembros no aprehendidos, si es que tal sociedad continúa vigente. Y lo mismo corresponde entender en cuanto al retiro voluntario de uno de los socios.

Ahora bien:

El Decreto Legislativo número 1290, de 21 de mayo de 1965, atribuye competencia a la Justicia Penal Militar para conocer del delito de asociación para delinquir y de otras infracciones. Pero, con la salvedad de los delitos de extorsión y secuestro, de esas infracciones continúan conociendo los jueces ordinarios, si se trata de hechos cumplidos antes de la vigencia de dicho estatuto.

Sólo con respecto a estas infracciones de extorsión y secuestro se dice en el inciso 2º del artículo 3º del Decreto Legislativo número 1290 de 1965 que "los procesos penales en curso..." deben pasar a la jurisdicción penal castrense, en el estado en que se hallen.

No era, pues, competente la Justicia Penal Militar para juzgar al sindicado EDELIO PASTRANA MONTOYA por el delito de asociación para delinquir de que se le acusa y, por tanto, es nulo el proceso desde la providencia de 16 de agosto de 1965 (f. 322 del Cd. 1), por la cual se "comisiona al Auditor Auxiliar 38 de Guerra para que haga el estudio del proceso... y emita concepto sobre la convocatoria de Consejo de Guerra Verbal y proyecte las providencias a que haya lugar".

Se tiene, en consecuencia, la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 441 del C. de J. Penal Militar (equivalente a la del ordinal 1º del artículo 198 del C. de P. P.): la incompetencia de jurisdicción.

Prospera, por tanto, la causal cuarta de casación invocada y corresponde disponer que se reponga el procedimiento por el Juzgado Superior de Armenia, a quien corresponde conocer de este negocio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga lo actuado en este proceso a partir de la providencia de 16 de agosto de 1965, mencionada en la parte motiva y se juzgue al recurrente por el Juzgado Superior de Armenia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.

FALSEDAD DE DOCUMENTOS PUBLICOS

La confesión del reo carece de eficacia penal, si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Tramitado debidamente el recurso de Casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Fusagasugá contra la sentencia de esta Corporación calendada el treinta y uno (31) de mayo de este año mediante la cual confirmó la del Juez Promiscuo del Circuito respectivo que absolvió a José de Jesús Hernández Reina por el delito de falsedad en documentos públicos, procede la Corte a decidirlo, teniendo en cuenta:

I.—Manuel Moreno Cifuentes demandó, ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, la ejecución de una obligación a su favor, constante en una letra de cambio girada el veinte (20) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1963) con vencimiento el veinte (20) de febrero del año siguiente, por la cantidad líquida de quince mil pesos ($ 15.000.00). Como giradores aparecían José de Jesús Hernández y su cónyuge Ana María Tovar de Hernández. Al respaldo del instrumento aparece esta leyenda escrita a máquina: "Fusagasugá, febrero. Firmo la presente como fiadora solidaria y mancomunada para todos sus efectos legales ante la ley". Hay una post-firma que dice: "Romelia Hernández Reina". C.C. Nº 20.556.231 Fgga". Sobre ésta aparece firmado a mano: "Romelia Hernández R.". Se estipulan intereses al dos por ciento (2%) mensual.

II.—Citada la "fiadora" Hernández Reina, manifestó que no pagaba porque nada debía, toda vez que la firma no era suya y presentó denuncia por ese delito señalando como posible autor "a alguien de las personas interesadas en obtener su respaldo económico para obtener el préstamo de que da cuenta el instrumento negociable".

III.—Abierta la investigación se demostró, con las declaraciones de la presunta fiadora, la de la señora Ana María Tovar de Hernández, la del beneficiario de la letra, la de Alfonso Ramírez, la indagatoria del sindicado José de Jesús Hernández y el careo de éste con su hermana Romelia, lo siguiente:

José de Jesús Hernández debía a Alfonso Ramírez la suma, de plazo vencido, de quince mil pesos ($ 15.000.00). La señora Tovar de Hernández solicitó esa misma cantidad en préstamo a Manuel Moreno Cifuentes y le ofreció hipoteca sobre una casa, al parecer de propiedad de su marido. Pero luego la señora le expresó que en lugar de tal garantía, le ofrecía un fiador, la señorita Romelia Hernández, su cuñada. Por informaciones de Alfonso Ramírez sobre la solvencia y honorabilidad de la fiadora, aceptó.

IV.—Hernández manda, después, a su cónyuge a comprar el esqueleto de la letra, y luego la envía donde una persona conocedora de estos trámites para que ponga la leyenda mencionada, cumplido lo cual y después de tener el esqueleto en sus manos, se lo devuelve a ella con su firma y la de Romelia, puesta ésta por él.

V.—Provista de este instrumento en preparación, doña Ana María se dirige a Pasca, residencia del prestamista Moreno Cifuentes, le hace conocer el papel así firmado, lo completan y el antiguo acreedor recibe el dinero.

No habiéndose realizado el pago, sobreviene la ejecución mencionada.

VI.—Como consecuencia de lo probado y dando por existente la prueba requerida para ello,

se llama a juicio a Hernández por el delito investigado. También se sobresee definitivamente en favor de su cónyuge.

VII.—Fuera de algunos reparos a la prueba del cuerpo del delito pergeñados en el considerando primero, el juez *a-quo* dedica el segundo y tercero a demostrar, sobre la base de la actividad de la señora de Hernández y de algunas, que él cree, contradicciones, que José de Jesús no fue el autor de la firma supuesta de la fiadora Romelia Hernández Reina. Por ello, pronuncia fallo absolutorio.

VIII.—El Tribunal, por su parte, estructura así la sentencia recurrida por su Fiscal:

a) Después de relatar los hechos, copia tres considerandos del auto de vocación a juicio, el primero que admite la confesión del procesado, el segundo en donde dice que la confesión es indivisible en cuanto el indiciado Hernández sostiene que no obró con intención dañina pero que no lo es en cuanto el mismo Hernández afirma que obró con autorización de su hermana para suplantar su firma, y el tercero que sirvió para desechar el posible cargo de estafa.

b) Relata, luego, algunos incidentes procesales, entre ellos la audiencia que sirvió al acusado para repetir las cualificaciones de su confesada conducta.

c) Continúa diciendo que en el fallo de primer grado el juez expresó que estaba probada la existencia de la letra pero no la mutación de la verdad y que no se trajo ésta a los autos ni se practicó dictamen grafológico. Se abstiene de comentar a fondo estas aseveraciones del *a-quo*.

d) Después de este paso, el fallo recurrido relata, simplemente, que el de primera instancia ha sostenido que no hay demostración sobre la autoría de la firma supuesta de la fiadora Romelia Hernández, y pasa a escribir lo siguiente:

"De aceptarse por parte de la Sala el criterio jurídico fijado por el *a-quo* en la providencia que se revisa, en lo tocante a desestimar la confesión del denunciado José de Jesús Hernández y con el carácter de indivisible, fácilmente se podría llegar a la conclusión de que él sí fue el único responsable del ilícito incriminado y en la presente etapa responsable legalmente con el fundamento de las demás pruebas distintas a su confesión.

"Pero por la manera como se adelantó la investigación, se calificó el sumario y se adelantó la pertinente etapa probatoria en la causa, ciertamente fueron muchos los vacíos que no permitieron traer en respaldo de la sentencia definitiva la prueba plena y completa de la infracción.

"Y porque es lo cierto que la prueba estructural en la causa para poder examinar la responsabilidad que le quepa al señor José de Jesús Hernández, ha sido su confesión libre y espontánea y porque a ella ha de estarse en forma indivisible, en el caso de concluír que en este como en todos los delitos debe considerarse esencialmente el elemento doloso, ánimo dañino en el sujeto activo incriminado, para poder estarse cierto en la calificación de su conducta delictiva.

"Siendo muy disímiles las tesis de los doctrinantes en cuanto a la apreciación del elemento doloso en el delito de falsedad, como ilícito contra la fe pública, cabe trasladar aquí la tesis que para una de esas posiciones en el examen del delito de falsedad trae nuestro tratadista colombiano Luis E. Romero Soto en su obra LA FALSEDAD DOCUMENTAL, Editorial Temis, Bogotá, 1960, pág. 136:

"'Continuando el estudio de las teorías subjetivistas, bueno es exponer la de ANTOLISEI, para quien el autor de la falsedad debe tener, no sólo la conciencia de inmutar la verdad y la voluntad de conseguir este resultado, sino también la conciencia de causar un daño. Este daño no se limita al ocasionado a la fe pública, sino consiste esencialmente en poner en peligro 'los intereses específicamente salvaguardiados por los medios probatorios'. No dice este autor expresamente, que el falsario debe tener la intención de causar un daño, pero afirma que no es posible reducir el dolo a la mera violación del comportamiento, sino que debe comprender también la del resultado, de donde se deduce que la intención dolosa en la falsedad debe abarcar, no sólo la mutación de la verdad, sino ir hasta el propósito de causar un daño a un interés jurídicamente protegido, distinto de la fe pública. De esta concepción se deriva, según el mismo autor, la afirmación de que el dolo es excluído cuando el agente cree, erróneamente, que la falsedad por él cometida es inocua'".

"Cuarto.—Encuentra la Sala que el proceso no recaudó la prueba plena o completa de la infracción por la cual se enjuició al señor José de Jesús Hernández y que por consiguiente no cumpliéndose las exigencias del artículo 203 del C. de P. P., no es posible dictar en su contra sen-

tencia condenatoria. En tales condiciones habrá de procederse a confirmar la sentencia absolutoria proferida por el *a-quo*, aunque teniendo en fundamento una apreciación diferente tal como se dejó indicado".

En resolución, sin fundamentos de su propio raciocinio, el Tribunal asevera:

Que los vacíos investigativos no permitieron traer a los autos la prueba plena de la infracción;

Que la confesión es indivisible y que, por tanto, debe aceptarse la falta de dañino propósito, que parece considerar como elemento esencial del delito de falsedad, a juzgar por la cita que transcribe.

Que no acepta la tesis del Juzgado sobre la responsabilidad, ya que llega a la misma conclusión "teniendo en fundamento (sic) una apreciación diferente...".

IX.—El señor Fiscal, en su demanda, acusa la sentencia de violar indirectamente la ley penal —concretamente el artículo 233 del Código respectivo— por cuanto el fallador apreció erróneamente unas pruebas o dejó de apreciar otras.

Entrando a fondo, sostiene que está probado el cuerpo del delito y la responsabilidad de José de Jesús Hernández Reina como autor de una falsedad en instrumento negociable.

Para demostrar lo primero, escribe:

"El hecho de que no se agregara la letra de cambio al expediente, cuando su existencia fue comprobada con la diligencia de inspección ocular, y en cuanto a la suplantación de la firma de Romelia Hernández Reina, con la afirmación de la cónyuge del procesado, pero, principalmente con la confesión de éste, que corrobora a la denunciante, sirvió para que en ambas instancias se declarara sin comprobación el cuerpo del delito.

"La Fiscalía hace suyas las consideraciones incluídas en el auto encausatorio, en donde se dice con incuestionable acierto:

"'No obstante que a los autos no se trajo, mediante desglose del juicio ejecutivo que cursó en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, la letra de cambio, su existencia, a igual que la mutación de la verdad en dicho instrumento negociable, se evidencia con la diligencia a que se hizo mérito en el resultado primero; el dicho de la señorita Romelia Hernández Reina, a quien se hizo aparecer como fiadora mancomunada y solidaria, sin haber dado su consentimiento, y la confesión del incriminado señor José de Jesús Hernández Reina, de haber puesto de su puño y letra la firma en dicho documento. De consiguiente, se halla plenamente comprobado el aspecto objetivo de la Falsedad'.

"Dice el artículo 272 del C. de P. P. que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito.

"En esencia, el cuerpo del delito se refiere a todos los elementos que tiendan a demostrar la relación de un acto humano con una infracción de la ley penal, entiéndese por acto la parte positiva o negativa del mismo.

"La norma procedimental citada, permite hacer diversidad de enfoques sobre la estructura y comprobación del cuerpo del delito, según los elementos constitutivos de la infracción que señale la respectiva disposición penal.

"De manera que en veces la comprobación del cuerpo del delito requerirá, casi exclusivamente, un cúmulo de verificaciones puramente objetivas, y otras ideológicas, como sucede en los casos contemplados en los artículos 316 y 214, ordinal 3º del C. P.

"En efecto, el artículo 316 exige que para establecer legalmente el delito de violencia carnal, es necesario que se pruebe que hubo intromisión, más o menos del miembro viril en la cavidad vaginal. Faltando esa circunstancia, el delito tomará otra denominación, como abusos deshonestos.

"El ordinal 3º del artículo 214 exige el elemento a sabiendas para que se estructure el delito allí indicado contra la fe pública, y tal mandato debe relacionarse con el artículo 273 del C. de P. P., que pide la comprobación plena de dicha circunstancia para que haya cuerpo de delito.

"Con obligada frecuencia se ha citado a Irureta Goyena, quien estudia los dos conceptos del cuerpo del delito, el material y el ideológico.

"'Con sujeción al primer concepto, dice Goyena, que es el concepto *VULGAR* (subraya la Fiscalía), cuerpo del delito es una de estas dos cosas: o el instrumento con que se comete el delito, o el objeto resultante del delito. En sentido ideológico, cuerpo del delito es el delito mismo, visto a través de todos los episodios de su

realización externa. Con arreglo a este concepto, cuando se dice que está comprobado el cuerpo del delito, lo que quiere decirse es que está legalmente constatada la existencia del delito'.

"Es innegable que si el cuerpo del delito se conformara con las simples objetividades, con las realidades puramente externas, sin relación con una acción o con una comisión humana, habida consideración de que sólo los humanos pueden ser sujetos activos de violar las normas sustantivas penales, se llegaría al absurdo de encontrar un delito de homicidio, en el hecho de que un hombre resultó muerto por un fenómeno atmosférico, o la caída de un árbol sobre él.

"Lo contrario, y no menos distinto a toda sindéresis, resultaría de establecer el cuerpo del delito mediante el encadenamiento de inducciones y silogismos, lucubraciones y razonamientos apriorísticos, porque entonces podría ocurrir que resultaran delictuosas las simples intenciones sin la necesaria relación con los hechos.

"Nuestro sistema legal conjuga los dos sistemas, según el contenido del artículo 273 del C. de P. P.

"Con la confesión explícita y atendible del acusado, con la inspección ocular practicada al juicio ejecutivo —cuyo recaudo fue la letra cuestionada—, y con las demás pruebas que obran en el proceso, se tiene la convicción de la EXISTENCIA DEL DELITO. A esta convicción se llega ideológicamente, pero con base en la realidad derivada de la prueba que se recalcó, entre la cual debe relievarse la confesión de Hernández Reina y la inspección ocular sobre el juicio ejecutivo.

"El defensor de José de Jesús Hernández Reina procedió con más discreción que los jueces de las dos instancias. En efecto, circunscribió sus argumentos a que su patrocinado había obrado sin ánimo de causar ningún daño, lo cual era verificable con las modalidades de la infracción, con el pago que Hernández Reina hizo al tenedor de la letra y con la personalidad y carencia de antecedentes delictuosos del enjuiciado".

Para concluír que sí está probada la responsabilidad expresa:

Que existe la confesión libre y espontánea del sindicado; que ésta es divisible y que no puede aceptarse que el sindicado fuera autorizado por su hermana para suplantar su firma; porque está desmentido por la interesada y porque no le dio a ésta el aviso del caso ya que ella lo supo al ser notificada del mandamiento de pago; que esta misma indivisibilidad juega en cuanto a falta de animus nocendi.

Y como las pruebas así analizadas fueron desconocidas por el Tribunal por mala apreciación de ellas o por no tenerlas en cuenta, ello lo llevó a no aplicar, violando, el artículo citado.

SE CONSIDERA:

No habrá de analizarse la parte del cargo relativa a la responsabilidad del acusado por cuanto habiendo llegado a concluír que los elementos de prueba a que se refiere la demanda —y que son los únicos existentes— no demuestran la existencia del cuerpo del delito, ello sólo basta para que la impugnación no prospere, ya que sin esa base esencial no podría infirmarse el fallo para reemplazarlo por uno condenatorio.

Así las cosas, cabe observar:

No se trajo a los autos la letra ni siquiera la fotocopia que de ella dicen haber tomado los peritos que se limitaron a comprobar su existencia en el juicio ejecutivo y los detalles enunciados en el punto primero de este fallo.

La única prueba de la falsedad de esa firma, es decir, de la existencia material de la suplantación, consiste en la negativa que de ella hace la presunta fiadora, señorita Romelia Hernández Reina, pues no se hizo cotejo de firmas, y la confesión del procesado, que, de otro lado, puede ofrecer tachas, no sirve de prueba de la existencia misma de la falsedad.

A este respecto ha dicho la Corte:

"7º La confesión es, según Carrara, la afirmación que hace el reo en contra suya. Ella 'continúa siendo considerada como la prueba por excelencia; si no cual la probatio probatissima, al menos como la más completa y segura, la que más tranquiliza la conciencia judicial y, al mismo tiempo, la conciencia popular', afirma Gorphe. Y agrega: 'En materia penal, integra únicamente un elemento de convicción; no dispensa al Ministerio Público de probar la existencia del delito y la de la culpabilidad, ni a los jueces de examinar el proceso. Tampoco escapa este medio de prueba a la apreciación crítica de los jueces'. 'La confesión del culpable, por sí sola, no resulta suficiente para colocar a la justi-

cia en estado de condenarlo', ya que 'se requiere, en todo caso, que la existencia de la infracción sea demostrada por otra causa'.

"8º El mismo maestro Carrara, al señalar las condiciones requeridas para que la confesión sea 'legítima', indica que ella debe ser judicial, espontánea, inequívoca, constante, inteligente y libre, 'debe recaer sobre cosas posibles' y 'debe ir precedida de la prueba de la parte material del delito, y esto aún en los delitos de hechos transeúnte y mucho más en los de hecho permanente'. Quiere decir lo anterior que la confesión del reo carece de eficacia penal, si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito, que es lo indicado en el artículo 255 del C. de P. P.

"9º Consecuencia de lo anterior: si la confesión libre y espontánea del reo puede ser indicadora de responsabilidad o culpabilidad, ella carecerá de valor, si previamente no se ha demostrado el cuerpo del delito en sus aspectos objetivo y subjetivo".

En mérito de cuyos razonamientos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso ameritado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

FALLO DICTADO EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD

La sentencia de primera instancia guardó silencio sobre el cargo de robo que le había sido formulado al procesado, en la resolución de convocatoria del consejo de guerra verbal.—Esta omisión viola, por no cumplirse una forma de juicio, un derecho individual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

El procesado GONZALO ARANGO SOCOTA y su defensor y los procesados JORGE LOPEZ LOPEZ y MANUEL ANTONIO ROMERO TORO interpusieron recurso de casación contra la sentencia de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior Militar.

El primero presentó demanda de casación oportunamente. No así los dos últimos que dejaron transcurrir el término del traslado sin hacer uso de él, por lo cual, en relación con ellos, deberá declararse desierto el recurso que se interpuso.

Procede, pues, la Corte a decidir el relativo a Arango Socotá.

LOS HECHOS

Se narran así en el fallo recurrido:

"La etapa instructiva cumplida en este expediente pudo establecer que cuando eran aproximadamente las 10:30 horas del lunes ocho de marzo de este año, a la residencia del médico doctor Guillermo Pardo Villalba, distinguida con el número 19-49 de la calle 63 de Bogotá, llegó el taxi de placas D.61930, afiliado a la Empresa 'Taxi Mío', en el que iban los sujetos Jorge López López, alias 'CABEZON', o 'EL CABEZON', Manuel Antonio Romero Toro, Luis Romero Toro y otro que no está suficientemente identificado en el proceso y quienes, contando con la complicidad de la mujer María de Jesús Gordillo, del servicio doméstico de la casa del doctor Pardo Villalba, lograron fácil entrada a la residencia, por el garaje de la misma, sitio hasta donde pudieron llevar el taxi por ellos utilizado.

"Uno de esos cuatro personajes permaneció dentro del vehículo, mientras que 'El Cabezón', revólver en mano, subió al segundo piso de la residencia y, encañonando a la señora Gloria Gómez de Pardo, la obligó a interrumpir una conversación telefónica que en esos momentos sostenía con doña Cecilia de Loboguerrero y la condujo al garaje de la casa donde el taxi había permanecido con su motor en marcha, haciéndola ocupar un puesto en el asiento delantero del mencionado vehículo y en medio de dos sujetos que intervenían en los hechos.

"Los otros dos también penetraron a la residencia, impusieron silencio y encerraron a la muchacha del servicio, Elba Buitrago, procedimiento que también emplearon con María de Jesús Gordillo, seguramente para guardar apariencias. Cumplida esta misión, los dos abordaron el taxi, al que también introdujeron un televisor 'Motorola', una brilladora y una aspiradora 'Electrolux', objetos que sustrajeron de la residencia.

"Actuando con toda presteza, el taxi fue sacado del garaje, uno de los acusados cerró las puertas del mismo y rápidamente se dirigieron hacia el sector sur-oriental de la ciudad, Barrio Perdomo, hasta el apartamento ocupado por Ariel González Parra y Ariel López López y su concubina Maruja o Francisca Medina, sitio prefijado para mantener privada de su libertad a la señora Gloria y donde permaneció, continuamente vigilada, hasta el miércoles siguiente, pues

en las horas de la mañana de dicho día fue trasladada, en el mismo taxi, a una casa-lote de la urbanización 'El Vergel', del Municipio de Fontibón.

"En este lugar, con las seguridades debidas, pero también con algunas consideraciones, estuvo recluída la señora Gloria hasta las horas de la madrugada del viernes doce del mes de marzo mencionado, cuando en el taxi 'ROXI', de placas número D-61351, manejado por Gonzalo Arango Socotá, se le sacó de su cautiverio, dejándola libre en las vecindades de la Ciudad Universitaria, donde ella tomó un vehículo de servicio público que la llevó de nuevo a su casa de habitación, siendo aproximadamente las 05:30 horas de ese viernes.

"Debe agregarse que, mientras la dama estuvo en poder de sus secuestradores, fue obligada a escribir dos cartas a su esposo y una tercera a su padre el General (R.) Alberto Gómez Arena, en la que se exigía crecida suma de dinero por su rescate, como también se hicieron algo así como diez llamadas telefónicas al doctor Pardo Villalba, esposo de doña Gloria, con iguales exigencias, mas razones y motivos completamente ignorados, determinaron un cambio en las pretensiones de los secuestradores, como que a última hora desistieron en su empeño de exigir dinero para solicitar, en cambio, que el doctor Pardo Villalba debía hacer publicaciones pidiéndole al Gobierno Nacional que no persiguiera más a los infelices y que rebajara los impuestos, compromiso que adquirió el doctor Pardo y que cumplió a cabalidad".

LA DEMANDA DE CASACION

Varias causales, divididas en diversos cargos, se alegan contra la sentencia. Mas acaece que una de ellas, consistente en haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, que se presenta como principal, habrá de prosperar por razón del llamado "tercer cargo", lo que hace que la Corte no considere procedente estudiar los demás que se refieren a una sentencia que procesalmente debe desaparecer.

El cargo impetrado consiste en lo siguiente:

Gonzalo Arango Socotá fue detenido por los delitos de secuestro, extorsión y robo. Posteriormente, por Resolución número 0022 de cinco (5) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) (f. 11, C. 2º), se convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgarlo por "Asociación para Delinquir, Secuestro y Robo".

Al Consejo de Guerra Verbal se le formularon cuestionarios por asociación para delinquir y secuestro (fs. 81 y 82 ibidem), pero no se le formuló por el delito de robo.

Este procedimiento está plenamente autorizado por la primera parte del artículo 578 del Código de Justicia Penal Militar concebida así:

"Si el Presidente del Consejo, oído el concepto del Asesor Jurídico, considera que alguno o algunos de los hechos investigados previamente o dentro del Consejo no han existido o que la ley no los considera como infracción penal, que alguno o algunos de los sindicados no lo han cometido, o que la acción penal no puede adelantarse o proseguirse, se abstendrá de formular cuestionarios sobre tales hechos o sobre tales sindicados".

Pero la misma norma, en su parte segunda, disciplina para la redacción de la sentencia, un sistema que consiste en que ella, en su parte motiva, expresa las razones de orden legal que se hayan tenido en cuenta para la abstención en la formulación de aquellos cuestionarios, y que en su parte resolutiva ordene la cesación del procedimiento seguido contra el sindicado del hecho a que se refiere esa abstención.

Esta es la síntesis del cargo, complementado por la Procuraduría de las Fuerzas Armadas, según cuyo concepto debe prosperar.

CONSIDERA LA CORTE:

La sentencia de segundo grado y que ha sido recurrida, confirmó, en cuanto hace al procesado Arango Socotá, la de primera instancia, sin reforma alguna en cuanto hace al silencio que esta última guardó sobre el cargo de robo que le había sido formulado al procesado en la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.

Significa lo anterior que se trata de un fallo incompleto, puesto que deja subsistente el cargo de robo sobre el cual no es posible que se produzca una ejecutoria si no ha sido objeto de decisión jurisdiccional.

Y esta subsistencia podría implicar, en la práctica, e implica en derecho, una omisión que viola, por no cumplirse una forma de juicio, un derecho individual, puesto que en puridad legal,

Arango Socotá podría ser juzgado de nuevo por un hecho que, al omitirse el cuestionario respectivo, se pretendió descargar de su responsabilidad.

La Corte no quiere ni puede abusar de la extensión de la doctrina de las nulidades constitucionales. Pero donde halle, a través de omisión de forma del juicio —como la contemplada— que se afectan derechos esenciales de la persona humana, o que propician la base para su afectación, no puede menos de pronunciarse en favor de tales garantías individuales.

Se ha dictado, pues, un fallo en un juicio viciado de nulidad.

Por lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) dictada por el Tribunal Superior Militar, y ordena reponer el procedimiento desde el fallo de primera instancia, inclusive, en adelante a fin de que se proceda como se indica en la parte motiva de este fallo.

DECLARASE DESIERTO el recurso de casación interpuesto por los procesados Jorge López López y Manuel Antonio Romero Toro contra la ameritada sentencia, y se condena en costas a los recurrentes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Fancisco López Cruz, Secretario.

HOMICIDIO.—VALIDEZ O NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES CUMPLIDOS POR LOS JUECES DE HECHO.—NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA CAUSAL DE NULIDAD LA FALTA DE NOTIFICACION PERSONAL A TODOS LOS JURADOS SORTEADOS.—INFUNDADA IMPUGNACION A LA SENTENCIA CON BASE EN LA CAUSAL CUARTA DE CASACION CONTEMPLADA EN EL NUM. 4º DEL ART. 56 DEL DECRETO Nº 0528 DE 1964.

1.—Los jueces y magistrados, para quedar investidos de la facultad de administrar justicia, están sujetos a la realización de una serie de "Actos-Condición", tales como el nombramiento, elección, confirmación, posesión, etc.; sin embargo, la irregular realización de cualquiera de estos actos o la nulidad misma del nombramiento, no acarrea la nulidad de lo actuado ni de las sentencias por ellos proferidas; y en consecuencia, no es dable confundir la investidura de la judicatura con la competencia a que se refieren los arts. 150 y 151 del C. J. en cuanto concierne a la naturaleza del negocio, o a la calidad de las partes o al lugar, o bien a la funcional determinada en las atribuciones señaladas a "cada autoridad judicial" por respectiva disposición legal.

En relación con los Jueces de hecho, si bien "participan de las funciones judiciales", en forma transitoria y ocasional (art. 1º C. J.), no puede decirse que tienen determinada competencia, sino que están investidos de una función como consecuencia de los actos condición realizados previamente, como sorteo, declaración de nombramiento, etc. etc. que tienen la cantidad de actos procesales, cuya validez o nulidad debe estimarse de acuerdo con las disposiciones expresas, para de allí deducir también la de los actos cumplidos por los Jueces de hecho, vale decir, sobre la eficacia o ineficacia del respectivo veredicto.

2.—Según el art. 39 del D. Nº 1358 de 1964, el mismo que regula el nuevo procedimiento para la designación o escogencia de los jurados, dice que una formalidad es esencial para la validez del acto, cuando así lo exija expresamente la respectiva norma legal; y la falta de notificación personal a todos los jurados sorteados no se ha exigido como indispensable para la validez del posterior juzgamiento del enjuiciado, luego debe concluirse que no puede considerarse como una causal de nulidad la falta de notificación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

Debe resolver esta Sala de la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de AGUSTIN ARENAS MARTINEZ, contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil de 15 de julio de este año, que confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Superior de la cabecera del citado Distrito, según la cual se condenó al enjuiciado Arenas Martínez a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del homicidio en Rafael Hernández Hernández.

1º—*Hechos.*—Los hechos que sirvieron de base a este proceso, los sintetiza así el procurador primero delegado en lo penal:

"Asuntos pasionales y económicos distanciaban a Agustín Arenas Martínez de Rafael Hernández Hernández, quienes se encontraron en la carretera de San Gil Mogotes, en el punto 'El Boquerón' de la vereda de 'Cañaverales' y del Municipio de San Gil y tras un cambio de palabras, Agustín Arenas Martínez hincó violentamente su cuchillo en la región escapular derecha, por la espalda, atravesándolo y dejando mortalmente herido a Rafael Hernández H." (f. 20, C. Nº 3º).

2º—*Demanda de Casación.*—a) En la primera parte de la demanda, el apoderado expone los fundamentos de la causal de nulidad que alega con fundamento en estos hechos procesales:

"En firme el enjuiciamiento y pedido el sorteo de Jurados en la forma establecida por el artículo 19 del Decreto número 1358 de 1964, el 14 de abril del año (sic) en curso se verificó ante el H. Tribunal el sorteo correspondiente, teniéndose como resultado para integrantes del Tribunal Popular los siguientes nombres:

"*Jurados Principales:*

"Nº 47.—Gutiérrez Cancino Jaime.
"Nº 75.—Plata Mújica Pedro.
"Nº 39.—Garzón Alvaro.

"*Jurados Suplentes:*

"Nº 6.—Barrera Gómez Gabriel.
"Nº 40.—Gómez French Eulogio.
"Nº 31.—Flórez Angel de Jesús". (fs. 8 y 9 ib.).

Por auto de 2 de abril de 1965, el Juzgado del conocimiento ordenó tener como jurados a los ciudadanos sorteados, notificando personalmente a los principales como a los suplentes; el 28 de enero de 1966, se señaló el 4 de febrero a las ocho de la mañana, para dar principio a la audiencia pública, providencia que debía notificarse personalmente a todos los jurados, principales y suplentes, de acuerdo con el artículo 26 del D. Nº 1358 de 1964 y para los fines allí previstos.

"Según constancias procesales —dice el recurrente—, a las ocho de la mañana del 4 de febrero último, se presentaron en el Juzgado Superior, tan sólo los jurados *Gutiérrez Cancino, Garzón Alvaro, Gómez French Eulogio* y *Flórez Angel de Jesús*, dejando de asistir los jurados *Plata Mújica* y *Barrera Gómez*, quienes, según informe secretarial, '*no pudieron ser notificados oportunamente por ausencia*'.

"Es decir: en el breve espacio de cinco días, apenas el empleado citador notificó a cuatro de los seis jurados, y con la excusa baladí de una 'ausencia', informó que no se había podido hacer todas las notificaciones. En esas circunstancias, con un cuerpo de jurados mermado en su composición, sin ser notificados los seis jurados del día de la ausencia, ésta se verificó y se produjo un veredicto condenatorio.

"Con base en ese veredicto proferido por un cuerpo de jueces incompleto, se dictó sentencia de primera instancia, condenando a Arenas Martínez a ocho años de presidio, y se profirió sentencia de segunda instancia, sin aceptar la alegación de nulidad propuesta por mi distinguido predecesor, el doctor Alberto Rueda Amorocho, nulidad que hizo consistir en la falta de notificación personal a dos jurados, del auto que señalaba fecha para la audiencia". (f. 9 ib.).

b) Invocados estos hechos procesales, el recurrente considera que el proceso se halla viciado de nulidad; y al efecto, expone:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior de San Gil, de fecha 15 de julio de 1966, recurrida en casación, alegando la causal 4ª contemplada en el numeral 4º del artículo 56 del Decreto número 1358 de 1964 (*'cuando la sentencia se haya dictado en un juicio de nulidad'*), y la nulidad constitucional derivada de no haberse observado las formas propias del juicio (artículo 26 de la Constitución Nacional).

"Se han violado las siguientes disposiciones:

"Artículos 26, 27 y 29 del Decreto número 1358 de 1964". (f. 11 ib.).

c) El primer cargo consiste en lo que el recurrente denomina "incompetencia de jurisdicción", para lo cual expone:

"La ley previene como obligación del Juzgado *notificar personalmente a los jurados, tanto principales como suplentes* el auto que señala día y hora para la audiencia. Esa formalidad de la notificación personal es un trámite necesario, propio e indispensable, pues los jurados, todos los jurados, deben concurrir a la audiencia, y la posesión del cargo con la formalidad legal del jurado, es lo que les da facultad de juzgar al acusado". (f. 12 ib.).

Sostiene que el enjuiciamiento, veredicto y sentencia son tres actos íntimamente relacionados, y agrega:

"Los jurados participan de funciones judiciales y dictan su fallo en conciencia, fallo que es el fundamento de la sentencia del Juez de Derecho. En estos procesos, el juzgamiento es mixto, es decir, que participan Jueces de Conciencia y Jueces de Derecho: los primeros son designados por sorteo, se posesionan y juran cumplir con sus deberes, ante el Juez de Derecho, y éste es nombrado por el Tribunal Superior, y se posesiona ante el funcionario administrativo correspondiente.

"Si los jurados no son designados en la forma legal, o si no intervienen en la forma señalada por la ley, existe un vicio que invalida todo lo actuado, por carencia de facultad legal para proferir el veredicto, que bien puede llamarse *incompetencia de jurisdicción.*

"Ese vicio es una *desviación de la norma jurídica*, porque competencia es la *aptitud de un Tribunal para conocer de un pleito o causa.* Esa aptitud depende del nombramiento o designación en la forma legal, y de la intervención en el proceso en forma debida. Por consiguiente, es invá-

lida y viciosa la intervención de un jurado en forma contraria a la ley". (f. 12 ib.).

Expuestas estas razones básicas, pasa el recurrente a enumerar cada uno de los actos procesales en relación con los jurados, desde la elaboración de las listas, el sorteo, el reconocimiento como tales hecho por el juez, la notificación de esta providencia en forma personal y el señalamiento de fecha para efectuar la audiencia pública, para terminar con la indicación del modo como se reemplaza al principal que falta, pues si fuere por ausencia definitiva, se debe sustituírlo, según el mismo demandante, mediante un nuevo sorteo; pero si fuere que elude la notificación del último auto, sobre señalamiento de fecha, debe imponérsele la multa disciplinaria correspondiente; sin embargo, no determinó cuál debería ser el procedimiento o la manera de reemplazar al jurado a quien, por ausencia transitoria, no se ha podido notificarle la fecha de la audiencia para su concurrencia.

Previa la exposición de este sistema de la exclusiva invención del recurrente, termina así este primer cargo:

"Al no reemplazarse los jurados en la forma legal, se incurriría en nulidad de lo actuado, y una nulidad especialísima, sustantiva, pues no se trata de la simple violación contemplada en el numeral 3º del artículo 199 del C. de P. P., sino de una violación palmaria del nuevo sistema del Decreto 1358 de 1964". (f. 15 ib.).

c) El segundo cargo se refiere a la llamada nulidad constitucional, con fundamento en el artículo 26, pues considera que en este caso faltaron las formalidades propias del juicio, porque "la facultad de juzgar en conciencia corresponde, en primer lugar, a los principales, y sólo cuando uno de éstos, debidamente notificado del auto que señala la fecha para la audiencia falta a ésta, opera el reemplazo numérico". (f. 15, C. Nº 3º).

Luégo continúa:

"Una de esas formas es la asistencia de los tres principales y de los tres suplentes al acto, pero esa asistencia está condicionada a la notificación personal del auto que señaló fecha para la audiencia. Esa notificación es indispensable y su falta equivale a violación de las formas propias del juicio. El jurado, antes de jurar su cargo, es un tercero, y para poderle imponer las sanciones es necesario que haya sido notificado; y para que asista, debe ser notificado personalmente. Por consiguiente, no habiéndosele notificado el auto que señala fecha y hora para la audiencia, esa providencia no puede producir efectos legales, y lo actuado en esa audiencia es nulo". (f. 15 ib.).

Como se ve esta pretendida nulidad tiene su asidero en el mismo hecho procesal, o sea, la falta de notificación del auto que señaló fecha para la audiencia, a todos los ciudadanos sorteados, como principales o suplentes, para desempeñar la función de jueces de conciencia; pero en sana lógica, cabe anotar desde ahora, solamente puede deducirse que el jurado notificado con la dicha providencia no puede ser sancionado, mas no que el juicio quede viciado de nulidad alguna.

3º—El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera infundada la causal de nulidad alegada en cada uno de sus dos cargos, según los argumentos que expone y que serán mencionados o expuestos al decidir sobre cada uno de los cargos, con el objeto de evitar innecesarias repeticiones.

4º—*Consideraciones de la Corte.*—De acuerdo con lo expuesto por el recurrente, la falta de notificación personal a dos jurados, uno principal y otro suplente, del auto sobre señalamiento de la fecha y hora de la audiencia, constituye la base para alegar la causal cuarta, primero, por "incompetencia de jurisdicción", según el decir del demandante; y segundo, por no haberse observado las formas propias del juicio, cargos que pasan a considerarse separadamente.

a) *Primer cargo.*—Los Jueces y Magistrados, para quedar investidos de la facultad de administrar justicia, están sujetos a la realización de una serie de "actos-condición", tales como el nombramiento o elección, confirmación, posesión, etc.; sin embargo, la irregular realización de cualquiera de estos actos o la nulidad misma del nombramiento, no acarrea la nulidad de lo actuado ni de las sentencias por ellos proferidas; y en consecuencia, no es dable confundir la investidura de la judicatura con la competencia a que se refieren los artículos 150 y 151 del C. J. en cuanto concierne a la naturaleza del negocio, o a la calidad de las partes o al lugar, o bien a la funcional determinada en las atribuciones señaladas a "cada autoridad judicial" por respectiva disposición legal.

b) En relación con los Jueces de Hecho, si bien "participan de las funciones judiciales",

en forma transitoria y ocasional (art. 1º C. J.), no puede decirse que tienen determinada *competencia*, sino que están investidos de una función como consecuencia de los actos condición realizados previamente, como sorteo, declaración de nombramiento, etc., etc., que tienen la calidad de actos procesales, cuya validez o nulidad debe estimarse de acuerdo con las disposiciones expresas, para de allí deducir también la de los actos cumplidos por los Jueces de Hecho, vale decir, sobre la eficacia o ineficacia del respectivo veredicto.

c) La única observación que se ha hecho sobre la designación de jurado en este proceso, se refiere a que no fueron notificados, personalmente, uno de los principales y uno de los suplentes del auto que señaló fecha y hora para la audiencia; pero esta omisión por parte de los empleados del Juzgado Superior de San Gil, no está considerada como causal de nulidad, porque para esto se requiere que la ley exija expresamente "para la validez de determinado acto", según lo previsto en el artículo 39 del mismo Decreto 1358 de 1964; ahora como la dicha notificación no está prevista como condición esencial para la validez del acto, debe concluírse que no puede declararse la nulidad de los actos procesales cumplidos con posterioridad a la fallida notificación.

d) Además, las certificaciones de los empleados subalternos del juzgado, encargados de hacer las notificaciones, hacen plena prueba respecto de su contenido, como enseña el artículo 632 del C. J. en armonía con el artículo 251 del C. de P. P., lo cual significa que está plenamente demostrado que no se pudo notificar a los dos miembros del jurado, uno principal y otro suplente, en virtud de hallarse ausentes del lugar; porque si así no fuera, significaría que el empleado respectivo habría cometido un delito de falsedad en documentos públicos al dar informes inexactos.

e) Sostiene el Procurador Primero Delegado que, cuando no concurre alguno o algunos de los jueces de hecho por falta de notificación del auto que señaló fecha y hora para la audiencia, el veredicto no es nulo según las siguientes razones que expone:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del citado decreto que dice: 'esta providencia se notificará también personalmente a los seis jurados, quienes por este solo hecho QUEDARON OBLIGADOS A PRESENTARSE EL DIA Y HORA DE LA AUDIENCIA', se está señalando clara, nítida y concretamente el fin perseguido por el Legislador: obtener la comparencia de los jurados sorteados en número suficiente para que las audiencias se realicen.

"Y este fin social de la ley se relieva y ratifica más aún con lo dispuesto en el artículo 27 que dice: 'Cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, SERAN REEMPLAZADOS por el suplente o suplentes siguiendo el orden de extracción de las fichas. EL JURADO CON EL CUAL SE INICIE LA AUDIENCIA actuará hasta la terminación de ella'. Y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 1358 de 1964, está diciendo en forma categórica que si alguno o algunos de los jurados principales no concurren a las audiencias, por cualquier causa, el jurado que habrá de decidir se integrará con los principales que asisten y los suplentes en el orden de extracción que concurran y que dicho jurado así formado actuará hasta la terminación de la audiencia.

"Y esta disposición legal determina la formación del jurado en caso de ausencia culposa, fortuita o voluntaria de algún o alguno de los jurados principales o suplentes y como en el caso *sub-judice* concurrieron dos principales y el segundo y tercer suplente, en orden a la extracción de las fichas, síguese que el jurado que juzgó a Agustín Arenas Martínez se constituyó conforme a la ley". (fs. 24 y 25, C. Nº 3º).

Por tanto el primer cargo resulta del todo infundado.

Segundo cargo.—El segundo cargo tiene el mismo fundamento de hecho, en cuanto concierne a la falta de la susodicha notificación, para deducir de allí una nulidad de las llamadas constitucionales conforme al artículo 26; pero como aquella omisión no es una formalidad propia e indispensable del juicio, ni menoscaba el derecho del procesado, síguese que también este cargo es infundado; porque, además, según el citado artículo 39 del Decreto número 1358 de 1964, el mismo que regula el nuevo procedimiento para la designación o escogencia de los jurados, dice que una formalidad es esencial para la validez del acto, cuando así lo exija expresamente la respectiva norma legal; y la falta de notificación personal a todos los jurados sorteados no se ha exigido como indispensable para la validez del posterior juzgamiento del enjuiciado, luego debe concluírse que no puede considerarse como

una causal de nulidad la falta de la dicha notificación.

Sobre este cargo, dice el Procurador Delegado:

"En estas condiciones, considero que no hubo VIOLACION ALGUNA DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO PENAL y que el derecho de defensa de Agustín Arenas Martínez permaneció intacto, siendo eficientemente atendido por un distinguido profesional, habiéndose practicado todas las pruebas por él solicitadas, sin que se pueda decir que se le desconoció la más leve, la más mínima garantía procesal, por lo cual el cargo debe desecharse. (f. 28, C. Nº 3º).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil el 15 de julio de este año, en el juicio contra Agustín Arenas Martínez por el delito de homicidio consumado en Rafael Hernández Hernández.

NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

OTRAS SENTENCIAS DE CASACION DICTADAS POR LA SALA PENAL DE LA CORTE, EN EL CUARTO TRIMESTRE DE 1966, QUE NO SE PUBLICAN POR CARECER DE INTERES DOCTRINARIO:

Procesado	*Fecha*	*Magistrado*
Ramón Palomino Hernández	7/Diciembre/66	Dr. Montero Torres
Rafael Ruiz Cancino	9/Diciembre/66	Dr. Zambrano

SALA LABORAL

Extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces, DR. EUSEBIO CABRALES PINEDA.

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Otorgamiento de becas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Modalidad del contrato que sobre el particular se celebra entre el Instituto y el becario.—Suspensión de los contratos de trabajo.—Licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador (art. 51, ord. 4º del C.S. del T.).

La voluntad de los contratantes o aún la del solo empleado basta para impedir que la interrupción del trabajo subalterno sea considerada al efecto de una suspensión del contrato y para mantener convencionalmente la ficción de su continuidad, siempre que así se exprese o que se manifieste por actos positivos tales como los pagos del salario durante la ausencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., tres de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral).

Ante el Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, por medio de apoderado, el doctor HERNANDO AFANADOR CABRERA demandó al INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES, representado por su gerente, con el objeto de que por dicho despacho se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que el contrato de trabajo celebrado entre el doctor Hernando Afanador Cabrera y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales el día primero de abril de mil novecientos cincuenta no se interrumpió cuando el trabajador viajó a México a fines de junio de 1956 en disfrute de la beca que el Instituto le otorgó por medio de la Resolución número 136 de 13 de junio de dicho año y que sólo dejó de tener vigencia a partir del 21 de octubre de 1958, cuando la gerencia del Instituto se negó a restituír al doctor Afanador a su trabajo normal a su regreso de México.

"b) Que la continuidad del vínculo jurídico laboral se debe a la circunstancia de que la beca le fue otorgada en su calidad de trabajador y la disfrutó como tal, para ser utilizado luégo el beneficiario en el servicio del Instituto, de acuerdo con el contrato celebrado entre el doctor Afanador y el Icetex, este último a nombre del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en desarrollo del contrato celebrado entre las dos instituciones.

"c) Que, como consecuencia, el Instituto debe ser condenado a pagar al actor las sumas dejadas de remitir a México por concepto de la beca, sobre la base de CIENTO CINCUENTA DOLARES (US$ 150.00) mensuales y otros gastos autorizados en el contrato celebrado con el Icetex, además de las prestaciones pendientes por los servicios prestados, la indemnización por el rompimiento injusto del contrato de trabajo por el Instituto demandado, las indemnizaciones por mora en el pago de las deudas laborales y las costas del juicio, de acuerdo con el siguiente detalle:

1).—La suma de SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 6.375.00) o

cuanto más se probare, por concepto de auxilio de cesantía. De esta suma se descontarán UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 1.283.79), recibidos por el actor como liquidación parcial.

2).—La suma de UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.00) por concepto de la prima de servicios del segundo semestre de 1956, el año de 1957 y el primer semestre de 1958, o la suma que se probare por este concepto.

3).—La cantidad de UN MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS ($ 1.125.00) o cuanto se probare, por concepto de vacaciones no disfrutadas.

4).—La suma de TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 3.975.00), o cuanto más se probare, por concepto de indemnización por rompimiento injusto del contrato de trabajo.

5).—La cantidad de DOS MIL CIENTO (sic) DOLARES (US$ 2.100.00), por concepto de catorce mensualidades dejadas de pagar al actor por la beca que le fue otorgada.

6).—La suma de SEISCIENTOS DOLARES (US$ 600.00), o cuanto se probare por concepto de otros gastos autorizados al actor como becario del Instituto demandado, que no han sido cancelados.

7).—La suma equivalente a los salarios desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta cuando el Instituto demandado pague al actor las sumas adeudadas o consigne lo que considere, justamente, deber.

8).—El valor de las costas del juicio en caso de oposición".

En relación con lo que tiene que ver con la beca, expresa el actor como hechos los siguientes:

"PRIMERO.—Por medio de la Resolución número 136 de 13 de junio de 1956, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales concedió al doctor Hernando Afanador Cabrera una beca para adelantar estudios de especialización en pediatría en el Hospital Infantil de Méjico.

"SEGUNDO.—De acuerdo con la misma Resolución, la beca tuvo una duración de veinticuatro meses y la cuantía señalada fue de CIENTO CINCUENTA DOLARES (US$ 150.00) mensuales.

"TERCERO.—El valor de la beca debería ser pagado al becario por conducto del Instituto de Especialización Técnica en el Exterior —Icetex—, de acuerdo con contrato suscrito entre éste y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"CUARTO.—De acuerdo con contrato suscrito el día veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y seis entre el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el Icetex, éste se constituyó en intermediario entre el primero y sus becarios, para remitirles los valores respectivos, controlar la efectividad de los estudios, etc.

"QUINTO.—En el contrato referido en el hecho anterior, se convino en que el Icetex, sólo responde hasta por las sumas depositadas por el I.C.S.S. para el sostenimiento de las becas.

"SEXTO.—Con base en el contrato celebrado entre el I.C.S.S. y el Icetex, y en la Resolución de adjudicación de la beca al demandante citada en el hecho primero, se suscitó entre el Icetex y el doctor Hernando Afanador Cabrera el contrato de fecha quince (15) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), sobre condiciones de efectividad de la beca.

"SEPTIMO.—La beca fue otorgada al demandante por haber realizado un importante trabajo científico con destino a lograr este beneficio y en su condición de médico pediatra al servicio del Instituto demandado.

"OCTAVO.—El actor recibió la remuneración normal como médico pediatra del Instituto Colombiano de Seguros Sociales hasta el 20 de junio de 1956, cuando salió hacia Méjico a fin de ingresar al curso de pediatría del Hospital Infantil de Méjico.

"NOVENO.—El derecho a la beca tuvo vigencia a partir del mes de julio, inclusive, de mil novecientos cincuenta y seis.

"DECIMO.—En el contrato celebrado con el Icetex por el becario, el primero a nombre del Instituto demandado, además de la suma fija por concepto de la beca, se debía reconocer al becario lo correspondiente a gastos de matrícula y los demás derechos y gastos de enseñanza que cobrase la institución docente respectiva.

"UNDECIMO.—Desde el mes de julio de mil novecientos cincuenta y seis, el becario ingresó a los cursos de pediatría del Hospital Infantil de Méjico.

"DUODECIMO.—El Icetex sólo remitió al becario las sumas correspondientes a los diez (10)

primeros meses de estudios y no efectuó los envíos correspondientes a los catorce meses restantes de la beca, a partir de mayo de 1957.

"DECIMO-TERCERO.—A los requerimientos del becario hechos al Icetex, éste contestó que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no había hecho el depósito a que estaba obligado para el pago de la beca en los meses no cubiertos.

"DECIMO-CUARTO.—Al becario no le fueron cubiertos los gastos de matrícula ni los demás derechos y gastos de enseñanza.

"DECIMO-QUINTO.—El Icetex informó al becario que el pago no se había efectuado por falta de situación de fondos de parte del I.C.S.S. demandado.

"DECIMO-SEXTO.—La suma correspondiente a gastos de regreso tampoco le fue enviada al becario al terminar sus estudios el último de julio de 1958 y sólo le fue pagada después de su regreso a Bogotá.

"DECIMO-OCTAVO.—No obstante la falta de pago de la beca y los gastos complementarios, el actor, en carta de 22 de noviembre de 1958, dirigida al Gerente General, ratificó su disposición a prestar los servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"DECIMO-NOVENO.—A pesar de la disposición del actor a prestar dentro de las condiciones convenidas los servicios al I.C.S.S., no fue admitido a ellos.

"VIGESIMO.—Según la cláusula quinta del contrato celebrado entre el Icetex, a nombre del Instituto demandado, y el actor como becario de éste, debería prestar, a su regreso al país, servicios como médico al I.C.S.S., por el término de cuatro años.

Y en lo que hace relación con el contrato de trabajo, continúa exponiendo los siguientes hechos el actor:

"VIGESIMO-PRIMERO.—El contrato de trabajo suscrito entre el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el actor no dejó de tener vigencia hasta cuando fue roto por el I.C.S.S. al no admitir a su servicio al becario, al regreso al país.

"VIGESIMO-SEGUNDO.—El actor ingresó al servicio del I.C.S.S. el 1º de abril de 1950, en contrato a término indefinido y una remuneración de DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 250.00) hora-mes.

"VIGESIMO-TERCERO.—El contrato se prorrogó tácitamente y el 1º de diciembre de 1954 se firmó una modificación del mismo.

"VIGESIMO-CUARTO.—De 1954 en adelante el actor devengó SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 750.00) mensuales, correspondientes a tres horas-mes de trabajo.

"VIGESIMO-QUINTO.—El contrato de trabajo del actor con el Instituto demandado continuó prorrogándose tácitamente a partir del vencimiento de los períodos presuntivos legales transcurridos después de la modificación de 1954.

"VIGESIMO-SEXTO.—Al demandante no se le ha cancelado el valor del auxilio de cesantía, con excepción de la suma que arrojó la liquidación parcial efectuada en diciembre de 1952.

"VIGESIMO-SEPTIMO.—Tampoco se ha cubierto al actor la indemnización correspondiente a las vacaciones de tres años, no disfrutadas.

"VIGESIMO-OCTAVO.—No se ha cancelado al actor el valor de la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1956, al año de 1957 y al primer semestre de 1958.

"VIGESIMO-NOVENO.—El contrato celebrado entre el Icetex, a nombre del Instituto demandado, y el actor, no fue declarado administrativamente terminado por el I.C.S.S. conforme a la cláusula cuarta del mismo, ni en momento alguno se alegó el incumplimiento de las obligaciones del becario".

La anterior demanda fue contestada por el apoderado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en su oportunidad y en relación con los hechos expresó que se atenía "a lo que se pruebe", con excepción de los hechos 4º, 26 y 28, respecto de los cuales dijo en su orden: "No es cierto. El contrato a que se refiere este punto no fue aprobado por el Consejo Directivo del Instituto como era de rigor de acuerdo con los Estatutos del mismo (numeral e), artículo 6º, Decreto 4225 de 1948), luego no fue un acto del Instituto, ya que el representante de éste se excedió de los límites de sus facultades (artículo 640 C.C.). Es cierto en cuanto el demandante recibió la suma de $ 1.283.79 por concepto de Liquidación Parcial de Cesantía, y el Instituto no tiene obligación de pagar prima de servicios a sus trabajadores por no constituír empresa. Agotado el trámite de rigor, puso fin a la primera instancia el Juez del Conocimiento con sentencia por medio de la cual resuelve:

"1º—CONDENASE a la entidad demandada denominada INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a su demandante, doctor HERNANDO AFANADOR CABRERA, de condiciones civiles conocidas de autos, tres días después de ejecutoriada esta providencia, las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se expresan:

a).—CINCO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 5.375.00) moneda corriente, por cesantía. De esta suma dedúzcase la cantidad de $ 1.283.79, recibida por el actor como liquidación parcial;

b).—SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 687.50) moneda corriente por primas de servicios;

c).—SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 750.00) moneda corriente, por vacaciones;

d).—CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 4.894.50) m/cte., como indemnización por rompimiento unilateral del contrato o presuntivo;

e).—VEINTICINCO PESOS ($ 25.00) moneda corriente, diarios, como indemnización moratoria, desde el 30 de mayo de 1957 y hasta aquel en que se verifique el pago de las sumas adeudadas.

2º—ABSUELVASE a la entidad demandada denominada INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES de las demás peticiones que en su libelo de demanda le formulara el doctor Hernando Afanador Cabrera, por intermedio de apoderado.

3º—CONDENASE PARCIALMENTE EN COSTAS A LA ENTIDAD DEMANDADA. Tásense éstas en un 80%".

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, motivo por el cual subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, cuya Sala Laboral decidió el recurso en sentencia cuya parte resolutiva dice:

"1º—MODIFICASE el ordinal a) del numeral 1º de la sentencia apelada en el sentido de condenar al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, representado por quien haga las veces de su Gerente, a pagar a Hernando Afanador Cabrera $ 3.382.87 por concepto de cesantía.

2º—REVOCANSE los ordinales b) y c) del mismo numeral 1º de la sentencia apelada, y en su lugar ABSUELVASE a la entidad demandada de pagar suma alguna al actor por dichos conceptos.

3º—MODIFICASE el ordinal d) del numeral 1º del fallo apelado y en su lugar CONDENASE a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de $ 2.500.00 por concepto de lucro cesante.

4º—MODIFICASE el ordinal e) del mismo numeral 1º de la sentencia apelada y en su lugar condénase a la parte demandada a pagar al actor la suma de $ 6.425.00 por salarios caídos.

5º—CONFIRMASE el numeral segundo de la sentencia apelada.

6º—MODIFICASE el numeral tercero del fallo apelado en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar el 50% de las costas de primera instancia.

7º—AUTORIZASE al I.C.S.S. para descontar de las condenas anteriores la suma de $ 2.984.00, que fueron consignados a favor del actor y recibidos por éste.

8º—SIN COSTAS en esta instancia".

Las dos partes interpusieron contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá recurso de casación, razón por la cual se procede por la Corte a estudiar las demandas correspondientes en su orden.

Señala el actor en los siguientes términos el alcance de la impugnación:

"ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

"Pretendo, con los cargos que formularé adelante, que la sentencia acusada se case totalmente y, en lugar, se acoja el contenido de la sentencia de primera instancia con las condenas hechas por ella contra la institución demandada".

Y acto seguido procede a formular dos cargos, así:

"PRIMER CARGO.

'La sentencia acusada viola, por aplicación indebida, los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo y, como consecuencia de este quebrantamiento legal, viola, también por indebida aplicación, los artículos 64, 65, 249 y 306, y

por falta de aplicación los artículos 186 y 189 del C. S. del T.

"Las violaciones de los preceptos sustantivos anotados se cometieron al través de manifiestos errores de hecho en la apreciación de algunos medios probatorios que obran en los autos y de la falta de apreciación de un elemento de prueba de importancia decisiva para la definición del caso litigioso, como se demuestra en seguida".

Como mal apreciados cita el recurrente el Acuerdo 63 de 1955, expedido por el Gerente General del I.C.S.S. (fls. 82 a 83) y la Resolución número 136 de 1956, expedida por el Gerente General del I.C.S.S. (fl. 5), de los cuales dice el demandante, "se establece con toda claridad que el envío de profesionales por parte del I.C.S.S. para especializarse en el exterior se efectuaba en su condición de servidores del Instituto y con el objeto de aumentar la eficiencia en la prestación del servicio científico. Lo que establece una relación indisoluble —agrega— entre la condición de servidor vinculado por contrato de trabajo en el momento de concederse la beca y el disfrute de la misma y la condición con que debe continuar a la terminación de los estudios del becario".

Y como prueba no apreciada señala el contrato firmado entre el actor, Afanador Cabrera, y el Icetex como mandatario del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (fls. 6 y 7) "en el cual —dice el apoderado del actor— se establecen recíprocas obligaciones que, por parte del trabajador son tan rigurosas como las que consisten en la dedicación completa a los cursos de especialización, el sometimiento estricto a los honorarios y reglamentos de la institución docente, el envío de calificaciones, la consulta previa para variar cualquiera modalidad del estudio y el compromiso de regresar a la prestación de su servicio normal".

Y en su argumentación llega a sostener, contra lo afirmado por la sentencia recurrida, que mientras disfrutó de la beca el actor, tuvo calidad de empleado del I.C.S.S. ya que no puede estimarse suspendido el contrato como lo hace el Tribunal, y que por consiguiente, el tiempo estipulado como de duración de la beca debe computarse para todos los efectos de prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Antes de entrar al fondo de la cuestión propuesta, consistente en saber si por el disfrute de la beca por parte del doctor Afanador Cabrera, el contrato de trabajo que a éste ligaba con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales se suspendió o no, conviene transcribir las razones que llevaron al Tribunal a considerar que el contrato quedó suspendido y que por consiguiente, este lapso queda excluído para la liquidación de las prestaciones sociales causadas en favor del reclamante. Dice así, luego de examinar los diversos elementos de pruebas que obran en los autos y que son los mismos que señala el recurrente como mal apreciados:

"Ahora bien: Si se tienen en cuenta los elementos que tipifican el contrato de trabajo, se llega a la necesaria conclusión de que, el que existió entre las partes contendientes, estuvo suspendido durante el tiempo en que el demandante disfrutó de la beca de Méjico, pues el hecho de que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales se hubiera comprometido para con el Icetex, entidad intermediaria, a sufragar los gastos que demandara la beca otorgada al actor, no está indicando, o no quiere decir que las sumas dadas por ese concepto puedan ser asimiladas a salario, porque la evidencia es que el actor, durante los dos años en que duró la beca no pudo prestar servicio alguno al Instituto, ni menos estar sujeto, a órdenes, reglamentación y horario especial señalado por éste. La circunstancia de que se viera obligado a enviar las calificaciones es cuestión inherente a las becas, pues sabido es que toda persona que sea beneficiada para hacer estudios en el exterior, ya sea por cuenta del Icetex, o de cualquiera otra entidad, debe enviar los informes correspondientes a sus estudios. En consecuencia, en el caso *sub-iudice* el contrato de trabajo del actor estuvo suspendido desde el 21 de junio de 1956, ya que el último salario lo recibió el día anterior a la fecha indicada, hasta el 22 de noviembre de 1958, fecha esta última en la cual el demandante, después de varias gestiones personales se dirigió, por escrito, a la Gerencia del Instituto manifestándole su deseo de continuar prestándole los servicios, hecho éste que aparece demostrado con la confesión del Gerente de la sociedad demandada, folio 55. También está probado, con la misma confesión, que en los días 14, 15 y 21 de octubre del año nombrado, el doctor Afanador se puso a disposición del Instituto para reincorporarse al servicio médico después de terminado su curso de especialización en Méjico. Sin embargo, el Gerente remitió al demandante al Director del Servicio de Pediatría, doctor Vargas Rubiano, para que éste estudiara la conveniencia no de que continuara trabajan-

do, pero a la segunda visita, hecha por el doctor Afanador al Gerente del Instituto, para tratar lo referente sobre su reincorporación al servicio "el absolvente le manifestó que sus servicios no eran requeridos".

Como se ve, los hechos que el sentenciador no encuentra acreditados, respecto del lapso de dos años en que el becario estuvo en Méjico, y que para el recurrente aparecen de manifiesto en los autos, son la prestación personal de servicios al I.C.S.S., la subordinación a éste en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, y el salario correspondiente.

Del primero (el más importante para el caso, pues permitiría presumir los otros dos) no hay prueba directa en los documentos que la acusación singulariza. Según el acuerdo orgánico de las becas del I.C.S.S. y su resolución reglamentaria, el objetivo del fondo de capacitación destinado a sufragarlas fue el de "procurar la permanente elevación del nivel científico de los profesionales al servicio de los seguros sociales", es decir, "la capacitación técnica y científica de sus colaboradores". De ahí que tales becas no pudieran adjudicarse sino entre "el personal científico al servicio del Instituto y de las Cajas Seccionales", por concurso o por designación de los directores, y que además se dispusiera: "Escogidos los beneficiarios, deberán firmar con el Instituto un contrato por medio del cual se obliguen, al regresar al país, a prestar sus servicios a la institución en el lugar que sea determinado por la Gerencia General y en su especialidad: en dicho contrato deberá fijarse una caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario y se determinará la remuneración que recibirá por los servicios que preste a su regreso o se señalarán las bases para fijarla".

Las expresiones "profesionales al servicio de los seguros sociales" o "sus colaboradores" son notoriamente equívocas, pues tanto puede referirse al momento del otorgamiento de las becas y a la vinculación prometida para después del regreso de los becarios, como a la totalidad del tiempo, inclusive al del goce de las becas. El Tribunal las tomó en el primer sentido; el impugnante les asigna el segundo. Pero la caución exigida a los becarios para asegurarle al Instituto sus servicios futuros "al regresar al país", se ajusta más a la interpretación del Tribunal que a la de la acusación, sin llegar a ser inconciliable con esta última.

En el contrato de beca, donde debieron fijarse "las obligaciones del beneficiario" conforme a la disposición arriba transcrita, las partes tuvieron oportunidad de aclarar la calidad en que el actor viajaría a Méjico (como empleado, en comisión de estudios, o como empleado en uso de licencia y como estudiante con promesa de contrato de trabajo) y de definir lo ocurrido con la relación laboral anterior (terminación, suspensión o continuidad convencional). Tampoco lo hicieron de modo expreso, dejando abierto el campo a diversas suposiciones.

En efecto, las obligaciones asumidas por el beneficiario en ese contrato referentes al tiempo de su ausencia, son todas de tipo estudiantil o, como dice el Tribunal, "inherentes a las becas" en general: certificado de aptitud física y mental, comprobante de matrícula, dedicación a los cursos, sujeción al reglamento de la entidad docente, no cambiar de estudios, de plantel o de país sin previa autorización, envío de calificaciones, certificados de asistencia a los cursos y aprobación final de éstos. Por su parte el I.C.S.S., representado en dicho acto por el Icetex, no adquirió compromiso distinto del de remitirle al beneficiario los ciento cincuenta dólares mensuales durante veinticuatro meses "para atender a sus gastos de sostenimiento, más lo correspondiente a gastos de matrícula y los demás derechos y gastos de enseñanza que cobre la institución docente", agregando todavía: "El I.C.S.S. únicamente se hace responsable por lo establecido en las cláusulas de este contrato".

Lejos de disipar las dudas, los términos del contrato de beca las aumentan. Según el impugnante, las obligaciones consignadas por los contratantes en aquel documento no son "en realidad sino la estipulación de modalidades transitorias para su recíproca relación jurídica del trabajo, en las cuales se conserva una estricta subordinación jurídica del trabajador para con la entidad patronal". Sin embargo, no resulta evidente, con la evidencia requerida en los errores de hecho imputables a un fallo en casación, que los estudios de especialización profesional en el extranjero fueran una simple modalidad transitoria (con transitoriedad de dos años) del servicio que el actor venía prestando hasta entonces, dentro del país, a los pacientes afiliados al I.C.S.S.; ni menos que la nueva sujeción a la entidad docente mejicana fuera otra modalidad de la antigua subordinación al Instituto en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo en el ejercicio profesional.

Cuando el sentenciador declara que "el actor, durante los dos años en que duró la beca, no pudo prestar servicio alguno al Instituto", no está negando la dedicación del doctor Afanador Cabrera a sus cursos de especialización en dicho lapso ni su estricto cumplimiento de las obligaciones estudiantiles referidas; pero estima que esa labor en el extranjero beneficiaba directamente al becario y no al Instituto, lo cual es difícil refutar. Y cuando entiende que la sujeción a las autoridades, el horario, el pénsum y la disciplina del Hospital Infantil de México nada tuvieron que ver con la subordinación característica de los empleados del I.C.S.S. en el país, tampoco cabría decir que incurre en ostensible equivocación.

Mayores obstáculos se presentan para descubrir en los dólares destinados a costear el sostenimiento y la educación del becario la "retribución económica" que menciona el acusador y cuya calidad salarial no acepta el Tribunal. Porque el código de la materia clasifica las becas entre las prestaciones patronales especiales (arts. 259 y 286) y además, si el salario debe satisfacer las necesidades normales del trabajador y las de su familia (art. 145), la pura beca de estudios no podrá llenar esa finalidad.

El recurrente anota que en el acuerdo del I.C.S.S., transcrito por cierto en la motivación de la sentencia, se prevé la posibilidad de conceder al becario, además de las mesadas para su sostenimiento y especialización, "una parte del salario ordinario que ha venido devengando, con destino a su familia". Sin embargo, la circunstancia de que tal suma adicional está condicionada al número de hijos del becario y a que tanto ésta como su cónyuge carezcan de otros ingresos, y, sobre todo, la absoluta libertad de la Gerencia del Instituto para otorgarla, reducirla o eliminarla (como la eliminó para el actor) desdibujan su pretendida calidad retributiva del trabajo.

Se tiene, pues, que en la estimación de las pruebas invocadas por el acusador no incurrió el Tribunal en defectos notorios a causa de los cuales cometiera evidentes errores de hecho. Y al no encontrar subsistentes los elementos del contrato durante los dos años en que el doctor Afanador Cabrera estuvo ausente del país ni hallar acreditado que su anterior relación laboral se hubiera extinguido antes de viajar a Méjico, declaró apenas suspendido aquel contrato, conforme a los artículos 51 y 53 del C.S.T., suspensión que, en su sentir, aparece reforzada por el compromiso atinente a los nuevos servicios del actor al culminar sus estudios.

"El error de hecho —ha venido proclamando reiteradamente la Corte— sólo procede en casación cuando es ostensible la equivocación en que incurre el fallador, esto es, cuando la estimación que se hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos; pero en circunstancias de hecho dudosas, los Tribunales quedan en libertad de decidirse por el extremo que, a su juicio, consideren mejor demostrado". Y son bien dudosas las circunstancias del caso *sub-lite*, pues los indicios que suministran los documentos examinados sirven por igual para sustentar las más opuestas soluciones, a cualquiera de las cuales pudo llegar el sentenciador sin visible extravío.

Finalmente, para subrayar la supuesta violación de los artículos 51 y 53 del C.S.T., agrega el acusador que "ninguna de las causales que taxativamente contiene el primero concurre ahora, ni existe una estipulación entre las partes que en forma expresa elimine temporalmente el cumplimiento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y patrono, para que pueda aplicarse el artículo 53 citado".

El planteamiento parece más propio de un ataque por violación directa de esos preceptos, pero también es susceptible de entenderse como la afirmación de otros errores de hecho. Siendo así, vale recordar que una de las causales de suspensión de los contratos de trabajo es la "licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador" (art. 51, ordinal 4º), sin que se exija ninguna solemnidad para solicitar o conceder tal licencia, ni siquiera la constancia escrita: basta que concurran las voluntades de ambos contratantes en un momento dado para interrumpir temporalmente el trabajo subordinado y el salario. Tampoco entonces habría habido palmario error al tomarse la solicitud de beca o la oposición al concurso requerido para obtenerla, como expresión de la voluntad del trabajador, y el otorgamiento de la misma como aquiescencia del patrono, aunque no existiera el contrato específico que, para mayor abundamiento, obra en los autos.

Además, el fenómeno jurídico denominado, con escasa fortuna, suspensión del contrato de trabajo puede acreditarse en juicio de dos maneras diferentes: o demostrándose una de las causales taxativamente señaladas en el artículo 51

del C.S.T., cuyo efecto es la suspensión; o a la inversa, comprobándose el hecho de la interrupción temporal del trabajo, la subordinación y el salario, en circunstancias que permita inferir alguna de aquellas causales. Este segundo camino, que fue el que transitó el Tribunal en el presente caso, es desde luego más propicio a equivocaciones; pero no cabe desecharlo en absoluto.

Con todo, conviene recalcar que la voluntad de los contratantes o aún la del solo empleador basta para impedir que la interrupción del trabajo subalterno sea considerada el efecto de una suspensión del contrato y para mantener convencionalmente la ficción de su continuidad, siempre que así se exprese o que se manifieste por actos positivos tales como los pagos del salario durante la ausencia.

En conclusión, no habiendo logrado el casacionista destruír los fundamentos de hecho de la sentencia acusada, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO.

Lo formula el recurrente en los siguientes términos: "La sentencia que acuso viola, por errónea interpretación, los artículos 22 y 23 del C. S. del T., y como consecuencia de esta violación, incurrió también en la de los artículos 64, 249, 306, 186 y 189 del C. S. del T.". Agrega que fueron quebrantados "de paso los artículos 51 y 53 del mismo código".

Los argumentos que expone para sustentar este cargo son en el fondo los mismos en que apoyó el primero, como quiera que la "errónea interpretación" que atribuye al Tribunal en relación con los artículos que cita la hace consistir en que dicha Corporación no entiende como servicios al patrono los estudios del becario, ni como subordinación laboral el sometimiento al reglamento docente, ni como salario la beca. La refutación que de ellos se hizo al examinar el primer cargo basta para desechar el segundo.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales recurrió también en casación y su apoderado en relación con el alcance de la impugnación, dijo:

"Con la presente demanda pretendo que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto por el numeral 3º de la parte resolutiva de dicha providencia se condenó al I.C.S.S. al pago de $ 2.500.00 por concepto de lucro cesante, revoque la condenación contenida en el ordinal d) del numeral primero de la parte resolutiva del fallo de primer grado, y en su lugar, absuelva de indemnización por ruptura del contrato al Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

MOTIVOS DE CASACION.

"Invoco, dice el recurrente, la causal de casación contenida en el numeral primero del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, por ser el fallo violatorio de la ley sustantiva". Y a continuación procede a formular un solo cargo:

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de evidente error de hecho, los artículos 51, 53 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

"El error de hecho evidente en que incurrió el sentenciador, fue el creer que el doctor Hernando Afanador Cabrera fue despedido, cuando aparece clarísimamente en los autos que el mismo trabajador fue quien unilateralmente decidió no volver al trabajo.

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron: la copia de la Resolución número 136 de junio 13 de 1956, folio 5, la copia del contrato celebrado entre el Icetex y el demandante, folios 6 y 7, las cartas de folios 18 y 22, la demanda, folios 23 a 33, especialmente en los hechos 2º, 9º, 11º, 17º y 18º, y la absolución de posiciones, folios 53 y siguientes, especialmente los puntos 1º a 5º".

DEMOSTRACION DEL CARGO.

Afirma la parte demandada y recurrente que conforme a la Resolución número 136 de fecha 13 de junio de 1956, y de acuerdo con el hecho 2º de la demanda, al doctor Afanador Cabrera se le concedió licencia o permiso durante dos años para que adelantara estudios en Méjico. Que el contrato suscrito el 15 de junio de 1956 estipula una duración de 24 meses para los estudios que debía hacer en el exterior el demandante, y que la licencia empezó a tener operancia el 1º de julio de 1956, según se dice en los hechos 9º y 11º de la demanda. Que el doctor Afanador Cabrera concluyó sus estudios en Méjico el 31 de julio de 1958, según consta en carta que dirigió al Gerente del Instituto en la cual, además de solicitar el pago de los gastos de la beca, incluye la manifestación de que el trabajador se quedará en Méjico, en donde espera re-

cibir órdenes e instrucciones sobre los valores que reclama. Y agrega el recurrente: "... En esa carta no aparece manifestación alguna del deseo de continuar trabajando con el Instituto, y por el contrario, se expresa la intención de permanecer en Méjico, puesto que indica la dirección donde podrá escribírsele".

Dice que el doctor Afanador Cabrera solamente regresó a Colombia dos meses y medio después de haber terminado sus estudios, como él mismo informa en carta, y confiesa en los puntos 17 y 19 de su demanda y en su primera respuesta al pliego de posiciones. De donde concluye el apoderado del I.C.S.S. que fue el propio demandante quien tomó la decisión unilateral de no continuar prestando sus servicios "ya que el contrato de trabajo celebrado entre las partes había de tener lugar en Colombia".

De otro lado, según el recurrente, "no aparece en los autos prueba alguna de que el doctor Hernando Afanador Cabrera hubiera sido despedido por el Instituto, y por el contrario, la carta de 21 de agosto de 1958 es una clara demostración de que el trabajador no regresaba a trabajar al vencimiento de su licencia ni solicitaba que le fuera prorrogada, sino que por su propia iniciativa resolvía continuar en Méjico por tiempo indefinido y naturalmente la comunicación de estos hechos implicaba una renuncia del cargo". "Así lo entendió el mismo doctor Afanador Cabrera, puesto que al hacer las preguntas en posiciones confiesa que solicitó del Gerente incorporación al Instituto, que fue enviado donde el Médico Jefe y que éste le manifestó no necesitarse sus servicios. Si el doctor Afanador Cabrera no hubiera renunciado, habría obrado de distinta manera, pues simplemente habría regresado a su trabajo aunque lo hubiera hecho mucho tiempo después de vencida su licencia, pero habiendo renunciado por medio de la carta de 21 de agosto tenía que solicitar incorporación al Instituto como efectivamente lo hizo".

Y concluye así la acusación:

"Si el sentenciador no hubiera cometido el error anotado, habría aplicado correctamente los artículos 51, 53 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, habría encontrado que el trabajador no regresó al término de la licencia, manifestó su deseo de no hacerlo, y al terminar el contrato por tal causa no había lugar al pago de la indemnización de que trata el inciso segundo del último de los artículos citados; sobre tales bases el sentenciador necesariamente habría absuelto al Instituto de la indemnización por incumplimiento del contrato".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Entre el Icetex, en representación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, según la autorización conferida en el convenio suscrito entre las dos entidades y el doctor Afanador Cabrera, se celebró un contrato en virtud del cual el primero se comprometió para con el segundo a remitirle durante veinticuatro meses y a partir de julio de 1956 "la suma de CIENTO CINCUENTA DOLARES (US$ 150.00) mensuales para atender a sus gastos de sostenimiento, más lo correspondiente a gastos de matrícula y los demás derechos de enseñanza que cobre la institución docente en la cual adelante sus estudios de especialización".

El doctor Afanador Cabrera viajó en dicho mes de julio de 1956 y el 31 de julio de 1958 concluyó los cursos que había seguido en cumplimiento de las obligaciones que contrajo en el contrato aludido; y en carta suscrita en Méjico le da cuenta al Gerente del I.C.S.S. que el Icetex "ha dejado de remitirme el valor correspondiente a varios meses, alegando el que el I.C.S.S. no le ha situado los dineros respectivos", hecho éste confirmado por la comunicación del Icetex fechada el 12 de septiembre de 1958 y dirigida al doctor Afanador Cabrera, en la que dice: "... Como el I.C.S.S. no ha depositado dinero alguno para atender a la financiación de los estudios de sus becarios en el exterior, nos ha sido físicamente imposible efectuar los giros ofrecidos en las cartas a que usted se refiere". Estos hechos los tiene por establecidos el Tribunal y no los discute el I.C.S.S.

La carta del becario, que el recurrente estima como mal apreciada por el sentenciador, tiene por objeto hacerle saber al I.C.S.S. que no le habían sido girados los dineros necesarios y convenidos para el adelanto de sus estudios, y concluye: "... Al poner en su conocimiento los puntos anteriores (el incumplimiento en la situación de fondos) me propongo esperar sus gratas órdenes e instrucciones y queda como su Atto. y S. S.". De aquí no aparece evidente que el demandante estuviera renunciando al cargo en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Porque también puede entenderse que el autor de los términos de dicha carta no podía regresar mientras no se le hicieran los giros respectivos, y en

espera de ellos y de instrucciones, permanecería en Méjico. En otras palabras, para el Tribunal, la no presentación oportuna del doctor Afanador Cabrera se debió exclusivamente al incumplimiento del I.C.S.S. en la apropiación de los fondos con destino a la beca que se le adjudicó, de donde no cabe deducir, como el recurrente, que el contrato terminó por decisión unilateral del trabajador, ni mucho menos que esto resulte de manifiesto en los autos.

El Instituto recurrente no ataca la estimación del Tribunal acerca de que durante la permanencia del actor en Méjico, el contrato de trabajo que lo ligaba con el I.C.S.S. quedó suspendido; por el contrario, insiste en que se le concedió licencia con todas las consecuencias que contempla el artículo 53 del C. S. del T., razón por la cual, al expirar el término de esa licencia, el becario debía volver al trabajo, conforme al precepto citado; fuera de que en el contrato suscrito por el Icetex se comprometió a trabajar por un término de cuatro años, a su regreso, en cualquier lugar o dependencia que le fuera señalado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Pero este mismo planteamiento en casación conlleva igualmente la aceptación de que el I.C.S.S. estaba obligado a conservarle el puesto a su empleado durante la licencia y a admitirlo al vencimiento de la misma, conforme al artículo 53 citado.

Si, para el sentenciador, la culpa de la demora del empleado en reasumir sus funciones no fue suya sino de la entidad empleadora, y si al procurar reanudar sus servicios el I.C.S.S. los rechazó, el hecho del despido quedó configurado y no el de la renuncia del trabajador.

Por no resultar manifiesto el pretendido error de hecho, también poco aparece que hubieran sido aplicados indebidamente por el Tribunal los artículos 51, 53 y 65 del C. S. del T.

El cargo no prospera.

En mérito de lo anteriormente 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 el fallo recurrido por las partes.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

Reiterada jurisprudencia de la Corte sobre la expresión "por causa o con ocasión del trabajo" empleada por el art. 199 del C. S. L.—Disyuntiva entre las nociones "por causa" y "con ocasión del trabajo".—Jurisprudencia de la Corte sobre el llamado accidente "in itinere".—Relación de causalidad o de ocasionalidad con el trabajador.—Responsabilidad de la Compañía en el riesgo creado siempre que el riesgo tenga una relación indudable de causalidad o de ocasionalidad con lo que el trabajador deba hacer.—Responsabilidad objetiva del riesgo.

El hecho puede tener una relación de causalidad con el trabajo o, en otro sentido, puede tenerla de ocasionalidad. La relación de causabilidad implica el fenómeno de la generación en la actividad específica laboral misma. Es entonces una relación de generación directa inmediata. La de ocasionalidad no conlleva la generación del siniestro en la actividad laboral específica que realiza el trabajador, sino una relación de oportunidad o de circunstancias o eventos que suponen un vínculo indirecto, mediato entre el hecho y la labor que el trabajador cumple y que es específica dentro de su compromiso laboral. Pero si en el primer concepto, la responsabilidad patronal es más fácilmente concretable por ser mayor la objetividad con que se establece el riesgo creado, dentro del segundo esa objetividad puede diluirse y llega a veces hasta desaparecer en el medio de la conducta subjetiva del trabajador, que ya eliminaría la responsabilidad patronal objetiva por el riesgo creado que anima fundamentalmente, con leves atenuaciones, nuestro sistema legal laboral en materia de riesgos profesionales. Por esta razón, el nexo de ocasionalidad, del hecho con el trabajo tiene que mantener una relación de circunstancias y oportunidad tal con la actividad laboral, que no de margen a que el elemento constituído por la conducta subjetiva del trabajador pueda neutralizar la operancia del riesgo creado laboral y aún sustituirla por la del riesgo externo, nacido de factores completamente ajenos al trabajo mismo, y sin nexos necesarios con él, porque aquí ya no opera nuestra disposición protectora.

Los anteriores planteamientos tienen ilustración en un sencillo ejemplo: El trabajador lesionado por una sierra que opera como actividad de su trabajo convenido, ha sufrido un accidente generado en el trabajo específico mismo y es éste la causa del accidente. El mismo trabajador que se lesiona al resbalar y caer frente a su máquina cuando intentaba iniciar su actividad o que cuando la desarrollaba es herido por una partícula metálica que se desprende de una máquina que acciona otro compañero, no ha sido víctima de un hecho generado en la manipulación de la sierra que maneja, y entonces el accidente no ha sido causado por la labor específica que cumple. Pero, en cambio, las circunstancias de tiempo y lugar, es decir, la oportunidad o el evento en que el trabajador haya estado desempeñando su trabajo, o disponiéndose a ejecutarlo, con vínculo indudable que hace patente la objetividad del riesgo creado, determinan la ocasionalidad del hecho en relación con el trabajo. No existe en este último caso la posibilidad de que factores extraños al trabajo, por razón de una acción subjetiva del trabajador, puedan eliminar la relación circunstancial entre el trabajo y el hecho accidental. Y entonces aunque no se trate de lesión causada por la actividad laboral misma, la ocasionalidad que contempla nuestra norma legal conlleva la responsabilidad objetiva del patrono. Igual situación ha definido la jurisprudencia en el caso del accidente "in itinere", cuando el trabajador es transportado en vehículo de la empresa a su lugar de trabajo o regresa de éste en las mismas condiciones y sin que el trabajador asuma conducta distinta de la de acogerse normalmente a este transporte. Hay tal relación de oportunidad, de motivación y de circunstancias de modo y aún de tiempo, que el trabajador no ha creado por sí mismo, entre el trabajo y el riesgo, que mientras se halle en esa situación, no hay posibilidad de que el trabajador, por su actividad subjetiva, pueda ponerse al alcance de riesgos distintos a los que, de suceder, tienen un vínculo objetivo con su trabajo.

Pero, en cambio, si ya el trabajador está en condiciones de colocarse, y se coloca por su iniciativa, en medio, oportunidad o circunstancias que no permitan establecer indudablemente una relación directa con el trabajo, ya el riesgo creado laboral se desvanece, porque de la objetividad que los ca-

racteriza para efectos de la responsabilidad, habría que pasar al examen de factores subjetivos relacionados con el propósito o la intención del trabajador, y a debatir si situaciones extrañas al trabajo, a su ambiente, al modo de su ejecución, no destruyen los efectos del riesgo creado laboral. Lo que resulta ya extraño a la naturaleza de este riesgo.

Por esta razón, la jurisprudencia ha descartado la calificación de accidente de trabajo al ocurrido "in itinere" cuando el trabajador puede elegir los medios para concurrir al trabajo y la oportunidad para utilizarlos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., cuatro de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, —Sala de Casación Laboral— decidió en segunda instancia el juicio ordinario de ALFONSO BALLESTAS GONZALEZ contra LABORATORIOS UNDRA, S. A., mediante sentencia fechada el veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el actor en juicio, dentro del término y con el lleno de las demás formalidades legales. En el plazo señalado por la Ley, el recurrente formuló la respectiva demanda de casación y la parte opositora su oposición.

El recurrente aspira en el alcance de la impugnación, a que la sentencia del Tribunal sea casada totalmente y a que, como consecuencia, la Corte, convertida en Tribunal de Instancia, confirme en todas sus partes el fallo de primera instancia.

LA ACUSACION

Se fundamenta ésta en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se concreta con el CARGO UNICO, en los siguientes términos:

"La sentencia acusada viola indirectamente los artículos 199 y 204, numerales 1º y 2º, literal a) del C. S. del T. en concordancia con el artículo 50 del C. P. L., que se dejaron de aplicar debiendo hacerlo. La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras que más adelante se reseñarán".

"El error de hecho consiste en no dar por demostrado, estándolo plenamente, que el accidente que sufrió el demandante el 19 de mayo de 1962 y que lo ha incapacitado para trabajar, ocurrió con ocasión del trabajo. Debido a este error de hecho, el juzgador de segunda instancia revocó la sentencia del *a-quo* y absolvió a la sociedad demandada de las condenas hechas por concepto de asistencia médica, quirúrgica, etc. y pago de salarios hasta por seis meses mientras durara la incapacidad temporal, violando así indirectamente los artículos 199 y 204 que definen el accidente de trabajo y consagran las prestaciones consecuenciales a ese infortunio laboral".

El acusador concreta luégo el señalamiento de los elementos probatorios en relación con los cuales el *ad-quem* habría incurrido en error de hecho al mal apreciarlos o dejar de hacerlo, así:

"Las pruebas erróneamente apreciadas son las siguientes: a) denuncia o documento visible a folios 58 y 58 v. de los autos; b) documental del folio 31; c) posiciones absueltas por el representante legal de la sociedad demandada (fls. 20 a 23); y d) posiciones absueltas por el demandante Alfonso Ballestas González (fls. 26 a 30). Las pruebas dejadas de apreciar son las siguientes: f) la confesión contenida en la contestación de la demanda (fl. 8); g) el contrato de trabajo visible a folios 54 y 55; y h) los testimonios de los testigos Hugo Melo, Enrique Valencia y Samuel Syro. (fls. 33, 35 y 62 a 65").

En el desarrollo de la demostración de los errores de hecho que anota, el recurrente expresa que los elementos de prueba que indica demuestran que el señor Ballestas González, trabajador de la Sociedad Laboratorios Undra S. A. en el cargo de supervisor, fue enviado por la Empresa desde Barranquilla, sede del trabajo, a Bogotá, con el objeto de asistir a la convención anual de supervisores de zona, y que en esta ciudad, en las circunstancias que se establecen en los autos, fue atacado y herido el día 19 de mayo de 1962, antes de concurrir a una reunión de los convencionistas señalada para las ocho de la mañana de ese día. Y dice, en síntesis, que no obstante haberse tenido que trasladar de su sede a Bogotá a cumplir las órdenes de la Compañía, el *ad-quem* no encuentra la directa conexión que haya entre el accidente y el trabajo. Expresa en una parte de su argumentación: "En esta última localidad (Bogotá) le ocurrió un accidente en sitio y momento que hacen inferir que se aprestaba a dirigirse a asistir a conferencia que se dictaba en dicha convención. Fue la empresa la que determinó el riesgo del traslado sin el

cual no habría ocurrido el accidente. Y éste sucedió precisamente cuando el trabajador estaba cumpliendo sus labores de supervisor de zona que asistía a la convención anual de supervisores que había organizado la Compañía. La conexión entre el insuceso laboral y las funciones que el trabajador cumplía es directa, y demuestra la ocasionalidad laboral del accidente".

Hace, finalmente, referencia el acusador al salvamento de voto de uno de los magistrados del Tribunal, quien estima que el accidente sufrido por Ballestas González ocurrió con ocasión del trabajo, por las razones que anota el recurrente.

LA OPOSICION.

Por su parte, el apoderado de la Compañía, en un extenso escrito de oposición, después de formular objeciones de carácter técnico a la demanda por no haber demostrado la existencia de los errores de hecho que señala en la apreciación de las pruebas, con la singularización de cada una de ellas, hace varias consideraciones sobre la no conexión del hecho imprevisto y repentino de que fue víctima el señor Ballestas González con el trabajo mismo, y objeta los fundamentos del fallo del *a-quo* que condenó a la Compañía, obrando extra petita, al suministro de asistencia médica y complementaria, además del subsidio por incapacidad laboral durante seis meses, cuando lo pedido fue la indemnización por incapacidad permanente. El opositor estima que el *a-quo*, al no encontrar establecida la incapacidad permanente, ha debido absolver a la empresa demandada.

Se estudia el cargo:

El señor Alfonso Ballestas demandó en juicio ordinario laboral a la Compañía LABORATORIOS UNDRA S. A. con el propósito de obtener su condena al pago del "valor de la indemnización correspondiente a la incapacidad permanente, que sufre el demandante por causa del accidente de trabajo, sufrido al servicio de la empresa demandada". El juez *a-quo*, en fallo extra petita, y por no encontrarse fijada la incapacidad permanente sino la temporal, condenó a la Compañía demandada al suministro de la asistencia médica y complementaria y al subsidio por incapacidad temporal hasta por seis meses.

El Tribunal de segunda instancia, en virtud de apelación de la parte demandada, revocó la sentencia de primer grado por considerar inexistente el accidente laboral.

Tanto el Tribunal como el juez *a-quo*, dan por establecidos con los elementos probatorios que obran en los autos, inclusive con la confesión del representante legal de la entidad demandada, los siguientes hechos básicos: a) Que el actor Alfonso Ballestas González fue trabajador de la Sociedad LABORATORIOS UNDRA S. A., como supervisor de zona; b) Que en tal carácter fue destacado por la Empresa de su sede en Barranquilla a Bogotá para asistir a una convención anual de los supervisores de zona de la Compañía; c) Que el 19 de mayo de 1962, antes de asistir a una conferencia que se realizaría a las ocho de la mañana para los convencionistas, y cuando entró a un establecimiento comercial para adquirir unos cigarrillos, según su propia manifestación del actor —pues no existe otra prueba al respecto— fue agredido por desconocidos y herido gravemente con arma corto-punzante; d) Que cuando la Compañía se enteró del insuceso, ordenó y pagó la atención médica, quirúrgica, hospitalaria, etc., que fue necesaria.

Tales hechos se demuestran con los elementos de prueba que el recurrente en casación señala en su demanda unos como mal apreciados y otros como no estimados por el *ad-quem*, y sobre ellos no hay diferencia fundamental entre las partes, aunque las circunstancias y la hora exacta de la agresión de que fue víctima el señor Ballestas González sólo están contenidas en la propia declaración del actor.

El fallador de segunda instancia ha encontrado demostrados con los elementos de prueba a que se hace referencia, los mismos hechos señalados por el recurrente y los mismos admitidos por el juez de primera instancia. Los msmos también que acepta esencialmente la empresa demandada en el juicio. Pero mientras el actor y el *a-quo* hallan establecida al través de tales hechos y de las circunstancias en que se produjeron, la existencia de un accidente de trabajo, configurado en la agresión armada de que desconocidos hicieron víctima al señor Ballestas González, el *ad-quem*, lo mismo que la Compañía, no encuentran que el infausto suceso puede calificarse como un accidente de trabajo.

Al respecto, el Tribunal estudia el punto en la motivación de su sentencia con las siguientes consideraciones principales:

"De los pormenores sobre la forma como fue agredido el señor Ballestas y el momento mismo

de la ocurrencia del atraco de los antisociales sólo existe el relato dado por el propio demandante, ya que fue imposible recibir el testimonio de quien lo acompañaba esa mañana, señor Luis A. Pinilla. Es incuestionable sí que sufrió heridas de gravedad que motivaron su inmediata reclusión en un hospital de esta ciudad (Fl. 31), heridas que dieron origen a una investigación de carácter penal en el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal y cuyos autores hasta el momento se desconocen.

"Por la misma confesión del demandante se sabe que la agresión de que fue víctima ocurrió poco antes de la hora en que debía comenzar la reunión de supervisores en las oficinas de los Laboratorios Undra en esta ciudad.

"El representante legal de la firma demandada, señor Cottfried Neuhaus, en absolución de posiciones aceptó que el trabajador demandante en cumplimiento de orden impartida por la misma empresa se trasladó sin novedad de Barranquilla a esta ciudad y aquí el patrono le alojó en un hotel mientras duraba la Convención de Supervisores. Que enterada la empresa de las heridas sufridas por el trabajador inmediatamente lo hizo internar en la Clínica Marly. Aclaró que el atraco ocurrió fuera de las horas de reunión y que por tanto no consideraba que hubiera lugar a indemnización alguna.

"En la decisión del *a-quo* hay una cuestión fundamental que fue omitida y es la de que para que el accidente sea indemnizable es imperioso, conforme al mandato del artículo 199 del C. S. del T., "que el suceso imprevisto sobrevenga *por causa o con ocasión del trabajo*" (subraya la Sala), en otras palabras no basta que quien es víctima del imprevisto sea un trabajador sino que es necesario que en el momento de ocurrir exista un nexo etiológico, objetivo, entre su labor y el imprevisto y así es incuestionable que si la labor no había tenido comienzo, como quiera que la reunión apenas sí debía iniciarse a las ocho de la mañana, las heridas recibidas por el demandante a manos de atracadores, cuando se hallaba en la calle, fueron causadas con prescindencia absoluta de los factores o elementos de trabajo. No puede siquiera pensarse en que de parte del patrono exista obligación de indemnizar por la ocurrencia del denominado por los tratadistas "accidente in intinere" ya que éste sólo es indemnizable cuando ocurre, pongamos el caso cuando se viaja por cuenta y riesgo del patrono, vale decir, en un vehículo de su propiedad y con ocasión del trabajo".

"Lo sustancial del fallo de primer grado radica en la confusión del hecho probado en autos y que dejó lesiones en la integridad física del trabajador con disminución de su capacidad de trabajo y el concepto que de accidente laboral aporta el artículo 199 del C. S. del T.".

"No, el mejor entendimiento del precepto citado, en la jurisprudencia colombiana, radica en examinar las circunstancias específicas del insuceso y si éste tiene relación directa, es concausal, enmarca dentro de la causa u ocasión del trabajo. Cuando esta norma habla de causa, fundamentalmente se confunde con el trabajo mismo y el término ocasión cabe dentro del genérico de causa, como que la ocasión pueden ser las mismas circunstancias que rodean al hecho-accidente en conexión con el trabajo o labor a realizar".

Al simple examen de los elementos probatorios que el impugnador indica como equivocadamente apreciados o no estimados por el *ad-quem*, se ve que ellos demuestran los mismos hechos de que se ha hecho atrás mención, y respecto de los cuales no hay desacuerdo alguno entre las partes y entre los dos fallos de instancia. No existió ningún error porque el *ad-quem* hubiese dado a los hechos establecidos con las pruebas, características circunstanciales distintas de las que aquellas demuestran, ni omitido considerar hechos que se establecen con elementos probatorios existentes en el juicio. Lo ocurrido es, en forma distinta, que a unos hechos sobre cuya comprobación y existencia no hay ninguna diferencia ni disputa dentro del juicio, el Tribunal ha considerado que no son aplicables las consecuencias de unos preceptos sustanciales de las leyes laborales, los relativos al accidente de trabajo, por no configurarse al través de tales hechos las características de éste. Así, no se trata de que el fallador haya dejado de aplicar la ley sustancial por fallas en la apreciación de los elementos probatorios, sino de que según su criterio sobre el alcance mismo, sobre las proyecciones de tal ley, el fenómeno de facto configurado concretamente en el juicio no cabe dentro de los elementos que definen la hipótesis legal.

Lo anterior sería suficiente para desestimar el cargo, ya que no están configurados los errores de hecho que el acusador anota como determinantes del quebrantamiento legal. Pero conviene aprovechar el caso para hacer lo que no es sino reiteración de la jurisprudencia de la Corte sobre el alcance de la expresión "por causa o

con ocasión del trabajo" que emplea el artículo 199 del C. S. del T. dentro de los elementos de la definición del accidente laboral.

Como se ve por lo comentado y transcrito en consideraciones precedentes, mientras el juez *a-quo* da una amplísima proyección al concepto de la ocasionalidad para establecer la relación entre el hecho imprevisto y repentino que lesiona al trabajador y la actividad laboral de éste, llegando a afirmar que al "encontrarse el trabajador cumpliendo órdenes fuera de su base, todos los riesgos en el cumplimiento de la comisión deben ser por cuenta de la empresa", el Tribunal de segunda instancia, aunque presenta situaciones ya tan definidas por la jurisprudencia como la del llamado accidente "in itinere", parece llegar en algunas expresiones a englobar dentro de un mismo campo conceptual las nociones de "por causa" del trabajo y "con ocasión del trabajo". Ya lo ha dicho la Corte, como acertadamente lo anota el magistrado del Tribunal que salva su voto en la sentencia acusada, que se trata de dos nociones que operan en forma disyuntiva. De tal manera que el hecho puede tener una relación de causalidad con el trabajo o, en otro sentido, puede tenerla de ocasionalidad. La relación de causalidad implica el fenómeno de la generación en la actividad específica laboral misma. Es entonces una relación de generación directa inmediata. La de ocasionalidad no conlleva la generación del siniestro en la actividad laboral específica que realiza el trabajador, sino una relación de oportunidad o de circunstancias o eventos que suponen un vínculo indirecto, mediato entre el hecho y la labor que el trabajador cumple y que es específica dentro de su compromiso laboral. Pero si en el primer concepto, la responsabilidad patronal es más fácilmente concretable por ser mayor la objetividad con que se establece el riesgo creado, dentro del segundo esa objetividad puede diluírse y llevarse a veces hasta desaparecer en el medio de la conducta subjetiva del trabajador, que ya eliminaría la responsabilidad patronal objetiva por el riesgo creado que anima fundamentalmente, con leves atenuaciones, nuestro sistema legal laboral en materia de riesgos profesionales. Por esta razón, el nexo de ocasionalidad del hecho con el trabajo tiene que mantener una relación de circunstancias y oportunidad tal con la actividad laboral que no dé margen a que el elemento constituído por la conducta subjetiva del trabajador pueda neutralizar la operancia del riesgo creado laboral y aún sustituírla por la del riesgo externo, nacido de factores completamente ajenos al trabajo mismo, y sin nexos necesarios con él, porque aquí ya no opera nuestra disposición protectora.

Los anteriores planteamientos tienen ilustración en un sencillo ejemplo: El trabajador lesionado por una sierra que opera como actividad de su trabajo convenido, ha sufrido un accidente generado en el trabajo específico mismo y es éste la causa del accidente. El mismo trabajador que se lesiona al resbalar y caer frente a su máquina cuando intentaba iniciar su actividad o que cuando la desarrollaba es herido por una partícula metálica que se desprende de una máquina que acciona otro compañero, no ha sido víctima de un hecho generado en la manipulación de la sierra que maneja, y entonces el accidente no ha sido causado por la labor específica que cumple. Pero, en cambio, las circunstancias de tiempo y lugar, es decir, la oportunidad o el evento de que el trabajador haya estado desempeñando su trabajo, o disponiéndose a ejecutarlo, con vínculo indudable que hace patente la objetividad del riesgo creado, determinan la ocasionalidad del hecho en relación con el trabajo. No existe en este último caso la posibilidad de que factores extraños al trabajo, por razón de una acción subjetiva del trabajador, puedan eliminar la relación circunstancial entre el trabajo y el hecho accidental. Y entonces, aunque no se trate de lesión causada por la actividad laboral misma, la ocasionalidad que contempla nuestra norma legal conlleva la responsabilidad objetiva del patrono. Igual situación ha definido la jurisprudencia en el caso del accidente "in itinere", cuando el trabajador es transportado en vehículos de la empresa a su lugar de trabajo o regresa de éste en las mismas condiciones y sin que el trabajador asuma conducta distinta de la de acogerse normalmente a este transporte. Hay tal relación de oportunidad, de motivación y de circunstancias de modo y aún de tiempo, que el trabajador no ha creado por sí mismo, entre el trabajo y el riesgo, que mientras se halle en esa situación, no hay posibilidad de que el trabajador, por su actividad subjetiva, pueda ponerse al alcance de riesgos distintos a los que, de suceder, tienen un vínculo objetivo con su trabajo.

Pero, en cambio, si ya el trabajador está en condiciones de colocarse, y se coloca por su iniciativa, en medio, oportunidad o circunstancias que no permitan establecer indudablemente una relación directa con el trabajo, ya el riesgo creado laboral se desvanece, porque de la objetivi-

dad que lo caracteriza para efectos de la responsabilidad, habría que pasar al examen de factores subjetivos relacionados con el propósito o la intención del trabajador, y a debatir situaciones extrañas al trabajo, a su ambiente, al modo de su ejecución, no destruyen los efectos del riesgo creado laboral. Lo que resulta ya extraño a la naturaleza de este riesgo.

Por esta razón, la jurisprudencia ha descartado la calificación de accidente de trabajo al ocurrido "in itinere" cuando el trabajador puede elegir los medios para concurrir al trabajo y la oportunidad para utilizarlos. Algo similar hay que concluír respecto de situaciones como la contemplada en este juicio. Es cierto que el trabajador se hallaba en Bogotá, trasladado de su sede en Barranquilla por disposición de la empresa para asistir a una reunión anual de revisores de zona. Y esto, desde luego, mantenía su vinculación con la Compañía y determinaba para ésta la responsabilidad por el riesgo creado, pero siempre que el riesgo tuviese una relación indudable de causalidad u ocasionalidad con lo que el trabajador debía hacer en Bogotá, que era asistir a las reuniones de la Convención de Revisores. Pero si el trabajador decidía, por ejemplo, no asistir a las deliberaciones y se dedicaba a otras actividades ajenas a las de su compromiso, en las cuales, en un momento desafortunado, era víctima de un accidente, no podría establecerse relación circunstancial entre éste y el trabajo mismo que debía ejecutar. En forma menos sencilla pero igualmente definida, si el trabajador, antes de concurrir a una reunión, salió de su hotel y entró a un establecimiento público a realizar una compra, y allí fue víctima de una grave agresión hecho de los cuales sólo da cuenta el mismo interesado—, el predominio de los riesgos externos sobre los vinculados en alguna forma al trabajo, y los propósitos subjetivos que pudieron obrar u obraron en los actos y movimientos del trabajador, no sujetos específicamente a su obligación laboral, eliminan la responsabilidad objetiva del riesgo creado y no permiten aplicar al caso el criterio de que el hecho imprevisto y repentino haya ocurrido "con ocasión del trabajo".

Entonces, aunque el Tribunal *ad-quem* ha incurrido en la motivación de la sentencia en algunas imprecisiones conceptuales, la conclusión está ajustada al alcance y sentido de la norma legal.

En mérito de lo dicho, 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.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO.—HONORARIOS PROFESIONALES.

Interpretación del art. 59 del Decreto 528 de 1964.—Del interés para recurrir.—La condena en costas no puede computarse para completar el interés para recurrir.—Reiterada doctrina de la Corte sobre esta materia.

La norma reguladora respectiva (art. 59 del Decreto 528 de 1964)no habla de interés en la litis, sino de interés para recurrir, lo que no puede dejar de tenerse en cuenta para aceptar el recurso o rehusar su admisión.

No obstante si se considera que la cuantía que la citada regla (art. 59 del Decreto 528 de 1964) determina debe representar, como ya se dijo, el interés que la parte tenga "para recurrir", se entiende fácilmente que debe reducirse o contraerse a lo que puede ser materia del recurso, o sea, a lo revisable por la Corte como Tribunal de casación, no de instancia, y las costas procesales, no lo son. Reiterada e invariable ha sido la doctrina de esta Sala en el sentido de que lo decidido por el fallador de instancia respecto a costas no puede ser materia del recurso, y si no lo es, mal puede ser computado para completar el interés que permita intentarlo. Y todavía menos si se trata de honorarios profesionales aún no determinados por el Tribunal de instancia, pues en tales circunstancias se carece de todo fundamento para dar por establecido que con ellos se completa la cuantía fijada en la ley; poco importa para el efecto cuáles sean las tarifas acordadas por las corporaciones o asociaciones de abogados, pues que, por una parte, esas tarifas suelen no coincidir con los honorarios que señalan los jueces en consideración a factores que dependen del caso concreto y de circunstancias propias de cada juicio, y por otra, no es a aquellas asociaciones o corporaciones, sino a los jueces, a quienes la ley encomienda tasar las agencias en derecho en consideración a los factores a que se acaba de aludir.

Juicio ordinario laboral de Elisa Ochoa v. de Franco c|. Federación Nacional de Cafeteros (Tribunal de Medellín).

NO SE ADMITE EL RECURSO DE CASACION. La condena en costas no puede computarse para completar el interés para recurrir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., seis de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

La señora ELISA OCHOA DE FRANCO demandó ante los jueces laborales de Medellín a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS para el pago "a los beneficiarios forzosos del doctor Jesús María Franco Henao, de la diferencia entre el valor ya cubierto por concepto de indemnización por muerte en accidente de trabajo y el que conforme a la ley ha debido ser liquidado".

La sentencia de primer grado declaró probada la excepción de pago, absolviendo por tanto a la entidad demandada, providencia que fue revocada por la de segunda instancia, en la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a la Federación de Cafeteros a pagar a la demandante y a su hijo adoptivo, William Franco, "la cantidad de veintiséis mil ciento veintiún pesos con ochenta centavos ($ 26.121.80), la mitad para cada uno de ellos, por concepto de indemnización por muerte en accidente de trabajo", más las costas del juicio en ambas instancias.

Interpuesto por la entidad demandada recurso de casación contra esta última resolución, la corporación falladora lo concedió en atención a las consideraciones siguientes:

"La Sala ha tenido en cuenta que el interés a que alude el artículo 59 del Decreto número 528 de 1964 lo integran no sólo la suma de dinero concretada en la parte resolutiva del fallo

recurrido, sino también el valor de las costas allí mismo impuestas a cargo de la parte demandada. Y como según la tarifa del Colegio de Abogados de esta ciudad, para juicios ordinarios de la cuantía del presente se tienen convenidos como honorarios un 30%, es de rigor concluír que se llenan las exigencias de la mentada disposición, esto es, que el interés de la parte aquí interesada en el recurso es superior a $ 30.000.00".

El recurrente, por su parte, dice en el memorial con que interpuso el recurso, que "el hecho de que la sentencia condena a una suma menor (que la indicada en el libelo o determinada al través de la demanda y la respectiva respuesta) no afecta la cuantía", porque si ésta "se determinase por el valor del fallo, se presentaría en muchos casos el hecho de que el negocio se tramitase por un procedimiento que no es el propio".

Sobre este tema ha dicho ya la Corte en numerosas ocasiones, al fijar el alcance de la reforma introducida por el Decreto 528 de 1964 a la cuantía para que el recurso de casación pueda concederse:

"La disposición que regía anteriormente (artículo 86 del CPL, tal como fue modificado por el 9º del Decreto 1762 de 1956, para efectos del recurso de casación laboral no sólo fijaba una cuantía inferior a cuatro mil pesos ($ 4.000.00) sino que la refería al respectivo juicio ordinario, o sea al monto de la acción no al interés para recurrir (...). El nuevo sistema plantea situaciones distintas, porque el interés para recurrir en casación, si se trata de la parte demandante, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones pertinentes de la demanda que tengan siquiera un discutible respaldo probatorio en el proceso, y las decisiones de la sentencia que se habría de impugnar; mientras que si se trata de la parte demandada, la cuantía de ese interés no puede sobrepasar el monto de las condenas deducidas en la misma sentencia. Siendo, pues, las decisiones de ésta las que permiten fijar en guarismo concreto el interés económico de cada litigante para ir a casación, los cómputos respectivos deberán extenderse hasta la fecha de la providencia recurrida, y no, como antes, sólo hasta la presentación del libelo inicial o de su corrección".

En el caso ahora llegado a la consideración de esta Sala, habiendo el fallo condenado al opositor a pagar la cantidad de veintiséis mil ciento veintiún pesos ochenta centavos, es esta la cifra que representa el interés de dicha parte para ir a casación, pues que tal interés se concreta exclusivamente a obtener la revocación de esa condena; nada distinto de la absolución es lo que la parte vencida persigue con el recurso de este caso, y el interés, esto es, el provecho que al través del recurso puede ella alcanzar no excede, en cuanto a lo que puede ser materia de él, del monto de aquella condena. La norma reguladora respectiva no habla de interés en la litis, sino de interés para *recurrir*, lo que no puede dejar de tenerse en cuenta para aceptar el recurso o rehusar su admisión.

El Tribunal sentenciador ha entendido, sin embargo, que si para la fijación de aquel interés se computa no solamente el valor de la condena, sino también las costas, la cuantía correspondiente exceda en este caso de los treinta mil pesos establecidos en el artículo 59 del Decreto 528 de 1964.

No obstante, si se considera que la cuantía que la citada regla, artículo 59, Decreto 528 de 1964, determina debe representar, como ya se dijo, el interés que la parte tenga "para recurrir", se entiende fácilmente que debe reducirse o contraerse a lo que puede ser materia del recurso, o sea, a lo revisable por la Corte como Tribunal de casación, no de instancia, y las costas procesales no lo son. Reiterada e invariable ha sido la doctrina de esta Sala en el sentido de que lo decidido por el fallador de instancia respecto a costas no puede ser materia del recurso, y si no lo es, mal puede ser computado para completar el interés que permite intentarlo. Y todavía menos si se trata de honorarios profesionales aún no determinados por el Tribunal de instancia, pues en tales circunstancias se carece de todo fundamento para dar por establecido que con ellos se completa la cuantía fijada en la ley; poco importa para el efecto cuáles sean las tarifas acordadas por las corporaciones o asociaciones de abogados, pues que, por una parte, esas tarifas suelen no coincidir con los honorarios que señalan los jueces en consideración a factores que dependen del caso concreto y de circunstancias propias de cada juicio, y por otra, no es a aquellas asociaciones o corporaciones, sino a los jueces, a quienes la ley encomienda tasar las agencias en derecho en consideración a los factores a que se acaba de aludir.

Por lo cual NO SE ADMITE el recurso de casa-

ción interpuesto por la parte demandada contra el fallo de segunda instancia (Decreto 528 de 1964, artículos 59 y 64).

COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

El derecho a la pensión de jubilación se configura aún en el caso de que el tiempo trabajado corresponda a diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución.—Alcance del concepto laboral de "empresa" para los efectos de localizar el sujeto de la obligación en la demanda sobre pago de pensión jubilatoria.—Sustitución patronal.

1.—Las consideraciones que hace el Tribunal para llegar a la conclusión de que el servicio mediante distintos contratos de trabajo y con discontinuidad por esta razón, no determina respecto de la pensión de jubilación que se consagra en la disposición que entra a regir cuando el trabajador se halla prestando dicho servicio, "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", pecan sin duda de parquedad. Pero tal conclusión está de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que a su vez acogió fundamentalmente la del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo. La operancia de la disposición contenida en el artículo 16 del C.S. del T. en materia de situaciones a las cuales no puede aplicarse la ley nueva laboral no obstante el principio de su vigencia inmediata, toca en materia de pensiones jubilatorias con el concepto de la discontinuidad en el servicio aplicable a esta prestación específica, porque tanto la disposición de la ley 6ª de 1945 (literal c) del art. 14) como la del C. S. del T. consagra la pensión por el servicio continuo o discontinuo durante veinte años, para el caso general. Y la norma del último (art. 260) manda tomar en cuenta el tiempo trabajado tanto con posterioridad como con anterioridad a la vigencia de la misma. Entonces se requiere definir si para efectos de la pensión de jubilación la discontinuidad en los servicios, que no obsta para que el derecho llegue a configurarse cuando concurra la condición del tiempo trabajado, opera o no cuando se trata de servicios prestados en virtud de diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución. Ya se dijo que esta Sala acogió en términos esenciales la Jurisprudencia del antiguo Tribunal del Trabajo sobre este punto (sentencia del 23 de abril de 1952 y sentencia de 31 de octubre de 1957). El criterio señalado desde entonces no ha sido modificado por esta Sala, y no se encuentra razón para enmendarlo, sino, por el contrario, para ratificarlo en esta oportunidad. Se ha definido en esta sostenida jurisprudencia que por la naturaleza misma de la prestación, que atiende al desgaste ocasionado por el servicio prestado a una empresa durante veinte años o más y que determina que al cumplirse una edad límite (hoy 55 años en el varón y 50 en la mujer) el trabajador se supone incapacitado para continuar trabajando, el factor tiempo que genera el derecho no está sujeto a que el servicio se haya prestado o no con discontinuidad por interrupciones del trabajo originadas en distintos contratos laborales, porque tales interrupciones con este último carácter si bien pudieran definir o consumar situaciones relativas a otras prestaciones o derechos, que se definen con la determinación del contrato, no podían hacerle con la expectativa de pensión, que se consolida en derecho sólo cuando concurren los factores tiempo y edad que consagra la ley. Si el trabajador está al servicio de la empresa cuando rige la norma sobre pensión y concurren estos factores, así el tiempo sumado corresponda a distintos períodos de trabajo discontinuo dentro de diferentes contratos que al finalizar, determinaron la consumación de derechos como el de primas de servicio, vacaciones, auxilio de cesantía, ese tiempo genera el derecho a la pensión, sin que se contraríe el mandato del artículo 16 del C. S. del T.

2.—Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos. El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que genera el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producir-

se el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios o explotadores de una misma empresa es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generalización del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontinuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietarias de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servicio para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho y sea el momento de reconocerlo y pagarlo, o lo explote cuando llegue esta última oportunidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., ocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral de Decisión, resolvió en sentencia de segunda instancia el juicio ordinario de THOMAS P. SANCHEZ o BICENTO THOMAS PLANTIJN contra "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA". Esta sentencia fue recurrida en casación por la parte demandada, y su apoderado formuló en oportunidad la correspondiente demanda, a la cual se opuso el actor en el juicio.

LA DEMANDA.

El demandante en casación aspira, en el alcance fijado a la impugnación, a que la sentencia recurrida se case totalmente y a que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque la de primer grado y absuelva a la compañía demandada de todos los cargos de la demanda, o, en subsidio, que se confirme la sentencia de primera instancia.

Se apoya la impugnación en la causal primera de casación del artículo 87 del C. de P. L. y se concreta en tres cargos, que se estudian y deciden, en su orden, así:

Primer cargo.

Por medio de él se acusa la sentencia impugnada de violar de manera directa el artículo 16 del C. S. del T. en relación con el 260 ibidem, por interpretación errónea. La demostración del cargo se desarrolla conforme a la siguiente argumentación:

"Independientemente de las cuestiones de hecho; el sentenciador entiende el artículo 16 del Código en el sentido de que basta que un trabajador haya estado trabajando en una empresa cuando entró a regir la Ley 6ª de 1945 para que sus normas sobre jubilación se apliquen a los contratos de trabajo que habían fenecido y habían sido definitivamente liquidados ANTES (subraya la demanda) de la expedición de dicho estatuto. Ese entendimiento es evidentemente erróneo, pues la norma excluye de manera expresa las situaciones "definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", y es evidente también que los contratos de trabajo extinguidos y liquidados conforme a la Ley 10 de 1934, con el pago de la respectiva cesantía —como el de autos— crearon esas situaciones "definidas o consumadas" que no pueden ser afectadas por la nueva ley sin violar la propia Constitución Nacional".

El opositor hace referencia a sentencias de esta Sala en las cuales se ha tratado lo relativo al concepto de la "discontinuidad" en los servicios para efectos de la pensión jubilatoria, y concluye con la afirmación de que "la discontinuidad tiene importancia para la cesantía, mas no para la jubilación".

Se estudia el cargo.

Sobre este aspecto de las "situaciones definidas" con anterioridad a la Ley 6ª de 1945 que presenta el impugnador, el *ad-quem* expresó en su fallo (fl. 249): "El actor estaba vinculado a la empresa demandada desde que entró a regir la Ley 6ª de 1945 (febrero 19) por ello lo amparan las disposiciones sobre jubilación" porque las normas sobre trabajo por ser de orden público, producen efectos generales inmediatos, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que están vigentes o en curso en el

momento en que dichas normas empiecen a regir..." (art. 16 del C. S. del T.) Cuando entró a regir dicha ley no había adquirido todavía el derecho a la jubilación el demandante y que no tenía tiempo de servicio ni edad y por eso no afectaban situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores: la jubilación vino a nacer después".

Las consideraciones que hace el Tribunal para llegar a la conclusión de que el servicio mediante distintos contratos de trabajo y con discontinuidad por esta razón, no determina respecto de la pensión de jubilación que se consagra en la disposición que entra a regir cuando el trabajador se halla prestando dicho servicio, "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", pecan sin duda de parquedad. Pero tal conclusión está de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que a su vez acogió fundamentalmente la del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo. La operancia de la disposición contenida en el artículo 16 del C. S. del T. en materia de situaciones a las cuales no puede aplicarse la ley nueva laboral no obstante el principio de su vigencia inmediata, toca en materia de pensiones jubilatorias con el concepto de la discontinuidad en el servicio aplicable a esta prestación específica, porque tanto la disposición de la Ley 6ª de 1945 (literal c) del artículo 14 como la del C. S. del T. consagran la pensión por el servicio continuo o discontinuo durante veinte años, para el caso general. Y la norma del último (art. 260) manda tomar en cuenta el tiempo trabajado tanto con posterioridad como con anterioridad a la vigencia de la misma. Entonces se requiere definir si para efectos de la pensión de jubilación la discontinuidad en los servicios, que no obsta para que el derecho llegue a configurarse cuando concurra la condición de tiempo trabajado, opera o no cuando se trata de servicios prestados en virtud de diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución. Ya se dijo que esta Sala acogió en términos esenciales la jurisprudencia del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo sobre este punto, asentada a raíz de la decisión de un recurso de casación en que fueron partes precisamente la Compañía Frutera de Sevilla y un ex-trabajador suyo, el señor Gustavo Sumoza C. (sentencia de 23 de abril de 1952), y la acogió también para fallar un recurso de casación en que fueron partes la misma Compañía y el extrabajador Catalino Pachano (sentencia de treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y siete). El criterio señalado desde entonces no ha sido modificado por esta Sala, y no se encuentra razón para enmendarlo, sino, por el contrario, para ratificarlo en esta oportunidad. Se ha definido en esta sostenida jurisprudencia que por la naturaleza misma de la prestación, que atiende al desgaste ocasionado por el servicio prestado a una empresa durante veinte años o más y que determina que al cumplirse una edad límite (hoy 55 años en varón y 50 en la mujer) el trabajador se supone incapacitado para continuar trabajando, el factor tiempo que genera el derecho no está sujeto a que el servicio se haya prestado o no con discontinuidad por interrupciones del trabajo originadas en distintos contratos laborales porque tales interrupciones con este último carácter si bien pudieron definir o consumar situaciones relativas a otras prestaciones o derechos, que se definen con la terminación del contrato, no podían hacerle con la expectativa de pensión, que se consolida en derecho sólo cuando concurren los factores tiempo y edad que consagra la ley. Si el trabajador está al servicio de la empresa cuando rige la norma sobre pensión y concurren estos factores, así el tiempo sumado corresponda a distintos períodos de trabajo discontinuo dentro de diferentes contratos que al finalizar, determinaron la consumación de derechos como el de primas de servicios, vacaciones, auxilio de cesantía, ese tiempo genera el derecho a la pensión, sin que se contraríe el mandato del artículo 16 del C. S. del T.

Por esto, el *ad-quem* no ha incurrido en la errónea interpretación que el cargo le imputa, y éste, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo.

Se formula como "violación indirecta, por aplicación indebida del artículo 260 del C. S. del T., a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de las declaraciones de Abelardo Barrial (f. 131), Anselmo Otero (f. 132), Simeón Flórez (fl. 140), de las posiciones absueltas por el gerente de la sociedad demandada (fl. 72 a 75) y del acta de inspección ocular (fl. 79 a 80) y (104 a 125)".

El recurrente concreta los siguientes errores: "a). Dar por demostrado, sin estarlo, que las tres sociedades mencionadas explotaron sucesivamente una misma empresa; b). Dar por demostrado, sin estarlo, que el total del tiempo de servicios fue de 27 años y 3 meses; c). Dar por de-

mostrado, sin estarlo, que el último promedio de salario mensual fue de $ 236.51, y d). No dar por demostrado, estándolo, que el actor prestó sus servicios a la demandada por lo menos hasta el 31 de agosto de 1957".

La demostración de estos errores se presenta así:

"Basta releer las cuatro declaraciones que el sentenciador trata de resumir en su fallo, para ver cómo no son ni responsivas ni exactas, en cuanto a la pretendida unidad del negocio que explotan las tres sociedades. La declaración del gerente en posiciones es aún más explícita sobre la ninguna interrelación de esas tres sociedades, que COEXITEN, que están jurídicamente vivas las tres, y que por lo tanto no admite ninguna declaración de unidad, salvo mediante el procedimiento administrativo que el código señala. Y el indicio derivado de la conservación de las planillas por mi mandante, es a todas luces demasiado leve para llevar a la drástica declaración unitaria.

"Basta igualmente sumar los lapsos de días que aparecen en las planillas examinadas en la inspección ocular, para ver cómo la suma del tiempo que hizo el sentenciador es gravemente equivocada. Equivocación que, como es obvio, se refleja en el promedio de salarios arbitrariamente tomado para proferir la condena concreta.

"Por último, llega el error hasta condenar al pago de la pensión "a partir del 28 de enero de 1957", cuando en la demanda se afirma que el actor trabajó hasta "noviembre de 1957", confesión judicial que se dejó de apreciar (con lo cual adicionó las pruebas singularizadas en el cargo), y cuando en el acta de inspección ocular se observa que el actor aparece devengando salarios y trabajando todo el año de 1957, por lo menos hasta agosto".

Por su parte el opositor presenta el siguiente argumento en favor de la tesis de la sustitución patronal como base para determinar el derecho del trabajador a la pensión jubilatoria:

"Tanto el *a-quo* como el *ad-quem*, en sus sentencias llegaron a la conclusión, necesariamente, por las múltiples pruebas que obran en el expediente que el fenómeno de la sustitución de patronos se operó en forma completa y absoluta cuando la primera compañía vendió o cedió sus intereses a la Magdalena Fruit Company y ésta a su vez a la Frutera de Sevilla. Esto lo confiesa el gerente de la demandada en las posiciones... Conclusión: el contrato de trabajo del actor fue uno solo porque las sustituciones no operan legalmente la terminación de los contratos de trabajo de los servidores de estas compañías". Luego el opositor expresa que se hallan demostrados la unidad de empresa, el salario y el tiempo servido, este último sólo hasta enero de 1957, y que en consecuencia carecen de fundamento los argumentos para demostrar los presuntos errores del sentenciador sobre los tres aspectos anotados.

Se estudia el cargo:

En la parte motiva del fallo acusado, el *ad-quem* analiza en la forma siguiente el punto relacionado con la llamada "unidad de empresa": "De las declaraciones de testigos anteriores y de las posiciones del señor gerente se llega a la conclusión de que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla han tenido el mismo negocio, el mismo personal de empleados; que el cambio solamente ha sido de nombre o razón social; que ha continuado el mismo género de negocios y la misma actividad comercial; que se han traspasado sus bienes e intereses; que han estado dedicadas al cultivo, compra y exportación de bananos; y que las mercancías importadas las han vendido a sus trabajadores y también al público en general. Y todo esto queda confirmado con la conservación de las planillas de los trabajadores de las empresas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company por parte de la empresa demandada, según obligación que le impone el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo o sea que la empresa obligada al pago de jubilación debe conservar en sus archivos las mencionadas planillas".

"No ha sufrido variación esencial el giro de las actividades o negocios de estas empresas; se han sustituído las tres sociedades de una manera normal explotando la empresa del mismo modo que lo hizo la primera (United Fruit Company), por lo cual puede decirse que hay comunidad de la relación de trabajo".

"Las operaciones que se dejan expuestas dejan ver que la Compañía Frutera de Sevilla está obligada a pagar las prestaciones sociales a los trabajadores de la United Fruit Company y la Magdalena Fruit Company en lo que respecta a jubilación".

El acusador considera que la conclusión de que las tres compañías (United Fruit Company,

Magdalena Fruit Company y Compañía Frutera de Sevilla) explotaron sucesivamente una misma empresa, es errada, y que el error se originó en la equivocada apreciación de las declaraciones de los testigos Barrial, Otero, Rojas y Flórez, así como de la absolución de posiciones del gerente de la Compañía demandada en el juicio y el indicio constituído por la conservación de las planillas por esta última Compañía, en donde figuran los servicios del actor en juicio prestados a ésta y a la "United" y la "Magdalena". Dice que los testimonios no son responsivos sobre el punto de la identidad de empresa y que de lo expresado por el gerente puede deducirse la ninguna "interrelación de las tres sociedades, que coexisten, que están jurídicamente vivas las tres, y que por lo tanto no admiten ninguna declaración de unidad, salvo mediante el procedimiento administrativo que el Código señala".

En los testimonios de los declarantes que menciona el impugnador, se halla lo siguiente:

Abelardo Barrial (fls. 131 y 132), quien fue trabajador de la United Fruit Company de 1926 a 1932, dice que "ella (la United) se dedicaba a la exportación de banano; después, sin estar trabajando allí, conocí a la Magdalena Fruit Company y después a la Frutera de Sevilla, en los mismos negocios y con el mismo personal" y agrega: "Yo no tengo ningún conocimiento legal sobre ese asunto (unidad de empresa) solamente que he visto que son los mismos empleados que he conocido desde que fue la United Fruit Company; y también en todas las actividades de la Compañía ha quedado lo mismo". El testigo Anselmo Otero (fl. 133) apenas dice sobre el punto: "Yo creo que debe ser la misma compañía, porque esa compañía no se ha trasladado a ninguna parte, sólo ha cambiado de nombre". Simeón Rojas (fl. 135), quien dice haber servido como bracero de los muelles a las tres compañías, declara: "Yo conocí primero a la United Fruit Company, después a la Magdalena Fruit Company y por último a la Compañía Frutera de Sevilla; éstas son una misma empresa; una a otra se han traspasado sus bienes e intereses; ellas han continuado con el mismo giro de negocios, las mismas cosas y los mismos empleados. Yo como trabajador que he sido de la compañía he visto que tienen el mismo negocio las tres, y yo he trabajado también con las tres en las mismas condiciones, en la misma actividad". Finalmente, Manuel Flórez (fls. 140 y 141), quien declara haber servido a las nombradas tres compañías desde 1912 hasta 1952, dice: "Considero que sí es la misma empresa, porque en la misma oficina de la compañía se contabilizaban los mismos empleados, las cuentas de las tres compañías mencionadas, enviaba "a Bostón esos mismos reportes de las tres compañías, con el mismo personal; en cuanto al giro del negocio el mismo, el banano, la ganadería". Y al preguntársele si las tres compañías exportaban el banano conjunta o sucesivamente, contestó: "Conjuntamente nunca, pero la Magdalena Fruit Company continuaba embarcando después de la United Fruit Company, y la Compañía Frutera de Sevilla continuaba sus embarques después de la United Fruit Company, esto es, la una iba reemplazando a la otra en la exportación del banano". Después explica que en el período de 1940 a 1945 no hubo exportación de banano y que no sabe si los cultivos en sus fincas de la Zona Bananera se mantuvieron o no.

Los anteriores testimonios, dentro de la simplicidad y en ocasiones impropiedad conceptual derivadas de la condición misma de los deponentes, establecen nítidamente el fenómeno objetivo y sencillo de que la "United Fruit Company", la "Magdalena Fruit Company" y la "Compañía Frutera de Sevilla" se vincularon en forma sucesiva, con la sola circunstancia especial de la suspensión en la exportación de banano durante algunos años, a una misma unidad de explotación económica, en sus actividades esenciales por lo menos. Y si a esta demostración se agrega lo expresado por el señor gerente de la Compañía Frutera de Sevilla en la absolución de posiciones, en el sentido de que "es cierto que la Magdalena Fruit Company compró bienes de la United Fruit Company en 1934 y que la Frutera de Sevilla compró bienes a la Magdalena Fruit Company, en 1947, y cada una de estas tres compañías se dedicaban al cultivo, la compra y la exportación de bananos y en menor escala la ganadería" (respuesta 11, fl. 75) y la conservación en las oficinas de la Compañía Frutera de Sevilla de los archivos de las tres compañías, como cumplimiento del mandato del artículo 264 del C. S. del T., no hay duda de que las sociedades nombradas estuvieron sucesivamente vinculadas en una misma unidad de explotación económica, que conforme a la definición del artículo 149 del C. S. del T. en su inciso primero corresponde al concepto laboral de empresa. En esta conclusión, pues, el Tribunal no ha incurrido en ningún error derivado de la equivocada apreciación de los elementos probatorios que se ha examinado.

Ahora bien. Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos. El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que generan el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio, y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producirse el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios y explotadores de una misma empresa, es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generación del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontinuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietaria de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servicio para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho y sea el momento de reconocerlo y pagarlo, o lo explote cuando llegue esta última oportunidad.

Así, pues, en el caso estudiado la identidad en la unidad de explotación económica a que atendieron las tres compañías está claramente establecida, y el sujeto de la obligación, la Compañía Frutera de Sevilla, demandada en el juicio, igualmente se halla localizado sin lugar a dudas. El ataque de la sentencia del *ad-quem* por este aspecto no tiene fundamento.

El error señalado en el literal b) del cargo sobre tiempo admitido por el *ad-quem* tanto como por el *a-quo*, como servido por el actor en el juicio, lo encuentra el acusador en que al sumar el tiempo servido por el trabajador de acuerdo con las planillas halladas en la inspección ocular (fls. 79 a 80 y 104 a 125), no se llega a los veintisiete años y tres meses que se indican a los fallos de instancia, sino a un número de años inferior.

Efectivamente, la única prueba completa sobre tiempo servido por el ex-trabajador es la constituída por la inspección ocular, la cual sólo puede complementarse con la comunicación tácitamente reconocida que obra al fl. 9 del cuaderno principal. De estas pruebas se deriva, haciendo una suma de meses, días y horas, un tiempo total servido de veintiún años, nueve meses y cuatro días. Aparece así demostrado el error que se anota. Pero de todas maneras el tiempo para la jubilación está establecido y este error no conduce entonces a la violación de las normas que se estiman quebrantadas en la acusación.

En lo relativo a la fecha de terminación del último contrato de trabajo, el *ad-quem* tomó en cuenta aquella en que presumiblemente por la respuesta de la compañía que se ve al folio 9, el ex-trabajador formuló su petición. Como en tal documento se hace referencia a la solicitud y está fechado en enero, el fallador presume que ésta se elevó en dicho mes y que entonces ya el peticionario no se encontraba al servicio de la compañía. Pero ocurre que tanto en las planillas que se tuvieron presentes en la inspección ocular como en la demanda misma, figura una fecha de retiro muy posterior. Así, según la diligencia de inspección ocular (fl. 125), el trabajador recibió salarios hasta el mes de agosto, inclusive, de 1957, y según la demanda, hecho 5º (fl. 3), hasta el mes de noviembre de ese año. Ante estos elementos probatorios, hay un evidente error en la presunción del *ad-quem* sobre la fecha de retiro, porque la solicitud de pensión bien pudo formularse sin que éste se hubiese cumplido, y en cambio, está la propia confesión contenida en la demanda sobre este punto, a la cual hay que darle su pleno valor, porque en el curso del juicio el actor no intentó ninguna rectificación a este aserto. Debe, pues, partirse, pa-

ra el pago de la pensión del impugnador, desde el mes de diciembre inclusive, de mil novecientos cincuenta y siete, y así habrá de disponerse en fallo de instancia, al prosperar el cargo en este aspecto.

Sobre la fecha de terminación del contrato de trabajo así establecida, y descontando el excedente de veinte años al tiempo total servido, se tiene que el derecho a la pensión se consolidó el veintiséis de enero de mil novecientos cincuenta y seis y el salario base para la liquidación debe ser el promedio de lo devengado entre enero 27 de 1955 y enero 26 de 1957. Tal salario se halla en la diligencia de inspección ocular y resulta de doscientos setenta y ocho pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 278.58). Con base en él, la pensión resultaría de doscientos ocho pesos con noventa y tres centavos ($ 208.93). Esta suma, como se ve, es muy superior a la de la condena del *ad-quem*. Pero como el trabajador no interpuso recurso de casación, no puede mejorar su situación jurídica y habrá de mantenerse la cuantía fijada por el Tribunal, con la sola modificación de la fecha desde la cual debe ser pagada la pensión. Está, pues, demostrado el error relativo a la cuantía del salario admitida por el *ad-quem*, pero por lo dicho, tal error no puede producir efecto en quiebra del fallo acusado.

De conformidad con lo visto, el cargo sólo prospera en lo relativo a la fecha de iniciación de pago, y en fallo de instancia se dispondrá de acuerdo con esta circunstancia.

Tercer cargo.

A través de este cargo, que se formula como subsidiario del segundo, se acusa la sentencia de violar en forma indirecta, por aplicación indebida, los artículos 260 y 262 del C. S. del T., "como consecuencia de evidente error de hecho consistente en no dar por demostrado, estándolo, que el actor trabajó para la demandada y devengó salarios de ella desde el 1º de enero de 1957 hasta el 31 de agosto o hasta noviembre del mismo año, y que la demanda se presentó el 1º de noviembre de 1958, error proveniente de una apreciación equivocada del acta de inspección ocular de fs. 79 a 80 y 104 a 125, y de la propia demanda inicial, y de falta de apreciación de la nota de presentación de dicha demanda, así como de la errónea apreciación del documento de f. 9".

El recurrente estima que, como consecuencia de este error, la compañía demandada fue condenada a pagar pensión vitalicia de jubilación a partir del 27 de enero de 1957.

Se estudia el cargo.

No sólo la formulación subsidiaria del cargo, sino la circunstancia de que el punto ya fue resuelto al decidir el cargo anterior, que en el aspecto de la fecha de iniciación del pago de la pensión prosperó, relevan a la Sala del estudio detenido de la acusación que él contiene.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA.

Ya se vio al estudiar el segundo cargo que los errores probatorios que se indican en los literales b), c) y d) del mismo se hallan demostrados, pero sólo el error consiste en la aceptación por el *ad-quem* de una fecha de terminación del contrato de trabajo no demostrada y la no consideración de la confesada por el actor en el juicio, da lugar al quebrantamiento de las normas sustantivas contenidas en los artículos 260 y 262 del C. S. del T., este último aún vigente para el caso. Dado que el trabajador solicitó el reconocimiento de la pensión jubilatoria en enero de 1957 y sólo se retiró del servicio de la compañía en noviembre, la pensión debe reconocerse y pagarse a partir del mes de diciembre, inclusive, de ese año, cuando ya el trabajador quedó fuera del servicio, y así habrá de disponerse, con lo cual se modificará en este aspecto el fallo del *a-quo*.

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 recurrida, en cuanto condenó a la Compañía Frutera de Sevilla al pago de pensión jubilatoria a favor de THOMAS SANCHEZ o BICENTO THOMAS PLANTIJN a partir del veintiocho (28) de enero de mil novecientos cincuenta y siete (1957) y, actuando como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

El punto 1º del fallo de primera instancia quedará así:

CONDENASE a la "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA", representada por el señor J. R. Strange, a pagar al señor THOMAS SANCHEZ

o BICENTO THOMAS PANTIJN, una pensión de jubilación de CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS ($ 177.78) MENSUALES, a partir del primero (1º) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957). NO SE CASA en lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONDENA POR COSTAS

Aplicación del art. 537 ibidem del Código Judicial relativo al pago de costas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre diez de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

En el juicio incoado por LUIS ALBERTO TORRES R. contra la "EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E.", el apoderado judicial de ésta solicita aclaración del fallo proferido por la Corte en 30 de agosto de 1966, "en cuanto se refiere a las costas a que allí se condena a la Empresa que he venido apoderando en el juicio de la referencia".

Para el efecto, cita y transcribe los artículos 576 del Código Judicial y 3º del Decreto número 3.300 de 1954, acompañando un ejemplar autenticado del Acuerdo número 105 de 1955 para acreditar el carácter de establecimiento público descentralizado, de origen municipal, que tiene la referida empresa, por lo cual —sostiene— no puede ser condenada en costas de acuerdo con las normas en cuestión.

Para resolver, se considera:

Según el artículo 482 del C. J., aplicable a los juicios del trabajo en razón del artículo 145 del C. P. L., "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o Tribunal que la ha pronunciado aunque "pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda".

En el presente caso no encuentra la Sala que el concepto o frase referente a las "costas a cargo de la entidad recurrente" sea susceptible de un entendimiento distinto del de que las costas regladas por el Capítulo II del Título XVI del C. J., en relación con el artículo 537 ibidem, deben ser pagadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E., "entidad administrativa autónoma, con personería jurídica independiente y patrimonio propio. . ., establecimiento público separado del Distrito e independiente de éste" (Acuerdo 105 de 1955, art. 49º), y no por el Distrito Especial de Bogotá, persona distinta que no fue parte en el proceso.

Por lo tanto, es improcedente la aclaración solicitada.

NOTIFIQUESE, COPIESE E INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL.*

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR MORA

La aplicación del art. 65 del C. S. del T. es de carácter indemnizatoria y por lo tanto, si no se reclama en la demanda resultaría "extra-petita" y de acuerdo con el art. 50 del C.P.L. la facultad de proferir condenaciones de esta naturaleza es privativa del juez de primera instancia, ejercida por el ad-quem resultaría abusiva e ilegal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

En el memorial que antecede, el apoderado de ALEJANDRO NEIRA MARTINEZ en el juicio ordinario laboral adelantado por éste contra la MADIGAN HYLAND SOUTH AMERICAN CORPORATION pide reposición de la providencia en que la Sala, decidiendo el respectivo recurso de hecho, declaró bien denegado el de casación interpuesto por el mismo apoderado contra la sentencia de segunda instancia.

Nada hay que agregar a lo expuesto en aquella providencia sobre la cuantía concreta de la acción intentada, pues el propio recurrente ya no insiste enfáticamente en que la indemnización por mora en el pago haya sido objeto de una súplica expresa dentro del libelo inicial del juicio. Más bien él trata ahora de reforzar sus argumentos anteriores referentes a la aplicación oficiosa e ineludible del artículo 65 del C. S. T. pues —sostiene— "siendo una disposición de carácter penal, que consagra una verdadera pena o sanción, es además de orden público, por lo que... no se requiere que alguna de las partes en litigio pida expresamente su aplicación".

Sin desconocer el aspecto en cierta manera punitivo de la norma invocada, tampoco puede olvidarse que el legislador la califica de indemnizatoria, y su aplicación, de todos modos, cuando no se haya reclamado en la demanda, resultará "extra-petita". Ahora bien, conforme al artículo 50 del C. P. L., la facultad de proferir condenaciones de esa clase es privativa "del juez de primera instancia", de donde su hipotético ejercicio por el *ad-quem* sería abusivo e ilegal. Sobre tal supuesto no puede edificarse el cálculo numérico a que aspira el recurrente.

En consecuencia, no se accede a la reposición solicitada.

NOTIFIQUESE, COPIESE E INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL.*

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COL
BIBLIOTE
Corte Suprema de

Contrato en prueba.—Características según art. 80 C.S. del T.—Incompatibilidad en el planteamiento del cargo principal, por aplicación indebida y subsidiario por infracción directa del artículo 64 del C.S. del T.—La ausencia en período de prueba del trabajador, sin justa causa comprobada es causa suficiente, para poner fin al contrato.—El abandono del puesto constituye manifestación unilateral de cancelación del convenio que no requiere ninguna modificación adicional del patrono.

Conforme al artículo 80 del C.S. del T. la característica esencial del contrato en período de prueba es la posibilidad de su terminación intempestiva, súbita, "sin previo aviso", a voluntad de cualquiera de las partes, precisamente porque el objeto de esa "etapa inicial", de puro ensayo o experimentación preliminar, es del conocimiento recíproco de los contratantes en relación con la labor futura, para que decidan a sabiendas si desatan el vínculo o lo anudan en firme (artículo 76 ibidem). Tanto que la fragilidad típica del contrato en prueba explica su omisión por el legislador al enumerar los eventos legales de resiliación (art. 61 literal g) y permite exceptuarlo del ordenamiento general prescrito en el artículo 66 del Código para situaciones ya consolidadas.

Además, el contrato en prueba es, aunque provisorio, "por tiempo determinado" (artículos 77, 78 y 79); de donde su prórroga, o más exactamente su reanudación en firme, queda gobernada por el artículo 49 del estatuto, que la condiciona al hecho de la continuación de los "servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito", como se reiteró por estipulación explícita en el contrato de autos y lo arguyen los falladores de instancia, sin réplica del recurrente.

Cuando el trabajador en período de prueba se ausenta del servicio desde antes de la fecha en que haya de vencerse dicho período, sin justa causa comprobada, y prolonga su ausencia hasta varios días después, aquel solo hecho basta para ponerle fin al contrato; porque el abandono del puesto constituye también una manifestación de la voluntad unilateral de cancelar el convenio, cuya eficacia extintiva dentro del plazo de prueba no requiere la conformidad del patrono ni ninguna notificación adicional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral).

MANUEL VICENTE ALVAREZ DE CASTRO demandó a la entidad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA", a fin de que, mediante juicio ordinario laboral, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que la sociedad demandada terminó el contrato de trabajo, que la vinculaba con mi mandante, el día 26 de mayo del año en curso;

"b) Que dicha terminación, ilegal e injusta, obliga a la sociedad demandada a indemnizar a mi mandante los perjuicios que con tal terminación se le ocasionaron;

"c) Que la sociedad demandada adeuda a mi mandante, desde la fecha de la terminación de su contrato de trabajo, las siguientes cantidades de dinero:

"1.—Por concepto de 2/3 de salario en el día 25 de mayo/59	35.54
"2.—Por concepto de salario durante el día 26 de mayo/59	53.33
"3.—Por concepto de auxilio de cesantía en los días 25 y 26 de mayo de 1959	8.88
"4.—Por concepto de lucro cesante, el salario comprendido entre el 27 de mayo de 1959 y el 23 de septiembre de este mismo año, fecha de vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo ilegalmente roto	6.292.94

"5.—Por concepto de daño emergente, el valor de la prima de ser-

vicios que mi mandante habría recibido, de no ocurrir la ruptura ilegal de su contrato 800.00

"6.—Por concepto de daño emergente, el valor del auxilio de cesantía por el lapso comprendido entre el 27 de mayo y el 23 de septiembre de 1959, ambos inclusive, que mi mandante habría recibido de no mediar la ruptura aludida 523.92

7.—Las demás sumas que el señor juez considere, de acuerdo con los hechos demostrados en el juicio, que la sociedad demandada pueda adeudar a mi mandante.

"d) Que la sociedad demandada debe ser condenada, como en efecto pido que lo sea, a pagar a mi mandante las sumas reclamadas".

Como hechos de la demanda determinó los siguientes:

"1º Entre la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" y MANUEL VIGENTE ALVAREZ CASTRO se celebró un contrato de trabajo con fecha 24 de marzo del año en curso (1959).

"2º El salario pactado fue la cantidad de UN MIL SEISCIENTOS PESOS mensuales.

"3º El lapso inicial de dos meses se pactó como período de prueba.

"4º El período de prueba, así pactado, venció el día 23 de mayo de 1959.

"5º Mi mandante fue despedido, en forma ilegal, alegando vencimiento del período de prueba, mediante comunicación de la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA.", recibida por él el día 26 de mayo de 1959.

"6º Mi mandante dejó de asistir a su trabajo por encontrarse enfermo, de lo cual dio oportuno aviso a la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA.", durante los días 21, 22, 23, 24 y 25 de mayo de 1959.

"7º Los socios de la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA.", por conducto de uno de ellos, habían expresado a mi mandante, con fecha 19 de mayo de 1959, que le ratificaban su confianza y que continuaría en el desempeño de su cargo con posterioridad al vencimiento de su período de prueba.

"8º El día 24 de mayo de 1959 quedó en firme el contrato de trabajo, por el término presuntivo legal que se inició el 24 de marzo de 1959.

"9º El día 26 de mayo de 1959, fecha en la cual se enteró mi mandante de que se le despedía y en la que, por lo tanto, quedó despedido, estaba en plena vigencia el contrato de trabajo.

"10º Mi mandante ha sufrido, con el despido ilegal de que fue víctima, perjuicios materiales y morales.

"11º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA." liquidó a mi mandante, por auxilio de cesantía, la suma de $ 273.11, que mi mandante recibió y que equivalen, sobre la base del salario de mi mandante, al auxilio de cesantía por dos meses y *un día* de servicios.

"12º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" no ha pagado a mi mandante, hasta la hecha, el valor del auxilio monetario por incapacidad producida por enfermedad no profesional, correspondiente al día 25 de mayo de 1959.

"13º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" no ha pagado a mi mandante, hasta la fecha, el valor de su salario por el día 26 de mayo de 1959, fecha en la cual fue despedido.

"14º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" no ha pagado a mi mandante, hasta la fecha, el valor del auxilio de cesantía a que tiene derecho por los días 25 y 26 de mayo de 1959".

La demandada negó todos los hechos de la demanda y propuso excepciones.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia que absolvió a la parte demandada de todas las peticiones contenidas en la demanda.

La parte vencida apeló del fallo anterior, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Casación Laboral, resolvió el recurso, confirmando en todas sus partes la sentencia de primer grado.

Contra la decisión del Tribunal, Manuel Vicente Alvarez ha interpuesto el recurso de casación sustentándolo en dos cargos que se estudiarán conjuntamente.

El alcance de la impugnación lo fija el demandante en los siguientes términos:

"Pretendo que la Honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto, por su numeral 1º, absolvió a Importaciones Veterinarias Limitada de pagar a mi mandante la suma de $ 6.292.94 por concepto de lucro cesante, y que, en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, revoque la de primer grado en cuanto, por su numeral 1º, absolvió igualmente a la parte demandada de pagar al actor la misma suma por el mismo concepto y la condene a pagar a éste la cantidad de $ 6.292.94, a título de lucro cesante".

PRIMER CARGO.

El fallo impugnado violó, por aplicación indebida, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 76 ibidem, 3º del Decreto 617 de 1954 (que modificó el 80 del Código Sustantivo del Trabajo), 61 literal g) del Código Sustantivo del Trabajo, 1º del Decreto 616 de 1954 (que sustituyó al 48 del Código Sustantivo del Trabajo) y 62 y 63 de este último Estatuto.

Para demostrar el cargo manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

Son hechos indiscutidos en el juicio: Que las partes celebraron contrato escrito de trabajo, en el cual se pactó un sueldo mensual de $ 1.600.00 y un período de prueba de dos meses; que tal período de prueba vencía el 23 de mayo de 1959; que el 22 de mayo la demandada elaboró una carta diciendo al actor que, en vista de que su período de prueba vencía el 24 del mismo mes, le comunica que ha resuelto dar por terminado su contrato de trabajo; que ese mismo día la demandada efectuó la liquidación de prestaciones y salarios del actual demandante, hasta el 24 de mayo, inclusive; que la intención de la Compañía demandada fue que el actor no continuara a su servicio una vez finalizado el período de prueba; que el actor, por razones no esclarecidas en el juicio, dejó de concurrir a su trabajo desde el 21 de mayo, fecha en que la Compañía no pudo localizarlo; que por las anteriores razones la Compañía no dio a conocer al actor el contenido de la carta de fecha 22 de mayo antedicha, ni en ese día ni en los días 23, 24 y 25 subsiguientes; que el día 26 de mayo la Compañía entregó al actor la carta de despido y el cheque correspondiente a la liquidación ya efectuada de sus salarios y prestaciones sociales.

Concluye el impugnador así:

"Sobre estos hechos, que, se repite, no se discuten, el sentenciador, para fundar su decisión absolutoria del lucro cesante, construyó una teoría, no totalmente explícita, que se puede sintetizar así:

"No obstante que la Compañía demandada creyó, en forma equivocada, que el período de prueba vencía el 24 de mayo de 1959, y no el 23 inmediatamente anterior, y no obstante, también, que la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo sólo se le hizo conocer al actor el día 26 de mayo subsiguiente, como: a) "La empresa tuvo la intención de que vencido el período de prueba el demandante no continuara laborando" a su servicio; y b) El actor "no volvió a concurrir al trabajo, desde el 21 del mes en que se terminaba el período de prueba y sin demostrar la causal que tuvo para no asistir a la oficina", el despido de éste se produjo por aquélla dentro del período de prueba de su contrato de trabajo y, de consiguiente, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 617 de 1954, es decir, en forma legal.

"Por donde bien se ve que dejó de aplicar, por no considerarlos pertinentes, el literal g) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 1º del Decreto 616 de 1954, los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo y, fundamentalmente, el artículo 64 *ibidem*, que es el que consagra el derecho sustantivo laboral reclamado por el actor.

"Mas la teoría del sentenciador que se ha dejado expuesta, no consulta las reglas de la hermenéutica jurídica. En efecto, de los hechos no discutidos del juicio lo único que realmente se desprende es que el despido del actor lo produjo la sociedad demandada después de haber finalizado el período de prueba del contrato de trabajo que la ligaba con éste. Porque, de una parte, la intención de despedir no se puede equiparar al despido, que sólo se realiza y produce efectos cuando se le hace conocer al trabajador la decisión unilateral del patrono, y, de otra, porque la imposibilidad de notificar el despido al trabajador dentro de determinado lapso, por causas imputables o no al mismo, carece de virtud para retrotraer a dicho lapso la manifestación de una decisión unilateral verificada con posterioridad a su vencimiento.

"En consecuencia, como el despido del actor no se produjo en conformidad con el artículo 3º

del Decreto 617 de 1954, el sentenciador ha debido examinar tal despido a la luz del literal g) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo y de las normas concordantes a que este literal remite. De haberlo hecho así, habría concluído, indefectiblemente, en que la terminación unilateral del contrato de trabajo del actor se hizo en forma ilegal, ya que, de acuerdo con el artículo 76 del Estatuto referido, dicho contrato había rebasado ya su etapa inicial y se regía por sus normas generales. Y habría aplicado el inciso 2º del artículo 64 del mismo Código y condenado a la Compañía demandada a pagar al actor la cantidad de $ 6.292.94, a título de lucro cesante".

La empresa formuló oportunamente su oposición.

Se considera:

El planteamiento del cargo principal, por aplicación indebida del artículo 64 del C. S. T. (al igual que el del subsidiario, por infracción directa del mismo precepto), no es compatible con el método utilizado por el recurrente para sustentar la impugnación, pues enfrenta una supuesta "teoría, no totalmente explícita", del Tribunal a otras que el casacionista reputa más acordes con "la hermenéutica jurídica", lo cual es propio de los ataques por interpretación errónea de las normas legales.

"La infracción directa, la aplicación indebida y la errónea interpretación —tiene dicho la jurisprudencia laboral son formas de violación legal que responden a diversos conceptos. Por la infracción directa sufre impacto abierto el texto claro de una ley que, al decidir, no se le tiene en cuenta; por la aplicación indebida puede aplicarse la ley a un hecho probado pero no regulado por ella o que no ha ocurrido; a la errada interpretación se llega por el equivocado concepto que se tenga de la ley al ser susceptible de diversas interpretaciones, independientemente de toda cuestión de hecho". (G. del T., T. VIII, pg. 335, sent. de 3 de julio de 1952).

En el caso *sub-lite*, el sentenciador no ignora la existencia del artículo 64 citado, sobre indemnización del lucro cesante a cargo del patrono que rompe ilegalmente el contrato de trabajo, ni se rebela abiertamente contra su ordenamiento; sino que lo declara inaplicable porque estima legal la extinción del contrato en período de prueba entre Manuel Vicente Alvarez de Castro e "Importaciones Veterinarias Limitada", de acuerdo con la interpretación que hace de los artículos 49, 76, 77, 78, 79 y 80 y con los hechos acreditados en el proceso.

Bastaría la aludida incongruencia en la formulación de los reparos, para desestimarlos. Pero conviene a los fines de la unificación jurisprudencial suponer el cargo por interpretación errónea y estudiar más a fondo el fenómeno.

Son tres los argumentos capitales de la providencia impugnada:

1º—"Con fecha 22 de mayo del presente año, el gerente de la demandada dio por terminado el contrato por terminación del período de prueba mediante comunicación visible a folio 17.

2º—"Se afirma en la demanda que el contrato de trabajo terminaba el 23 de mayo del presente año y que la sociedad le liquidó la cantidad de $ 273.11 por cesantía que corresponde a 2 meses y 1 día. Por lo tanto los efectos del contrato en período de prueba se convirtió en uno regulado por las normas generales del contrato de trabajo.

"..... .....

"Si bien es verdad que de conformidad con la documental de fol. 17 fechada el 22 de mayo de 1959, la sociedad demandada le manifiesta al demandante que su período de prueba se cumplía el 24 de los mismos mes y año, no obstante que vencía era el 23, lo evidente es que la voluntad del patrono fue la de que terminada la prueba, no estaba resuelto a que el contrato de trabajo continuara con Alvarez de Castro. Tan cierto es que la empresa tuvo la intención de que vencido el período de prueba el demandante no continuara laborando, que la carta de que se da cuenta fue expedida desde el 22. Además el hecho de que se le hubieran liquidado prestaciones y le hubieran pagado el valor de los salarios comprendidos hasta el 24, tiene su explicación si se considera que ese día fue domingo y que en virtud de que el demandante alcanzó a trabajar el miércoles de la misma semana la empresa resolvió reconocérsela en su totalidad.

3º—"Además debe tenerse en cuenta que Alvarez no volvió a concurrir al trabajo, desde el 21 del mes en que se terminaba el período de prueba y sin demostrar la causal que tuvo para no asistir a la oficina. Por tanto mal podían causarse salarios en esos días y mucho menos prestaciones el 25 y el 26, porque, se repite, está

probado que la voluntad del patrono fue la de terminar la relación contractual, al vencimiento del término de prueba".

Obsérvese que al expresar lo anterior, el Tribunal estaba motivando la confirmación o prohijamiento de un fallo donde el *a-quo* había dicho:

"El contrato celebrado entre las partes estipuló claramente que si cumplidos los dos meses del período de prueba el trabajador continuare prestando servicios a la sociedad, la duración y otras modalidades del contrato se entenderían regidas por las normas legales. Es indudable que el trabajador no continuó prestando servicios a la empresa, con el expreso o tácito consentimiento de ésta, puesto que el día 26 de mayo, cuando concurrió nuevamente a las oficinas, fue notificado del despido y recibió el monto de los salarios y prestaciones adeudadas. Como el demandante no ha probado que su inasistencia al lugar del trabajo se debió efectivamente a enfermedad, es forzoso concluír que incumplió su obligación de asistir y prestar servicios, y que por ello la falta de notificación oportuna del despido se debió a su propia culpa, que imposibilitó a la empresa para cumplir debidamente ese requisito.

"....

"Fuera que el trabajador hubiese estado efectivamente incapacitado, o que culposamente hubiese dejado de asistir al lugar de trabajo y de cumplir sus obligaciones, no puede decirse que el trabajador prestó servicios durante los días 24 y 25 de mayo de 1959, y como el contrato estipuló que si vencido el período de prueba el trabajador continuare prestando servicios, el contrato se entendería regulado por las normas legales, es claro que no puede entenderse que el contrato con término presuntivo de duración, se inició el día 24 de mayo, ya que, se repite, no hubo prestación de servicios a partir de la fecha de expiración del período de prueba. Y ello es así aunque en la liquidación y pago de salarios y prestaciones sociales se hubiese incluído lo correspondiente al día 24 de mayo, siendo así que los dos meses del período de prueba vencían al terminar el día 23 de mayo".

Del razonamiento completo, así integrado, no resulta la tesis que el recurrente le atribuye al sentenciador, según la cual se puede equiparar al despido la simple intención de despedir cuando no se comunique al trabajador por culpa de éste, y la ausencia injustificada del asalariado prolonga hasta su regreso el período de prueba, aún sobrepasando el límite de duración legal. Más bien lo que al parecer sostiene el Tribunal, pese a ciertas impropiedades del estilo, es que el contrato de trabajo en prueba se extingue al vencimiento del respectivo período si la labor no se reanuda ni un solo momento después con la aquiescencia del patrono, inclusive en caso de que haya habido la intención de despedir al trabajador sin podérsele comunicar oportunamente por culpa suya.

Y esta teoría jurídica es menos vulnerable que la supuesta por el acusador. Pues conforme al artículo 80 del C. S. T. la característica esencial del contrato en período de prueba es la posibilidad de su terminación intempestiva, súbita, "sin previo aviso", a voluntad de cualquiera de las partes, precisamente porque el objeto de esa "etapa inicial", de puro ensayo o experimentación preliminar, es el conocimiento recíproco de los contratantes en relación con la labor futura, para que decidan a sabiendas si desatan el vínculo o lo anudan en firme (art. 76 ibidem). Tanto que la fragilidad típica del contrato en prueba explica su omisión por el legislador al aumentar los eventos legales de resiliación (art. 61, literal g) y permite exceptuarlo del ordenamiento general prescrito en el artículo 66 del Código para situaciones ya consolidadas, aunque no lo haya entendido así el Tribunal.

Además, el contrato en prueba es, aunque provisorio, "por tiempo determinado" (arts. 77, 78 y 79); de donde su prórroga, o más exactamente su reanudación en firme, queda gobernada por el artículo 49 del estatuto, que la condiciona al hecho de la continuación de los "servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito", como se reiteró por estipulación explícita en el contrato de autos y lo arguyen los falladores de instancia, sin réplica del recurrente.

Por último, cuando el trabajador en período de prueba se ausenta del servicio desde antes de la fecha en que haya de vencerse dicho período, sin justa causa comprobada, y prolonga su ausencia hasta varios días después, aquel solo hecho basta para ponerle fin al contrato; porque el abandono del puesto constituye también una manifestación de la voluntad unilateral de cancelar el convenio, cuya eficacia extintiva dentro del plazo de prueba no requiere la conformidad del patrono ni ninguna notificación adicional.

Todos los caminos conducen, pues, a la misma conclusión del Tribunal: en la extinción del contrato de trabajo que ligó a los contendientes no hubo ninguna ilegalidad imputable a la empresa, y por tanto no es procedente condenarla al pago de la indemnización reclamada.

La acusación no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE JUBILACION

Evidente error en la apreciación de una partida de bautismo en sus efectos probatorios hecha por el ad-quem y errada aplicación del artículo 260 del C.S. del T. al no quedar demostrado el requisito indispensable de la edad por el demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral. decidió en segunda instancia el juicio ordinario de PEDRO RODRIGUEZ vs. COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA. Cumplidos los trámites previos, se presentó la demanda de casación en oportunidad, demanda en relación con la cual no hubo escrito de oposición.

La Sala entra a resolver el recurso con base en dicha demanda.

Pretende el impugnador que se case totalmente la sentencia acusada y que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque la decisión de primer grado y absuelva de todos los cargos de la demanda a la Compañía Frutera de Sevilla.

La acusación se basa en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se concreta en dos cargos.

El PRIMER CARGO se formula como "violación directa, por interpretación errónea del artículo 194 del C. S. del T. e infracción consecuencial, por aplicación indebida de los artículos 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 ibidem, y por falta de aplicación del artículo 16 en conexidad con el 490 de la misma obra".

El SEGUNDO CARGO contiene la acusación de la sentencia del Tribunal "por infracción de los artículos 67, 69, 70, 194, 259, 260 y 273 del C. S. del T. por aplicación indebida, y de los artículos 16 y 490 de la misma obra, así como de los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 por falta de aplicación, a consecuencia de manifiestos errores de hecho y de derecho".

Al estudiar estos cargos, se ha encontrado que entre los errores probatorios indicados en el segundo, se halla uno que incide fundamentalmente en la decisión acusada y lleva a ésta a quebrantar una norma sustancial de las invocadas en la demanda, por lo cual el análisis correspondiente se concretará a este punto.

Este SEGUNDO CARGO presenta entre los errores en la apreciación de las pruebas por el fallador de segunda instancia el de "dar por demostrado, sin estarlo, que el actor tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad". Luego al singularizar los elementos probatorios respecto de los cuales se sostiene que el *ad-quem* incurrió en la equivocada apreciación, el acusador señala "la partida eclesiástica visible a folio 5". Y expresa en el texto de la demostración: "Bajo la influencia de tales errores, entre los cuales cabe destacar el de la equivocada apreciación de la partida parroquial visible a folio 5 correspondiente a Pedro Saturnino y no Pedro, Tejada y no Rodríguez, con la cual se dio por demostrada la edad requerida legalmente, el juzgador de segundo grado aplicó indebidamente... los preceptos que consagran la pensión de jubilación (arts. 259 y 260 ib.)... como si el actor tuviese la edad y el tiempo requeridos"...

El Tribunal en la parte motiva de la sentencia impugnada dijo sobre el punto relativo a la edad del demandante en el juicio:

"La edad del reclamante está acreditada con la certificación expedida por el Cura Párroco de la Basílica Catedral de Santa Marta, que apare-

ce a folio 5 del expediente. Podría pensarse que tal documento no es idóneo para los fines perseguidos porque él habla de Pedro Saturnino, hijo natural de María de Jesús Tejada. Para la mayoría de la Sala no es de fuerza esta concepción porque piensa que dicha pieza sí tiene mérito probatorio toda vez que se acompañó a la demanda, que hizo expresa mención de ella, que la conoció la contraparte y que ninguna tacha se le hizo. Es natural que si se dieron estas circunstancias sin protesta alguna, ninguna apreciación puede hacerse contra el mérito de dicha prueba. Ni en la primera, ni en esta instancia, la parte demandada ha elevado queja sobre el particular, cosa que no deja de tener importancia y que bien lleva a concluír que el Pedro Rodríguez T. que firmó la carta de renuncia de folio 8, es el mismo Pedro Saturnino, hijo natural de una señora Tejada, como lo dice la partida de bautismo".

Como lo anota el *ad-quem*, la prueba de la edad de Pedro Rodríguez se pretende encontrar únicamente en el documento de folio 5, consistente en una partida de bautismo de carácter eclesiástico, pues en los autos no existe ninguna otra prueba al respecto. Esa partida, expedida por el Cura Párroco de la Basílica Catedral de Santa Marta, expresa que el veintiúno de febrero de mil novecientos cuatro fue bautizado solemnemente un niño "que nació el día veintinueve de noviembre del pasado año de mil novecientos tres, hijo natural de María de Jesús Tejada. Se le puso por nombre Pedro Saturnino".

No se refiere, pues, este documento, en parte alguna, a la persona que actuó en el juicio con el nombre de Pedro Rodríguez e identificado como tal en los documentos emanados de las dos partes litigantes. No se estableció, por otro lado, de manera fehaciente, ni siquiera en forma indiciaria (el apoderado del trabajador no hizo ningún intento probatorio al respecto ni aún frente a la negativa de la empresa en la respuesta al hecho quinto de la demanda) que la persona que aparece en la partida de bautismo es la misma que ha figurado con el nombre de Pedro Rodríguez en sus actos públicos y privados. Y no se trata, finalmente, de que el documento esté o no aceptado en sí mismo y no haya sido tachado ni redargüido de falso por la compañía demandada, pues una cosa es el hecho que demuestra que es la fecha de nacimiento de Pedro Saturnino Tejada y otra su idoneidad para establecer el nacimiento de Pedro Rodríguez, en lo cual no se encuentra falla del propio documento. La parte demandada no tenía que cumplir ninguna actuación a este respecto y competía al actor en el juicio demostrar el elemento edad debidamente, lo que no podía ocurrir con una partida que no corresponde al nombre con que ha actuado en el trabajo y en el juicio.

Aparece, pues, evidente el error en la apreciación de este documento por el *ad-quem* para los efectos que le atribuyó. Este error condujo a la aplicación del artículo 260 del C. S. del T. al caso juzgado, cuando la norma exige el requisito de la edad de cincuenta y cinco años, del aspirante a jubilación, requisito que al no establecerse excluía la aplicación de este precepto, que resulta así violado como lo anota el recurrente.

Por lo dicho, el cargo prospera.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA.

No hallándose comprobado el requisito de la edad de cincuenta y cinco años por parte del demandante PEDRO RODRIGUEZ, pues la partida de bautismo (fl. 5), única prueba aportada para el efecto, corresponde a Pedro Saturnino Tejada, no puede condenarse a la Compañía demandada al pago de la pensión jubilatoria que se demanda, y como el *a-quo* lo hizo, debe revocarse 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 TOTALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, en el juicio ordinario de Pedro Rodríguez contra la Compañía Frutera de Sevilla, y actuando como Tribunal de Instancia REVOCA el fallo de primer grado proferido por el Juez Unico del Trabajo de Santa Marta y ABSUELVE a la Compañía Frutera de Sevilla de los cargos de la demanda.

Sin costas.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A.. Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION VITALICIA DE CARACTER ESPECIAL

Pensión vitalicia por quince años de servicio.—Aplicación del art. 267 del C.S. del T.—Violación indirecta por errónea apreciación de pruebas.—Identidad de los establecimientos o entidades.—El derecho del trabajador no se funda legalmente en la sustitución patronal, sino en la identidad de la empresa a la cual se han prestado los servicios.—Error de hecho evidente del Tribunal al no dar por establecido, estándolo, la identidad de las dos empresas donde prestó servicio el trabajador.—Estudio de la prueba testimonial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

ISMAEL E. JIMENEZ F., por medio de apoderado, demandó a la sociedad "RAFAEL SALAZAR M. y CIA. LTDA.", con domicilio principal en Medellín, representada por su gerente, Rafael Salazar M., para que se la condenase a pagarle "una pensión mensual y vitalicia de carácter especial, que deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el artículo 267 del C. S. del T.", por cuantía de $ 660.00 mensuales, a partir de la fecha en que cumplió 50 años de edad.

Para fundamentar su acción, dijo el demandante que trabajó al servicio de Rafael Salazar M., en su empresa de transportes conocida bajo el mismo nombre, desde el mes de febrero de 1928 hasta junio de 1944, fecha o época en que se constituyó la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", a la cual pasó la referida empresa, habiendo continuado prestando sus servicios a la Sociedad en la misma empresa de transporte hasta el 27 de junio de 1958, en que fue despedido sin justa causa y habiéndosele liquidado sus prestaciones sociales distintas a la pensión de jubilación. Que su último sueldo mensual fue de $ 880.00 como Jefe de Oficina de Pereira y que fue despedido cuando había cumplido ya más de quince años al servicio de la empresa. Que el 13 de septiembre de 1958 cumplió 50 años de edad.

En derecho invocó las disposiciones contenidas en los artículos 22 y siguientes, 61, 62, 63 y siguientes, 194, 195, 267 y concordantes del C. S. T.

La demandada no dio respuesta a la demanda y sólo se apersonó al juicio, por medio de apoderado, cuando había transcurrido la primera audiencia de trámite.

Desató la litis el Juez del Trabajo del Circuito de Pereira, por sentencia en que se condena a la sociedad demandada a pagarle a Ismael E. Jiménez F. "una pensión mensual de jubilación vitalicia equivalente a cuatrocientos noventa y cinco pesos ($ 495.00) moneda corriente", a partir del 13 de noviembre de 1958, conforme a lo preceptuado por el artículo 267 del C. S. T. Condenó en costas a la demandada.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación contra el fallo del juzgado. Correspondió decidir el negocio en segunda instancia a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por sentencia que revoca la providencia apelada y, en su lugar, absuelve a la demandada de todos los cargos de la demanda. Condenó en costas al demandante.

El apoderado del trabajador interpuso el recurso de casación que le fue concedido. Admitido y preparado en debida forma, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia, para que en su lugar, como Tribunal de Instancia, confirme en todas sus partes el fallo del juzgado.

CARGO UNICO.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., acusa la sentencia de violar indirectamente los artículos 67, 68, 69, 194 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo "determinada por errónea apreciación de pruebas".

Al sustentar la acusación dice el recurrente que el Tribunal, después de analizar las posiciones absueltas por el representante de la sociedad demandada y las declaraciones de Alejandro Vásquez Trujillo y Venancio Calle Echeverri, estimó que no se había demostrado por el actor la identidad de empresa y que solamente debía tomarse en cuenta el tiempo servido por el trabajador a partir de la constitución de la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.". Manifiesta que el sentenciador apreció erróneamente dichas pruebas pues que ellas demuestran que la empresa de transportes denominada Rafael Salazar M., que luego se transformó en "Rafael Salazar M. y Cía.", mantuvo siempre la unidad de explotación económica, y tuvo oficina en Pereira desde tiempo atrás a 1944, al cuidado del demandante Ismael E. Jiménez F. Que no reconocerlo así, fue el error en que incurrió el sentenciador por la equivocada apreciación y valoración de las pruebas.

Agrega que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Marco Tulio Calle Ospina (fl. 41) y Carlos Hernández Hurtado (fl. 42), que sí tuvo en cuenta el *a-quo*, las que sólo podía desestimar con algún fundamento racional. Que estos testimonios demuestran la continuidad del servicio del trabajador en una misma empresa, cuestión que no aceptó el Tribunal al dejar de apreciar esa prueba, incurriendo por esta causa en el error de hecho antes indicado. Que la apreciación equivocada de las pruebas condujo a la violación indirecta de las disposiciones legales que señala en el cargo y principalmente del artículo 267 del C. S. T., que regula el estatuto de la pensión especial de jubilación, y que el sentenciador dejó de aplicar.

El opositor en el escrito de réplica hace algunos reparos de orden técnico, pues estima que el recurrente no indica en qué clase de violación de la ley sustantiva incurrió el sentenciador, ni la clase de error que lo llevó a violar la ley. Que si se entiende que el error mencionado en el cargo está referido al de hecho, éste no aparece planteado con el carácter de ostensible y evidente, ni se indica concretamente en qué consistió dicho error. Que la sentencia tiene dos soportes jurídicos, a saber: no se demostró la identidad de empresa, ni tampoco que el actor hubiera trabajado durante más de quince años. Que el recurrente sólo ataca el primero, por lo cual el cargo resulta incompleto. Agrega que si no se aceptan las deficiencias de orden técnico anotadas, resulta que las pruebas fueron apreciadas correctamente por el Tribunal, por lo cual la sentencia no puede quebrantarse.

Se estudia la acusación.

Para revocar la sentencia de primer grado que fue favorable al actor, el Tribunal analiza en primer término los requisitos que deben cumplirse para que tenga aplicación el precepto contenido en el artículo 267 del C. S. T. en armonía con lo dispuesto por el artículo 260 ibidem, siguiendo al efecto la jurisprudencia de esta Sala de la Corte. Al hacer aplicación de esos principios al caso de autos, da por establecido que el despido del trabajador se produjo sin justa causa; que éste tiene 50 años de edad; que la acción intentada para hacer efectivo el derecho que reclama la ejercitó dentro del término previsto en el artículo 267 del C. S. T.; que el capital de la empresa demandada resulta por la prueba de presunción que es igual o superior a $ 800.000.00 y que el demandante trabajó al servicio de la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda." desde el 1º de diciembre de 1945 hasta el 27 de junio de 1958, es decir, durante 12 años, 6 meses, 27 días.

A lo anterior, agrega el Tribunal: "Queda por estudiar un problema que se ha planteado desde la demanda y que de resolverse favorablemente para la parte actora implicaría la estimación de otros tiempos de servicios anteriores al que ya se ha determinado, problema o situación que se hace consistir en que con anterioridad a 1944 el actor trabajó para Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., es decir, que para el demandante existe continuidad en la prestación de los servicios en relación de la continuidad entre las dos empresas aludidas".

Al examinar los dos aspectos contemplados en el anterior planteamiento, el mismo Tribunal analiza las posiciones absueltas por Rafael Salazar M. como representante legal de la compa-

ñía demandada, y dice que "de todas estas respuestas contradictorias, de no desecharlas en su totalidad, sólo se podría sacar en claro que se admite que la firma demandada fue constituída a mediados de 1944 y que Ismael Jiménez prestó sus servicios con anterioridad para la sociedad de la cual era socio Rafael Salazar, junto con los señores Botero Soto y Ramírez".

Discurre luego el sentenciador sobre el fenómeno de la identidad de empresa, para afirmar que correspondía al demandante probar la identidad de los "establecimientos o sociedades" de que se ha venido hablando, por cuanto que el derecho del trabajador no se funda legalmente en la sustitución patronal, sino en la identidad de la empresa a la cual dice haberle prestado sus servicios. Agrega que la prueba idónea no puede ser otra que aquella por medio de la cual se demuestra la existencia de una sociedad, o sea la escritura pública de constitución, debidamente registrada; el extracto registrado en la Cámara de Comercio y un ejemplar del periódico en que se publicó el extracto. Que la prueba exigida no es la de la existencia de la persona jurídica demandada, sino la "de la identidad entre la sociedad demandada y aquella otra con la cual trabajó el demandante con anterioridad al 1º de diciembre de 1945 para que se puedan entonces sumar los lapsos servidos hasta completar el período necesario y predeterminado por la ley a fin de que se haga o nazca para él el derecho al cobro de una pensión de jubilación".

Que la prueba testimonial, especialmente las declaraciones de Alejandro Vásquez Trujillo y Venancio Calle Echeverri no es la idónea para demostrar la existencia de una sociedad y que además esos testigos no dan razón de su dicho por lo que sus testimonios no son suficientes para demostrar "la existencia de una sociedad anterior para la cual se invoca identidad con la empresa ahora demandada". Concluye que el tiempo de servicios demostrado es el de 12 años, 6 meses, 27 días, lo cual no permite dar aplicación al artículo 267 del C. S. T.

Se considera:

De todo lo anterior resulta claro y manifiesto que el debate en casación está circunscrito a dos cuestiones fundamentales: la primera, se refiere al tiempo en que el demandante prestó realmente sus servicios a la empresa de transportes conocida bajo el nombre de Rafael Salazar M.; la segunda, se encamina a demostrar que sí hay identidad de empresa entre la que se deja indicada y la denominada "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", sociedad a la cual prestó también sus servicios el actor durante 12 años, 6 meses, 27 días.

Ante todo, observa la Sala que el Tribunal en su sentencia no se limita a considerar únicamente los planteamientos de hecho contenidos en la demanda que dio origen al juicio, sino que parte del supuesto de que el actor antes de prestar sus servicios a la sociedad demandada que gira bajo la razón social de "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", había también trabajado al servicio de otra sociedad formada por Rafael Salazar, Botero Soto y Ramírez, sin que en el proceso exista más fundamento para ello, que el dicho de Rafael Salazar M., representante de la compañía demandada, al absolver posiciones dentro del juicio. De esta forma olvidó el Tibunal que su actividad en el examen probatorio quedaba circunscrita a establecer si estaban comprobados los hechos de la demanda. Ya se vio que el actor afirmó que inicialmente prestó servicios a Rafael Salazar M. en su empresa de transportes conocida bajo el mismo nombre y que luégo continuó prestando sus servicios en la misma empresa al constituírse la sociedad Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", en el año de 1944. Como la demandada no dio respuesta a la demanda, necesariamente la decisión judicial sólo puede fundarse en los hechos conducentes de la demanda que aparezcan demostrados, pues el principio de derecho probatorio consignado en el artículo 593 del C. J. es aplicable al proceso laboral.

Este hecho aparece plenamente establecido en el proceso según resulta de la diligencia de absolución de posiciones de Rafael Salazar M., representante de la sociedad demandada, y también de la prueba testimonial que el recurrente cita en el cargo. Además ese hecho se afianza en los documentos que obran de folios 24 a 28 que consisten en un certificado notarial sobre constitución de la Sociedad Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., y otro certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, referente a la existencia de la misma sociedad.

En efecto, de las pruebas reseñadas antes aparece:

Diligencia de absolución de posiciones (fls. 46 a 48 vto). Consta de esa diligencia que preguntado Rafael Salazar M., gerente de la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", "cómo es cierto, sí o no, que usted era el dueño de la empresa

de transportes conocida en todo el país con el nombre de Rafael Salazar M." (pregunta sexta), respondió: "Es cierto". A la pregunta séptima, que dice: "Cómo es cierto, sí o no, que usted gerenció como propietario la empresa de transportes 'Rafael Salazar M', hasta el mes de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro", respondió: "No es cierto. Entonces eran Botero y Ramírez, de quienes fue empleado el señor Jiménez primero en Medellín y luégo en Pereira. No obstante, en esa época yo estaba asociado con estas firmas, y para mayor claridad al separarme de ellos fundé la sociedad 'Rafael Salazar M. y Cía Ltda.', a mediados de 1944". Leída la aprobó. Octava. "Díga cómo es cierto, sí o no, que usted transformó la empresa de transportes 'Rafael Salazar M' en la empresa de transportes 'Rafael Salazar M. y Cía Ltda.'", respondió: "Es cierto". A la novena pregunta: "Díga cómo es cierto, sí o no, que la empresa de transportes 'Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.', se constituyó en sociedad en el año de mil novecientos cuarenta y cuatro", contestó: "Es cierto". A la pregunta décima: "Díga cómo es cierto, sí o no, que Rafael Salazar M., empresa de transportes, fue la misma empresa conocida hoy como 'Rafael Salazar M. y Cía Ltda.'", contestó: "Es cierto". A la pregunta undécima: "Díga cómo es cierto, sí o no, que usted transformó la empresa de transportes 'Rafael Salazar M.', en la sociedad de transportes 'Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.', en el mes de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro", contestó: "Es cierto". De lo que se deja transcrito resulta cierto y evidente, según la propia confesión del representante de la sociedad demandada, que él (Rafael Salazar M.) era dueño de la empresa de transportes conocida en todo el país con el nombre "Rafael Salazar M." y que la transformó, en el mes de junio de 1944, en la empresa de transportes "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda."; que la empresa que antes de junio de 1944 se conocía con el nombre de "Transportes Rafael Salazar M." es la misma que hoy se conoce como "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", lo que significa que se trata de una *misma empresa.*

Con los testimonios de Alejandro Vásquez Trujillo y Venancio Calle Echeverri que menciona el fallo, y con los de Marco Tulio Calle Ospina y Carlos Hernández Hurtado (fls. 41 y 42) se llega a la conclusión cierta y evidente que desde el año de 1940 hasta mediados del año de 1958 Ismael Jiménez prestó sus servicios a la empresa de transportes denominada inicialmente "Rafael Salazar M." y luégo "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.". Esta certidumbre se afianza con lo dicho por el representante de la sociedad demandada al absolver las posiciones de que antes se habló, cuando al responder a la primera pregunta dice: "Cómo es cierto, sí o no, que el señor Ismael E. Jiménez trabajó al servicio suyo, como empleado, en su empresa de transportes, conocida con el nombre de Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", respondó: "Es cierto". Además, si es verdad que el absolvente al responder a la pregunta tercera del pliego de posiciones de si era cierto que Ismael Jiménez estuvo trabajando en la empresa de transportes "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", a fines de 1944 en la ciudad de Pereira, por traslado que se le hizo de Medellín, dijo que no era cierto, no obstante agregó que en esa época estaba Jiménez en Pereira trasladado de Medellín por Botero Soto y Ramírez y Rafael Salazar M., o sea por el propio absolvente dueño de la empresa de transportes denominada "Rafael Salazar M.", como antes se vio. El mismo absolvente agrega que su firma estuvo asociada hasta principios de 1944 con Botero Soto y Ramírez y que "al separarnos llamé a Jiménez que *siguiera* conmigo (se subraya), a lo cual no accedió diciéndome que se iba con el árbol que más sombra le daba". Más adelante, al continuar aclarando su respuesta la misma pregunta tercera, agregó que al tiempo de haberse retirado Jiménez de donde Botero Soto y Ramírez "lo coloqué en la empresa Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., legalmente constituída en 1944", hecho que ocurrió el 1º de diciembre de 1945, y permaneció trabajando hasta el 27 de junio de 1958 como resulta de la respuesta dada por el mismo absolvente a la pregunta cuarta del pliego de posiciones relacionada con las circunstancias anteriores y que dice: "Es muy cierto" y agregó: "Sus prestaciones se le pagaron de acuerdo con liquidación que él mismo hizo conforme a la ley".

De las pruebas analizadas que el recurrente cita en el cargo, resulta evidente y manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal, al no dar por establecido, estándolo, que es una misma la empresa de transportes que hasta antes de junio de 1944 se conoció con el nombre de su propietario Rafael Salazar M. y la que a partir del 27 de junio de 1944 continuó funcionando con el nombre de "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", o sea que existió identidad de empresa. Igualmente el Tribunal incurrió en el error de hecho evidente de no dar por demostrado, estándolo, que el demandante Ismael E. Jiménez F., prestó servicios como trabajador de-

pendiente de la empresa de transportes conocida sucesivamente con los nombres que antes se han mencionado en el período comprendido entre 1940 a 1958, por un tiempo mayor de quince años. Por tanto, prospera el cargo y habrá de casarse totalmente la sentencia impugnada y proferirse el correspondiente fallo de instancia.

FALLO DE INSTANCIA.

A las consideraciones que se dejan consignadas al examinar el cargo en casación, la Sala agrega las siguientes:

De la prueba testimonial aportada al juicio lo mismo que la de las posiciones absueltas por Rafael Salazar M., en su carácter de representante legal de la sociedad demandada, no queda duda de que el demandante Jiménez prestó sus servicios a la empresa de transportes conocida últimamente con el nombre de "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda." y antes con el nombre de su propietario, Rafael Salazar M., desde el año de 1940 (por lo menos desde el 31 de diciembre del mismo) hasta el 27 de junio de 1944 en que se constituyó la sociedad denominada Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., y luégo, desde el 1º de diciembre de 1945 hasta el 27 de junio de 1958, o sea durante 16 años, 25 días.

El último sueldo devengado por el trabajador, aceptado por el representante de la demandada, fue de $ 880.00 mensuales.

El Tribunal aceptó y ya no se discuten por ser hechos probados dentro del proceso, que el demandante tenía más de 50 años de edad al tiempo de la presentación de la demanda (documento fl. 2); que fue despedido sin justa causa por la empresa a la cual prestaba sus servicios (documento fl. 3) y posiciones del representante de la sociedad (respuesta a la pregunta segunda del pliego de posiciones fl. 48); que la acción la intentó dentro del término legal previsto en el artículo 267 del C. S. T.; que por presunción legal (artículo 195 del C. S. T.) se estableció que el capital de la empresa es de $ 800.000.00 o superior a esa cantidad.

La pensión que le hubiere tocado al demandante en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última, en el evento previsto en el artículo 260 del C. S. T., habría sido de $ 660.00. Como la pensión a que tiene derecho el trabajador es la especial de que trata el artículo 267 del C. S. T., o sea la equivalente al 75% de la ordinaria que le hubiere podido corresponder, hechas las operaciones aritméticas, resulta que su valor es de $ 495.00 mensuales, a partir del día 27 de agosto de 1958, en que cumplió 50 años de edad. Empero, como el Juez de primera instancia decretó ese derecho a partir del día 13 de septiembre de 1958 y el trabajador se conformó con esta decisión, ésta será la fecha que deba tomarse en cuenta por la Corte.

Finalmente, como a la fecha en que el trabajador adquirió el derecho al goce de la pensión especial que se le reconoce por esta sentencia, estaba vigente la norma del artículo 266 del C. S. T. que establecía que "la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía", es el caso disponer que las sumas recibidas por el trabajador por concepto de cesantía, que ascienden a la cantidad de $ 7.277.83, según documentos de fls. 8 y 6, se deduzca del valor de las mesadas de la pensión ya causadas y no pagadas, deducción que se hará de una vez, pues por razón del tiempo transcurrido desde que la pensión se hizo exigible, se llega al mismo resultado si la deducción se hiciera por cuotas de cada mensualidad conforme a lo que establecía el citado artículo 266 del C. S. T.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA TOTALMENTE la sentencia recurrida, proferida en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y en su lugar, convertida en Tribunal de Instancia, confirma lo dispuesto en el fallo de primer grado proferido por el Juzgado del Trabajo de Pereira, y lo adiciona en el sentido de autorizar a la sociedad demandada, para deducir del monto del valor de las mesadas causadas y no pagadas hasta esta fecha, la suma de $ 7.277.83 que el trabajador Jiménez había recibido por cesantía y que deberá restituír conforme a lo dicho en la parte motiva de este fallo.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEMANDA DE RECONVENCION

Responsabilidad solidaria.—Alcance del art. 36 del C.S. del T.—Indivisibilidad de la confesión.—Soportes probatorios en que apoya el fallador su decisión.—Violación por falta de aplicación del artículo 58 Ordinal 3º del C.S. del T.—La condena a la restitución del importe de un cheque conlleva la de los correspondientes intereses.

El problema de la indivisibilidad de la confesión se plantea cuando ella es el único medio de prueba existente sobre un determinado hecho. En tal caso es natural que, aceptado el hecho que perjudica al confesante, se discuta si deba reconocerse también el que lo favorece, contenido en la misma confesión, por estar íntimamente relacionado con aquél.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre veintiúno de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral).

PAUL MOUROT demandó ante el Juez del Trabajo de Medellín a la entidad "COMPAGNIE FRANCAISE DES MATIERES COLORANTES", domiciliada en París, Francia, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagar las sumas que resulte a deber por concepto de cesantía, primas de servicio, vacaciones, gastos de viaje de regreso a Francia para el demandante, su esposa y sus tres hijos, así como indemnización por mora en el pago de las prestaciones.

Al contestar el libelo, la sociedad propuso demanda de reconvención.

Esta señala como hechos los siguientes:

"1º—El señor Paul Mourot, dentro de la ejecución del contrato a que se refiere la demanda principal, recibió un cheque Nº B-22406 ME del Banco de Colombia, fechado el 16 de agosto de 1954, a cargo de The New York Trust Company a favor de la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes por la cantidad de cinco mil cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos de dólar (US$ 5.056.50).

"2º—Según oficio IBC Nº 5753 del 17 de julio de 1957, de la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer), dirigido al señor José Posada, empleado de la Compañía Colombiana Francolor, Limitada, el cheque en mención tenía como fin cubrir a la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes 'el importe de nuestros pedidos números 6723 y 6798'.

"3º—Estos pedidos habían sido hechos directamente por la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. directamente a la compañía francesa, y por ello su pago se hizo en dólares americanos.

"4º—El oficio de remisión del cheque estaba dirigido al señor José Posada, quien fue el agente que intervino en la operación, pero el señor Posada lo pasó al señor Paul Mourot para que éste lo remitiera a la beneficiaria del cheque.

"4º—El señor Mourot acusó recibo del cheque a la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) por medio de carta fechada el 23 de julio de 1957.

"6º—El mismo Mourot, en lugar de remitir el cheque a su beneficiaria, hizo una negociación de éste con el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, Sucursal de Medellín, mediante endoso que efectuó de dicho instrumento.

"7º—La negociación que del cheque en cuestión hizo el señor Mourot fue realizada en su propio beneficio y sin que para el efecto hubiera recibido mandato especial alguno ni gozara de poder suficiente para hacerlo. En efecto, el único poder que había recibido el señor Mourot de la sociedad beneficiaria del cheque es el que

obra en el expediente, que en ningún caso lo facultaba para negociar instrumentos de esta índole en su favor. Se valió, sí, de un sello con el nombre de la compañía, dedicado exclusivamente a refrendar documentos de pedidos comerciales.

"8º—El señor Mourot recibió la suma correspondiendo en dólares o en su equivalente en pesos colombianos y se apropió de dicha suma, sin que hasta el momento haya hecho reembolso a la compañía beneficiaria del cheque.

"9º—El señor Mourot, al hacer endoso del cheque se atribuyó una calidad que no tenía (la de mandatario autorizado de la sociedad beneficiaria) con perjuicio de los intereses de dicha sociedad y del Banco endosatorio.

"10º—La negociación del cheque en las condiciones mencionadas y la apropiación de la suma representativa del mismo, constituye además la infracción de una o más normas del Código Penal, que los jueces competentes deben investigar.

"11º—Fuera del hecho a que se refieren los numerales anteriores el señor Mourot, dentro de la relación contractual de que trata la demanda principal, ejecutó otros actos que causaron gravísimos perjuicios a la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes y a su filial "Compañía Colombiana Francolor, Limitada"; como fueron la sustracción de sumas de dinero por una cantidad de doscientos treinta mil pesos moneda legal ($ 230.000.00) m.l., cuyo reembolso se logró sólo después de difíciles gestiones, plazos y garantías, la apropiación de mercancías de la última sociedad citada, fundación de una sociedad competidora, utilización de viáticos para ésta, etc.".

La petición se formuló así: "En virtud de lo expuesto, solicito que el señor Paul Mourot sea condenado a pagar a la sociedad COMPAGNIE FRANCAISE DES MATIERES COLORANTES, la cantidad de cinco mil cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (US$ 5.056.50) o su equivalente en moneda colombiana, con sus intereses a partir del diez y seis (16) de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1957)...".

El negocio fue fallado por el Juez Quinto del Trabajo de Medellín de la manera siguiente:

"a).—Se declaran probadas las excepciones perentorias de cosa juzgada y de pago, y en tal virtud, se absuelve a la sociedad demandada de los cargos que se le formularon en libelo de demanda. b).—Absuélvese al señor Paul Mourot de los cargos que se le formulan en la demanda de reconvención...".

Ambas partes apelaron de la decisión anterior y el recurso fue resuelto por el Tribunal Superior de Medellín, confirmando la providencia apelada, "con la aclaración o reforma de que con relación a los derechos y prestaciones sociales a que el señor Paul Mourot pueda tener derecho por sus servicios prestados a la "Compagnie Francaise des Matieres Colorantes" en otros países, distintos de Colombia, se declara configurada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta en la contestación de la demanda principal".

Contra la sentencia del Tribunal, se interpuso el recurso de casación por la compañía demandada quien, por medio de apoderado, señaló el alcance de la impugnación en los términos siguientes:

"Solicito que se case la sentencia recurrida en cuanto se confirmó la decisión de primera instancia respecto a la absolución del demandante de los cargos formulados en la demanda de reconvención. En su lugar pido que, convertida la H. Sala en Tribunal de instancia, revoque la sentencia proferida por el señor Juez Quinto del Trabajo de Medellín... en la parte anteriormente aludida y en su lugar se condene al contrademandado con base en las peticiones hechas en la demanda de reconvención".

CAUSAL DE CASACION.—"La sentencia es violatoria de las disposiciones sustantivas del trabajo del orden nacional, es decir, se ha incurrido en la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, de acuerdo con los cargos y motivos que a continuación se formulan.

"PRIMER CARGO.—Violación, en forma indirecta de los artículos 19, 55, 58, ordinal 3º, 60, ordinal 8º en armonía con el ordinal 1º del mismo artículo, disposiciones todas del Código Sustantivo del Trabajo. Asimismo, la violación de las anteriores normas conllevan el quebrantamiento de los preceptos del Código Civil tales como el 1522, 1603, 1605, 1608, 2236, 2341, 2343, 2347, 2245, 2252, 2253 y artículo 8º de la Ley 153 de 1887 respecto al enriquecimiento sin causa. A esta infracción ha llegado el sentenciador en forma indirecta a consecuencia de un manifiesto error de hecho consistente en la falta de apreciación de unas pruebas y la defectuosa

apreciación de otras, las cuales demuestran la obligación a cargo de Mourot y los perjuicios causados por éste al no reembolsar la suma de dinero correspondiente al cheque de propiedad de la Compañía que represento, cheque que fue endosado y cobrado por el contrademandado en beneficio propio sin haberse probado la justificación que intenta para el hecho en cuestión".

En seguida enumera pruebas que no fueron apreciadas, a saber: a)—Respuestas del demandante al contestar la demanda de reconvención, las que, dice el impugnador, tenían carácter de confesión habida consideración a la persona que respondió. b)—Fotocopia del cheque base de la demanda de reconvención, como prueba de la negociación y de la utilización de un sello de la compañía, sin estar para ello autorizado el señor Mourot. c)—Declaraciones de los testigos Francisco Espenal y Jesús Cárdenas (fs. 113 y 114) sobre que ellos conocieron el destino y origen del cheque antedicho. d)—Escritura número 1620 de 6 de agosto de 1957 de la Notaría 7ª de Medellín en la cual se confirió poder al doctor Octavio Moreno Quevedo, instrumento que, conferido "pocos días después del retiro del demandante de la Compañía no fue estimado para concluír que el doctor Moreno Quevedo debía conocer hechos que no estaba en capacidad de saber si se hubiera estimado la fecha del instrumento aludido".

Como pruebas mal apreciadas indica la demanda de casación: 1)—Respuesta del demandante en la demanda de reconvención (fs. 65 a 70) en las cuales Mourot afirma que el producto del cheque de que se viene hablando, fue invertido en pago de comisiones a personas que enumera, por órdenes confidenciales de la Compañía y que el Tribunal, con base en ellas y en una respuesta dada por el señor Posada, "quien afirma que mi representado en ocasiones hacía obsequios en dinero y en especie, parte de tal hecho para darle el valor de plena prueba a un hecho inexistente, pues si bien con dichas afirmaciones se podía llegar a la conclusión, no comprobada, que la Compañía que represento solía retribuír en obsequios en dinero o en especie los servicios que le eran prestados, nada de ello quiera decir que el producto del cheque haya sido destinado al pago de comisiones confidenciales". Agrega que si bien no es de recibo en casación el presentar alegatos, en casos como el presente es menester dar algunas explicaciones y, al efecto, se extiende en una larga exposición sobre indivisibilidad de la confesión y otras materias para respaldar sus tesis. 2)—Posiciones absueltas por el doctor Octavio Moreno Quevedo (fs. 109 y ss.) referentes a que el Tribunal "al no haber apreciado como prueba la fecha en la cual le fue conferido al doctor Moreno Quevedo por parte de la Compañía un poder general, llegó a una mala apreciación de las respuestas dadas por éste al pliego de posiciones presentado por Mourot afirmando el asentimiento tácito del primero sobre el pago de comisiones confidenciales por haber contestado que no le constaban tales hechos pues en realidad el doctor Moreno estaba en incapacidad de que le constaran tales hechos". 3)—El Tribunal no supo apreciar la declaración del señor José Posada (fs. 78 a 82), testigo de excepción puesto que Mourot dijo que la mayor parte de las comisiones confidenciales del producido del cheque de que se viene hablando, fueron repartidas por el señor Posada, y éste, por su parte, afirma que entre la fecha en que se recibió el cheque en cuestión y la fecha del retiro de Mourot de la Compañía no se efectuó donación ni obsequio alguno en dinero o en especie. Que, de otra parte, Mourot le contó personalmente que "había endosado y vendido en la bolsa o comercio local para cubrir deudas contraídas por él (es decir por Mourot) en la adquisición de un lote o construcción de un edificio. Agregándome, además, que como la casa francesa no acosaría a Coltejer por el pago, él allanaría esta falta y remitiría los dólares a París una vez recibiera comisiones de otra compañía colombiana, a la cual él pertenecía, recibiera comisiones de la Compañía Picanol". Y continúa el impugnador: "Tal respuesta en unión de otras que aparecen en la declaración y de excepcional importancia fueron mal apreciadas por el Tribunal, el cual sólo le concedió trascendencia y valor probatorio a algunas respuestas en las que se decía que la Compañía solía hacer obsequios en dinero y en especie en favor de algunos clientes. Asimismo Posada niega enfáticamente que algunas de las personas mencionadas por Mourot como supuestas beneficiarias de comisiones hubiesen recibido obsequio alguno en ninguna época". 4)—Mala apreciación del finiquito o especie de paz y salvo que obra al folio 71 del expediente "en el cual el señor Clause Du Jardin libera a Mourot de seguir trabajando con la empresa y le permite seguir trabajando independientemente". Que con dicho finiquito no se aprueban las cuentas de Mourot ni condona el dolo, ya que ese documento se refiere a operaciones comerciales conocidas y tiene forma genérica. Cita lo preceptuado por el artículo 522

del C. C. 5)—"El Tribunal al confirmar la decisión del *a-quo* respecto a la absolución del contrademandado de los cargos que le fueron formulados, toma como prueba el hecho de que Mourot informaba a París respecto a pagos confidenciales y que la correspondencia en fotocopias que obran en el expediente a folios 86 a 100, de la cual se encuentra su traducción visible a folios 144 a 149, comprueban y dan fe de tales informes sobre pagos confidenciales. De la simple lectura de dicha correspondencia, se deduce, como se puede establecer en todo momento, que nada dice respecto a pagos confidenciales ni negocios privados entre la Compañía y Mourot".

En la "conclusión", el impugnador demuestra cómo, en su concepto, el fallo atacado violó las disposiciones legales indicadas en su demanda, entre las cuales hace figurar también el ordinal 3º del artículo 58 del C. S. T.—No hubo escrito de oposición.

EL FALLO IMPUGNADO

La sentencia atacada, en lo atinente a la demanda de reconvención, única parte que se acusa, expresó lo siguiente:

"Viniendo ahora a la demanda de reconvención hay que decir que encontrándose plenamente establecido aquí, como está, y ello con la declaración de José Posada (fl. 78) e inclusive con el asentimiento tácito del doctor Octavio Moreno Quevedo, quien interrogado en posiciones (fs. 108 y 109 vto.), manifestó ignorar hechos que como gerente de la Compañía contrademandante tenía necesariamente que saber, que ésta tenía establecida la perniciosa, inmoral costumbre de pagar comisiones secretas a algunos empleados influyentes de las fábricas consumidoras de sus productos, comisiones que no contabilizaban o se contabilizaban ficticiamente y que el gerente, señor Mourot, estaba autorizado para entregar, también secretamente, a los respectivos beneficiarios, con la sola obligación de rendir cuentas, asimismo confidenciales, a París, mensualmente, sobre el particular; encontrándose plenamente establecido lo anterior —se repite— hay que concluír, con base en los artículos 609 del C. J. y 145 del C. P. T., que la manifestación de Mourot (fs. 65 y ss. 107 y 109 v.) de haber destinado el producto de la venta, en pesos colombianos del cheque en dólares materia de la demanda reconvencional, al pago de esas comisiones secretas, constituye una confesión indivisible, por cuyo motivo es injurídico descomponer, como lo pretende la Compañía contrademandante, las respuestas del confesante, para atribuír eficacia sólo a las que le perjudican. Esto iría, inclusive, contra lo estatuído por el artículo 604 del C. J., según el cual, para que haya confesión, se requiere que el hecho afirmado por la otra parte y admitido por el pretenso confesante, perjudique a este último".

Se estudia el cargo.

Como puede verse, el sentenciador apoyó su decisión en tres soportes principales: 1º)—La confesión de Mourot, respecto a que empleó el producto del cheque para el pago de esas comisiones secretas, la que apreció como una confesión indivisible; 2º)—El "asentimiento tácito del doctor Octavio Moreno Quevedo quien, interrogado en posiciones, manifestó ignorar hechos que como gerente de la Compañía contrademandante tenía necesariamente que saber"; y, 3º)—La declaración del señor José Posada.

A continuación se estudian los tres soportes probatorios en que apoyó el fallador su decisión:

a)—Confesión del señor Paul Mourot.—Este, al contestar la demanda de reconvención (fl. 49), aceptó los siguientes hechos: 1º—Que el cheque B-22406 del Banco de Colombia, de fecha 16 de agosto de 1954, a cargo de The New York Trust Company y a favor de la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes, por la cantidad de US$ 5.056.50, fue recibido por él; 2º—Que según oficio de la Compañía Colombiana de Tejidos (Coltejer), dirigido al empleado José Posada, el cheque en mención tenía por objeto cubrir a la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes el importe de "nuestros pedidos"; 3º—Que el cheque fue recibido por el señor Posada, quien lo pasó a Paul Mourot para que éste, a su turno, lo remitiera a la beneficiaria del mismo; 4º—Que Mourot acusó recibo del cheque a Coltejer en carta de 23 de julio de 1957; 5º—Que el mismo Mourot, en lugar de remitir el cheque a su beneficiaria, lo negoció con el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, Sucursal Medellín, mediante endoso que efectuó de tal documento.

En cuanto a que la negociación del cheque se efectuó en beneficio propio de Mourot, sin que para ello hubiera recibido mandato especial alguno ni gozara de poder suficiente para hacerlo, Mourot negó el hecho, alegando que en la Compañía des Matieres Colorantes encontró una la-

mentable costumbre, la de pagar comisiones confidenciales a empleados de las fábricas que compraban y compran los productos de la empresa, comisiones que se pagaban y se continúan pagando secretamente. Que la casa de París le ordenó continuar pagando las antedichas comisiones para no perder el mercado. Que, también por instrucciones confidenciales se le había ordenado pagar las comisiones antedichas, depositando los dineros destinados a ellas en la propia cuenta corriente de Mourot, o guardarlos en caja privada; que de París se le ordenó el vender en Colombia todos los cheques en dólares que se recibieran de los clientes y que su producto se aplicara al pago de las comisiones confidenciales. Y agrega: "De suerte que no solamente endosé el cheque materia de esta demanda de reconvención, sino varios. . ., de modo que no es cierto que haya endosado el cheque sin autorización de París. El cheque. . . me fue depositado en mi cuenta corriente como siempre lo había hecho. . . Dichos dineros provenientes de la venta de ese cheque fueron distribuídos así a comisionistas secretos. . .". Aquí se extiende dando una larga lista de empresas y empleados de ellas a quienes, según Mourot, había pagado comisiones confidenciales (fl. 67).

El problema de la indivisibilidad de la confesión se plantea cuando ella es el único medio de prueba existente sobre un determinado hecho. En tal caso es natural que, aceptado el hecho que perjudica al confesante, se discuta si deba reconocerse también el que lo favorece, contenido en la misma confesión, por estar íntimamente relacionado con aquél.

Para el Tribunal, como se vio, la confesión de Mourot es indivisible. Pero ella versa sobre dos hechos distintos: a) Que recibió el cheque y lo negoció con un banco, en vez de imputar su importe a la deuda para cuya cancelación había sido girado; y b) Que el producido de la negociación lo destinó a pagar comisiones confidenciales por orden de la sociedad demandada. Ahora bien: prescindiendo de considerar si se trata o no de hechos íntimamente relacionados entre sí, es lo cierto que el primero aparece establecido también por otros medios probatorios, a saber: la fotocopia del cheque, la declaración del gerente del Banco que lo expidió y la del gerente del Banco con el que fue negociado; todos los cuales fueron señalados por el recurrente como no apreciados en la sentencia. Y también con la declaración de Posada, como se verá. Erró, pues, ostensiblemente el Tribunal al aceptar el hecho del pago de las comisiones confidenciales como indisolublemente vinculado al del recibo y negociación del cheque.

b)—Asentimiento tácito del doctor Moreno Quevedo.—El doctor Octavio Moreno Quevedo fue interrogado en posiciones. Al formulársele la pregunta 3ª que dice: "¿Es verdad, sí o no, y recuerde que ha jurado decir la verdad, que la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes de París, paga y ha pagado desde hace muchos años comisiones confidenciales a ciertas personas que trabajan con empresas colombianas, compradoras de sus productos?", contestó: "No me consta". Igual respuesta dio a las preguntas siguientes, las números 4ª, 5ª, 6ª y 7ª sobre si los dineros con que se pagan las comisiones confidenciales no se contabilizan; si el valor de las mismas comisiones varía entre un dos y un quince por ciento; si de tales comisiones se rinden cuentas mensuales a París en informes secretos, y si en los archivos de la Compañía existen en clave listas para distinguir a los empleados a quienes se les paga comisiones confidenciales.

Ahora bien: No puede verse una respuesta evasiva en la negativa categórica que dio Moreno Quevedo a la pregunta que se le hizo, pues ésta se refiere a varios hechos, entre otros, el de que los pagos de las comisiones se venían haciendo desde hacía varios años, y esto no podía constarle al deponente, dado que apenas tenía un año y cinco meses de ser gerente de la sociedad demandada, según resulta de la escritura pública número 1620 de 1957, señalada por el recurrente como no apreciada.

c)—La declaración del señor José Posada.—Dice, entre otras cosas, que "el 17 de julio de 1957 recibí de la Compañía Colombiana de Tejidos, Coltejer, un cheque por la suma de 5.000.00 y pico de dólares que la Compañía remitente pedía hiciera llegar al destinatario (Compañía Francesa de Materias Colorantes) pidiendo a la vez que la Compañía Francesa de Materias Colorantes aplicara este valor a la cancelación de facturas pendientes de pago de Coltejer en la Compañía Francesa. Entregué el cheque al demandante, pidiéndole de acusar recibo en su calidad de gerente de la Compañía Colombiana, pues en mi carácter de empleado conocido por el remitente fue el motivo por el cual ellos me hicieron esa remesa a mí. El demandante acusó recibo de este cheque a Coltejer y dos o tres días más tarde con sus propias palabras me contó que lo había endosado y vendido en la bolsa o comercio local para cubrir deudas con-

traídas por él en la adquisición de un lote o en la construcción de un edificio. Agregándome, además, que como la Casa Francesa no acosaría a Coltejer por el pago, él allanaría esta falta y remitiría los dólares a París, una vez recibiera comisiones que otra compañía colombiana, a la cual él pertenecía, recibiera comisiones pendientes de la Compañía Pinacol". Interrogado sobre la clase de negocios que hizo el demandante con el cheque de los cinco mil y pico de dólares, contestó: "En mi creencia es fácil constatar ese hecho, inquiriendo, hasta donde la ley me lo permita, el saldo de los bancos en los cuales él poseía su cuenta o Franquimer Limitada (cuentas de esta Sociedad en los bancos) sobre los saldos que el 17 de julio de 1957, fecha en la cual recibió el mencionado cheque y lo entregué a él y el 3 de julio de 1957 que salieron de la Compañía los valores que fueron consignados en estas cuentas y los giros que fueron hechos. No puedo aseverarlo pero en estos días hizo el demandante un pago al señor Carlos Ochoa por la suma de veinte mil pesos, información que obtuve del señor Luis Carlos Ochoa"; que Mourot le había comprado a éste un lote de terreno meses antes; que la Compañía, como todas las europeas y americanas, hace donaciones como las indicadas en las posiciones absueltas por Mourot; que sabe que en la Compañía existe una lista secreta, pero que él no la conoció; que no sabe si esas donaciones en dinero o en especie figurarían o no en la contabilidad; que el gerente lo encargó de entregar donaciones, tanto en especie como en dinero en algunas ocasiones, siendo éstas muy limitadas. Y agrega: "Que en la época en que manejé los dineros de la Compañía en el año 53 se me pidieron dineros de propiedad de la Compañía Colombiana Francolor para hacer donaciones en dinero y adquisición de especies para lo mismo. Estas entregas se las cargué a cuenta especial de gerencia". Igualmente afirma que "después de desligarme del manejo de dineros de la Compañía es de mi conocimiento que se sacaron dineros de los fondos de Francolor para hacer estas donaciones y pudo existir, aunque no me consta, que se hubieran sacado de la cuenta del señor Mourot o de sus haberes o en efectivo o personales"; enumera muchas personas que recibieron regalos o donaciones diciendo que para ello "en algunos casos se exigía sigilo y en otros no". Y termina diciendo: "Según me consta entre el 17 de julio y el 30 de julio de 1957 no se hizo ninguna donación ni en especie ni en dinero".

De la declaración de Posada, como puede apreciarse, no se desprende cosa alguna que tienda a establecer que lo declarado por Mourot sobre la inversión que hizo del producto del cheque de que se viene hablando, fuera la verdad. Cierto que habla de la existencia en la Compañía de la costumbre de dar comisiones a personas que intervenían en negocios de ella, pero de aquí no puede inferirse en sana lógica que Mourot hubiera recibido instrucciones para pagarlas con el producto del cheque. Por el contrario Posada cuenta que Mourot le dijo que había destinado el producto del cheque a la compra de un lote, y que un señor Ochoa le informó que por esos días había recibido un pago de Mourot de cerca de veinte mil pesos ($ 20.000.00) declaración ésta sin duda, que si algo pudiera probar sería contra Mourot, no en su favor. Y al final dice Posada que le consta que entre la fecha del cheque y el 30 de julio de 1957 en que se retiró Mourot, no se pagaron comisiones.

La deposición de Posada establece, pues, que Mourot recibió el cheque y que la Compañía tenía costumbre de pagar comisiones; pero nada puede inferirse de ella sobre el destino que dice Mourot dio al producto de la negociación del instrumento.

De lo antes expuesto resulta que Mourot no le dio al cheque la destinación que correspondía, según las instrucciones de la empresa deudora Coltejer, y asimismo que no devolvió a la sociedad contra-demandante el importe de dicho instrumento.

En consecuencia, al no condenar el Tribunal a Mourot a reintegrar el valor reclamado, violó, por falta de aplicación, el artículo 58, ord. 3º del C. S. T., que obliga al trabajador a restituír todos los elementos que haya recibido, incluídos valores, etc.

Debe, pues, casarse el fallo recurrido.

La sociedad recurrente pide que se condene a Mourot a pagar el importe del cheque "con sus intereses a partir del 16 de julio de 1956". Es por demás obvio que la condena a restituír el importe de un cheque conlleva la de los correspondientes intereses; pero no está claro que la apropiación por parte de Mourot hubiera tenido lugar el expresado 16 de julio, ya que el endoso al Banco Francés e Italiano carece de fecha. Por tanto no se podrán computar desde ese día, sino desde la fecha cierta más próxima, que vie-

ne a ser la del 23 de julio de 1956, en que dicho Banco negoció el instrumento con otra entidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto absolvió a Paul Mourot de los cargos de la demanda de reconvención, y en función de instancia, revoca el literal b) de la sentencia del juzgado, y en su lugar condena al citado Paul Mourot a pagar a la "Compagnie Francaise des Matieres Colorantes" la suma de CINCO MIL CINCUENTA Y SEIS DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS (US$ 5.056.50), o su equivalente en moneda colombiana, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, más los intereses legales a partir del día 23 de julio de 1957. No se casa en lo demás.

Costas del juicio a cargo del demandado en reconvención.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Equivocada técnica de casación en la impugnación de los cargos.—Errada imputación de violación directa de la ley por supuesto error de hecho en la estimación de las pruebas.—Omisión de normas sustanciales infringidas.—Supuesto error de derecho.—El error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas "ad sustantiam actus" en los términos del artículo 87 del C.P.L.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintiúno de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

JOSE ANTONIO GUARIN R., por medio de apoderado, demandó ante el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá a la empresa MORRISON KNUDSEN & CIA. DE COLOMBIA para que ésta fuera condenada a pagarle "auxilio de cesantía, dominicales y festivos trabajados y no pagados, vacaciones, prima de servicios, período presuntivo del contrato de trabajo, indemnización por mora, horas extras trabajadas y no pagadas, accidente de trabajo y extra y ultra petita". La parte demandada contestó la demanda oponiéndose a las condenas solicitadas y negó los hechos. La controversia fue resuelta por el Juez del conocimiento habiendo condenado a la empresa a pagar al demandante las cantidades correspondientes a "la prima de servicios, período presuntivo e indemnización moratoria, declaró probada la excepción de pago respecto del auxilio de cesantía, vacaciones e indemnización por accidente de trabajo", y absolvió de las demás peticiones contenidas en el libelo por no haberse demostrado los hechos relacionados en él. Condenó a la empresa a pagar el 50% de las costas.

Surtida la apelación interpuesta por la parte demandada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste confirmó la sentencia de primer grado.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la sociedad, le fue concedido. Tramitado legalmente ante la Sala, pasa a decidirse mediante el estudio de la demanda que lo sustenta. Hubo escrito de oposición.

El recurrente aspira a que se case parcialmente la sentencia del *ad-quem* y para tales efectos invoca las causales primera y segunda del artículo 87 del C. S. L.

Formula seis cargos, los cuales serán estudiados según el orden en que han sido presentados, así:

"*Primer cargo.*—La sentencia acusada viola directamente el artículo 62 del C. S. T., en cuanto autoriza al patrono para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso, cuando por parte del trabajador haya violencia e injuria o grave indisciplina contra el personal directivo o daño material causado intencionalmente a las maquinarias de la empresa, etc. La violación directa de dicha norma se puntualiza en el fallo acusado por falta de aplicación, al afirmar erradamente que no hubo demostración en el expediente de las faltas del trabajador. En el desarrollo del cargo el recurrente manifiesta que para demostrar el error en que incurrió el Tribunal basta leer detenidamente la carta de despido visible a folio 7 del expediente, en que se afirman las faltas en que incurrió el trabajador; la diligencia de posiciones del demandante que dejó de apreciar el Tribunal; el testimonio de José Antonio Camacho y el de Fabio Guillermo Tautiva para afirmar "que el Tribunal, al interpretar las pruebas que se dejan relacionadas, cometió error de hecho consistente en no dar por acreditados los motivos que tuvo la empresa para dar por terminado el contrato sin previo aviso", y concluye de la siguiente manera: "El error de hecho del Tribunal lo llevó a la omisión consistente en la falta de aplicación de la norma sustantiva del artículo 62, ordinales 2º y 4º del C. S. T. violando así directamente dicha norma".

Como se puede observar, el recurrente acusa la sentencia por violación directa de la ley, vinculando el ataque así formulado al error de hecho proveniente de la estimación de las pruebas por parte del Tribunal, lo cual lleva a la desestimación del cargo, por cuanto, como lo ha dicho la Corte en forma reiterada, tal infracción es independiente de toda cuestión probatoria, pues en este caso lo procedente es presentar la acusación por una vía distinta a la escogida por el impugnante.

Además del defecto anotado se observa también que el recurrente, al indicar la única disposición que considera violada por el Tribunal, omite señalar las demás normas sustanciales que habrían resultado infringidas por el sentenciador al no encontrar éste demostrada la causa justificativa del despido del trabajador, y que fueron el fundamento inmediato de la respectiva condena.

Esa omisión impide a la Sala confrontar la providencia de segundo grado con los preceptos que consagran los derechos que se estiman indebidamente reconocidos al actor.—Siendo, pues, incompleta la acusación, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo.—"La sentencia impugnada viola directamente, por falta de aplicación, el artículo 58 del C. S. T. que establece las obligaciones del trabajador, entre otras cosas, la de observar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes y la de conservar y restituír en buen estado los instrumentos útiles facilitados para el cumplimiento de su labor".—Y agrega en el desarrollo del cargo: "La violación de esta norma fue consecuencia del error de hecho manifiesto en que incurrió el Tribunal en la estimación de las pruebas mencionadas en el punto anterior, que son las únicas en las cuales se basó para pronunciar su fallo".

Para considerar inadmisible este cargo obran las mismas razones que se expusieron para rechazar el anterior.

Tercer cargo.—"El fallo del Tribunal violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 60 del C. S. T., que prohibe al trabajador, entre otras cosas, sustraer del taller los útiles del trabajo, sin permiso del patrono". Y agrega: "La violación de la norma citada, por omisión en aplicarla, surge del error de hecho manifiesto puntualizado en la interpretación errónea de las pruebas que se dejan mencionadas, que llevó al Tribunal a sacar conclusiones contrarias a la realidad de los hechos".

En la formulación de este cargo el recurrente incurre en los mismos defectos anotados a los cargos anteriores, ya que la modalidad de la infracción directa de la ley debe proponerse en casación, sin referencia a situaciones de hecho o probatorias debatidas en el juicio, y en tales circunstancias la impugnación ha debido hacerse por vía distinta a la que prefirió el acusador. Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—"El fallo del Tribunal viola directamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. T. y tal violación surge del error de derecho en que incurrió al interpretar erróneamente dicha norma y dar por establecida la circunstancia de la mora en el pago de las prestaciones sociales al trabajador.

Al desarrollar el cargo el recurrente insiste en que el "artículo 65 no puede aplicarse con el rigor con que lo hace el fallo acusado, sencillamente por no haber tenido en cuenta las pruebas del expediente (carta del folio 7 y consignación y liquidación de los folios 65 y ss.) de los cuales se deduce el ánimo de la sociedad demandada de hacer el pago desde el momento mismo de la terminación del contrato y la ausencia absoluta de su renuencia culposa para cumplir tal obligación".

En este cargo el recurrente involucra la violación directa con la aplicación indebida y la errónea interpretación de la norma que son formas de violación legal que responden a diversos conceptos, y la técnica de casación enseña que tales motivos no pueden plantearse en un solo cargo por no ser de recibo. Esta sola consideración haría que la acusación se rechazara; pero es que, además, el error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas "ad sustantiam actus" en los términos del artículo 87 del C. P. L.

Quinto cargo.—"Viola también el fallo, y éste es otro de los motivos de casación que impetro, el artículo 306 del C. S. T., violación directa en que incurrió el Tribunal por aplicación indebida de tal norma, al condenar a la empresa demandada al pago de una prima de servicios, correspondiente al primer semestre de 1961, sin estar demostrado que la empresa debía dicha prima. La violación es consecuencia del error de derecho y de hecho en que incurrió el Tribu-

nal al dar por demostrado en el expediente cierto número de elementos probatorios de la deuda misma de la prima, sin existir tal demostración".

Acude el recurrente en la demostración del cargo al argumento de que "el Tribunal, al condenar a la empresa al pago de la prima, teniendo como base únicamente la demanda, cometió error de derecho al dar por establecida la deuda con ese solo documento, que requiere determinadas formalidades al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del C. P. L. en la parte que exige que la demanda contenga lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos y omisiones y al dar por establecido el capital de la empresa, sin existir en el expediente la prueba legal de que habla el artículo 195 del C. S. T., con lo cual se viola también directamente esta norma, en forma directa por falta de aplicación".

El ataque que se formula en este quinto cargo adolece de los defectos que ya se han anotado a los cargos anteriores, por cuanto acusa de violación directa y aplicación indebida de la norma que cita, agregando que la violación se produjo por error de derecho y de hecho, al dar el Tribunal "por demostrado cierto número de elementos probatorios de la deuda misma de la prima, sin existir tal demostración".

La forma en que está concebida la impugnación es totalmente inadmisible, por cuanto el recurrente, además de involucrar en un solo cargo diferentes modalidades de la infracción que le atribuye al sentenciador, le imputa a éste error de derecho, sin precisar cuáles formalidades sustanciales eran necesarias en la prueba para acreditar el hecho relacionado con la prima de servicios, cuya observancia hubiera pasado por el Tribunal al proferir su decisión y que la ley exija como formalidades indispensables para probar el hecho. Vincula asimismo la violación directa con el error de hecho que dice relación al aspecto probatorio del proceso, incurriendo así en el mismo defecto de técnica señalado en los otros cargos que se han estudiado. Por otra parte la prueba del capital de la empresa debe ser presentada por el patrono y al no hacerlo éste se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada.

De otro lado, el ataque se hace simultáneamente por error de hecho y de derecho, siendo así que el uno y el otro obedecen a causas distintas que imponen una demostración diferente.

Sexto cargo.—"La sentencia acusada hace más gravosa la situación de la parte apelante del fallo de primera instancia (Causal 2ª de casación, artículo 87 del C. P. L.). La sentencia de primera instancia pronunciada por el Juzgado del conocimiento, visible a los folios 69 y ss., condenó a la empresa demandada a pagar al demandante $ 2.175.00 por concepto de presuntivo, y el Tribunal, al resolver la apelación interpuesta por la demandada, condenó a ésta a pagar $ 3.200.00, por el mismo concepto. Por tanto de manifiesto aparece que el fallo de segunda instancia hace más gravosa la situación del apelante".

Respecto de este cargo, el pasaje pertinente de la sentencia del *ad-quem* dice lo siguiente:

"De todo lo anterior, se concluye que no aparece comprobada la mala conducta o indisciplina del trabajador alegada por la empresa. Entonces, su despido debe ser calificado de ilegal y por ende procede la condena al pago de los salarios que faltaron para cumplirse el plazo presuntivo, esto es, la cantidad de $ 3.200.00 determinada por el *a-quo*".

A folio 80 del proceso aparece la providencia dictada por el Juez del conocimiento en que a solicitud del apoderado del actor, corrigió el literal b) del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia dictada por aquél, "en el sentido de que la condena, por concepto de presuntivo, es por la cantidad de $ 3.200.00 m/cte.".

De tal suerte que no fue "el fallo de segunda instancia el que hizo más gravosa la situación del apelante" como lo sostiene el recurrente, sino que fue el propio *a-quo* el que hizo la corrección del error numérico en que incurrió al determinar el monto de la condena en $ 2.175.00 en vez de $ 3.200.00. Por lo demás, la razón que aduce el impugnante acerca de que "el Tribunal solamente podía tener en cuenta el fallo sin la corrección" no tiene asidero alguno, ya que la providencia dictada por el Juez de instancia ha de considerarse como un todo integrado, es decir, con la corrección que él mismo hizo a la parte resolutiva de su proveído, por medio del cual decidió la controversia. Por consiguiente la acusación no está llamada a prosperar, porque el fundamento que se le ha querido dar, la Sala no lo encuentra ajustado a la realidad de lo que consta en el juicio. El cargo no prospera.

Por las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION JUBILATORIA

Errores de hecho y de derecho.—No existe violación de la ley sustancial, por vía directa en la interpretación errónea, por ser esta una forma de quebrantamiento de la ley ajena a toda cuestión de hecho dentro del juicio.—Establecida la explotación económica, los derechos a la pensión jubilatoria no se pierden porque estos hayan sido interrumpidos o prestados a personas jurídicas distintas.—Lo que se exige para el nacimiento de una pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal a una misma empresa con el capital requerido, no importa que la explotación económica haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, decidió, mediante sentencia de ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, el recurso de apelación contra el fallo de primer grado proferido por el Juez Unico del Trabajo de Santa Marta, fechado el veintiséis de febrero del mismo año, en el juicio ordinario laboral de RAFAEL JOAQUIN URBINA contra "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA".

El juicio se inició con la demanda formulada por Urbina ante el juzgado en referencia, para obtener de la Compañía el reconocimiento y pago de la pensión jubilatoria. Tanto el fallo de primera como el de segunda instancia profirieron condena por el concepto anotado y resolvieron, con diferente modalidad, lo relativo al reintegro por parte del demandante del valor del auxilio de cesantía recibido de la empresa.

La Compañía interpuso en tiempo el recurso de casación contra la sentencia del *ad-quem* y también en oportunidad lo sustentó con la correspondiente demanda, a la cual no se formuló oposición.

En el alcance de la impugnación, el recurrente aspira a que el fallo recurrido se case totalmente y a que, en función de Tribunal de instancia, la Corte revoque la sentencia del *a-quo* y absuelva a la "Compañía Frutera de Sevilla" de los cargos de la demanda, con costas para el actor.

LA ACUSACION

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. del T., el impugnador formula dos cargos, que se examinan y deciden a continuación.

PRIMER CARGO

"Violación directa, por interpretación errónea, del artículo 194 del C. S. T. e infracción consecuencial, por aplicación indebida, de los artículos 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 ibidem, y por falta de aplicación de los artículos 16 y 490 de la misma obra".

En el desarrollo del cargo, el impugnador se detiene en el estudio del contenido y el sentido del artículo 194 del C. S. del T. y al respecto expresa: "El artículo 194 trae una definición de empresa, constituída por tres (3) elementos: a).—Una o varias unidades de explotación económica; b).—Dependencia de una misma persona natural o jurídica; y c).—Trabajadores al servicio de tales unidades, en actividades económicas similares, conexas o complementarias". Y agrega que el inciso final del artículo atribuye al Ministerio del Trabajo la función declarativa de la unidad de empresa. Luégo añade: "Expresa y nítidamente se exige en la referida definición, que la unidad o unidades de explotación económica dependan, no de varias sino "de una

misma persona natural o jurídica". ¿Por qué? Porque dentro del ordenamiento jurídico, solamente las personas naturales o jurídicas adquieren responsabilidad obligacional. Una unidad de explotación económica, por sí sola, rigurosamente considerada, en el plano legal no puede adquirir derechos ni obligarse. Sólo podrá hacerlo la persona a quien tal bien pertenezca.—El Tribunal Superior de Santa Marta, en el fallo acusado, desarticuló de la noción de empresa el elemento persona natural o jurídica y, al desconocer el significado imperativo señalado por el autor de la norma, incurrió en errónea interpretación del artículo 194 del C. S. T. Atribuyó personalidad jurídica a una o varias unidades de explotación económica y que tres personas jurídicas distintas constituyen una misma empresa por dedicarse a la misma explotación económica".

Más adelante, el acusador vincula el quebrantamiento de este mandato legal con el de los artículos del C. S. del T. sobre sustitución patronal y sobre pensión de jubilación.

Se considera:

Al referirse en concreto, el acusador, mediante la transcripción pertinente, a la base con que el *ad-quem* llegó a la conclusión sobre la identidad de empresa, confirma que el concepto del Tribunal se formó al través de la apreciación de los testimonios que obran en los autos y según los cuales "puede observarse que se ha probado que es la misma empresa, o sea, que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla explotaban económicamente el cultivo y exportación de banano, sucesivamente, como también el negocio de mercancías o comisariatos ha habido continuidad en el desarrollo del establecimiento, pues el giro de los negocios fue siempre el mismo" (fls. 15 y 16 del Cuaderno de la Corte).

Se ve entonces que la convicción del Tribunal sobre la identidad empresarial en la explotación que desarrollaron las tres compañías que se nombran, es el resultado de una apreciación de elementos de prueba aportados en el juicio. Como resultado, la presunta violación de la ley sustancial no podía ocurrir por vía directa en el concepto de la interpretación errónea, que es una forma de quebrantamiento de la ley ajena a toda cuestión de hecho dentro del juicio. Y como la demanda la presentó así, lo hace inadecuadamente.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 194, 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 del C. S. T., por aplicación indebida, y los artículos 16 y 490, por falta de aplicación, a consecuencia de manifiestos errores de hecho y de derecho. Este se refiere, aunque por distinto camino, a demostrar el quebrantamiento de los mismos preceptos legales a que se refirió el cargo primero.

Los errores se concretan por el acusador así:

"a).—El error de derecho consiste en dar por demostrada la existencia de las personas jurídicas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company que no fueron demandadas, con medios de prueba distintos de los solemnes exigidos por la Ley.

"b).—Dar por demostrado, sin estarlo, que las actividades en que se ocupó el actor corresponden a una sola "unidad económica" o a varias unidades de explotación económica dependientes de una misma persona natural o jurídica.

"c).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla son una misma persona jurídica.

"d).—No dar por demostrado, estándolo, que la situación jurídica entre el actor y la United Fruit Company quedó definida o consumada el 28 de febrero de 1933; con la Magdalena Fruit Company, el 31 de enero de 1941; y la surgida con la Compañía Frutera de Sevilla el día 1º de agosto de 1947 es distinta de las dos primeras".

Las pruebas que se señalan como no apreciadas por el fallador son: el escrito de demanda (fl. 2), los documentos de fls. 5 a 7 y el acta de inspección ocular (fls. 26 a 31, 33 a 35 y 38). Las que se indican como equivocadamente apreciadas son: la documental del fl. 8 y los testimonios de Ricardo Vengoechea (fls. 43 y 44), Manuel Flórez de Andréis (fl. 45), Nicolás E. Dávila (fls. 59 a 61) y Luis A. Morissi (fls. 61 a 62).

Con el cargo anterior, el secuestre indica como determinante de las fallas jurídicas de la sentencia circunstancias de que "con la equivocada valoración del documento preindicado y con la de los testimonios ya singularizados incurre el sentenciador en el error de hecho de dar por de-

mostrado que las tres (3) sociedades tantas veces citadas constituyen una misma persona jurídica de la cual depende la unidad o unidades de explotación económica a que vinculó su servicio el actor". Y dice, por otra parte, que el fallador dio por demostrada la existencia de las tres sociedades con medios legales no válidos para el efecto, en forma contraria a lo dispuesto en los artículos 469, 465 y 470 del C. de Co., 40 y 41 de la Ley 28 de 1931 y 1º y 2º del Decreto 02 de 1906. Expresa, finalmente, que en las pruebas constituídas por el mismo escrito de demanda, los certificados de fls. 5 y 6 la liquidación de prestaciones (fl. 7) y la inspección ocular aparece demostrado que son "perfectamente aisladas en el tiempo e independientes las situaciones ocurridas con cada una de las mentadas sociedades, originadas en la celebración, ejecución y terminación de tres (3) contratos de trabajo".

Se considera:

Aunque impropiamente al iniciar el estudio del punto el Tribunal habla en la parte motiva de su sentencia de que el "actor prestó servicios a las tres empresas mencionadas" y que por la inspección ocular se comprueba que "pasa de una a otra", lo que se confirma con la carta conjunta de los gerentes de la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla (fl. 8), se halla al final que los conceptos son más precisos en cuanto llegan a la conclusión sobre la identidad empresarial, o sea la unidad de explotación económica que sucesivamente perteneció a la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla, unidad de explotación económica a la que estuvo vinculado el demandante de instancia por más de veinte años. Dice así el Tribunal (fls. 88 y 89):

"De las declaraciones anteriores cuyas partes pertinentes se han transcrito, puede observarse que se ha probado que es la misma empresa o sea que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla explotaban económicamente el cultivo y exportación de banano, sucesivamente, como también el negocio de mercancías o comisariatos; ha habido continuidad en el desarrollo del establecimiento, pues el giro de los negocios fue siempre el mismo". El Tribunal refuerza esta conclusión probatoria dando el hecho significativo de la conservación de los archivos de las dos anteriores compañías por la última, la Compañía Frutera de Sevilla.

No se trata, así, de que el Tribunal haya llegado a la conclusión de que las tres personas jurídicas sean una misma sociedad, ni de que la existencia de las tres se haya dado por demostrada con medios no autorizados legalmente (punto sobre el cual ya la Corte fijó su criterio en otra ocasión), sino de que, mediante el examen de los elementos probatorios que obran en los autos, el *ad-quem* llegó a la convicción de que las actividades empresariales a las cuales el actor Rafael Joaquín Urbina estuvo vinculado por más de veinte años, constituyen una unidad de explotación económica. En esta comprobación el Tribunal no ha cometido el menor error de hecho ni de derecho en la apreciación de los elementos de prueba, pues se trata de un fenómeno apreciable objetivamente, y sobre él no sólo declaran los testigos Vengoechea, Dávila Noguera y Morossi en forma precisa, sino que la carta de los gerentes de la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla a Urbina el 5 de febrero de 1948 (fl. 8) y el hecho de la conservación de archivos de las tres Compañías por la última, completan sobre el fenómeno establecido por el fallador de segunda instancia una prueba indudable.

Ahora bien. Establecida la unidad de explotación económica idéntica, no importa para efecto de los derechos del pretendiente a jubilación, que los servicios hayan tenido interrupciones y que se hayan prestado a tres personas jurídicas distintas —tres patronos—, pues, como se ha dicho en repetidos fallos, el servicio a una empresa (noción económico-laboral) es el que genera el derecho a la pensión conforme al artículo 260 del C. S. del T., así los patronos —personas naturales o jurídicas— hayan sido distintos sucesivamente y no obstante la discontinuidad en los servicios, por distintos contratos de trabajo y con interrupciones en el servicio. Estos conceptos se reiteraron recientemente en sentencia de ocho de octubre del presente año, al decidir el recurso en que fueron partes el señor Thomás Sánchez o Bicento Thomas Plantijn la misma Compañía Frutera de Sevilla. Algunos apartes de las consideraciones de ese fallo de casación:

"Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de

explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos. El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que generan el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio, y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producirse el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios o explotadores de una misma empresa, es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generación del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontinuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietaria de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servicio para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho".

Sobre las anteriores consideraciones, se ve que el sentenciador *ad-quem* no ha incurrido en ningún error probatorio que, a su vez, haya determinado el quebrantamiento de las normas sustantivas legales que anota el acusador y la condena que el Tribunal profirió.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION VITALICIA DE JUBILACION

Deficiencias de orden técnico en la elaboración de la demanda.—Requisitos establecidos por la ley 6ª de 1945.—Explicación del artículo 260 del C.S. del T.—La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido, cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, debe atenerse al lapso total de servicios sin considerar la continuidad de la relación, ni los períodos de desvinculación de la empresa.—El fenómeno de la retrospectividad es cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.

La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, pues siempre debe atenderse al lapso total de servicios, sin considerar la continuidad o permanencia de la relación, ni los períodos de desvinculación con la empresa. Al completarse los años requeridos de servicio, en concurrencia con el factor edad, se genera la prestación que surge a la vida jurídica por el servicio que se presta durante la vigencia de la ley que la consagra, no obstante la particularidad de que al estimar el tiempo total, pueden resultar apreciados períodos de trabajo anterior a la vigencia de la ley, en virtud del fenómeno de la retrospectividad, cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.

La estimación del tiempo anterior, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, "obedece a la existencia al momento de aplicar la norma jubilatoria, del vínculo sobre el cual se decide, esto es, que se aprovechan ciertamente los servicios prestados antes del mismo, haya habido o no solución de continuidad, pero por razón de que el nuevo vínculo laboral cae bajo el imperio de la ley de pensión".—Lo que no puede hacerse es aplicar la ley a una situación contractual fenecida totalmente antes de que la norma hubiese reconocido el derecho al goce de la pensión jubilatoria, porque ello conduciría a dar efectos retroactivos al mandato legal, lo cual resulta antijurídico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Samuel Torres, por medio de apoderado, demandó a la "CERVECERIA BARRANQUILLA Y BOLIVAR S. A.", representada por su gerente, José Domingo Pumarejo, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle, desde la fecha de la presentación de su libelo, una pensión vitalicia de jubilación, más las costas y gastos del juicio.

La demanda relaciona los siguientes hechos:

"1º Ingresé a la empresa en enero de 1914 y trabajé ininterrumpidamente hasta el 20 de julio de 1943.

"2º Mi último sueldo fue de $ 250.00 más comisiones, etc.

"3º El capital de la demandada es mayor de $ 800.000.00".

En derecho invocó el artículo 260 y siguientes del C. S. T.

La demandada, por medio de apoderado, dio respuesta al libelo oponiéndose a que se decretara la pensión solicitada y negando todo derecho del actor. Negó los hechos primero y segundo, y respecto al tercero dijo que "posiblemente sea así".

Agregó que en la época que el demandante se retiró de la empresa no existía la norma que reconociese el derecho reclamado, pues que la ley 10 de 1934 no estableció el derecho a la pensión de jubilación. Que el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, se refiere a las empresas que tuvieren establecida la pensión de jubilación y ello en lo referente a la no coexistencia con el derecho de cesantía. Que si el derecho alegado

por el demandante existía, la acción estaría prescrita por haber transcurrido más de quince años desde que el trabajador se retiró de la empresa demandada, excepción que propuso en su favor.

Tramitada la litis, el Juez Primero del Trabajo de Barranquilla profirió sentencia absolutoria a favor de la empresa demandada y no hizo condenación en costas.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación, que correspondió decidir a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por sentencia que confirma el fallo del juzgado y condena en costas a la parte vencida.

El apoderado del trabajador interpuso el recurso de casación que le fue concedido. Admitido y tramitado en debida forma, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, revoque el fallo del juzgado y en su lugar, como Tribunal de instancia, condene a la demandada al pago de la pensión de jubilación en favor del demandante.

CARGO UNICO

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del C. S. T. formula un solo cargo contra la sentencia impugnada, la que acusa de ser violatoria del artículo 14, numeral C) de la Ley 6ª de 1945, del artículo 8º de la Ley 64 de 1946. del artículo 260 del C. S. T. y de la Ley 77 de 1959 "que por errónea interpretación no fue aplicada, debiendo serlo".

Para demostrar el cargo dice que la Ley 6ª de 1945 estableció que las empresas con un capital mayor de un millón de pesos. debían pagar "al trabajador que haya llegado o llegue a los 50 años de edad después de 20 años de servicios continuos, una pensión de jubilación". Que la Ley 64 de 1946, por medio de su artículo 8º, modificó lo atinente al capital de la empresa para fijarlo en $ 800.000.00 y que el artículo 260 del C. S. T. reprodujo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 6ª y agregó que el tiempo de servicio podía ser anterior o posterior a la vigencia de la ley. Agrega que ni la Ley 6ª, ni el Código Sustantivo del Trabajo ordenaron que para gozar de la pensión de jubilación se necesitaba ser trabajador de la empresa cuando esas disposiciones entraron en vigencia. Que los requisitos exigidos por las citadas normas fueron: a) La prestación del servicio personal a una misma empresa de capital mayor de $ 800.000.00, por más de veinte años continuos o discontinuos; b) Que quien prestó esos veinte años de servicios tenga cumplidos 55 años de edad.

Que Torres cumplió los 55 años de edad "en vigencia la ley" y prestó más de veinte años de servicios a la misma empresa, por lo que es lógico concluír "que actualmente tiene derecho a su pensión de jubilación, porque ya están reunidos los dos requisitos exigidos por los estatutos que violó el Tribunal, por no haberlos aplicado". Que sería insensato afirmar que para que Torres tenga derecho a la pensión de jubilación, la empresa deba tomarlo siquiera por un día, porque con un nuevo contrato no adquiriría otro derecho a pensión de jubilación, sino a cobrar cesantía conforme a lo dispuesto por el artículo 266 del C. S. T.

Hace luégo algunas consideraciones referentes a las pruebas aportadas al proceso para acreditar el tiempo de servicios y el sueldo devengado por el demandante en el último año, y afirma que el Juez de primer grado apreció equivocadamente tanto los testimonios como la prueba documental obrante en el juicio, al no condenar a la empresa al pago de la pensión, no obstante que ésta, por el conducto de sus representantes, ha aceptado que el caso controvertido se regula por lo dispuesto en el C. S. T. y en la Ley 6ª de 1945.

El apoderado de la empresa, en el escrito de réplica, se opone a que se case la sentencia por estimar acertadas las razones expuestas por el Tribunal para negar la jubilación demandada, en consideración a que los servicios del demandante terminaron a mediados de 1943, es decir, antes de la expedición de la Ley 6ª de 1945, que fue la que estableció el derecho a pensión en el orden general de los trabajadores particulares al que perteneció el demandante, ya que su condición no era de las reguladas por las Leyes 1ª de 1932, 63 y 206 de 1940 aplicables a los trabajadores de los ferrocarriles. Que Torres carece del derecho a lo demandado, porque la Ley 6ª de 1945 no tiene efecto retroactivo, esto es, no puede aplicarse a situaciones cumplidas o consumadas antes de que se la expidiera. Anota, ade-

más, defectos de carácter técnico de que adolece la demanda presentada por razón de la confusión del recurrente respecto del concepto de la violación de las normas que acusa y sobre los preceptos que señala como infringidos, los cuales no fueron ni podían ser soportes de la sentencia. Que en relación con el fondo de la cuestión propuesta, cabe decir que quien tiene un entendimiento erróneo de los textos que pretende infringidos es el impugnador, ya que aspira a que a situaciones fenecidas en 1943 se les aplique la legislación expedida en 1945. Agrega finalmente, que para el *ad-quem* sólo es hipotético que Torres hubiese servido más de veinte años a la demandada, y como la acusación nada intenta demostrar a este respecto, ni en forma directa ni mediante sustitución de patronos, tampoco se comprobó este requisito legal.

Se considera:

El Tribunal para negar el derecho a la pensión reclamada por el actor aduce como fundamento principal la circunstancia de que habiéndose retirado el trabajador de la empresa el 20 de julio de 1943, y en el supuesto de que el período de servicios fue superior a veinte años y que a la fecha de la terminación del contrato tenía más de cincuenta años, resulta claro y evidente que tales requisitos los había cumplido antes de la vigencia de la Ley 6ª de 1945 "que fue la primera en otorgar ese derecho a los trabajadores de las empresas particulares en general". El sentenciador examina y analiza las disposiciones legales sobre régimen jubilatorio anteriores a la expedición de la citada Ley 6ª para concluír que hasta esa fecha sólo estaban obligadas a pagar la pensión de jubilación las empresas ferroviarias, oficiales y particulares, al tenor de las Leyes 1ª de 1932, 63 y 206 de 1940, y agrega:

"De manera que el derecho a la pensión de jubilación que invoca el actor, no tuvo nacimiento por el hecho de haberse terminado la relación contractual que vinculó a las partes antes de que fuera expedida la Ley 6ª de 1945, y como ésta no tiene efecto retroactivo mal puede aplicarse a situaciones definidas o consumadas antes de la disolución del contrato de trabajo. Y no se puede argüir que el artículo 14 de la citada Ley 6ª cobija hechos anteriores a su vigencia cuando dice que las empresas cuyo capital exceda de $ 800.000.00 están obligadas a pagar dicha pensión al trabajador "que haya llegado o llegue" a los cincuenta años de edad después de veinte de servicios, ya que lo que indica la norma mencionada es que el tiempo trabajado puede ser anterior o posterior a la ley, pero es claro que el retiro o el despido del trabajador deberá ocurrir después de su vigencia".

La Sala observa:

Es evidente, como lo anota el opositor, que la demanda adolece en su presentación de deficiencias de orden técnico, pues en el cargo se involucran diversos conceptos de violación de la ley, atribuyéndole al sentenciador infracción de las normas por errónea interpretación y también por aplicación indebida de las mismas, con apoyo en cuestiones de hecho, referentes a una equivocada apreciación de pruebas. Lo anterior sería suficiente para desestimar la acusación, que no se atempera a las exigencias formalistas que establece la propia ley del recurso. Sin embargo, se examina el cargo para reiterar en esta ocasión la doctrina jurisprudencial que, sobre la cuestión de fondo que se plantea en la acusación, tiene establecida esta Sala de la Corte y el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, pues siempre debe atenderse al lapso total de servicios, sin considerar la continuidad o permanencia de la relación, ni los períodos de desvinculación con la empresa. Al completarse los años requeridos de servicio, en concurrencia con el factor edad, se genera la prestación que surge a la vida jurídica por el servicio que se presta durante la vigencia de la ley que la consagra, no obstante la particularidad de que al estimar el tiempo total, puedan resultar apreciados períodos de trabajo anterior a la vigencia de la ley en virtud del fenómeno de la retrospectividad, cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.

La estimación del tiempo anterior, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, "obedece a la existencia, al momento de aplicar la norma jubilatoria, del vínculo sobre el cual se decide, esto es, que se aprovechan ciertamente los servicios prestados antes del mismo, haya habido o no solución de continuidad, pero por razón de que el nuevo vínculo laboral cae bajo el imperio de la ley de pensión". Lo que no puede hacerse se aplicar la ley a una situación contractual fenecida totalmente antes de que la norma hubiese reconocido el derecho al goce de la pensión jubila-

toria, porque ello conduciría a dar efectos retroactivos al mandato legal, lo cual resulta antijurídico.

Por lo demás, para resolver el punto planteado en la presente litis, la Sala estima suficiente reproducir lo expresado por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de fecha 13 de diciembre de 1955, al resolver un caso idéntico al discutido en este juicio, en donde se interpreta el alcance y contenido del artículo 260 del C. S. T., cuya violación indica el cargo en estudio. En esa providencia, se dice lo siguiente:

"El artículo 260 del C. S. T., cuya aplicación reclama el cargo, por hallarse establecidos sus requisitos sobre edad, tiempo de servicios y capital de la empresa, sólo puede aplicarse a relaciones de trabajo existentes a la fecha en que empezó a regir el citado Código Sustantivo y a las que se establezcan durante la vigencia. Y es que en lo atinente a la exégesis que propone el recurso y que se ventiló en las instancias —para circunscribir el examen al asunto sustancial— debe declararse que ella no consulta los principios que gobiernan la materia de la aplicación de la ley en el tiempo, conforme a la doctrina, ni el ordenamiento positivo del derecho colombiano.

"En efecto, enseña la primera que la ley sólo dispone para el futuro, como regla general, que su mandato no puede afectar situaciones definidas o consumadas con anterioridad a su vigencia, esto es, que la ley no tiene efecto retroactivo, como principio asimismo general, y que tal criterio posee validez jurídica aún en el dominio de la legislación del trabajo. Otra cosa es que las normas de este ámbito tengan aplicación inmediata, principio éste por cuya virtud el mandato de las mismas se incorpora a las relaciones contractuales establecidas, regulando las consecuencias de éstas, aún con apreciación, para determinados efectos, de los hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia; mas aplicación inmediata que requiere lógica y necesariamente la existencia del vínculo que va a regular. Pretender que el nuevo ordenamiento cabe referirlo a las situaciones ya extinguidas es confundir fenómenos jurídicos distintos e ignorar que ellos se hallan expresamente contemplados por el artículo 16 del C. S. T., del cual no puede prescindirse para el correcto entendimiento de la materia.

"Sin embargo, se podría argüir que todo lo anterior es cierto como principio general, que admite excepción cuando la ley nueva dispone expresamente sobre su retroactividad, y que esto es lo que acontece con el precepto en examen. El argumento es valedero, dentro de los límites fijados por el orden jurídico superior; pero no puede predicarse, en la forma intentada, respecto del artículo 260 del C. S. T. porque éste, conforme a los antecedentes de su elaboración y a sus propios términos, constituye un desarrollo de lo establecido en el artículo 16 de la misma obra, en punto a los referidos fenómenos de irretroactividad y aplicación inmediata. Así, su expresión acerca de los veinte años anteriores a su vigencia impone la estimación del tiempo de servicios prestados con anterioridad a la misma, en aquellas relaciones contractuales existentes en ese momento, en razón del efecto general inmediato ya explicado, el cual resuelve, por otra parte, de modo expreso, cualquier interpretación equivocada acerca de la necesidad de que los dichos años deban transcurrir en su totalidad a partir de su imperio legal. E impone, además, la estimación de tal tiempo anterior si el ex-trabajador vuelve a vincularse a la empresa, en virtud de contrato celebrado bajo su vigencia. Mas en manera alguna puede significar la estimación de aquel lapso, respecto de relaciones fenecidas, porque ello no se compadece con el supuesto necesario de la existencia del contrato, para el fenómeno de la aplicación inmediata; y constituiría una retroactividad incompatible con el ordenamiento jurídico general y no autorizada siquiera por sus propios términos, los cuales se refieren expresamente al "trabajador", esto es, a la persona que tenga tal carácter al momento de entrar en vigencia la ley o a la persona que lo adquiera, posteriormente, conforme a su mandato, y no al "ex-trabajador", es decir, a quien ha perdido o no tiene ya tal condición, como acertadamente lo observa el opositor en el recurso".

Las consideraciones anteriores son valederas igualmente para afirmar que tampoco podía aplicarse al caso de autos lo que disponía el artículo 14, ordinal C) de la Ley 6ª de 1945, que tuvo su vigencia hasta la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, porque el contrato de trabajo que existió entre el demandante y la empresa demandada, terminó en el año de 1943, sin que con posterioridad a la vigencia de la Ley 6ª se haya vinculado nuevamente a la empresa. No prospera la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO

Accidente "in itinere" es el accidente sufrido por el trabajador cuando va en vía de cumplir con su obligación.—Supuesta acusación por violación directa por errónea interpretación e indebida aplicación de normas sustanciales.—El monto de la indemnización por muerte en accidente de trabajo equivale al doble de un año de trabajo de acuerdo con los artículos 214 y 305 del C.S.T.—Error en la apreciación de las pruebas y violación como resultado de ellas por aplicación indebida del artículo 65 del C.S. del T.—Sanción moratoria.—Pago de deudas laborales a los herederos del trabajador.

Los ciudadanos no pueden por sí y ante sí calificar la legalidad o ilegalidad de las providencias que pronuncian los funcionarios públicos para decidir si se someten o nó a ellas. Sólo al través de los recursos que prevén las leyes, tales providencias pueden atacarse y su ejecución llegar a inhibirse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, decidió en fallo de segunda instancia el juicio ordinario de MARTINA NAVARRO DE GÜETE, GLORIA ESTELA GÜETE DE FANDIÑO y MIGUEL ANTONIO GÜETE NAVARRO contra la COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA, resuelto en sentencia de primer grado por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta. La litis se trabó en relación con el seguro de vida; el auxilio de cesantía y la prima de servicios del ex-trabajador Juan Alberto Güete, reclamados por los actores. De la decisión del Tribunal recurrió en casación la empresa demandada y dentro de la oportunidad legal se formuló la demanda de sustentación de este recurso. Igualmente se presentó en oportunidad escrito de oposición.

LA DEMANDA

El recurrente solicita la casación total de la sentencia del *ad-quem* y que, como consecuencia, la Corte, en función de Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar declare que la liquidación efectuada por la sociedad demandada es correcta y la absuelva de todo cargo. Subsidiariamente pide que por medio del fallo de instancia se confirmen los literales a), b) y c) del de primer grado, se revoque el literal d) del ordinal 1º y el ordinal 2º del mismo y se absuelva a la empresa de la condena por concepto de costas.

La acusación se presenta con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se desarrolla por medio de siete cargos, en la forma siguiente:

PRIMER CARGO

"La sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 199 del C. S. T. y por aplicación indebida los artículos 193, 214 y 305 ibidem, en relación con los artículos 204 (E) y 292 del mismo Código".

Para demostrar el cargo, el acusador se refiere al texto del artículo 199 del C. S. del T. que define el accidente de trabajo y su alcance en cuanto se relaciona con los accidentes ocurridos "con ocasión" de la labor que se realiza por el trabajador, y señala las condiciones en que el llamado accidente "in itinere" se considera por los tratadistas y dentro de algunas legislaciones extranjeras como de trabajo. Destaca que la interpretación del Tribunal a la norma vigente entre nosotros, según la cual "todo accidente in itinere es de trabajo", es completamente errónea. Concluye con la manifestación de que esta errada interpretación del artículo 199 condujo al fallador *ad-quem* a la indebida aplicación de las

otras disposiciones que cita al formular el cargo, relacionadas con la indemnización por muerte debida a accidente de trabajo.

El opositor, por su parte, estima que el Tribunal sólo ha decidido sobre el caso concreto conforme a sus características y sin contradecir la doctrina y las mismas tesis sostenidas por el acusador, ya que ha considerado dicho caso dentro de las circunstancias en que, por la vinculación directa con el trabajo, el accidente "in itinere" tiene naturaleza laboral.

Se estudia el cargo.

Es cierto que el Tribunal hace una larga disquisición sobre las características del accidente de trabajo, las distintas teorías jurídicas que han dado base a la indemnización por las consecuencias del accidente y las situaciones especiales en que, estando el trabajador fuera del momento y del lugar del trabajo, el hecho imprevisto y repentino que le produce la lesión orgánica o la perturbación funcional se califica como accidente de trabajo. Y concluye con una tesis general sobre este último aspecto en los siguientes términos: "Se puede sintetizar lo último dicho de la manera siguiente: Que la mayoría de las legislaciones, al reglamentar lo relativo a los accidentes de trabajo, han acogido la teoría del riesgo profesional, y que como consecuencia de la protección que se debe al trabajador la jurisprudencia se ha orientado, y muchos autores también, por considerar accidente de trabajo el daño sufrido por el trabajador cuando va en vía de desarrollar la labor asignada. Es lo que se ha llamado accidente "in itinere". (fls. 208 a 211).

Pero además el Tribunal, al resolver en concreto sobre el punto relativo a la indemnización por muerte ocurrida en accidente y referirse a las tesis de las partes enfrentadas y en especial a la de la empresa demandada, quien alega que no transportaba por su cuenta al trabajador Juan Alberto Güete, por lo cual el accidente que sufrió y en que perdió la vida no puede reputarse como de trabajo, dice: "Los reclamantes produjeron también pruebas testimoniales, que si en realidad no son lo suficientemente claras y explícitas, se deja ver a través de ellas que la parte demandada sí transportaba por su cuenta los trabajadores a su servicio. Tal se puede apreciar a folio 43, en la declaración de Alberto Cervantes Lara; a folio 48, en la de Emilio Cassares Lara, y en la de Gerardo Massi, a folio 89". (fl. 215). Y aunque luégo reitera la tesis general sobre la naturaleza laboral del accidente "sufrido por el trabajador cuando va en vía de cumplir con sus obligaciones", la decisión concreta no puede desvincularse de esta apreciación de los testimonios en los cuales encuentra demostrado el hecho de que el trabajador Güete era transportado al sitio de trabajo por cuenta de la Compañía cuando fue víctima del accidente que le produjo la muerte.

Se tiene entonces que el criterio general expuesto por el Tribunal sobre la naturaleza del llamado "accidente in itinere" no está ajustado a la reiterada jurisprudencia de la Corte, según la cual ese accidente no puede calificarse como laboral sino cuando tiene un nexo indudable y ocasional con el trabajo, como cuando el trabajador se transporta al lugar del servicio en vehículo suministrado por el patrono. Pero por otro lado se ve claramente que en la decisión del *ad-quem* tuvo influencia determinante el hecho, que halló probado con los testimonios que cita (como se ve con mayor claridad en el fallo del *a-quo)*, de que la Compañía transportaba por su cuenta al trabajador al lugar de su trabajo cuando ocurrió el accidente, lo que determina su calificación como de trabajo, en concordancia con el espíritu de la norma legal, repetidamente interpretada por la jurisprudencia y aceptada por la doctrina predominante.

No se trata, pues, de una cuestión de mera interprétación del mandato legal, sino de su aplicación a unos hechos con características específicas, que se encuentran demostrados por el fallador, y que encajan dentro del criterio señalado por la Corte para calificar el accidente ocurrido en la vía al trabajo como de naturaleza laboral. Por ello, la acusación por violación directa dentro de los conceptos de la errónea interpretación y de la indebida aplicación de normas sustanciales, no tiene cabida, y el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Este segundo ataque del impugnador consiste en acusar la sentencia del Tribunal como violatoria en forma indirecta, y por el concepto de aplicación indebida, de los artículos 193, 199, 214 y 305 del C. S. del T., en relación con los artículos 204 (E) y 292 ibidem, "como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente la demanda (fs. 2 a 4) y su contestación (fs. 21 a 22), con sus correcciones en la primera audiencia de trámite (fs. 24 a 28

y 29 a 35 v.), las declaraciones de Alberto Cervantes (f. 43), Emilio Cassares (f. 48), Gerardo Massi (f. 89 y vto.) y Antonio Serrano (f. 93v.-94), el acta de la cuarta audiencia de trámite (f. 119 a 129), el acta de audiencia de 30 de mayo de 1961 ante el Tribunal (f. 153 a 164) y los alegatos de f. 181 a 197".

Los errores de hecho que anota el acusador consisten, según su manifestación, "en haber dado por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada" transportaba por su cuenta "al trabajador Juan Alberto Güete cuando éste sufrió el accidente, y que dicho trabajador "iba para el trabajo" cuando el camión en que viajaba tuvo el choque fatal. Al apreciar las declaraciones mencionadas como lo hizo, el sentenciador infringió, además, por falta de aplicación, el artículo 52 del C. P. L. y por aplicación indebida el artículo 61 ibidem".

El impugnador analiza los testimonios de las personas que cita al señalar las pruebas mal apreciadas y aparte de expresar que ellos no establecen que el transporte del trabajador accidentado se efectuara por cuenta de la Compañía, pues se refieren a su ejecución por el señor Víctor Scott, contratista de la Compañía no se sabe a qué título, observa que la declaración de Emilio Cassares es nula por no haber sido recibida en audiencia pública y con identificación del testigo, y las de los demás declarantes desechables porque al testimonio no se agregó la manifestación del comisionado que las recibió sobre su apreciación respecto de las mismas, como lo manda el artículo 52 del C. P. L. Dice, además, que Alberto Serrano sólo declara lo que le consta de oídas, puesto que no viajaba cuando ocurrieron los hechos.

Hace referencia, de otro lado, a los testimonios de Rafael Vicente Gómez, Luis Fernando Granados, Jaime Porto, Carlos Eduardo Romero, Hugo Parejo y Armando Ramírez, rendidos a petición de la Compañía, que confirman la manifestación de ésta de que no transportaba por su cuenta a los trabajadores al lugar del trabajo, para reforzar la tesis de que no se demostró el transporte del trabajador accidentado por cuenta de la empresa y llegar a la conclusión de que el error de hecho del Tribunal determinó los quebrantamientos legales indicados en el cargo.

El opositor no encuentra demostrados los errores de hecho que consigna el acusador, porque no aparece su evidencia, y hace la anotación de que, así como respecto de los testimonios aportados por los demandantes, en algunos de los pedidos por la sociedad demandada y a que alude el recurrente, tampoco el comisionado hizo la apreciación que demanda la norma de procedimiento laboral.

Se estudia el cargo.

Ya se vio al examinar el cargo prmero, que el Tribunal basó su decisión calificativa como de trabajo del accidente sufrido por el trabajador GÜETE, no sólo en un criterio general sobre el carácter del accidente en el camino hacia el servicio sino en que, por los testimonios, aunque no claros y explícitos, "se deja ver... que la parte demandada sí transportaba por su cuenta a los trabajadores a su servicio". E indica algunos de esos testimonios. Evidentemente entre ellos aparece el de Emilio Cassares (f. 48), que por no haber sido recibido en audiencia pública, no tiene valor. Pero entre los restantes citados y en el de Antonio Serrano, hay manifestaciones que fundamentan suficientemente la convicción del *ad-quem*. No obsta para ello la circunstancia de que el comisionado para recibir los testimonios no haya cumplido con el mandato del artículo 52 del C. de P. L., en lo referente a la comunicación al comitente de su concepto sobre los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de los testimonios. Ese vacío no deja sin valor la prueba sino que restringe, sin duda alguna, su eficacia probatoria por la menor oportunidad que da al juzgador para su apreciación, conforme al mandato del artículo 61 del C. de P. L. Pero dentro de sus condiciones de claridad, responsabilidad y razón de lo dicho, el fallador puede apreciar el mérito de la prueba. Porque no se trata de una condición para la validez de aquella sino de una modalidad del principio de la inmediación en la práctica de la misma para su apreciación por el fallador con mayor exactitud y veracidad.

En efecto, los testimonios de Alberto Cervantes Lara (fl. 43) y Gerardo Massi (fl. 89), testigos presenciales, establecen que el accidente sufrido por Juan Alberto Güete ocurrió cuando éste se dirigía de Ciénaga al lugar donde debía desempeñar su trabajo como "recibidor" de la Compañía Frutera de Sevilla, por una colisión que ocurrió entre el vehículo que lo transportaba y otro que viajaba en sentido contrario. Y Gerardo Massi, como "recibidor" que era lo mismo que Güete, declara que "el camión lo pagaba Víctor Scott para llevar su personal. Entonces Míster Well, jefe de nosotros los recibidores, como que hizo algún convenio con Víctor Scott

para que nos llevara y nos trajera a esta ciudad en el camión". En su testimonio, Antonio Serraño (fls. 93 vto. y 94), también "recibidor" de la Compañía Frutera de Sevilla, expresa: "Debo decir que Míster Well, quien era jefe del Distrito de Antioquia, nos ordenó mucho antes del viaje de los señores arriba mencionados (se refiere entre ellos a Güete) que nos embarcáramos en el camión de Víctor Scott para nuestro traslado de Ciénaga para allá y de allá para acá, porque él no iba a poner más la volqueta para que nos fuera a buscar a Sevilla, y tenemos una carta de la empresa donde dice que los recibidores de Antioquia y Aracataca debían ser trasladados en los vehículos de la empresa. Y es tan exacta la orden que dio Míster Well, que a Gerardo Massi lo suspendió por un embarque, por no haber viajado en el camión de Víctor Scott, de acuerdo con la orden que nos había dado. Nosotros no pagábamos el viaje del camión por nuestro traslado al Distrito de Antioquia, pero la empresa sí le pagaba a Víctor Scott por los servicios prestados".

Las declaraciones de los dos primeros testigos nombrados —Cervantes y Massi— establecen además, de manera indudable, que el camión en que viajaga Güete el día del accidente era el que Víctor Scott utilizaba por su cuenta para transportar sus propios trabajadores y en el que, según Massi y Serrano, debían viajar los "recibidores" de la Compañía Frutera de Sevilla conforme a lo dispuesto por el superior de los mismos, señor Well.

Se ve entonces cómo no existe ningún error evidente del Tribunal cuando considera demostrado con estos testimonios el hecho de que el accidente de Juan Alberto Güete ocurrió cuando se dirigía al trabajo en vehículo suministrado por la Compañía, con lo cual el accidente adquiere la naturaleza de laboral. En consecuencia, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

Se acusa mediante este cargo la sentencia del Tribunal por violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 214, 292 y 305 del Código Sustantivo del Trabajo.

El impugnador expresa que si se acepta que el accidente sufrido por Juan Alberto Güete tuvo la naturaleza del definido por el artículo 199 del C. S. del T., la indemnización deberá regularse por los artículos 193, 214 y 305, en armonía con el 292 del C. S. del T. Pero que el sentenciador entendió las tres primeras disposiciones "en la forma más disparatada que pueda imaginarse", pues eleva la indemnización por muerte en accidente de trabajo a treinta y seis meses de salario cualquiera sea el tiempo de servicio del trabajador. Y agrega: "Independientemente de las cuestiones de hecho (pues el sentenciador admite que Juan Alberto Güete trabajó para la sociedad demandada 7 años 6 meses y 16 días, y no 18 años), la condena a pagar como indemnización por muerte en accidente de trabajo TREINTA Y SEIS MESES DE SALARIO en vez de veinticuatro meses que constituyen el mínimo, proviene de aquella errónea interpretación de las normas".

El opositor plantea una tesis que justifica el criterio del Tribunal y que termina, después del examen de las disposiciones legales sobre seguro de vida y la muerte en accidente de trabajo, con la conclusión de que el *ad-quem* no podía hacer condena por cuantía distinta a la del fallo.

Se estudia el cargo.

El Tribunal hace las siguientes consideraciones en la parte motiva de su sentencia sobre la cuantía de la indemnización que corresponde al trabajador fallecido en accidente de trabajo:

"El seguro que se reclama es como indemnización y no como prestación, teniendo por lo tanto que estudiarse el caso en acatamiento a lo que se ordena en el ordinal e) del artículo 204 del estatuto que se viene citando, en armonía con el artículo 214 de la misma obra. En esta última disposición se dice que el seguro de vida colectivo debe pagarse con treinta y seis (36) meses de salario, sin que la suma en ningún caso pase de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00). El apoderado de la empresa dice que en casos semejantes solamente cabe indemnización por veinticuatro meses de salario, o sea seguro doblado, pero echa en olvido el artículo 305 que manda que en caso de muerte del trabajador en accidente se debe pagar la suma determinada en el artículo 214 citado. Este artículo eleva la indemnización a treinta y seis meses de salario. Por este concepto se debe a los reclamantes como beneficiarios legales de Juan Alberto Güete la suma de tres mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 3.844.80)".

Pero como lo dice con toda propiedad el impugnador, "el monto de la indemnización por muerte en accidente del trabajo, según el artícu-

lo 204 E, equivale a veinticuatro meses de salario, cuando el patrono no está obligado a pagar el seguro de vida colectivo. Cuando esté obligado al seguro, "deberá pagar... el valor DOBLADO del seguro de vida *hasta un máximo* de treinta y seis meses de salario, sin exceder de veinticuatro mil pesos", conforme al artículo 214. Y al tenor del artículo 292, el valor SENCILLO del seguro de vida "es igual a un mes de salario por cada año de servicios, sin que sea inferior en ningún caso a doce meses de salario ni superior a veinticuatro meses, ni exceda de doce mil pesos". Luego el valor SENCILLO del seguro de vida sólo excederá del MINIMO de doce meses de salario cuando el causante haya trabajado por MAS DE DOCE AÑOS. Y el valor DOBLADO del seguro de vida sólo excederá del MINIMO de veinticuatro meses cuando el causante haya trabajado MAS DE DOCE AÑOS; pero si trabajó MAS DE DIECIOCHO AÑOS, como el MAXIMO del valor DOBLADO es treinta y seis meses de salario, el exceso de los dieciocho años de servicio no podrá computarse".

En el caso de autos, demostrado que el trabajador no había servido más de doce años a la Compañía, el valor del seguro de vida sencillo sería equivalente a doce (12) meses de salario (art. 292), y comoquiera que la muerte ocurrió por accidente de trabajo, debe pagarse doblado ese valor (art. 214 en armonía con el art. 305 del C.S.T.), o sea el equivalente a veinticuatro meses de salario. La indemnización por valor mayor sólo habría cabido por exceso de doce años de servicios y habría llegado a treinta y seis meses de salario sólo si tales servicios hubieran llegado a diez y ocho o excedido de ese lapso.

Por consiguiente, está demostrada la errónea interpretación en que el fallador incurrió en relación con los artículos 214 y 305 del C. S. del T., y el cargo prospera. La sentencia acusada deberá casarse en cuanto a su decisión sobre este aspecto del litigio.

CUARTO CARGO

Se acusa la sentencia del *ad-quem* en violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 306 del C. S. del T. y 50 del C. de P. L., "como consecuencia del evidente error de hecho consistente en tener como pedido en el libelo inicial el valor de todas las primas de servicio, por equivocada apreciación de dicho libelo".

Explica el acusador que cuando la demanda en juicio solicitó el pago de "la prima de servicios correspondiente a Juan Alberto Güete, por el tiempo trabajado DURANTE EL ULTIMO SEMESTRE (las mayúsculas son del recurrente), el Tribunal condenó al pago de las primas de servicios correspondientes a todo el tiempo trabajado, en una condena extra-petita que el artículo 50 del C. de P. L. sólo autoriza al juez *a-quo*.

El opositor expresa que "no existe, en mi modo de entender, tal error en el fallo, porque en realidad bastaba pedir lo correspondiente al último semestre servido, puesto que las primas por el tiempo anterior estaban devengadas, por ministerio del artículo 306 del Código, y el Tribunal no hizo otra cosa que aplicarlo correctamente".

Se estudia el cargo.

La sentencia recurrida, después de examinar el contenido del artículo 306 del C. S. del T. se expresa así sobre primas de servicios en la parte motiva: "Al trabajador Güete Núñez, por los siete (7) años, seis (6) meses y diez y seis (16) días, le correspondía la suma de setecientos cuarenta y siete pesos con sesenta centavos ($ 747.60)". Es decir, que efectuó liquidación de las primas por todo el tiempo servido por el trabajador.

La demanda (fl. 2) pidió la condena por concepto de prima de servicios en los siguientes términos: "c) La prima de servicios correspondientes a Juan Alberto Güete, por el tiempo trabajado durante el último semestre".

Estuvo, pues, limitada la aspiración de la demanda en materia de prima de servicios a la correspondiente al tiempo trabajado en el último semestre. El *a-quem* apreció equivocadamente esta petición y por ello realizó una condena extra-petita, para la cual no tenía facultad legal. Con ello quebrantó, por aplicación indebida, el artículo 50 del C. de P. L. y mediante esta violación, quebrantó igualmente la norma sustantiva del artículo 306 del C. S. del T., que establece la prima de servicios.

El cargo, pues, prospera y habrá que casarse la sentencia del *ad-quem* en este punto.

QUINTO CARGO

Se formula como subsidiario del anterior. Pero como aquel prosperó, no hay lugar a estudiar este cargo.

SEXTO CARGO

Por medio de este cargo se acusa la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, el artículo 65 del C. S. del T., "tanto aisladamente como en relación con los artículos 2º y 20 de la C. N., 1º de la Ley 95 de 1890, 188 y 190 del C. J. y 59, ordinal 1º del C. S. del T.".

Las argumentaciones que el impugnador presenta para demostrar este cargo, pueden sintetizarse así: la sanción moratoria del artículo 65 del C S. del T. se ha consagrado para los casos en que "a la terminación del contrato de trabajo el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos". No puede por ello extenderse la sanción respecto del pago a los herederos del trabajador; la jurisprudencia ha establecido el derecho de los herederos en relación con esta sanción sólo cuando el trabajador muere un tiempo después de terminado el vínculo laboral, en forma que el derecho a la indemnización ya estaba definido; "si al morir el trabajador tiene adquirido el derecho a la indemnización moratoria, transmite a sus herederos ese derecho-crédito como todos los demás bienes y derechos patrimoniales. Pero si al morir el trabajador la empresa no estaba en mora de pagarle nada, no transmite a sus herederos un derecho que aún no había nacido"; la retención ordenada por un juez obliga al patrono y está autorizada conforme al artículo 59 del C. S. del T. y no puede desconocerse, como lo dice el Tribunal, mediante una calificación que el patrono haga sobre su ilegalidad.

La parte opositora objeta las argumentaciones de la acusación y comparte las tesis del Tribunal, a las que agrega la razón de que "la sanción prevista en el referido artículo 65 no distingue los diferentes casos de terminación del contrato de trabajo, y desde luego comprende el evento por muerte del trabajador". Y en cuanto se relaciona con la alusión hecha a la orden judicial para retener las sumas reclamadas por los herederos del trabajador Güete, expresa que se trataría de una violación por vía indirecta, por error de hecho en la apreciación de una prueba y no de una violación por vía directa.

Examen del cargo.

En la parte motiva del fallo recurrido, el Tribunal se expresó en los términos siguientes para decidir lo relativo a la sanción moratoria:

"Firme es el criterio ya respecto de esta sanción. Ella se aplica a todo patrono que sin motivos plausibles demora la cancelación de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador. Si ellas son claras, la no cancelación se aprecia mala fe porque el patrono de esa manera está desconociendo mandatos legales que deben tener cabal cumplimiento, y se aprecian claras aquellas que se causan por la sola prestación del servicio y que no ofrecen duda alguna respecto al derecho que a ellas se tiene. Esto quiere decir que si la prestación es discutible, entonces no puede aplicarse dicha sanción, ya que el patrono de buena fe asumió una postura que consideró conveniente para la defensa de sus intereses. En este último plano están las indemnizaciones que se derivan de los accidentes sufridos por los trabajadores, ya que en veces es necesario analizar muchos elementos para llegar a la conclusión de que en verdad se dio dicho accidente. Pero el auxilio de cesantía y la prima de servicios son de aquellas prestaciones claras, indiscutibles, que deben ser canceladas inmediatamente que se termine el contrato de trabajo o consignarse la suma correspondiente si no se da acuerdo entre las partes. Si así no sucede, debe aplicarse el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo para que dicho patrón renuente sufra la sanción que en él se establece. En el caso presente no es aceptable como excusa lo alegado por el apoderado de la empresa de que las prestaciones están liquidadas a órdenes de los herederos del causante. Su obligación era, si ellos no se presentaban a recibirlas, la de hacer la consignación de la suma respectiva. Tampoco cabe lo alegado en el sentido de que el Juez Segundo del Circuito de Ciénaga comunicó que se estaba siguiendo el juicio de sucesión de Juan Alberto Güete y que, por lo tanto, debía esperarse que él terminara para hacer la cancelación del caso. Las órdenes o comunicaciones de las autoridades se atienden cuando son legales, pero cuando están en abierta contradicción con la ley deben rechazarse y no ser atendidas. La empresa demandada, por medio de sus abogados, tenía la obligación de saber si lo comunicado por el juez era atendible, por ajustarse a lo prescrito por la norma legal. La mora de la Compañía en el pago de las prestaciones se da desde el 15 de diciembre de 1959, fecha en que vencieron los treinta días desde la publicación del aviso en que se informaba a cualquiera que pudiera interesarle que Martina Navarro de Güete, Gloria de Fandiño y Miguel A. Güete Navarro, habían solicitado el pago del seguro colectivo obligatorio, auxilio de cesantía y otras prestaciones por la muerte de Juan Alberto Güete. Quiere destacar la Sala que dicha san-

ción no se puede aplicar cuando solamente se reclama seguro colectivo de vida porque por su naturaleza éste es un crédito en favor de los beneficiarios y no una prestación respecto del trabajador fallecido. Podría pensarse que la sanción moratoria, cuando el trabajador muere en servicio, no pueden reclamarla los herederos porque ella en tal caso no es un crédito que se hubiera consolidado en cabeza de aquél, ya que precisamente murió estando vivo el vínculo contractual, pero tal parece no lo acepta la Sala y más bien se inclina por lo resuelto por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 3 de mayo de 1957 que corre publicada en la *Gaceta Judicial* números 2181 y 2182, página 252 y siguientes".

Como puede verse, en lo que respecta a la interpretación del mandato contenido en el artículo 65 del C. S. del T., el Tribunal no hizo sino reiterar en términos generales la jurisprudencia permanente de la Corte sobre indemnización moratoria y agregar algunas consideraciones marginales que no alteran el alcance de dicha jurisprudencia. El Tribunal expresa, además, que no cabe la indemnización moratoria en relación con el no pago del seguro por muerte, con razones fundadas. Y no entra en el análisis del aspecto especial relativo al no pago de las deudas laborales que el trabajador transmite a los herederos, pero da por sentado que a este respecto rige la misma norma con sus propias modalidades, pues al decidir el caso concreto, tomando como base ciertos hechos que da por demostrados, condena a la empresa demandada en el juicio al pago de la indemnización. Ya en esta resolución concreta, el fallador *ad-quem* de manera expresa niega valor a un acto de juez, demostrado en autos, para inhibir la moral patronal, y tácitamente desecha otros elementos probatorios para el mismo efecto, lo que toca entonces con un posible quebrantamiento legal por la vía indirecta y no por la directa de la interpretación errónea de la disposición. Pero en la acogida que da al principio general, aplicable cuando se trata de los herederos del trabajador, el *ad-quem* se ciñe a lo dicho por esta Sala, principalmente en la sentencia de treinta de agosto de mil novecientos sesenta, al resolver el recurso contra la sentencia del Tribunal de Tunja que desató el juicio ordinario de Alejandrina Sáenz viuda de González e hijos contra la sociedad denominada "Tax Tunja Ltda.". (*Gaceta Judicial*, Tomo XCIII, números 2228-2229, páginas 542 y ss.). Entonces se decidió que cumplidos los trámites legales para la identificación de los herederos, si no se pagan las prestaciones correspondientes al trabajador fallecido opera la sanción moratoria. A lo cual sólo cabe adicionar que tal situación ocurre en los casos en que por autorización legal el patrono puede pagar directamente tales prestaciones (art. 258 del C. S. del T.), sin necesidad de adelantar el juicio civil de sucesión, y mediante el procedimiento previsto en el artículo 212 del C. S. del T.

No se encuentra entonces que el Tribunal haya errado en la interpretación del artículo 65. Y la situación que el recurrente plantea respecto del concepto que al fallador de segunda instancia le mereció la determinación del Juez Civil de Ciénaga sobre retención de los pagos a los herederos acreditados, se sale ya del campo puramente interpretativo de la ley, para entrar en el de las consecuencias de la apreciación probatoria. Por ello tampoco cabe la acusación de errada interpretación del artículo 65 del C. S. del T. en relación con el 59 del mismo y con las disposiciones constitucionales y las demás de carácter legal que cita el impugnador.

No prospera, por consiguiente, el cargo.

SEPTIMO CARGO

Se presenta por violación indirecta, en el concepto de aplicación indebida, del artículo 65 del C. S. del T., "a causa de evidentes errores de hecho en que incurrió (el *ad-quem)* por equivocada apreciación de la nota del fl. 15, el aviso de fl. 16, las notas cruzadas entre la empresa y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga y la diligencia de inspección ocular (fls. 167 a 176)". "El acusador expresa que estos errores 'consisten en dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa fue renuente al pago de lo debido, y en no dar probado, estándolo, que obró de buena fe y por "motivos plausibles" al abstenerse de pagar a los herederos de Juan Alberto Güete'".

El acusador señala cómo según las pruebas anotadas, la empresa procedió con celeridad a adelantar las diligencias conducentes para el pago tanto de las prestaciones (auxilio de cesantía y prima de servicios) como del seguro por muerte a los beneficiarios del trabajador Juan Alberto Güete, y cómo se practicaron las liquidaciones respectivas y se libraron las correspondientes órdenes de pago, que no alcanzó a efectuarse por haberse presentado una nueva presunta heredera y haberse recibido dos oficios del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga,

el segundo de los cuales, en respuesta a comunicación de la empresa, contenía una perentoria orden de retención de los valores que la Compañía se proponía cancelar a los beneficiarios reconocidos.

Se considera el cargo.

Ya se vio al examinar el cargo anterior, cuando se transcribió la motivación del Tribunal para fundar la condena por concepto de indemnización moratoria, que ésta se efectuó a partir del 15 de diciembre de 1959, treinta días corridos a partir de la publicación del aviso por la Compañía, y hasta la realización del pago de las sumas correspondientes al auxilio de cesantía y la prima de servicios, y que el Tribunal no dio valor a las comunicaciones del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga como exculpativas de la mora patronal. El argumento del Tribunal de que las órdenes ilegales de los funcionarios, que pueden calificarse como tales por los patronos, no deben atenderse y por ello la Compañía debió, a pesar de lo decidido por el juez citado, efectuar el pago o la consignación a favor de los beneficiarios de Güete, es inadmisible, pues los ciudadanos no pueden por sí y ante sí calificar la legalidad o ilegalidad de las providencias que pronuncian los funcionarios públicos para decidir si se someten o no a ellas. Sólo al través de los recursos que prevén las leyes, tales providencias pueden atacarse y su ejecución llegar a inhibirse. De manera que el desconocimiento que el Tribunal hizo de la orden judicial a que la Compañía se sometió, conlleva la no valoración de un elemento probatorio que justifica la abstención del pago por la empresa. Por otra parte, ésta demostró con su comunicación dirigida al apoderado de los herederos (fl. 15) y con las inmediatas publicaciones hechas conforme a los mandatos legales (fl. 16), así como con las liquidaciones efectuadas y las órdenes de pago dadas (inspección ocular fls. 167 a 176), su decisión de cancelar a los herederos el valor de las prestaciones debidas al trabajador fallecido, hecho que no pudo cumplirse por causas ajenas a su voluntad. Estos elementos de prueba fueron valorados en forma limitada por el fallador, pues sólo estimó justificado el no pago hasta el 15 de diciembre, cuando en el período subsiguiente las pruebas citadas demuestran que no hubo mala fe patronal en la no cancelación de las sumas debidas por prestaciones del trabajador.

En consecuencia, aparecen demostrados los errores en la apreciación de las pruebas que indica el impugnador y violado, como resultado de ellas, en el concepto de aplicación indebida, al artículo 65 del C. S. del T. El cargo, entonces, prospera y la sentencia será casada en cuanto a esta condena.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

En virtud de haber prosperado los cargos tercero, cuarto y séptimo de la demanda de casación y que, por consiguiente, la sentencia acusada deberá anularse en cuanto a las decisiones sobre las materias correspondientes, la Corte entra a estudiar lo relacionado con la resolución de instancia que le corresponde proferir, y para el efecto examina cada una de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas, en el orden en que se produjo el estudio de los cargos que prosperaron.

SEGURO POR MUERTE.—Se ha establecido, como se ve en las consideraciones hechas por esta Sala al examinar el cargo tercero, que el accidente en que perdió la vida el señor Juan Alberto Güete cuando se dirigía de Ciénaga al lugar del trabajo, tuvo la naturaleza del accidente laboral. No es necesario repetir el análisis que se realizó entonces de las pruebas por esta Sala para llegar a tal conclusión, en identidad con el Tribunal. A ella llegó igualmente el juez *a-quo*. Pero como se definió asimismo en el examen del cargo citado, la condena por parte del Tribunal al pago de un seguro por muerte equivalente a treinta y seis mensualidades de salario, quebrantó los mandatos contenidos en los artículos 204, 214 y 305 en armonía con el 292 del C. S. del T., ya que según estas disposiciones, y teniendo en cuenta el servicio del trabajador por lapso inferior a doce años, el seguro de vida doblado que correspondía a sus beneficiarios por la muerte en accidente de trabajo era el equivalente a veinticuatro mensualidades de salario. Este fue el monto de la condena efectuada por el *a-quo* en esta materia, y por ello habrá de confirmarse su decisión.

PRIMA DE SERVICIOS.—En el estudio del cuarto cargo de la demanda de casación, que prosperó, se vio como el *ad-quem* apreció equivocadamente el contenido de la demanda de instancia en su petición distinguida con la letra c), pues mientras el actor solicitó el pago de la prima de servicios correspondientes al tiempo trabajado durante el último semestre por el traba-

jador fallecido, el Tribunal condenó al pago de las primas por todo el tiempo laborado, que fue de siete años, seis meses y diez y seis días. El juez de primera instancia, en cambio, decidió conforme a lo solicitado en la demanda y condenó al pago de prima de servicios por tres meses y diez días, los comprendidos en el primero de julio y el diez de octubre (día de la muerte del trabajador) y con base en el salario demostrado y no controvertido, condena que ascendió a la suma de veintinueve pesos con sesenta centavos ($ 26.60) y que, por lo anotado, deberá confirmarse por esta Sala.

INDEMNIZACION MORATORIA.—En el examen que esta Sala hace respecto de la acusación contenida en el cargo séptimo, que prosperó, quedaron establecidos los errores de hecho en que incurrió el *ad-quem* al no dar valor probatorio para demostrar la ausencia de mala fe patronal en la retención de las prestaciones del trabajador Güete reclamadas por sus beneficiarios, a las comunicaciones dirigidas por el Juez Segundo Civil del Circuito de Ciénaga a la Compañía demandada y al dar un valor limitado injustificadamente a la comunicación dirigida por la empresa al abogado de los actores y a las publicaciones hechas por ésta de acuerdo con el mandato del artículo 212 del C. S. T. Tales medios probatorios establecen sin lugar a dudas que existió justa causa para que la empresa demandada no hubiese pagado a los beneficiarios del ex-trabajador actores en el juicio las sumas correspondientes al auxilio de cesantía y la prima de servicios de Juan Alberto Güete, y demostrar la buena fe patronal en su proceder, pues para tal pago debía tomar las precauciones y cumplir los trámites legales previos, como lo hizo con evidente diligencia, y luégo, presentada reclamación por una nueva presunta heredera y ordenada la retención por una providencia judicial, no podía proceder a la cancelación antes de definirse legalmente el derecho exclusivo de los actores. Por ello debe absolverse a la Compañía, demandada, del pago de indemnización moratoria y revocarse la condena que por ese concepto profirió el juez *a-quo*.

FALLO

Por lo antes expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en lo relativo a la cuantía de la condena por seguro de vida y por primas de servicios, y a la condena por indemnización y, actuando como Tribunal de instancia, confirma la sentencia del *a-quo* en cuanto a las condenas contenidas en los literales a) y c) del ordinal 1º de su parte resolutiva y revoca la decisión del literal d) del mismo ordinal.

No se casa en lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION VITALICIA DE JUBILACION

Supuesto error de hecho ostensible en la apreciación de las pruebas.—Despido sin justa causa conforme a la ley por ruptura unilateral del contrato.—La clausura o liquidación definitiva de la empresa o establecimiento es una manera legal de terminar el contrato, pero no es una justa causa.—Falsa imputación por errada interpretación de normas jurídicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

JOSE DE JESUS ORTIZ MUÑOZ demandó en juicio ordinario laboral, por medio de apoderado, a la Sociedad COMPAÑIA LADRILLERA GUAYABAL, LIMITADA, para "que le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación, en la cuantía que se demuestre en el juicio exigible desde el 2 de junio de 1962 y en la proporción que señalan las normas legales, indemnización por mora en el pago de la prestación demandada y costas". Además, solicitó que "la empresa demandada contratara con una compañía de seguros el cumplimiento de la obligación anterior o que otorgara una caución real o bancaria con el mismo fin".

Fundó su petición en los siguientes hechos:

Que trabajó con la empresa desde el 11 de marzo de 1949 hasta el 2 de junio de 1962; que desempeñó las funciones de obrero en el Tejar y Fábrica de Ladrillos que la sociedad tiene en Medellín; que la jornada de trabajo era de 7 de la mañana a 4 de la tarde; que el último salario devengado fue de $ 8.45 diarios; que fue despedido sin motivo justo, pues la empresa alegó el cierre definitivo de actividades, sin ser cierto; que nació el 15 de diciembre de 1888, es decir que cumplió 60 años de edad en 1948; que como la empresa demandada se encuentra en estado de liquidación, deberá otorgar una caución para que la acción no sea ilusoria".

La demandada dio respuesta a la demanda aceptando que el actor trabajó al servicio de la empresa, negó el despido y se remitió a lo que se probara en el juicio así en este punto como en cuanto a los otros hechos y se opuso a que hicieran las declaraciones solicitadas proponiendo excepciones de incompetencia de jurisdicción e inexistencia de la obligación.

Tramitada la controversia ante el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín que fue el del conocimiento, éste la decidió condenando a la empresa "a reconocer y pagar al demandante José Jesús Ortiz Muñoz una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 119.87 a partir del 2 de junio de 1962; declarar configurada la excepción de incompetencia de jurisdicción en relación con el numeral 2º de la parte petitoria de la demanda, no probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la misma empresa de los demás cargos que le fueron formulados".

Mediante el recurso de apelación que fue interpuesto por ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior de Medellín, el cual profirió el siguiente fallo: "Se condena a la empresa denominada Compañía Ladrillera Guayabal, Limitada, en liquidación y representada por el señor Francisco Antonio Vélez Correa a pagar al demandante José Jesús Ortiz Muñoz, portador de la cédula de ciudadanía Nº 66.520 de Itagüí, una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 2 de junio de 1962, y en la siguiente forma: hasta el 30 de junio de 1962 la suma de $ 164.24 mensuales; a partir del 1º de agosto de 1962 hasta el 31 de diciembre del mismo año $ 202.50 mensuales, y del 1º de enero de 1963 en adelante la cantidad de $ 315.00 mensuales, tal como quedó expresado en la parte motiva de esta sentencia".

"Se declara configurada la excepción de incompetencia de jurisdicción en relación con lo solicitado en el numeral 2º de la parte petitoria de la demanda. Se absuelve a la misma empresa de los demás cargos formulados por el actor en el presente juicio. Sin costas. Queda en los anteriores términos confirmada y reformada la sentencia pronunciada en el presente juicio, por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín el 21 de septiembre de 1963".

La parte demandada interpuso recurso de casación, que concedió y tramitado legalmente, pasa a resolverse.

El recurrente aspira que se case parcialmente la sentencia de segunda instancia en cuanto dicha providencia condenó a la demandada al pago de jubilación, a que se revoque la sentencia de primer grado, en cuanto a dicha condena y a que se absuelva totalmente a la parte demandada.

Para el efecto, invoca la primera causal del artículo 87 del C. P. L. y formula dos cargos así:

Primer cargo.—La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de error de hecho, los artículos 51, ordinal 3º, 61, 62, 63 y 460 (sic) del C. S. T., 7º y 8º de la Ley 171 de 1961, artículo 1º del Decreto 2834 de 1961, artículo 1º del Decreto 1828 de 1962, artículo 1º de la Ley 1ª de 1963 y artículos 1º y 2º del Decreto 236 de 1963"

El error de hecho lo hace consistir en que el Tribunal admitió como demostrado el despido del trabajador y singulariza como indebidamente apreciadas la demanda, la contestación de ésta y la certificación de folio 25.

Después de transcribir apartes de la sentencia concluye: "Clara es la indebida apreciación de las pruebas, pues el sentenciador considera que hubo despido y examina si él obedeció o no a justas causas. Pero lo que realmente demuestran las pruebas es la terminación por clausura de la empresa, mas no por despido. En la demanda se afirma que hubo despido injusto y se rechaza la terminación por clausura de la empresa, alegando que aún en tal caso habría que reconocer derechos anteriores al cierre. Luego el demandante distingue entre el despido que afirma y la clausura que no admite. La parte demandada negó el despido y afirmó la terminación por clausura de la empresa. Luego la correcta apreciación de las pruebas lleva a la conclusión de que se admitió el cierre del establecimiento, pero que no se admitió el despido. Como el sentenciador da por demostrado el despido, incurrió en apreciación indebida de las piezas probatorias, cometió el error de hecho de que se ha hablado y consecuencialmente aplicó indebidamente las normas citadas. Si el sentenciador hubiera apreciado correctamente la demanda, la respuesta y el certificado del folio 25, habría concluído que no se admitió el despido y que no habiendo sido demostrado por otras pruebas, era necesario absolver a la demandada, pues en correcta aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, habría concluído que faltaba un elemento esencial para que se configurara el derecho reclamado".

La sentencia del *ad-quem* dice al respecto:

"Acepta la parte demandada que entre las partes existió un contrato de trabajo, cuya duración aparece debidamente acreditada con la certificación que obra a f. 25 del expediente, o sea que agotó servicios el trabajador desde el 11 de marzo de 1949 hasta el 2 de junio de 1962, última fecha en la cual fue licenciado por cierre de la explotación de la fábrica y liquidación de la sociedad. También se estableció mediante la certificación atrás aludida que el trabajador devengó entre junio de 1961 a junio de 1962 la suma de $ 2.132.40...".

"Del certificado expedido por la empresa, legible a f. 25, se deduce que el demandante fue licenciado en forma definitiva "por cierre de la explotación de las fábricas por liquidación de la sociedad". El artículo 61 del C. S. del T. señala los casos de terminación del contrato de trabajo, considerando en el ordinal f) el de liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento. Cuando este evento ocurra debe procederse en la forma establecida en los artículos 51 ordinal 3º y 460 (sic) de la misma obra, es decir, mediante notificación a los trabajadores de la fecha precisa de la clausura, con anticipación no inferior a un mes, o mediante el pago de los salarios correspondientes a este período. Con los testimonios jurados de Arturo Estrada, Julio Mejía y Bernardo Pabón, se acreditó que la empresa procedió en la forma indicada por los artículos 51 ordinal 3º y 460 (sic) del C. S. del T., pues dio al trabajador el preaviso de 30 días ordenado en dichas normas. Por tanto el rompimiento unilateral del contrato de trabajo por parte de la empresa se ajustó a la ley. Mas, aunque el modo de terminar el con-

trato de trabajo fue legal, no obedeció a una justa causa.

"Entonces, la clausura o liquidación definitiva de la empresa o establecimiento, es una manera legal de terminar el contrato de trabajo ciñéndose al procedimiento indicado, pero no es una justa causa, en el sentido preciso atribuído por la ley a ciertos motivos específicos y determinados que la ley erige como fundamento a la extinción unilateral del contrato y que la misma norma los denomina 'justas causas'. De tal manera que existe una diferencia sustancial entre el modo legal de terminación del contrato y las justas causas de fenecimiento del mismo que aparecen taxativamente enumeradas en los artículos 62 y 63 del ordenamiento sustantivo laboral.

"También la expiración del plazo pactado o presuntivo, la realización de la obra o labor contratada, el ejercicio válido de la cláusula de reserva, etc., son modos legales de terminación del contrato de trabajo indicados por el artículo 61 comentado, pero no son justas causas de extinción del contrato".

En apoyo de su tesis el Tribunal transcribe la siguiente jurisprudencia por considerarla pertinente:

"Podría objetar que todo lo legal es justo y que por consiguiente, siendo legal la manera en que se termina el contrato de trabajo, según el artículo 48, esa manera también será justa. Tal tesis equivalente a asumir una de las posiciones extremas que surgen, dentro del campo filosófico, al tratar de establecer el paralelismo o discrepancia entre lo legal y lo justo, en el vastísimo ámbito de las relaciones entre el derecho natural como categoría de justicia y el derecho positivo como ley. Sin profundizar en materia tan ardua, es menester afirmar que en el ordenamiento jurídico positivo existen normas que se desvinculan del jusnaturalismo no por ser francamente opuestos a éste sino por ser indiferentes. Es un desiderátum que la ley positiva rija no sólo las relaciones fundamentales dentro del espíritu de la justicia natural, sino que también regule las situaciones indiferentes a ella, u obscuras, en cuya fijación estén interesados el bien común o la conveniencia social".

"En todas estas situaciones consideradas indiferentes o por lo menos de difícil acomodo a la idea de la justicia, el legislador ocurre a la equidad y ordena al juzgador que, por su parte, al aplicar la ley, también ocurre a ella (artículo 18, C. S. del T., artículo 5º, Ley 153 de 1887).

"Ya se dijo atrás que la cláusula de reserva es una manera, pero no es una causa. Es sabido que la manera es el modo como se rige una situación jurídica, en tanto que la causa es el antecedente de hechos o de derechos que produce esa situación. La causa se confunde en este caso con la noción de móvil determinante.

"El legislador acogió la manera preavisada de concluír una relación contractual de trabajo a término indefinido, inspirado por un criterio de equidad en una cuestión en la cual el acomodamiento de la idea pura de la justicia resulta difícil sobre manera en vista de la complejidad de la materia y en que precisamente por tal dificultad determinaría injustificada una regulación demasiado asaz elástica, al tiempo que era necesario legitimar situaciones decisivamente vinculadas a la conveniencia social. En punto a la terminación con preaviso del artículo 48 de ley sancionada y legítima el 'modus' o manera pero no hace referencia alguna a la causa. En cambio en la terminación unilateral de los artículos 62 y 63 la ley hace especial énfasis sobre la causa (aunque también señala la manera), lo cual destaca aún más la distinción entre la una y la otra (sentencia de septiembre 16 de 1958. Juicio seguido por Francisco Gaviria R. contra Naviera Colombiana S. A. (G. J. Tomo LXXXIX, número 2202, páginas 238 y 239)".

Como se ha visto del texto de la impugnación, el recurrente hace consistir el error de hecho que le imputa al Tribunal en que éste admitió como demostrado el despido del trabajador, por haber apreciado indebidamente las pruebas que singulariza en el cargo.

Sobre el particular se tiene: La circunstancia de que el patrono le diera cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 51 y 61 del C. S. T. querría decir que al contrato se le puso fin mediante uno de los modos previstos para darlo por terminado legalmente; pero no obedeció a una de las justas causas señaladas por la norma de manera expresa y taxativa, como lo sostiene el Tribunal. Además, se encuentra acreditado en autos, con la propia certificación de la empresa a que antes se ha hecho alusión (f. 25), que el trabajador fue "licenciado" el día 2 de junio de 1962, lo que equivale a decir que tal acto obedeció a una decisión unilateral de la empresa, aun cuando la causal alegada para la terminación del contrato hubiera sido la señalada

en el ord. f) del artículo 61 del C. S. T. De donde se sigue que esa ruptura unilateral, llamada por el patrono licenciamiento, configuró el despido sin justa causa, conforme a la ley. Por lo anteriormente dicho la Sala no encuentra que el sentenciador se hubiera equivocado en la apreciación de las pruebas que le sirvieron de base para dictar su fallo y por consiguiente incurriera en el error de hecho ostensible que le atribuye el acusador.

El cargo no prospera.

Segundo cargo.—"El fallo acusado violó por interpretación errónea el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 los artículos 51, 53, 61, 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencialmente aplicó indebidamente el artículo 7º de la Ley 171 de 1961, el artículo 1º del Decreto 2834 de 1961, artículo 1º del Decreto 1828 de 1962, el artículo 1º de la Ley 1, de 1963 y los artículos 1º y 2º del Decreto 236 de 1963".

Y para desarrollarlo expone:

"La interpretación errónea se produjo porque el sentenciador consideró que una terminación por clausura de la empresa era un despido injusto. La norma contenida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 se refiere concretamente al despido injusto, pero tal figura es diferente de la terminación del contrato de trabajo por despido injusto.

"Despedir según el diccionario de la Real Academia Española es 'alejar de sí a uno, prescindiendo de sus servicios', y el mismo Diccionario pone ejemplo: 'Despedir al criado'.

"El sentenciador confunde la terminación del contrato de que trata el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo con los despidos de que habla el ordinal g) de la misma norma, y trata de que los artículos 62 y 63 se apliquen a todos los modos de terminación del contrato, con lo cual cae en el absurdo de aplicar las justas causas de despido a terminaciones que ninguna relación tienen con ella, como el mutuo consentimiento, la terminación de la obra, la clausura de la empresa, etc. Por la misma referencia del citado ordinal g) se comprende que los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo se refieren a los casos de decisión unilateral y no a la terminación por causas extrañas a la voluntad de las partes o consentida por ambas.

"Si la empresa queda clausurada, la terminación se produce porque desaparece la organización donde ha de prestarse el servicio, por no tener objeto sobre el cual se preste la labor convenida. En cambio el despido supone la voluntad del patrono de hacer cesar la vinculación aunque continúe la empresa.

"Entender que donde la norma del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 establece derecho cuando la terminación del contrato se produce por clausura de la empresa o por otra causa distinta a la decisión unilateral sin justa causa, es interpretar erróneamente la norma, porque ella habla expresamente de despido injusto, que naturalmente no puede ser otro que la terminación por la sola voluntad del patrono sin justa causa".

El Tribunal se expresa de la siguiente manera:

"El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 determina que el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o sus subsidiarias durante más de diez años y menos de quince años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

"En el caso a estudio está evidenciado que el demandante fue despedido sin justa causa y que la fecha del despido tenía más de sesenta (60) años de edad, pues el señor José Jesús Ortiz Muñoz nació el 15 de diciembre de 1888, y el despido se operó el 2 de junio de 1962. En tales condiciones, el demandante se hizo merecedor al reconocimiento de la pensión especial de jubilación a que se contrae la ley comentada. El artículo 7º de dicha ley dispone que ninguna pensión de jubilación o invalidez podrá ser inferior al 75% del salario mínimo, debiéndose reajustar de oficio o a solicitud de parte".

De la transcripción que del fallo del sentenciador se ha hecho en el cuerpo de esta providencia, puede apreciarse que el *ad-quem*, al referirse a las disposiciones que cita, las tomó en su sentido exacto, sin haber incurrido en desviaciones ni errores y se atuvo al significado que ellas en sí mismas tienen. Al decir que "la clausura o liquidación definitiva de la empresa o es-

tablecimiento es una manera legal de terminar el contrato; pero no es una justa causa, está en lo cierto. Y al concluír que "existe una diferencia sustancial entre el modo legal de terminación del contrato y las justas causas de fenecimiento del mismo que aparecen taxativamente enumeradas en los artículos 62 y 63 del ordenamiento sustantivo laboral"; no está entendiendo erróneamente dichas normas; así como tampoco incurre en vicio de interpretación cuando señala los otros modos legales de terminación del contrato de que trata el artículo 61 del C. S. T. para afirmar de ellos que no son justas causas para la extinción de la relación laboral.

En cuanto al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 lo reproduce textualmente en su primer inciso sin que de él haga interpretaciones alejadas de su contenido expreso, sino que lo aplica correctamente. Por tanto no se produjo la violación de la ley que el recurrente señala en la acusación.

El cargo no prospera.

Por las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Cargo por violación directa de los arts. 1757 del C.C. y 144 del C.S. del T. carente de eficacia para quebrar el fallo recurrido.—Acusación incompleta que no permite a la Corte confrontar la sentencia con las normas que hubieran podido resultar infringidas por el fallador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

VICTOR MANUEL MACHADO, por medio de apoderado, demandó a la empresa TAXI SELECTO LTDA., para que le pagara "auxilio de cesantía, prima de servicios, vacaciones, dominicales y días festivos, indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, e indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales".

Fundó la demanda en los siguientes hechos: "Que celebró contrato de trabajo verbal con Teófilo Motta, el 2 de marzo de 1961, para trabajar como conductor de taxi de propiedad del demandado, habiendo comenzado sus labores ese mismo día; que fue despedido intempestiva e ilegalmente el 7 de noviembre de 1962; que devengaba un salario de $ 600.00; que laboraba domingos y días festivos y que no se han cubierto los salarios, prestaciones e indemnizaciones legales".

La parte demandada aceptó como fecha inicial de la prestación de los servicios la indicada en la demanda y negó los demás hechos, oponiéndose a las pretensiones del actor y propuso "las excepciones de pago, incumplimiento, mala conducta y las demás que acredite como perentorias".

Concluyó la primera instancia con fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral de Bogotá en que se condena al demandado a pagar al actor las sumas correspondientes por concepto de cesantía, vacaciones, prima de servicios, lucro cesante e indemnización moratoria.

Declaró probada parcialmente la excepción de pago, cuya suma ordenó deducirla de las condenas, y no probadas las excepciones de incumplimiento y mala conducta del demandante. Absolvió por dominicales y festivos y de las demás peticiones contenidas en la demanda. Condenó al demandado en el 80% de las costas.

Apeló de la providencia la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en todas sus partes la dictada por el Juez del conocimiento y condenó en costas al apelante.

Interpuesto, concedido y tramitado legalmente el recurso de casación, el recurrente aspira a que se case totalmente la sentencia del Tribunal y se absuelva al demandado de todas las condenas proferidas.

El impugnante formula un solo cargo así: "Basado en la causal primera de casación que consagra el artículo 87 del C. P. L. se acusa la sentencia objeto del recurso por violar directamente los artículos 1757 del C. C. y 144 del C. S. T.".

Para demostrar la violación argumenta de la siguiente manera: "En forma arbitraria la sentencia exoneró al demandante de la obligación que tenía de acreditar que su remuneración como taxista del demandado había sido de seiscientos pesos ($ 600.00) por mes, hecho éste fundamental de la demanda que estaba en la obligación de probar por imposición de la expresada norma del C. C., aplicable analógicamente al caso de que se trata. Hay constancia en el expediente de que el juzgado decretó la práctica de la inspección ocular que solicitó el mismo demandante con el fin de acreditar aquella remuneración e igualmente de que no se presentó a practicar tal diligencia el día y hora que se fijó con tal fin".

En el pasaje pertinente al salario que se tomó como base para decretar las condenas, el sentenciador de segundo grado se expresa en la forma que a continuación se transcribe:

"Ahora bien: el Juez del conocimiento tomó como base para el salario la suma de $ 10.00 diarios, o sea el mínimo legal establecido por la Ley (Decreto 1828 de 1962), por cuanto ningún trabajador puede devengar un salario menor y la Sala acepta esta disposición".

De lo anteriormente dicho por el Tribunal se aprecia que el *ad-quem* se apoyó en lo que dijo el Juez del conocimiento al respecto cuando afirma: "En relación con el salario ganado por el demandante, el demandado Motta en la misma contestación del libelo (f. 10), sostiene que el actor recibía aproximadamente al mes cien pesos, por cuanto hacía siete turnos en ese período con un promedio de unos quince pesos por turno. Entonces el juzgado para efectos de la liquidación de las prestaciones e indemnizaciones que se cobran en este juicio, tomará como base el salario mínimo legal para esa época o sea la cantidad de $ 10.00 diarios o de $ 300.00 mensuales (artículo 1º del Decreto número 1828 de 1962). Comprobados, pues, los extremos de la relación y el salario mínimo legal, deben estudiarse las peticiones impetradas en la demanda...".

El cargo como está formulado merece varios reparos. Primeramente en él no se señalan las disposiciones sustantivas laborales generadoras de los derechos reclamados por el trabajador y reconocidos por el Tribunal en su fallo, que resulten infringidas a consecuencia de la violación de que se le acusa. Sin tal señalamiento la acusación se ha formulado de manera incompleta y en esa circunstancia la Corte no puede confrontar la sentencia con las normas que hubieran podido resultar quebrantadas por el fallador.

El mismo recurrente en la sustentación del cargo, hace hincapié en que no se acreditó la remuneración, lo cual implicaría una cuestión de hecho que no es susceptible de ataque por vía directa.

Por lo demás, el sentenciador aplicó la disposición sobre el salario mínimo, ante la ausencia de demostración de la remuneración devengada; aunque ha debido, de conformidad con la ley vigente en esa época, ordenar el avalúo.

Por las razones anteriores el cargo carece de eficacia para quebrantar el fallo recurrido y por tanto no prospera.

En tal virtud, 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.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES

Aplicación del artículo 143 del C. de P.L. en el diferendo laboral existente entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas Municipales de esa ciudad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diez de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

Contra el laudo que profirió el día 18 de junio del presente año el Tribunal Especial de Arbitramento, constituído por el Ministerio del Trabajo por medio de la Resolución número 00337 de 8 de marzo de 1966, adicionada por la providencia número 00586 de 27 de abril de 1966 del mismo Ministerio, para estudiar y decidir el diferendo laboral existente entre el MUNICIPIO DE PASTO y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE OBRAS PUBLICAS MUNICIPALES de la misma ciudad, el Personero del mencionado Municipio interpuso el recurso de homologación que ha venido al estudio de la Corte.

ANTECEDENTES

El Sindicato presentó al Municipio de Pasto un pliego de peticiones aprobado por la Asamblea General; agotados los trámites legales del arreglo directo y la conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo, el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución número 00147 de 1º de febrero de 1966, ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento con base en lo que disponen los artículos 430 y 453 del C. S. T. y el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, con el objeto de estudiar y fallar la materia del conflicto. El Tribunal fue integrado por los representantes del Municipio, el Sindicato y el Ministerio, respectivamente, quienes una vez posesionados de sus cargos, lo declararon instalado el 6 de junio de 1966. Según consta en el acta de fecha 7 de junio del mismo año, una vez estudiadas por los árbitros las actas de las conversaciones directas y de conciliación encontraron que el punto para resolver era el que en el pliego de peticiones está señalado como sexto "estabilidad", que es el motivo principal del actual conflicto laboral existente entre las dos entidades".

El 18 de junio del mismo mes y año se profirió el fallo por unanimidad, dentro de cuya parte considerativa o motivación se lee lo siguiente:

"En ningún caso puede, el Laudo Arbitral, menoscabar, disminuir, determinar o "afectar" los derechos o facultades previamente reconocidos por normas convencionales preexistentes.

"Siendo ello así el Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio carece de jurisdicción para modificar la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro, suscrita entre el Municipio de Pasto y los Trabajadores de Obras Públicas, en circunstancias que la modificación propuesta afecte las prerrogativas alcanzadas por el Sindicato en normas contractuales preexistentes, y así deberá confirmarlo en la parte resolutiva del laudo arbitral".

Y más adelante agrega:

"En consecuencia y sin otras consideraciones el Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA: La cláusula Cuarta de la Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo, celebrada entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas Municipales, se encuentra vigente en todos y cada uno de sus ordenamientos. Y hará parte de la Con-

vención Colectiva que regulará las condiciones de trabajo entre el Municipio y sus trabajadores de Obras Públicas —cláusula sexta— por el término de un año, a partir de la ejecutoria de este Laudo Arbitral. Notifíquese y cúmplase".

La cláusula vigente de la Convención Colectiva, en el momento de presentar el Sindicato el pliego de peticiones, reza de la siguiente manera:

"CLAUSULA CUARTA.—*Estabilidad.* — El Municipio sólo podrá despedir a sus trabajadores con base en las justas causas que contempla la ley. Quedan abolidos la cláusula de reservación y el plazo presuntivo de trabajo".

"En caso de despido injusto e ilegal debidamente probado, el Municipio restituirá al trabajador despedido".

En el pliego se pidió la modificación de ella en los siguientes términos:

"VI.—*Estabilidad.*—El Gobierno Municipal, a la firma de la Convención, como en anteriores Convenciones, dejará sin valor alguno la Cláusula de Reserva y el Contrato Presuntivo. Todo trabajador que haya cumplido el término de prueba no podrá ser despedido sino una vez que se ha comprobado lo que contemplan los artículos 62 y 63 del C. S. del Trabajo y ante autoridad competente".

En sustitución tanto de la solicitud original del Sindicato como de las modificaciones propuestas por sus representantes, el Municipio, por su parte, propuso el texto sustitutivo que dice:

"CLAUSULA SUSTITUTIVA QUE PRESENTA EL MUNICIPIO DE PASTO.—*Preaviso.—Término del Contrato de Trabajo y período de prueba.*—Teniendo en cuenta que la Convención Colectiva del Trabajo debe gobernar todas las estipulaciones que se pacten en los contratos individuales del mismo orden y que cada una de las cláusulas de aquella deben quedar expresamente convenidas en éstos, los contratos individuales de trabajo que se celebren con sujeción a las imposiciones de esta Convención Colectiva de Trabajo, se harán por escrito y por un tiempo indeterminado y se entenderán prorrogados en las mismas condiciones, por períodos iguales, de seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al Municipio con el consentimiento expreso o tácito de éste, después de la expiración del plazo presuntivo. Ello, no obstante, las partes se reservan expresamente la facultad de darlo por terminado en cualquier tiempo, mediante previo aviso dado por escrito al otro contratante con una anticipación no inferior a cincuenta (50) días.—Es entendido que podrá prescindirse del preaviso pagando al trabajador los salarios correspondientes al valor del período del preaviso. Asimismo, es entendido que son aplicables, en razón de lo dispuesto por los artículos 4º, 491 y 492 del C. S. del T., a los trabajadores del Municipio vinculados por contrato de trabajo, las disposiciones de la Ley 6ª y Decreto 2127 de 1945 y demás disposiciones concordantes sobre esta materia. En caso de no existir disposición especial para esta clase de trabajadores, se aplicarán las normas del C. S. del T.—Todo contrato laboral individual se extenderá por escrito de acuerdo a lo estipulado en la presente Convención Colectiva.—Los primeros dos meses de la prestación efectiva de servicios se entenderán como período de prueba. Este período podrá darse por terminado antes de su vencimiento, unilateralmente, en cualquier momento, sin previo aviso, por cualquiera de las partes. Durante el período de prueba y a la terminación unilateral de éste, el trabajador gozará de todas las prestaciones sociales, incluído el auxilio de cesantía. Expirados los dos meses de período de prueba, la prestación de servicio que subsista se regirá por las normas de esta cláusula".

De todo ello puede apreciarse que el motivo del conflicto fue el de la cláusula llamada de "estabilidad", el cual debía ser decidido por el Tribunal en la forma en que él considerara más ajustada a la equidad y a la ley, pues para ello tenía la competencia emanada de las ordenaciones legales para esta clase de conflictos y de las providencias ministeriales que le señalaron el objeto sobre el cual debía pronunciarse.—El punto sometido a la decisión arbitral fue aquel en que las partes no pudieron llegar a un acuerdo en la etapa de conciliación, es decir, el referente a la estabilidad. Respecto de él fue presentada por el Sindicato una petición para modificar la cláusula correspondiente de la Convención que venía rigiendo y el Municipio propuso una fórmula que no fue aceptada por los trabajadores. Ese diferendo fue el que se sometió a los árbitros, que, como se ha dicho antes, tenían perfecta capacidad jurisdiccional para proferir su fallo, teniendo en cuenta las ofertas consignadas en la propuesta del Municipio a través de su personero legal y las peticiones del Sindicato.

La declaración del Tribunal de que la cláusula cuarta de la Convención que fue denunciada oportunamente por el Sindicato precisamente pa-

ra ser modificada conforme al pliego de peticiones, "se encuentra vigente en todos y cada uno de sus ordenamientos, y hará parte de la Convención Colectiva que regulará las condiciones de trabajo entre el Municipio y sus trabajadores de Obras Públicas —cláusula sexta— por el término de un año a partir de la ejecutoria de este Laudo Arbitral", conlleva en sus propios términos la falta de decisión del problema de fondo sometido al arbitramento, es decir, lo que estaba *sub-judice*, porque declarar que la cláusula motivo del conflicto se encuentra vigente es tanto como dejar sin resolver el diferendo surgido entre las partes, en que se enfrentaron dos criterios sobre materia de tanta trascendencia para ambas, en cuya virtud surgió la controversia sometida a la decisión de los árbitros.

Por tanto, dándole aplicación al artículo 143 del C. P. L. la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decide devolver el negocio al mismo Tribunal, para que dicte el fallo que conforme a la ley debe proferir.

NOTIFIQUESE Y ENVIESE AL MINISTERIO DEL TRABAJO PARA EL CUMPLIMIENTO DE ESTA PROVIDENCIA.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEMANDA DE RECONVENCION

La compensación.—Pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre que se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo y tan pronto este haya finalizado.—Si las deudas civiles o mercantiles no tienen relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción laboral no es competente para conocer de la compensación.

La Jurisprudencia de esta Sala ha considerado que pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre y cuando se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo, y una vez que este haya finalizado, pues no sería competente la jurisdicción del trabajo para compensar deudas civiles o mercantiles con deudas laborales, si aquellas no tienen su origen directa o indirectamente con el contrato de trabajo. (Según se desprende de la jurisprudencia contenida en el fallo de 10 de junio de 1965, Néstor Trujillo contra Cooperativa Telecom).—Si las deudas civiles o mercantiles no tienen relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción especial del trabajo no es competente para conocer de la compensación. No habiéndose contraído la deuda civil durante la vigencia del contrato de trabajo no es procedente declarar la compensación entre las deudas contraídas por las partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., diez de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

OLIVERIO CARVAJAL REYES, por medio de apoderado, demandó a la "SOCIEDAD AGRICOLA DE LA INSULA LTDA.", domiciliada en Ibagué, en estado de liquidación, para que, previos los trámites de un juicio laboral de mayor cuantía, se le condene a pagarle: el auxilio de cesantía; las vacaciones correspondientes a los años de 1951, 1952 y 1953; el preaviso; el valor de los salarios correspondientes al término que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo y la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

Según los hechos de la demanda, Oliverio Carvajal Reyes ingresó al servicio de la "Sociedad Agrícola de la Insula Limitada" como administrador, el 26 de agosto de 1950, según contrato que le hizo Rafael Caicedo Espinosa y permaneció en sus labores hasta el 4 de octubre de 1953, fecha en que el señor Miguel Naged, socio de la firma, le notificó el despido. Durante los primeros meses devengó CUARENTA Y CINCO PESOS ($ 45.00) semanales, o sea CIENTO OCHENTA PESOS ($ 180.00) mensuales. Luégo su sueldo se fijó en SETENTA Y CINCO PESOS ($ 75.00) semanales; y con él duró cinco meses.—Por último, devengó CIEN PESOS ($ 100.00) semanales, o sea CUATROCIENTOS PESOS ($ 400.00) mensuales. En septiembre de 1952 Carvajal recibió 10 hectáreas de terreno para que las cultivara, suministrando la Sociedad el riego y la maquinaria; por el cultivo de esta tierra, el trabajador recibió como utilidades la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($ 39.851.00), o sea un promedio mensual de TRES MIL SESENTA Y CINCO PESOS, CUARENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 3.065.46); el contrato de trabajo fue celebrado a término indefinido, y roto unilateralmente por la Sociedad, sin previo aviso y sin que se le hayan cancelado los salarios y prestaciones sociales que le adeudan.

Al contestar la demanda por medio de apoderado, la empresa demandada aceptó la existencia del vínculo laboral, pero señalando su comienzo en 23 de septiembre de 1950 y la finalización en 1º de octubre de 1953, o sea durante seis semestres y siete días, correspondiendo estos últimos días al tiempo que duró haciendo entrega de los elementos que tenía en su poder. En relación con el sueldo, manifestó que había sido de TRES-

CIENTOS PESOS ($ 300.00) desde el 23 de septiembre de 1950 hasta la primera quincena de 1952, y de allí en adelante, hasta el 23 de septiembre de 1953, de CUATROCIENTOS PESOS ($ 400.00).—Negó que la empresa demandada hubiera autorizado al demandante para cultivar 10 hectáreas de terreno dentro de la finca que explotaba, en calidad de sobresueldo, y que por lo tanto, los TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($ 39.851.00) que declara haber recibido como utilidades, pertenecen a la sociedad demandada. Cuanto al despido, dice que desde agosto de 1953 la empresa manifestó al demandante que no prorrogaría el contrato de trabajo, cuyo término presuntivo vencía el 23 de septiembre del mismo año. Agrega que por pago de prestaciones Carvajal recibió la suma de UN MIL PESOS ($ 1.000.00) y que además, por concepto de sueldos, había recibido cantidades mayores, por lo cual estaban pagadas en exceso. Propuso la excepción perentoria de pago por compensación con fundamento en el hecho de que el valor de las prestaciones sociales y el preaviso asciende a UN MIL CUATROCIENTOS PESOS ($ 1.400.00) y Carvajal había recibido UN MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS ($ 1.055.00) por mayor suma pagada por sueldos, y UN MIL PESOS ($ 1.000.00) en efectivo. Se opuso a las peticiones de la demanda, pues las únicas prestaciones a que pudiera tener derecho el demandante fueron pagadas con dinero que en mayor cantidad le entregó la sociedad a Carvajal.

Oportunamente la empresa demandada formuló demanda de reconvención, para que se condenara a Oliverio Carvajal Reyes a pagarle a la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada, la cantidad de TREINTA Y SEIS MIL PESOS ($ 36.000.00) o lo que resulte probado en el juicio por concepto del valor de los trabajos de preparación y laboreo de tierras, recolección de cosechas y transporte de frutos ejecutados con maquinaria agrícola y vehículos de tracción mecánica, propiedad de la Sociedad, y parte del personal de trabajadores al servicio de la misma, en los lotes de terreno que se determinan en la demanda; la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($ 39.851.00) que Carvajal Reyes confesó haber recibido por la explotación de una parcela de 10 hectáreas con cultivos de arroz durante trece meses dentro de la finca La Insula, y que el mismo Carvajal administraba como empleado al servicio de la Sociedad; y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda de reconvención, en resumen, son los siguientes: Oliverio Carvajal, como administrador de los cultivos agrícolas de la Sociedad contrademandante, administraba todas las maquinarias de propiedad de dicha Sociedad destinadas a los cultivos, dirigía éstos y conseguía y pagaba a los trabajadores; en los años de 1952 y 1953 estableció cultivos de arroz por su propia cuenta en terrenos de propiedad de Eduardo Naged, de los hermanos Naged Jaramillo y de otros; en el laboreo de las tierras, así como para la recolección de las cosechas de arroz y para el transporte de los frutos, Carvajal usó maquinarias agrícolas de propiedad de la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada, sin autorización de ésta; por la utilización de las maquinarias, Carvajal únicamente reconoció a la Sociedad demandada la suma de $ 3.404.00, adeudándole, por este concepto, la cantidad de $ 36.000.00, valor en que estima la empresa el uso de los vehículos de su propiedad y otras prestaciones. El mismo Carvajal, dentro de la finca La Insula, y según su propia confesión, estableció cultivos de arroz en extensión de 10 hectáreas, y obtuvo una utilidad líquida de $ 39.851.00, cantidad que no fue entregada a la Sociedad, no obstante que ella hizo el total de los gastos. Carvajal ha retenido indebidamente dicha suma, pues no existe causa legal para ello, ya que la empresa no le cedió esa parcela para que la cultivara como salario. Carvajal pudo usar las maquinarias y disponer del personal de trabajadores bajo sus órdenes, aprovechándose indebidamente de su relación laboral con la referida Sociedad, en cargo de confianza.

Al contestar la demanda de reconvención, Carvajal aceptó haber hecho los cultivos en terrenos de particulares, utilizando las maquinarias de la Sociedad, por autorización del gerente en ese entonces, señor Rafael Caicedo. También afirma que se le autorizó para cultivar tierras de la Sociedad, porque ésta consideró que debía subírsele el salario, reconociéndole el aumento en especie, por motivos de la violencia. Se opuso a las peticiones de la demanda de reconvención.

Tramitada la primera instancia por el Juez del Trabajo de Ibagué, quien conoció del juicio, se dictó sentencia cuya parte resolutiva dijo: "1º—Declárase la existencia de la excepción perentoria temporal de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, y en consecuencia, absuélvese a la Sociedad Agrícola

de la Insula Limitada, domiciliada en esta ciudad, de las peticiones de la demanda instaurada por Oliverio Carvajal Reyes por medio de apoderado. 2º—Absuélvese al señor Oliverio Carvajal Reyes de condiciones civiles conocidas y debidamente apoderado, de las peticiones de la demanda de reconvención interpuesta por el apoderado de la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada. 3º—Sin costas".

Apeló el apoderado del demandante. El Tribunal, al resolver el recurso, REVOCO el fallo del juez *a-quo* y en su lugar hizo las siguientes condenaciones: 1º—CONDENASE a la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada a pagar a Oliverio Carvajal Reyes la suma de $ 4.494.00 por concepto de cesantía. 2º—CONDENASE a la misma Sociedad a pagar a favor de Oliverio Carvajal Reyes, por concepto de VACACIONES, la suma de UN MIL SETENTA Y CINCO PESOS ($ 1.075.00) moneda legal. 3º—CONDENASE a la Sociedad ya dicha a pagar a favor de Oliverio Carvajal Reyes, por concepto del tiempo faltante para completar el plazo presuntivo de seis meses, la suma de SEIS MIL NOVECIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS ($ 6.919.92) moneda legal. 4º—ABSUELVESE a la "Sociedad Agrícola de la Insula Limitada", de las demás peticiones de la demanda. 5º—DECLARASE improcedente la demanda de reconvención. 6º—No se declara probada la excepción de pago por compensación propuesta por el apoderado de la parte demandada. 7º—Sin costas".

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, el cual fue concedido. Llegado el negocio a esta Superioridad, se admitió el recurso. Las partes formularon las respectivas demandas de casación, presentando cada una su oposición. Surtido el trámite legal, la Sala decidirá el recurso, estudiando en primer lugar la demanda de la parte demandada, por razones de método.

DEMANDA DE CASACION DE LA PARTE DEMANDADA

La impugnación pretende que se case la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, y que convertida la Sala en Tribunal de instancia, confirme la de primer grado, en el sentido de absolver de las peticiones de la demanda del señor Oliverio Carvajal Reyes, a la Sociedad demandada. Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

"Violación, por interpretación errónea, del artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo, violación por cuyo medio infringió, por aplicación indebida, los artículos 64, 127, 129, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo. El Seccional interpuso erróneamente el artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo al entender que el demandante, en materia de pruebas, no estaba obligado a hacer la enunciación específica y completa de cada una de las que se proponía utilizar en la litis. En virtud de esta interpretación errónea, el fallador de segunda instancia tuvo por bien decretadas las probanzas que el demandante solicitó en la primera audiencia de trámite, esto es, fuera de la oportunidad procesal correspondiente (folio 56, C. primero), y les asignó un mérito del cual carecen por completo legalmente". Cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en el fallo de junio 10 de 1955, y luégo agrega: "La interpretación errónea en que incurrió el Seccional respecto al artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo, lo condujo al quebrantamiento de las normas sobre salario, lucro cesante, vacaciones y auxilio de cesantía, atrás reseñadas, en cuanto para hacer el cómputo respectivo se apoyó en pruebas que no podían estimarse".

Estima el opositor que el cargo está mal formulado, por cuanto el fallo del Tribunal no se refiere en ninguna parte a los requisitos exigidos para las demandas por el artículo 25 del C. P. L.; que la apreciación de pruebas no enunciadas en la demanda constituiría una indebida aplicación de los artículos 48, 51, 60, 61 y 79 del C. P. L., en relación con el 25; y debiéndose examinar el hecho de si la demanda relacionó o no todas las pruebas o algunas de ellas, el ataque no podrá ser por vía directa sino a través de errores de hecho.

SE CONSIDERA:

La acusación en el cargo que se estudia se hizo por interpretación errónea del artículo citado. Sin embargo, el Tribunal no hizo ningún razonamiento que permita deducir que le dio a dicha norma un alcance diferente al correcto. Si con fundamento en las pruebas irregularmente decretadas, dedujo la existencia de hechos que

incidieron en el fallo, la violación de las normas que consagran los derechos que reconoció se produciría en forma indirecta, al dar por demostrado esos hechos con medios probatorios que carecían de valor. No fue la interpretación del artículo 25 la que llevó al Tribunal a proferir las condenas contra el demandado, sino la comprobación que hizo de la existencia de ciertos hechos que daban nacimiento al derecho del demandante. Y si estos hechos no se encontraban probados, sea porque las pruebas legalmente producidas no los demostraban, o porque las que tuvo en cuenta el fallador fueron irregularmente producidas, la infracción sería indirecta, a través de errores de hecho. En consecuencia no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

"Violación, por aplicación indebida, de los artículos 64, 127, 129, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de ostensible error de hecho en la apreciación de las pruebas. El error de hecho consiste: 1º—En dar por establecido, sin estarlo, que el tiempo de servicio del actor se extendió desde el 26 de agosto de 1950 hasta el 2 de octubre de 1953. 2º—En dar por establecido, sin estarlo, que el actor, además del salario mensual, tuvo derecho a la explotación agrícola de dos lotes de terreno, en su exclusivo provecho. 3º—En dar por establecido, sin estarlo, que el valor del arrendamiento de los referidos lotes fue de $ 1.050.00:— Las pruebas equivocadamente apreciadas son: los dictámenes periciales del señor SIXTO GONGORA (folios 105 a 111 C. primero), porque ni fueron solicitados oportunamente por el demandante, como lo exige el artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo, ni el auto que dispuso su traslado a las partes se dictó en audiencia pública, según lo manda el artículo 42 del mismo Código. Por otra parte, el simple reconocimiento de los lotes por sus linderos, en manera alguna implica que la Sociedad le hubiese concedido derecho, a manera de salario en especie, a la explotación económica de los mismos lotes. Las pruebas no apreciadas son: a) Posiciones de los señores doctor RAFAEL CAICEDO ESPINOSA y don MIGUEL NAGED (folios 119 y 70), en las cuales dichos señores niegan que hubieran facultado al señor CARVAJAL para que cultivara cantidad alguna de tierra como sobresueldo; y b) La escritura pública del folio 39 en la que se fija el precio del arrendamiento de la tierra en un 20% del producto bruto de cada cosecha".

LA SALA CONSIDERA:

El Tribunal dio por demostrado el tiempo de servicio prestado por Oliverio Carvajal, con base en el dictamen pericial, la constancia dejada por el juzgado en la inspección ocular y el extracto de los libros de la Sociedad, sacado por el perito. El recurrente sólo señala como mal apreciado el dictamen pericial, pero omitió referirse a las otras pruebas en las cuales fundamentó el juzgador su decisión. No se ha demostrado, por lo tanto, el error de hecho, en relación con el tiempo de servicio.

Respecto a la remuneración consistente en la explotación agrícola de dos lotes de terreno, el Tribunal, contrariando toda técnica, se limitó a hacer la afirmación de que ese hecho se encontraba demostrado sin señalar las pruebas que lo llevaron a formarse esa convicción. Por tal motivo debe considerarse que para fundamentar su decisión, el sentenciador de segunda instancia tuvo en cuenta todas las pruebas aportadas al proceso. Al señalar el recurrente sólo dos pruebas como no apreciadas, omitió las demás que en una u otra forma se relacionaban con la explotación por parte de Carvajal, de unos lotes de terreno. Además, las pruebas que señala como erróneamente apreciadas o no apreciadas, no demuestran la existencia del error de hecho. Así, las posiciones absueltas por Rafael Caicedo Espinosa y Miguel Naged, sólo deben tomarse en lo desfavorable, pero no pueden considerarse en lo favorable para los absolventes sino cuando se trata de la indivisibilidad de la confesión, que no es el caso en estudio. Cuanto a la escritura pública que obra en folio 39, contiene un contrato de arrendamiento ante la empresa demandada y otros, que no pueden oponerse al demandante, quien para este efecto es un tercero. No se ha demostrado, por lo tanto, la existencia de un notorio error de hecho, pues en el juicio hay otras pruebas sobre la explotación que hizo Carvajal de unas parcelas, que no fueron enunciadas por el recurrente y las que señaló como no apreciadas o mal apreciadas, no tienen fuerza suficiente para desvirtuar la afirmación del Tribunal.

Para el valor de la remuneración consistente en la explotación de terrenos de la Sociedad, el Tribunal se basó en el dictamen pericial rendido por el señor Sixto Góngora. Sostiene el recurrente que esta prueba no ha debido estimarse, por no haber sido relacionada en la demanda, y no haberse dictado el auto de traslado en

audiencia pública. Cuanto al primer argumento, el perito Góngora rindió su dictamen sobre el valor de lo que producía la tierra explotada por Carvajal, en virtud de la ampliación decretada por el juez dentro de la inspección ocular, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 728 del Código Judicial, que consideró aplicable a los juicios laborales por analogía. Y aun cuando declara que no se trata de una nueva prueba, bien podía decretar ésta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 54 del C. de P. L., pues consideró necesario el dictamen pericial sobre nuevos puntos para llegar "al convencimiento de la verdad que es precisamente la que se trata de establecer en esta diligencia", como lo dijo en su providencia. En relación con el hecho de no haberse dictado en audiencia pública el auto que concede el traslado del dictamen, es un argumento que sólo ahora es propuesto por el demandado, quien guardó silencio sobre el particular cuando le fue notificada la providencia que ordenó el traslado y durante la continuación del trámite de las instancias. Además de ser un medio nuevo improcedente en casación, se trata de un error in procedendo, no odmisible en el recurso extraordinario. Por las consideraciones expuestas, no prospera el cargo.

TERCER CARGO

"Violación, por aplicación indebida, de los artículos 64, 127, 129, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas. Y violación de los artículos 1714 y 1715 del C. C., por falta de aplicación y por el mismo concepto. El error de hecho consistió: 1º—En no dar por establecido, estándolo, que el demandante señor CARVAJAL, habiendo devengado únicamente un salario mensual, primero de $ 180.00, luégo de $ 300.00 y por último de $ 400.00, retiró semanalmente cantidades que en total, y mes por mes, excedieron a dichos salarios. 2º—En no dar por establecido, estándolo, que el señor CARVAJAL recibió del gerente de la Sociedad MIGUEL NAGED la suma de $ 1.000.00 por concepto distinto al pago de salarios y prima de servicios, suma que no fue devuelta por el actor. Las pruebas dejadas de apreciar son: a).—El libelo de demanda, puntos 5º, 6º y 7º; y b).—Las posiciones del señor CARVAJAL REYES (folio 153).—Las sumas recibidas de más por el trabajador, compensan sobradamente el valor del auxilio de cesantía que pudo corresponderle. La compensación en estos casos, tiene sólido fundamento legal, como en forma reiterada lo ha sostenido la jurisprudencia de casación del trabajo".

CONSIDERA:

I.—El Tribunal dedujo el valor del sueldo devengado por Oliverio Carvajal con base en la constancia dejada por el juzgado en la inspección ocular y el cuadro extractado por el perito. Dice textualmente el *ad-quem*:

"A los folios 109 a 111, aparece el dictamen del perito Sixto Góngora, que demuestra el tiempo trabajado y sueldo devengado por Oliverio Carvajal, al servicio de la "Sociedad Agrícola de la Insula Limitada".—Tanto la constancia del juzgado, como el cuadro extractado de los libros de la Sociedad por el perito que nombró el juzgado, coinciden en la fecha del ingreso de Oliverio Carvajal, como empleado de la Sociedad, así como el día de su retiro y el sueldo que devengó". Pero el impugnador señala, como no apreciados, los puntos 5º, 6º y 7º de la demanda, y omite indicar como mal apreciados los que tuvo en cuenta el *ad-quem*.

Como lo anota el opositor, al no haber invocado el recurrente como mal apreciadas las pruebas en que el sentenciador se funda para determinar lo pagado a Carvajal, queda en firme el fundamento principal del fallo. No se ha demostrado, pues, el error de hecho del Tribunal que le atribuye el recurrente.

II.—Al absolver la posición 16ª, que dice: "Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que el señor Miguel Naged como gerente de la Sociedad Agrícola de la Insula Ltda. le entregó al absolvente la suma de $ 1.000.00 moneda corriente en cheque número 00211-001 de 17 de agosto de 1954, a cargo del Banco de Colombia, cheque que le fue pagado al absolvente por el mencionado Banco?" Carvajal Reyes contestó: "Sí, señor. Ese cheque me lo dio el señor Naged por esa suma, dinero éste que fue en calidad de préstamo".

La confesión del demandante demuestra que recibió un mil pesos de la empresa demandada en calidad de préstamo. Pero el error de hecho en que incurrió el Tribunal al no dar por demostrado el recibo de los mil pesos por parte de Carvajal, no produce la violación de la ley al no declarar compensada esa deuda con lo recibido por la empresa, por las razones siguientes: La suma le fue entregada a Carvajal Re-

yes en calidad de mutuo, un año después de haberse producido la terminación del contrato de trabajo. Se trataba, por lo tanto, de una operación civil o comercial, sin relación alguna, directa o indirecta, con el contrato de trabajo. La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre y cuando se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo, y una vez que éste haya finalizado, pues no sería competente la jurisdicción del trabajo para compensar deudas civiles o mercantiles con deudas laborales, si aquéllas no tienen su origen directa o indirectamente con el contrato de trabajo. Tal se desprende de la jurisprudencia contenida en fallo de 10 de junio de 1965, en donde dijo la Sala: "El préstamo que el patrono le hace al empleado, es una figura de la ley civil, y, en su caso, puede tener su causa en la mercantil. Se admite por la jurisprudencia en examen su compensación con deudas labores si fueron contraídas durante la vida del contrato y por razón del mismo". (Néstor Trujillo contra Cooperativa Telecom). Es decir, que si las deudas civiles o mercantiles no tiene relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción especial del trabajo no es competente para conocer de la compesación. Esta jurisprudencia fue reafirmada por la Sala en sentencia de 30 de julio de 1965: "La jurisprudencia del trabajo tiene recibida la doctrina de que es procedente la compensación de deudas entre trabajador y patrono, expirado el vínculo laboral, de acuerdo con las normas del Código Civil, si las contraídas en favor del empleador nacen a la vida legal durante la vida del contrato y tienen su origen en éste" (Ricardo Fernández contra la Sociedad Limitada "Expreso Suroeste", julio 30 de 1965). No habiéndose contraído la deuda civil durante la vigencia del contrato de trabajo, no es procedente declarar la compensación entre las deudas contraídas por las partes. No prospera el cargo.

DEMANDA DE CASACION DEL TRABAJADOR DEMANDANTE

Pretende que se case parcialmente la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en cuanto a los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º y a que como fallador de instancia, la Corte modifique la cuantía de las condenaciones de que tratan los tres primeros ordinales, por presuntivo, vacaciones y cesantía, y condene a la demandada al pago del saldo de las primas de servicio y al de la indemnización por mora, todo ello mediante revocación del ordinal 1º del fallo de primera instancia; confirme el ordinal 2º del mismo fallo de primera instancia, y condene a la demandada a las costas de ambas instancias y del recurso de casación.

Con base en la primera causal de casación formula cinco cargos, y un cargo con fundamento en la causal segunda. Se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

"Por vía directa, el artículo 127 del C. S. T. por interpretación errónea y consecuencialmente, por aplicación indebida, los artículos 64, 186, 189, 249 y 253 del mismo estatuto, y por falta de aplicación los artículos 65 y 306 de dicho código. El sentenciador da por demostrados los extremos de duración del contrato, despido injusto, salario fijo semanal, derecho al alojamiento y no pago oportuno de prestaciones. Tampoco pone en duda que el derecho del actor a la explotación agrícola de dos lotes hace parte del salario, ni niega que, como lo admitieron ambas partes en las demandas principal y de reconvención, ese derecho se tradujo en una utilidad de $ 39.851.00 en los últimos trece meses de servicio. Esta cantidad (fuera de su salario fijo) fue, pues, la que recibió el trabajador como retribución de sus servicios. Pero arguye que es más lógico y equitativo en estos casos tomar el precio o canon de arrendamiento de los lotes explotados, en vez de la utilidad producida y percibida por el trabajador, para evitar el evento de que si no hay utilidad no hay salario computable o el de que éste pueda llegar a cifras exorbitantes. Esta interpretación del artículo 127 del C. S. T. es arbitraria, porque el texto de la norma es de gran claridad y no se presta a equívocos. El comisionista, cuyo salario consiste en comisión sobre las ventas, por ejemplo, corre el áleas de no recibir sino el "Salario mínimo" cuando no hay ventas o el de recibir altas sumas si las ventas son cuantiosas; lo mismo ocurre con el agente colocador de pólizas de seguro y en general con todos los salarios variables (participación en las utilidades, destajo, etc.). Pero desde que se demuestre la cifra precisa que el trabajador ha *recibido* por tales conceptos, no puede el fallador eludir su cómputo so pretexto de que es demasiado alta o demasiado exigua. Por ese error de interpretación de la cesantía, las vacaciones y la indemnización del lucro cesante no corresponde a la realidad, lo que indujo a la aplicación de las respectivas disposiciones en forma in-

debida (artículos 64 para el lucro cesante, 186 y 189 para las vacaciones, y 249 y 253 para la cesantía), y a dejar sin aplicar el artículo 306 del C. S. T. respecto de las primas de servicio y el 65 para los "salarios caídos" o indemnización por mora".

Según el opositor, es inadmisible la interpretación que el demandante recurrente le da al artículo 127 del C. S. del T., pues si el Tribunal Seccional incurrió en interpretación errónea, no fue por haber dejado de considerar como parte del salario la utilidad que obtuvo el actor, sino por haber incluído en el cómputo el precio del arrendamiento de los lotes explotados.

LA SALA CONSIDERA:

Dijo el Tribunal sobre la explotación de los lotes por parte de CARVAJAL: "Pero, en lo que hace relación a la cesantía no hay constancia de que se le haya pagado ni comprobante alguno que así lo demuestre, por tanto habrá de hacerse este reconocimiento teniendo en cuenta el último sueldo devengado, además de las especificaciones traídas por el artículo 127 del C. S. del Trabajo, el cual dice: 'Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero, en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades'. Está demostrado que el señor Oliverio Carvajal, además de su sueldo mensual o semanal, tenía por su cuenta dos lotes de terreno en los que cultivaba arroz, y según las voces del artículo citado 'constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios', por tanto hay que entender que esos ingresos provenientes de la explotación de esos lotes de tierra para su solo aprovechamiento, constituían una remuneración o sobresueldo, al que ya tenía como fijo. En la inspección ocular verificada por el Juzgado del Trabajo de Ibagué el 3 de noviembre de 1955, y que aparece a los folios 81 a 85, el juzgado reconoció los lotes en donde tuvo cultivos Oliverio Carvajal y más exactamente al folio 83 vto., aparece la identificación de dichos lotes, sobre los cuales en la misma diligencia, se nombró por el juzgado al perito Sixto Góngora, a fin de que rindiera un informe o dictamen sobre el producto de esas tierras y el valor de su arrendamiento. A los folios 105 a 107, aparece el dictamen del perito Góngora, quien teniendo en cuenta los factores de localidad, calidad y demás pormenores, calculó la producción de cada lote por cosecha y el valor eventual del arendamiento por uno de ellos, resultando un valor total por concepto de arrendamineto mensual, en la suma de $ 1.050.00. Valor éste que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la cesantía, o sea el canon de arrendamiento y no el producto bruto o líquido de esos lotes, porque lo más lógico y equitativo es tomar una norma o pauta segura, como lo es el precio del arrendamiento por ser invariablemente el mismo, y no estarse a la eventualidad del rendimiento de esas tierras que en algunos casos puede dar pérdidas y en otros producir exorbitantes ganancias; en el primero de los casos no habría lugar a computarlo como sobresueldo puesto que no hubo sino pérdidas, en el segundo resultaría un sobresueldo superiorísimo al que venía devengando como sueldo fijo, resultando ser lo accesorio superior a lo principal. Así que lo más justo para sortear estos escollos es optar por el canon de arrendamiento para deducir el posible sueldo mensual y obtenido éste, hacer las liquidaciones de las prestaciones sociales, conformadas de acuerdo con ese resultado".

Claramente se observa que el Tribunal interpretó correctamente el artículo 127 del C. S. del T., pues considera que constituyó salario lo recibido por el trabajador en especie, que implique retribución de servicios. Si estimó que el valor de esa retribución en el caso en estudio, debía fijarse teniendo en cuenta el dictamen pericial y no la confesión del demandado, tal decisión no se fundamenta en una interpretación errónea del artículo citado, que no señala la forma como deben avaluarse las retribuciones en especie, o los servicios o beneficios que concede el patrón a sus trabajadores. La estimación del valor de este salario, es, por consiguiente, una cuestión de hecho, ajena a la acusación por interpretación errónea. No prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

"Por vía directa, el artículo 127 del C. S. T. por aplicación indebida y el 129 ibidem por falta de aplicación, y como consecuencia de ello, por aplicación también indebida, los artículos 64, 186, 189, 249 y 253 del mismo estatuto, y por falta de aplicación los artículos 65 y 306 de dicho Código (Subsidiario del cargo anterior).—Si

la H. Corte no entiende que el sentenciador incurrió en una interpretación equivocada de la norma que define los elementos integrantes del salario, estaremos entonces en presencia de una franca rebeldía contra el texto diáfano de esa disposición que lleva a su aplicación en forma distinta de como allí se prescribe, como también a dejar de aplicar el artículo 129 sobre salarios en especie.—Y consecuencialmente, producidas aquellas infracciones, vinieron a quedar indebidamente aplicadas (por basarse en un salario muy inferior al percibido) los preceptos sobre lucro cesante (a. 64), vacaciones (186 y 189) y cesantía (249 y 253), y a quedar sin aplicación alguna los que regulan las primas (306) y los salarios caídos (65)".

SE CONSIDERA:

El Tribunal no actuó en rebeldía contra el artículo 127 del C. S. del T., pues como ya se vio, lo aplicó a un hecho que encontró demostrado; es decir, consideró que constituía salario, de acuerdo con lo dispuesto en la norma citada, la explotación de dos lotes de terreno por parte de Carvajal. El avalúo de la retribución, se repite, es una cuestión de hecho, que no tiene cabida en las acusaciones por infracción directa. Cuanto a la violación del artículo 129 del C. S. del T., esta norma señala algunas modalidades del salario en especie, y la forma de valorarlo cuando no se ha fijado su valor en el contrato de trabajo. Así es que en el entendimiento de que la retribución recibida por Carvajal y a que se ha venido haciendo referencia, constituye salario en especie, el Tribunal aplicó el artículo 129 del C. S. T., por cuanto a falta de fijación en el contrato de trabajo, estimó su cuantía a través de la prueba pericial, que es el procedimiento indicado por la citada norma. No prospera el cargo.

TERCER CARGO

"Por vía indirecta, el artículo 127 del C. S. T. por aplicación indebida y el 129 ibidem por falta de aplicación, como consecuencia de evidentes errores de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas; lo cual condujo a la aplicación indebida de los artículos 64, 186, 189, 249 y 253 del mismo estatuto, y a dejar sin aplicar los artículos 65 y 306 de dicho Código.—Las pruebas mal apreciadas son la demanda principal y su contestación, la de reconvención y su respuesta, las inspecciones oculares en los libros y planillas y en los lotes explotados por el actor (especialmente las de fs. 86 a 87, 81 a 85) y los peritazgos de fs. 105 a 114. Los errores de hecho son: a).—No dar por demostrado, estándolo, que el último salario fijo fue de $ 433.33 mensuales en vez de $ 400.00 mensuales; b).—Dar por demostrado, sin estarlo, que lo percibido por el trabajador en razón de su derecho de explotación de dos lotes fue apenas la suma de $ 1.050.00 mensuales, y c).—No dar por demostrado, estándolo, que por concepto de la explotación de los dos lotes el actor percibió realmente, durante los últimos trece meses de servicio, $ 39.851.00 de utilidad. Este cargo es subsidiario de los anteriores.

"En realidad, el sentenciador admite que las inspecciones oculares y los peritazgos demuestran que el último salario *semanal* era de $ 100.00; pero para deducir el salario mensual fijo multiplica por 4. Lo exacto es multiplicar 52 semanas para saber el salario anual y dividirlo por 12 para averiguar el promedio mensual. También admite que ambas partes han confesado en las demandas que la utilidad que *recibió* el actor en los últimos trece meses por la explotación de los dos lotes fue de $ 39.851.00. Pero no obstante esa evidencia probatoria, aplica como promedio de utilidad la equivalente a un hipotético arrendamiento de esos lotes. Los errores de hecho consecuenciales a tan desalumbrada apreciación, no pueden ser más evidentes. Y al tomarse arbitrariamente una base de liquidación inferior a la real, es obvio que cae el sentenciador en la aplicación indebida de las normas del C. S. T. reguladoras del lucro cesante (64), de las vacaciones (186 y 189) y de la cesantía (249 y 253), y en la falta de aplicación de las que rigen las primas de servicio (306) y los salarios caídos (65)".

SE CONSIDERA:

I.—El Tribunal dio por demostrado que el sueldo semanal de Carvajal era de $ 100.00, "lo que arroja un salario o sueldo mensual de $ 400.00. Este último período fue de un año siete meses y diez y siete días".

Esta misma confusión entre sueldo semanal y mensual está contenida en la demanda principal, pues en el hecho 7º se dice: "Por último, la Sociedad pactó con mi cliente la suma de cien pesos ($ 100.00) semanales, o sea la cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400.00) mensuales, como retribución de sus servicios de administrador;

cantidad ésta que se prolongó hasta terminar el contrato". Al contestar este hecho, la empresa demandada manifestó: "De conformidad con las planillas que confeccionó el mismo demandante, el sueldo de éste fue desde el 23 de septiembre de 1950 hasta la primera quincena de 1952 de $ 300.00 *mensuales;* y de allí en adelante, hasta el 23 de septiembre de 1953, de $ 400.00 mensuales. En la inspección ocular se constató lo siguiente: "En la planilla del 23 al 29 de septiembre de mil novecientos cincuenta aparece la siguiente constancia firmada por el gerente de la empresa y el demandante Carvajal: 'A partir de la presente semana queda ganando un sueldo mensual de $ 30.00'. Así, pues, a partir de la mentada planilla, el demandante Carvajal aparece recibiendo en cada una de las posteriores, esto es, semanalmente, y hasta el 15 de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, la suma de setenta y cinco pesos ($ 75.00) moneda corriente; de allí en adelante, es decir, a partir del dieciséis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, hasta la planilla comprendida entre el veintiséis de septiembre y el dos de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, inclusive, aparece recibiendo Carvajal Reyes la suma de cien pesos ($ 100.00) en cada planilla, semanalmente". Ante estas diferencias, bien podía considerar el Tribunal que el sueldo era mensual, como confiesa el demandado, y teniendo en cuenta la intención de las partes, que inicialmente señalaron un sueldo mensual de $ 300.00. A esta misma conclusión llegó el perito Góngora.

Lo anterior se reafirma con la aceptación hecha en confesión por el demandante al responder a las preguntas 1ª y 2ª del pliego de posiciones que absolvió, que dicen así:

"1ª—Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que en el segundo semestre del año de 1950 el absolvente fue contratado por el doctor Raafel Caicedo Espinosa, obrando éste como gerente de la Sociedad Agrícola de la Insula Ltda., para prestarle sus servicios a la citada Sociedad, como empleado de manejo, en calidad de administrador de la empresa agrícola de cultivos de arroz que la misma sociedad tenía establecida en la hacienda La Insula, en el Municipio de Lérida, con un sueldo mensual de $ 300.00, sueldo que posteriormente le fue aumentado a la cantidad de $ 400.00 mensuales?.—CONTESTO:—Sí señor, es cierto.—Leída la aprobó.—"2ª—Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que en calidad de administrador de la citada empresa de cultivos de arroz en la hacienda La Insula, como empleado de manejo de la Sociedad Agrícola de La Insula Ltda., tenía las siguientes funciones: a)—Dirigir y disponer los trabajos de laboreos de tierras, siembras, riegos, recolección y transporte; b)—Cuidar y administrar el buldózer, la combinada, los tractores, arados, rastrillos y demás maquinaria agrícola que le fue entregada por la sociedad patronal con destino a dichos cultivos y también una volqueta y una zorra de propiedad de la misma Sociedad destinadas a transportes en los mismos cultivos; c)—Adquirir y distribuír gasolina, tractorina, aceites y grasas para dichas maquinarias; d)—Contratar el personal de trabajadores, asignarles salario y disponer los trabajos que éstos debían realizar; e)—Elaborar semanalmente las planillas de jornales para el pago de los trabajadores; f)—En general, toda la labor administrativa de los referidos cultivos de arroz, como representante de dicha sociedad patronal en la empresa agrícola mencionada?. CONTESTO:—Sí, señor, es cierto.—Leída la aprobó". Así es que al liquidar las prestaciones e indemnizaciones con base en un sueldo mensual, no incurrió el Tribunal en error evidente.

II.—En relación con el avalúo del beneficio que recibió el demandante por la explotación de los lotes de terreno, éste manifestó en el hecho noveno de la demanda, que por el cultivo de esas tierras había tenido una ganancia de $ 39.851.00 o sea un promedio de $ 3.065.46 mensuales, durante los trece meses que lo explotó. Al contestar este hecho dijo el apoderado del demandado: "Lo anotado en este punto contiene una confesión sobre el producto líquido de las cosechas de las 10 hectáreas que dice el demandante haber beneficiado en su provecho, o sea que obtuvo una utilidad de $ 39.851.00. A este respecto aparece con esta confesión que el demandante obtuvo en su provecho un beneficio que pertenecía a los fondos de la Sociedad, confiados a su administración percibiendo una cantidad de dinero que está en mora de reintegrar a la Sociedad, por lo cual se formula con otros reclamos, *demanda de reconvención.* Por lo demás se emite un concepto que está totalmente reñido con la realidad y con el concepto de salario de conformidad con la doctrina del Código Sustantivo del Trabajo".

En los hechos 13 y 14 de la demanda de reconvención dijo el contrademandante: "El mismo demandado Carvajal, dentro de la finca La Insula de que trata el hecho 1º y que él admi-

nistraba como empleado de la Sociedad demandante, según lo ha confesado en el punto 9º de los hechos de su demanda principal que motiva esta demanda de reconvención y en extensión de 10 hectáreas, estableció cultivos de arroz obtuvo en 13 meses una utilidad líquida de $ 39.851.00 en cantidad que no fue entregada por Carvajal a la citada Sociedad Agrícola de La Insula Limitada, no obstante que esta Sociedad hizo el total de los gastos que ocasionaron los mismos cultivos tanto con trabajos de maquinaria como con el pago de servicios de agua para riegos y de planillas de jornales. El demandado Carvajal ha retenido indebidamente la indicada suma de $ 39.851.00 de que trata el punto anterior, cuando no existe causa legal para que pueda apropiarse de ella, ya que la Sociedad no le cedió esa parcela para que la cultivara como salario en especie, ni a ninguno otro título, ni su gerente tenía autorización para destinar parcelas a los trabajadores en concepto de bonificaciones, gratificaciones o salario adicional; y consiguientemente dicho demandado Carvajal se encuentra en mora de hacer la entrega de dicha cantidad de $ 39.851.00 a la Sociedad demandante".

No tuvo en cuenta el Tribunal las afirmaciones del demandado contenidas en la contestación a la demanda y en los hechos de la demanda de reconvención, respecto a las utilidades recibidas por Carvajal al explotar las tierras de propiedad de la Sociedad demandada, y para avaluar el beneficio que derivaba de la dicha explotación tomó el valor que dio el perito Góngora al arrendamiento de las parcelas. Consideró el Tribunal que en esta forma procedía en forma más lógica y equitativa. La manifestación del demandado al contestar la demanda y lo apreciado en los hechos de la demanda de reconvención sobre la presunta utilidad de $ 39.851.00 se funda en el supuesto de ser cierto lo afirmado por el demandante de que obtuvo esa utilidad y que fue como sobresueldo. Ahora bien: en los juicios laborales el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas, puede, por lo tanto, darle preferencia a cualquiera de ellas, sin sujeción a la tarifa legal. Así es que al estimar el dictamen pericial, y desestimar la afirmación del demandante, actuó dentro de las normas y principios que rigen el libre convencimiento, pues hizo una crítica racional de los dos medios probatorios. Si a esto se agrega que la única prueba que existe sobre la cuantía de las utilidades recibidas por Carvajal, es la afirmación del demandante y la réplica bajo ese supuesto por la demandada y al contrademandar bien podía el Tribunal, atendiendo la conducta procesal de esa parte, y la indivisibilidad de la confesión, no señalar como valor de la retribución la cuantía de las supuestas utilidades obtenidas por Carvajal en la explotación de los terrenos, señalado por el perito como precio del arrendamiento, lo cual, por otra parte, está de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del C. S. del T., que señala el procedimiento para avaluar el salario en especie cuando no se ha señalado su valor en el contrato de trabajo. Así es que no incurrió el Tribunal en error de hecho al fijar como valor del salario consistente en la explotación de las tierras, la cantidad de $ 1.050.00, estimada por el perito.

CUARTO CARGO

"Directamente y por interpretación errónea, el artículo 65 del C. S. T., independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador entiende el artículo 65, sobre indemnización moratoria, en el sentido de que basta cualquier supuesta duda patronal respecto de la claridad en la cuantía de la deuda por prestaciones, para que sea lícito no pagar ni consignar judicialmente ni un centavo".

SE CONSIDERA:

El Tribunal absolvió al demandado de la obligación de pagar la indemnización moratoria, por cuanto consideró que no se había demostrado la mala fe de la Sociedad demandada, por no ser suficientemente claras las prestaciones a cuyo pago se la condenó.

Cita en apoyo de sus conclusiones apartes del fallo de 3 de noviembre de 1955, dictado por el Tribunal Supremo del Trabajo. A juicio de la Sala, el sentenciador de segunda instancia interpretó correctamente el artículo 65 del C. S. del T., al exonerar al patrono del pago de la indemnización por no haberse demostrado su mala fe en mora en el pago, pues ésta es la interpretación que ha dado la jurisprudencia. Si el Tribunal llegó a esa convicción, fundada en las pruebas del proceso, no es procedente la acusación por interpretación errónea, ajena a las cuestiones de hecho.

QUINTO CARGO

"Directamente y por falta de aplicación, el artículo 65 del C. S. T. (Subsidiario del anterior).

Si tal no fue la interpretación que le dio el sentenciador a la norma citada, entonces lisa y llanamente se rebela contra ella al dejar de aplicar a un caso en que él mismo da por demostrado que no hubo razón para la retención de la cesantía y las vacaciones y que éstas no fueron pagadas ni lo han sido hasta el día de hoy".

SE CONSIDERA:

El Tribunal se abstuvo de aplicar el artículo 65 del C. S. del T,. por haber llegado al convencimiento de que el demandado obró de buena fe al no pagar las prestaciones sociales, por no ser éstas suficientemente claras, siguiendo así el criterio trazado por la jurisprudencia al fijar el alcance de esta disposición. De modo que no ignoró, ni desconoció la sentencia lo preceptuado en el citado artículo. Si existió o no la buena fe, es cuestión de hecho, cuyo estudio es improcedente en la acusación por infracción directa. No prospera el cargo.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION LABORAL

"Con base en esta segunda causal (art. 87 del C. P. L.) acuso la referida sentencia porque el único apelante, que fue el actor, resultó ABSUELTO de la demanda de reconvención. En cambio, la sentencia acusada REVOCA ESA ABSOLUCION y en su lugar declara improcedente dicha demanda de reconvención, so pretexto de que correspondería a la Justicia Civil conocer de la misma. El pretexto es inválido, porque las acusaciones de la reconvención se relacionan con el contrato de trabajo y por tanto caen bajo la jurisdicción de los jueces del trabajo (art. 2º del C. P. L.). Pero aunque así no fuera, no le era lícito al Tribunal de Apelación perjudicar la posición del UNICO APELANTE, al cambiar una absolución que hace tránsito a cosa juzgada por una declaración de "improcedencia" que permitiría a la Sociedad demandada reiniciar sus ataques por otra vía contra ese único apelante".

SE CONSIDERA:

Como bien lo anota el recurrente, el Juez de primer grado absolvió a Oliverio Carvajal Reyes de las peticiones de la demanda de reconvención interpuesta por el apoderado de la Sociedad Agrícola de La Insula Limitada. De la sentencia de primer grado apeló únicamente el demandante. El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia, y en lo relativo a la demanda de reconvención, la declaró improcedente. Fundamentó esta decisión con base en que las peticiones de la demanda de reconvención serían de competencia de la justicia ordinaria y no de la laboral. Alega el opositor que la sentencia de segundo grado, lejos de hacer peor la situación del demandante, que apeló de la primera, se la mejora notablemente, porque condenó a la Sociedad al pago de cesantía, vacaciones y lucro cesante, a tiempo que el *a-quo* no lo hizo, por haber encontrado probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Como lo ha dicho la jurisprudencia, el mecanismo de la causal segunda de casación laboral no requiere demostraciones diferentes a que la sentencia hubiese hecho más gravosa la situación de la parte que apeló del fallo de primera instancia o en cuyo favor fue surtida la consulta. Ahora bien: en el presente juicio se estudiaron dos demandas: la presentada por Carvajal y la de reconvención propuesta por la parte demandada. La decisión del *a-quo* sobre la primera fue desfavorable al apelante, puesto que declaró la existencia de la excepción perentoria temporal de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada; no así la decisión sobre la segunda, que le fue totalmente favorable, por cuanto lo absolvió de los cargos del libelo de reconvención.

A través del recurso de apelación, el Juzgador de segunda instancia debía pronunciarse sobre lo desfavorable al apelante, y no modificar la decisión que le fue favorable. Y obvio que se agrava la situación de una parte que fue absuelta, si se modifica esta decisión por la declaratoria de improcedencia de la acción, por ser incompetente la jurisdicción laboral.

En realidad no puede hablarse de que se hizo más gravosa su situación desde el punto de vista económico, pero si procesalmente, pues en el caso de la absolución se le evita comparecer a otro juicio, no así cuando no se estudia el fondo del asunto por incompetencia, que deja las puertas abiertas para que la acción sea nuevamente intentada.

No entra la Sala, por razones obvias, a estudiar cuál de las dos decisiones, si las del *a-quo* o las del *ad-quem* está más ajustada a las normas legales, pues basta, como ya se dijo, que se demuestre la extralimitación de la jurisdicción

por parte del Juzgador de segunda instancia, que le fue determinada por el recurso de apelación, para que prospere el cargo. En consecuencia, se casará parcialmente la sentencia en la parte que hizo más gravosa la situación del apelante, y se confirmará la decisión del Juez de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en cuanto declara improcedente la demanda de reconvención, y en función de instancia confirma la sentencia de primer grado del Juez del Trabajo de Ibagué, en la parte que absuelve a Oliverio Carvajal Reyes de la demanda de reconvención interpuesta por el apoderado de la Sociedad Agrícola La Insula Limitada. No la casa en lo demás.

Costas del recurso en un cincuenta por ciento (50%) a cargo del demandado recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DETERMINACION DE LA CUANTIA DE LA ACCION

Requisitos de procedibilidad.—La cuantía de la acción no determina la procedencia o improcedencia del recurso, sólo fija la competencia del juez de instancia.—La naturaleza de la acción no es el único requisito del procedimiento en el recurso, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.—Supervivencia probable de una persona.

Si bien acierta la Corporación falladora al entender que la cuantía de la acción, según la estime el demandante en el libelo, no es factor que pueda tomarse en cuenta para determinar la procedencia o improcedencia del recurso, pues su objeto es tan sólo fijar la competencia del Juez de Instancia sin que lo vincule para otros efectos, yerra, en cambio, al considerar que para otorgarlo debe atenerse solamente a la naturaleza de la acción incoada, con prescindencia de cualquier monto o cuantía. Por el contrario, conforme al artículo 59 del Decreto 528 de 1964 —cuyo texto pasó por alto la Sala falladora—, las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de distrito judicial sólo son susceptibles del recurso cuando "la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de treinta mil pesos". No es, por tanto, la naturaleza de la acción el único requisito de procedibilidad para el recurso, como equivocadamente lo entiende el Tribunal de instancia, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.

Juicio número 3193 (Procedencia Tribunal de Barranquilla). — Ordinario laboral de Galileo Fiorillo Pérez c/. la Empresa "Jaar & Cía.". (SE ADMITE EL RECURSO DE CASACION).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

Contra el fallo proferido por el Tribunal de Barranquilla en el juicio ordinario laboral de GALILEO FIORILLO PAEZ contra JAAR & CIA., que confirma el absolutorio de primera instancia, el actor interpone recurso de casación que le fue concedido por la Sala sentenciadora con fundamento en que "la estimación de la cuantía de la acción no es factor determinante para los efectos del recurso de casación sino la naturaleza del juicio, o causa de éste".

Si bien acierta la corporación falladora al entender que la cuantía de la acción, según la estime el demandante en el libelo, no es factor que pueda tomarse en cuenta para determinar la procedencia o improcedencia del recurso, pues su objeto es tan sólo fijar la competencia del Juez de instancia sin que lo vincule para otros efectos, yerra, en cambio, al considerar que para otorgarlo debe atenerse solamente a la naturaleza de la acción incoada, con prescindencia de cualquier monto o cuantía. Por el contrario, conforme al art. 59 del Decreto 528 de 1964 —cuyo texto pasó por alto la Sala falladora—, las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial sólo son susceptibles del recurso cuando "la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de treinta mil pesos". No es, por tanto, la naturaleza de la acción el único requisito de procedibilidad para el recurso, como equivocadamente lo entiende el Tribunal de instancia, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.

En el caso presente el recurso es admisible, mas no solamente por el motivo en que el Tribunal se apoyó para otorgarlo, sino porque además de tratarse de sentencia definitiva pronunciada en juicio ordinario por un Tribunal de Distrio Judicial, el interés que el recurrente tiene para acudir ante la Corte excede de los treinta mil pesos. Ese interés está representado en este caso por el monto de lo que el trabajador pudiera percibir por concepto de la pensión de jubi-

lación que reclama, en los años que le quedan de vida.

En la imposibilidad de prever en forma siquiera aproximada el tiempo de duración de una persona, la Corte ha admitido en ya numerosos fallos la aplicación de tablas de supervivencia calculadas con base en datos estadísticos, como uno de los métodos más apropiados para establecer esa duración conforme a un razonable cálculo de probabilidades. En las acogidas por las compañías de seguros para Colombia, donde el promedio de la vida humana es inferior al de zonas de mayor desarrollo y más favorables condiciones naturales, a la edad del demandante cuando se extinguió la relación de trabajo (cincuenta y nueve años) corresponden doce noventa y cinco años de supervivencia probable, durante los cuales el demandante habría de disfrutar de los nueve mil seiscientos pesos anuales de pensión jubilatoria de prosperar el recurso, interés que notoriamente excede de treinta mil pesos.

En consecuencia, se admite el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este negocio.

COPIESE, NOTIFIQUESE E INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL.*

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

Sustitución patronal.—El derecho del trabajador a la pensión jubilatoria no se altera porque no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que hayan explotado sucesivamente el mismo negocio.—El cambio de la persona natural o jurídica en la explotación de la actividad económica identifica, no cambia por sí sola la empresa.—Deficiencias técnicas en la apreciación de los elementos probatorios.

Establecida la identidad de empresa, el cambio sucesivo de patronos al sucederse las tres compañías en la explotación de los mismos negocios, aún con interrupciones de alguna consideración en los servicios y la celebración de diversos contratos de trabajo, no elimina la responsabilidad del patrono a cuyo servicio estaba el trabajador al adquirir el derecho a la pensión, ni excluye tal derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

Por intermedio de apoderado la "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA" interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, el veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, en el juicio ordinario de RICARDO MANJARRES contra la nombrada Compañía.

La litis se trabó a raíz de la demanda para el reconocimiento de pensión jubilatoria por más de veinte años de servicios prestados por Manjarrés sucesivamente a la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla. El Juez Unico del Trabajo de Santa Marta condenó a la demandada al pago de la pensión y el Tribunal confirmó el fallo de primer grado.

Oportunamente se sustentó el recurso extraordinario con la respectiva demanda. No se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El acusador pretende que la sentencia impugnada se case totalmente y que, como consecuencia, la Corte, actuando como Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y absuelva a la Compañía demandada de los cargos de la demanda.

LA ACUSACION

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L., el recurrente formula dos cargos que se examinan a continuación.

PRIMER CARGO

Se presenta por "violación directa, por interpretación errónea del artículo 194 del C. S. T. e infracción consecuencial, por aplicación indebida de los artículos 67, 68, 69, 70, 259, 260, 273 ibidem y por falta de aplicación del artículo 16 en conexidad con el 490 de la misma obra".

Al desarrollar el cargo, el impugnador examina y comenta el contenido del artículo 194 del C. S. del T. en los siguientes términos:

"Tres (3) son los elementos que integran la noción de empresa, conforme a la aludida definición:

"a).—Una o varias unidades de explotación económica;

"b).—Dependencia de una misma persona natural o jurídica; y

"c).—Trabajadores al servicio de tales unidades, en actividades económicas similares, conexas o complementarias".

Después de expresar que la declaración de la unidad de empresa está confiada por el mismo artículo comentado al Ministerio del Trabajo y el intérprete no puede contrariar la definición dada por el Legislador, agrega:

"Expresa y nítidamente se exige en la referida definición, que la unidad o unidades de explotación económica dependan, no de varias, sino "de una misma persona natural o jurídica". ¿Por qué? Porque dentro del ordenamiento jurídico colombiano, solamente las personas naturales o jurídicas adquieren responsabilidad obligacional. Una unidad de explotación económica, por sí sola, rigurosamente considerada en el plano legal, no puede adquirir derechos ni obligarse. Sólo podrá hacerlo su propietario.

"Desvincular de la noción de empresa al titular del derecho de dominio sobre el bien económico, inevitablemente, conduce a la conclusión de que las cosas son sujetos de derecho, teoría fundamentalmente inadmisible. Por ello, acertadamente el mexicano García Maynez ha podido afirmar: "Entre una persona y una cosa no puede existir un vínculo jurídico; semejante relación carecería de sentido. Por definición, todo derecho es un vínculo entre personas. Es este un axioma inquebrantable, la verdad elemental en que se funda toda la ciencia del derecho". (E. García Maynez: "Introduc. al Estudio del Derecho; pág. 210).

"Por manera que, si para los fines jurídico-laborales se desarticula de la noción de empresa la persona jurídica o natural, no solamente se rechaza un elemento integrante de la significación imperativa del legislador, sino se atribuye capacidad obligacional a una cosa o bien económico.

"El Tribunal Superior de Santa Marta, en el fallo acusado, cometió el nombrado error hermenéutico, al fijar el alcance de la norma contenida en el artículo 194 del C. S. T. Atribuyó personalidad jurídica a una o varias unidades de explotación económica, cuando expresa que se debe prescindir de si pertenecen a una misma persona natural o jurídica". Luégo el acusador vincula el quebrantamiento por errónea interpretación del artículo 194 del C. S. del T. con el de las normas sobre sustitución patronal y pensión jubilatoria que cita en la formulación del cargo y con el del artículo 16 del mismo Código sobre irretroactividad de las disposiciones legales de naturaleza laboral. El argumento sobre la violación de este último mandato legal se basa en que los servicios a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company, sin continuidad con los prestados a la Compañía Frutera de Sevilla, determinan situaciones definidas y consumadas conforme a normas legales anteriores a las que crearon la pensión de jubilación.

Se estudia el cargo:

El impugnador plantea su acusación por quebrantamiento directo de normas sustanciales de orden legal, en los conceptos de interpretación errónea del artículo 194 del C. S. del T. y de aplicación indebida de los artículos del mismo Código sobre sustitución patronal y pensión jubilatoria, así como en el de falta de aplicación del artículo 16 ibidem. Las violaciones de las otras normas citadas serían consecuencia de la errónea interpretación del artículo 194. Por esta circunstancia, el recurrente se extiende en las consideraciones ya transcritas en su parte principal sobre el sentido de la definición que de empresa da tal artículo del Código, para concluír que el Tribunal aplicó un criterio equivocado sobre tal definición y que por esa razón atribuyó personalidad jurídica "a una cosa o bien económico" al desvincular la noción de empresa del titular del derecho de dominio sobre el bien económico, cuando una unidad de explotación económica no puede, por sí sola, adquirir derechos ni obligaciones.

Se presenta, pues, la acusación, en forma ajena a toda cuestión de hecho y dentro del plano exclusivo de la conducta del juez frente al mandato legal.

Al estudiarse la motivación del *ad-quem* para su decisión en el punto relativo a la identidad de empresa, se ve que realizó un prolijo examen de elementos probatorios, entre ellos ocho testimonios, el acta de inspección ocular y la respuesta dada por la sociedad demandada a la demanda, en la cual respuesta acepta que es cierto que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla se sustituyeron sucesivamente en sus negocios, aunque expresa que no es cierto que constituyan una sola empresa. Y luégo de transcribir literalmente la definición del artículo 194 del C. S. del T. agrega que "en la unidad de empresa continúa el desarrollo de los negocios que antes existían; presta los mismos servicios el trabajador; las mismas actividades como antes y los trabajadores continúan laborando en la mis-

ma forma como lo venían haciendo en la empresa anterior. Concretando: que en las empresas haya unidad de explotación económica con las mismas actividades y el trabajador elabore en las mismas ocupaciones que antes tenía.

"Si varias empresas en forma sucesiva se dedican a producir cierto género de artículos para el mercado, con esto indican que se ocupan en la explotación del mismo negocio y por ello la última empresa tiene que atender las prestaciones sociales de los trabajadores que sirvieron en todas ellas, ya que han tenido el mismo género de actividades económicas y ha habido unidad económica de producción".

En estas consideraciones, el Tribunal sólo hace referencia a los factores de hecho que definen la empresa. Finalmente, después de ese examen probatorio y de la transcripción y comentario de la definición de empresa del artículo legal, concluye: "De las declaraciones de testigos, que en parte se transcribieron, se desprende que las actividades económicas de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla eran las mismas, o sean los mismos negocios, compra de bananos para la exportación, venta de mercancías en los Comisariatos tanto para los empleados como para el público en general, es decir, una verdadera unidad de empresa. Y el actor prestó los servicios en el ramo de mercancías".

Se ve así que la identidad empresarial la estableció el fallador mediante la comprobación de circunstancias puramente de hecho, demostradas con las pruebas que analizó y según las cuales llegó a la convicción de que la unidad de explotación económica a que estuvo vinculado el trabajador demandante y que perteneció sucesivamente a las tres compañías que se han nombrado, fue idéntica. Con lo cual no se trató de un juicio sobre el contenido mismo de un mandato legal, sino sobre la existencia de una cuestión de hecho como lo es la identidad en la explotación económica realizada por las tres sociedades sucesivamente. Por ello, la presentación del cargo como violación por vía directa de la ley no corresponde al tratamiento que el juzgador *ad-quem* dio a la situación litigiosa. La aplicación de las disposiciones ha sido el resultado de una apreciación de elementos probatorios sobre circunstancias de hecho.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Por medio de este cargo, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal "por infracción de los artículos 194, 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 del C. S. T. por aplicación indebida y de los artículos 16 y 490 de la misma obra, a consecuencia de manifiestos errores de hecho y de derecho. Los dos últimos por falta de aplicación".

Señala como errores:

"a).—El error de derecho consistente en dar por demostrada la existencia de las personas jurídicas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company, que no fueron demandadas, con medios de pruebas distintas de los solemnes exigidos por la ley.

"b).—Dar por demostrado, sin estarlo, que las actividades en que se ocupó el actor corresponden a una sola "unidad económica" o a varias unidades de explotación económica dependientes de una misma persona natural o jurídica.

"c).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla son una misma persona jurídica.

"d).—No dar por demostrado, estándolo, que la situación jurídica entre el actor y la United Fruit Company quedó definida o consumada el 30 de junio de 1934; con la Magdalena Fruit Company el 17 de noviembre de 1935; y que la situación surgida con la Compañía Frutera de Sevilla el 21 de mayo de 1948 es distinta de las dos primeras".

Se indica como pruebas no apreciadas por el sentenciador el escrito de demanda (fl. 2), el documento en que consta el contrato de trabajo (fl. 7), los documentos sobre liquidación de prestaciones del actor (fls. 30 a 35), el acta de inspección ocular (fls. 58 a 60 y 63 a 67), los testimonios de Juan Manuel Fergusson y Rodrigo Alfonso Correa (fls. 72 y 73) y de Luis Perdomo (fl. 77) y el certificado de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (fl. 79). Y expresa que esas mismas pruebas fueron objeto "en otros aspectos" de equivocada apreciación.

Para demostrar los errores cometidos por la falta de apreciación y la equivocada estimación de los elementos probatorios que singulariza, el impugnador hace el siguiente razonamiento:

"A pesar de los testimonios de Juan Manuel Fergusson, Rodrigo A. Correa y Luis Francisco

Perdomo acerca de la clausura de actividades y licenciamiento de personal por parte de la United Fruit Company y por la Magdalena Fruit Company el juzgador da por demostrado que la actividad fue una misma, dependiente de una misma empresa, personificada en la Compañía Frutera de Sevilla.

"Tanto de la demanda, como de la inspección ocular y el contrato de trabajo aparece que el demandante celebró un contrato de trabajo que se ejecutó con la Compañía Frutera de Sevilla desde el 21 de mayo de 1948 hasta el 31 de enero de 1961, persona jurídica enteramente diferente de la United Fruit Company y de la Magdalena Fruit Company, a cuyo servicio laboró. Sin embargo de tal hecho, el sentenciador, por omisión valorativa, concluye en que el demandante laboró en la misma actividad y que las tres sociedades son una misma persona jurídica.

"No fue siquiera suficiente el hecho, expresado por el fallador, de que trece (13) años seis (6) meses después de haber servido el actor a la Magdalena Fruit Company al ingresar el 21 de mayo de 1948 a órdenes de la Compañía Frutera de Sevilla, hubiera ejecutado un contrato de trabajo totalmente aislado e independiente de los dos que muchos años antes rigieron con las sociedades United Fruit Company y Magdalena Fruit Company que pagaron todos los derechos a que las obligaba la legislación vigente en ese entonces".

Concluye, finalmente, que tales errores indujeron al sentenciador a violar las disposiciones que señala en el cargo, relativas a la definición de empresa, la sustitución patronal, la pensión de jubilación, la irretroactividad de las leyes de carácter laboral y la vigencia de las normas del C. S. del T.

Se estudia el cargo:

Como se expresó en parte al estudiar el primer cargo, el Tribunal para llegar a la conclusión sobre la unidad de empresa hizo el examen de diversos elementos probatorios. Fueron ellos: a).—La respuesta dada por la Compañía demandada a la demanda, hecho primero, en que manifiesta: "1º—Es cierto que la United Fruit Company fue sustituída en sus negocios por la Magdalena Fruit Company; y ésta lo fue por la Compañía Frutera de Sevilla; pero no es cierto y lo niego que las tres empresas constituyan una sola empresa; b).—Los testimonios de Juan Manuel Fergusson Gómez (fl. 99), Ricardo González Cotes (fls. 100 a 101), Víctor Jiménez (fls. 89 a 90), Ricardo Vengoechea (fls. 90 a 92) y Juan Urbina (fls. 92 a 94; c).—La inspección ocular. Y aunque algunos de los deponentes dicen que la Magdalena Fruit Company suspendió sus actividades de cultivo y exportación de banano en 1942 y no las reanudó nuevamente, sino que fueron asumidas luégo por la Compañía Frutera de Sevilla a mediados de 1947 (testimonios de Fergusson Gómez, Correa, Perdomo Charris y González Cotes), los demás coinciden en declarar que el giro de los negocios de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla (que se sucedieron en los negocios según confesión de la demandada), y que las actividades económicas de estas sociedades fueron no solamente el cultivo y exportación de banano sino la importación y venta de mercancías, esta última a la cual estuvo vinculado como trabajador el demandante en juicio. El *ad-quem*, entonces, dando crédito a estos testimonios, a la respuesta al hecho primero de la demanda y al indicio constituído por la conservación de los archivos de las tres compañías por la Frutera de Sevilla, según se estableció en la inspección ocular, concluyó que existió una identidad en la explotación económica a que las tres sociedades se dedicaron sucesivamente. Ahora bien: tal identidad es una cuestión de hecho que se establece por las pruebas analizadas por el fallador, y los testimonios que hablan de la suspensión del cultivo y exportación de banano por la Magdalena Fruit Company, sucesora de la United y sucedida por la Frutera de Sevilla, y la reanudación ya por esta última de esa actividad, a más de la relativa a la importación y venta de mercancías, no altera el fenómeno de la identidad empresarial. Porque el cambio de la persona natural o jurídica en la explotación de la actividad económica idéntica no cambia por sí sola la empresa. No hubo por ello la falta de apreciación de las pruebas que indica el impugnador, porque a casi todas hace referencia el fallador en su sentencia, ni tampoco equivocada apreciación de las mismas "en otros aspectos", pues aparece claro tanto de la respuesta dada por la Compañía al hecho primero de la demanda como de la mayor parte de los testimonios y de la conservación de los archivos de las tres sociedades comprobada en la inspección ocular, que ha sido una misma la empresa a la cual estuvo vinculado el trabajador demandante en juicio, como lo dice el *ad-quem* cuando concluye:

"De las declaraciones de testigos, que en parte se transcribieron, se desprende que las actividades económicas de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla eran las mismas, o sean los mismos negocios, compra de bananos para la exportación, venta de mercancías en los Comisariatos tanto para los empleados como para el público en general, es decir, una verdadera unidad de empresa. Y el actor prestó los servicios en el ramo de mercancías".

Por otro lado, establecida la identidad de empresa, el cambio sucesivo de patronos al suceder se las tres compañías en la explotación de los mismos negocios, aún con interrupciones de alguna consideración en los servicios y la celebración de diversos contratos de trabajo, no elimina la responsabilidad del patrono a cuyo servicio estaba el trabajador al adquirir el derecho a la pensión ni excluye tal derecho, como lo expresa también el Tribunal con cita de una antigua jurisprudencia de la Corte. Este fenómeno, ya con la situación mucho más claramente definida por el artículo 260 del C. S. del T., ha dado lugar a repetidas sentencias de esta Sala que lo aclaran suficientemente. Entre ellas cabe citar la muy reciente de fecha ocho de octubre del presente año, al decidir el recurso en que fueron partes Thomas Sánchez o Bicento Thomas Plantijn y la misma Compañía Frutera de Sevilla. Son apartes de este fallo:

"Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos.—El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que generan el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio, y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producirse el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios o explotadres de una misma empresa, es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generación del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontinuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietaria de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servido para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho".

Por estas razones, no tenía ningún efecto decisorio como prueba el certificado de la Cámara de Comercio de Santa Marta que el acusador dice no haberse apreciado por el Tribunal, ya que no se niega por éste la existencia de las tres compañías varias veces nombradas, como personas jurídicas diferentes.

Se ve, conforme a lo dicho antes, que el Tribunal no incurrió en los errores probatorios que anota el acusador y que, por ello, no hubo la violación consecuencial de las disposiciones sustanciales que se citan en el cargo. Este, en consecuencia, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE. INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

Configuración jurídica de la aplicación indebida de una norma.—Sus modalidades.—Aplicar una norma legal es "trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta".—Igualdad de condiciones salariales entre el trabajador colombiano y el extranjero, cuando desempeñan en una misma empresa, funciones o labores equivalentes.—Los artículos 74, inciso 2º y 143 del C.S. del T., no tienen en cuenta la importancia relativa de funciones desiguales, sino solamente la igualdad de funciones.

1.—Ampliar jurisprudencialmente el principio de "a trabajo igual, salario igual", consagrado en los arts. 74, inciso 2º y 143 del C.S.T., en forma que la igualdad salarial pueda decretarse también cuando las funciones, aunque desiguales, sean de la misma importancia o categoría, o la tengan mayor las del trabajador peor retribuído, no podría hacerse sin solucionar previamente intrincados problemas, como el de la determinación de un criterio objetivo con qué evaluar esa importancia o categoría, y el de la manera de probarla.—Dentro de un régimen de libre empresa, sólo el patrono puede calificar la importancia que para él tengan las distintas actividades de sus trabajadores. Y si con ánimo simplista se dijera que la mayor o menor importancia de una labor es fácil de determinar, atendiendo a los beneficios que reporta a la empresa, sería desconocer las grandes dificultades que en la práctica se presentan para fijar la incidencia que sobre las utilidades tienen las diversas tareas en que se descompone todo complejo empresarial.

2.—Aplicar una norma legal "es trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta". La decisión de la regla o imperativo jurídico es la de que todas las veces que en la práctica acaezca su hecho jurídico o caso de la ley debe darse vida a su consecuencia, y naturalmente, en forma plena. Pues toda regla jurídica representa un juicio hipotético que relaciona una situación de hecho condicionante (el hecho jurídico o caso de la ley) a una situación de hecho condicionada (la consecuencia), en forma análoga a como en el mundo de la naturaleza la causalidad enlaza un hecho con otro (Kelsen. Teoría para el Derecho). De aquí pues, que se diga que un juez aplica indebidamente una norma cuando provee a la realización de una consecuencia sin que aparezca probado el hecho jurídico de la misma; y también cuando, establecido plenamente el hecho jurídico, no provee a la realización cabal y completa de la consecuencia. Por tanto, la pretensión de un litigante sobre haberse aplicado indebidamente una norma por no haber decretado el juzgador la íntegra realización de la consecuencia, solo será atendible si ha tenido lugar su situación de hecho condicionante a hecho jurídico. Y es claro que si este hecho es complejo, integrado por diversos factores, todos éstos deberán estar acreditados para que pueda hablarse de su acaecimiento, y, por consiguiente, pueda darse vida a la consecuencia.

Se vió que el art. 74, ordinal 2º, del C.S.T. contempla la desigualdad de salarios y la igualdad de funciones, y no propiamente el factor importancia o categoría de estas últimas. Es decir, el hecho jurídico de tal norma está constituído exclusivamente por la igualdad de funciones y la desigualdad de salarios. Su consecuencia que deberá decretarse al comprobarse el hecho jurídico es ésta: El sueldo del colombiano debe igualarse respecto al del extranjero mejor retribuído.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

En libelo que queda radicado en el Juzgado Séptimo del Circuito del Trabajo de Bogotá, EDUARDO BONITTO DE LA MAZA demanda a la sociedad "GRACE & CO. (COLOMBIA) S. A.", pidiendo sea condenada a pagarle las siguientes sumas de dinero: "a) NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA (sic) y DOS NOVENTA Y TRES DOLARES (US$ 9.252.93)

y CINCO MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS ($ 5.055.00) por concepto de sueldos dejados de percibir desde el 14 de septiembre del año de 1955 a 31 de diciembre del año de 1958, o su equivalente en pesos colombianos al tipo del cambio del día.—b) DIECISEIS MIL TRESCIENTOS DOLARES (US$ 16.300.00), por concepto de diferencia de bonificación entre las bonificaciones recibidas por Bonitto y el primer Vicepresidente y el TERCER Vicepresidente de la Compañía demandada, o su equivalente en moneda colombiana al tipo del cambio del día.—c) VEINTE MIL NOVECIENTOS UNO CON SETENTA Y DOS DOLARES (US$ 20.901.72) y DOCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON TREINTA Y TRES PESOS ($ 12.479.33), por concepto de liquidación de auxilio de cesantía del 28 de enero del año de 1947 hasta el 31 de diciembre del año de 1958.—d) UN MIL CIEN DOLARES (US$ 1.100.00) por concepto de un auxilio especial que da la Compañía a sus empleados para adquirir automóvil.—e) Las costas del presente juicio.—Y, f) La indemnización correspondiente a la mora por no haber la Compañía depositado oportunamente la totalidad de las prestaciones a que mi mandante tiene derecho".

Todo con base en la afirmación, en síntesis, de haber desempeñado en la Sociedad demandada empleos de igual o superior categoría al de trabajadores extranjeros que eran mejor remunerados. Como fundamentos de derecho citó de manera especial los artículos 74 y 143 del C. S. T.

El juzgado condenó a la demandada a pagar diversas sumas a título de diferencia de salarios y subsidios, y de reajuste de cesantía, más el 50% de las costas, absolviendo por lo demás. Consideró, en suma, que el demandante había desempeñado en la empresa labores equiparables a las del señor Henry Russel Goode, tercer Vicepresidente.

Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló de la siguiente manera:

Declara probada "la excepción de prescripción propuesta en esta segunda instancia por el apoderado de la Compañía "Grace y Cía. (Colombia) S. A.", respecto de los salarios dejados de pagar que correspondan a tiempo anterior al catorce (14) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), y que no fueron pedidos en la demanda, conforme a la parte motiva de esta sentencia".

Reduce a $ 12.000.00 m/cte. la condena por diferencia de salarios;

Confirma la condena a pagar $ 2.400.00 m/cte. como diferencia de subsidio de costo de la vida;

Aumenta a $ 3.113.17 la condena por concepto de reajuste del auxilio de cesantía;

Adiciona el fallo apelado en el sentido de condenar también al pago de $ 5.321.80 como diferencia en la bonificación que recibía el demandante en dólares;

Confirma la absolución por los demás cargos y la condena en costas.

La fundamentación del Tribunal reza: "El apoderado del demandante, al sustentar su apelación, pide que al determinar el monto de los salarios y bonificaciones que correspondían a Bonitto, no se le equipare a lo que recibió el Tercer Vicepresidente, sino que se hagan los reajustes correspondientes colocándolo en un medio proporcional entre lo que devengó el Primer Vicepresidente y lo que recibió el Tercero.

"No encuentra el Tribunal asidero jurídico a esta petición, pues no hay base para estimar que por ser el Primer Vicepresidente superior a Bonitto y el Tercero inferior, las funciones del demandante equivalgan al justo medio entre las de los otros dos. Por otra parte, la determinación del salario que a Bonitto pudiera corresponder en las circunstancias que pretende su apoderado, en que no se le equipare a otro funcionario de la Compañía, sino que en cuanto a la entidad de sus funciones se le ubique en el preciso medio de la diferencia entre las de su inmediato superior y las de su inmediato inferior, no puede ser materia de un simple promedio aritmético de las asignaciones entre uno y otro; tal determinación no podría hacerse sino en forma pericial, con base en el estudio pormenorizado y comparación de las funciones a cargo de cada uno de los tres funcionarios, para poder fijar así, dentro de una escala de asignaciones, la ubicación que correspondería al Segundo Vicepresidente.

'Por tanto, no es procedente acceder a la solicitud del apoderado del actor.

"Ya en cuanto al estudio que hizo el juez *a-quo* para equiparar la retribución del Segundo Vicepresidente a la del Tercero, el Tribunal la comparte. Debiendo, sí advertir, que no es el simple hecho de la mayor o menor amplitud de los poderes generales de cada uno de los tres funcionarios lo que conduce a la decisión adoptada por el juez de primer grado.

"A las razones que él da, deben agregarse las siguientes:

"La simple denominación de los cargos de Presidente, primero, segundo y tercer Vicepresidente, implica de hecho una mayor categoría de funciones que va decreciendo del Presidente al Tercer Vicepresidente, pues a ninguna otra cosa pueden obedecer esos nombres de Primero, Segundo y Tercer Vicepresidente.

"Podría hasta pensarse en que las funciones de uno y otro Vicepresidente fuesen iguales, mas es absurdo creer que el Tercer Vicepresidente tenga funciones de mayor categoría que el Segundo.

"Ahora, que ese orden de precedencia entre los tres Vicepresidentes obedece a una escala de jerarquía y superioridad de funciones entre ellos, lo demuestra la forma misma como los cargos fueron creados y las atribuciones que en los Estatutos de la Sociedad se les dieron.

"En efecto, la creación de estos cargos se hizo por la Asamblea General de Accionistas el 10 de mayo de 1955. (fls. 17 y ss.) en los siguientes términos:

"Créanse los cargos de Presidente, Vicepresidente y Gerentes Seccionales, en sustitución de los cargos de Gerente de la Sociedad, suplentes de éste y administradores de las sucursales, respectivamente.

"Y en virtud de esta reforma, el artículo 19 de los Estatutos quedó así: (fl. 18 vto.):

"Artículo Décimo-noveno.—La Junta Directiva designará al Presidente de la Sociedad dentro de los miembros y designará los Vicepresidentes que considere necesarios que no podrán ser menos de dos en ningún caso, quienes no necesitan ser miembros de la Junta Directiva, los cuales reemplazarán en su orden al Presidente en sus faltas absolutas, temporales o accidentales.

"Todo lo anterior indica en forma fehaciente que sí había prevalencia entre los cargos de Vicepresidente, toda vez que el primero tenía preferencia sobre los otros dos para ocupar la Presidencia y el segundo sobre el tercero, el cual sólo en defecto de los otros dos podía servirla".

Las razones del juzgado, que el Tribunal compartió con salvedades, son del siguiente tenor:

"En el caso *sub-judice* aparece que la demanda se basa en el hecho de que las labores ejecutadas por el señor Eduardo Bonitto de la Maza eran exclusivamente de representación y dirección, al igual que las prestadas por los señores Jan Van Delft y Henry Russell Goode, alegándose por consiguiente que tenía la misma categoría e iguales funciones que el Primer y Tercer Vicepresidente de la Sociedad "Grace y Compañía (Colombia) S. A.", y que por tanto, tenía derecho a devengar igual salario y gozar en igualdad de condiciones de las demás ventajas de orden económico y social que la Compañía concedió a esos otros servidores.

"Para determinar si el actor tenía dentro de la Sociedad demandada las mismas funciones, categoría y responsabilidades que los señores Jan Van Delft y Henry Russell Goode, sólo hay en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, algunas que, sin lugar a dudas, aportan valiosos elementos de juicio, como son las afirmaciones hechas por el Presidente de la Grace y Compañía (Colombia) S. A. en el interrogatorio libre efectuado el 24 de febrero del año en curso (folios 118 a 122), la declaración rendida por el demandante Eduardo Bonitto de la Maza el 21 de enero de este año (folios 106 a 114) y los poderes otorgados por escrituras públicas 2.693 de 10 de octubre de 1955, de la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá; 439 de 7 de marzo de 1952 y 2.038 de 17 de septiembre de 1952, ambas de la Notaría Quinta de Bogotá.

"De acuerdo con tales pruebas, se establece que tanto el señor Jan Van Delft como los señores Eduardo Bonitto de la Maza y Henry Russell Goode, tenían fuera de las labores propiamente administrativas, otras que aparecen detalladas en los respectivos contratos de mandáto, los cuales deben considerarse en este fallo, toda vez que de ordinario suelen integrarse con otros u otros contratos como los de sociedad y los de trabajo, más regularmente con estos últimos, como sucede en el caso de autos, y que por ello el artículo 25 del Código Sustantivo Laboral, regula el caso en que el contrato de trabajo exista en concurrencia con otro u otros contratos, ya sean del mismo o de diverso género.

"Del análisis comparativo de estos tres poderes, solamente el correspondiente al señor Henry Russell Goode es sumamente limitado, hasta el punto de no poder ejecutar por decisión propia ninguna de las funciones en él estipuladas, sino que tenía que actuar siempre conjuntamente con otro de los mandatarios, cosa que no ocurría con los otros dos Vicepresidentes (señores

Jan Van Delft y Eduardo Bonitto de la Maza), quienes sí tenían un amplio margen de autonomía en el ejercicio de la mayor parte de sus funciones. En cambio, entre los poderes de los Vicepresidentes Van Delft y Bonitto de la Maza, se establece una situación de igualdad, dado que la amplitud de las facultades otorgadas a ambos es, a grandes rasgos, la misma, con diferencias que no pasan de ser de simple detalle o de redacción, aparte de algunas de cierta importancia, las cuales en última instancia vienen a favorecer la posición del actor.

"Según las facultades atribuídas en los poderes a los Vicepresidentes de la Sociedad "Grace y Compañía (Colombia) S. A." y las funciones administrativas que dentro de la misma organización ejercían los señores Jan Van Delft, Eduardo Bonittto de la Maza y Henry Russell Goode, se tiene que, tanto por la denominación de los cargos desempeñados por éstos, como por la calidad de las facultades concedidas a los mismos, sus labores eran funciones de representación y dirección, las cuales son esencialmente de orden intelectual y es cuando menos ingenuo tratar de someterlas a un patron de medida invariable tanto cualitativa como cuantitativamente. Cabe a este respecto citar el concepto de algunos tratadistas, como el de Cabanellas, expresado en el sentido de que "el esfuerzo muscular o intelectual no resulta mensurable con precisión", concepto muy acertado por cuanto que la ejecución de una labor, bien sea en el orden intelectual o en el físico, requiere una determinada cantidad de energía, que será mayor o menor relativamente al sujeto de la acción y a sus condiciones intrínsecas, esto es, al hombre. Empero, pese a todas las dudas que apreciaciones de este orden puedan crear en la mente del intérprete, no se puede aceptar que las dificultades en la aplicación de la norma puedan llegar a hacerla nugatoria en la realidad por impracticables y no es posible creer que el legislador se hubiera propuesto promulgar el principio de que se ha venido hablando o el de "a trabajo igual, salario igual" para que fuera aplicable sólo a aquellos casos absolutamente concretos tanto cualitativa como cuantitativamente, porque si así fuera la ley perdería sus caracteres esenciales de generalidad, para hacerse casuista y anticientífica. La aplicación de las leyes del trabajo no debe hacerse con exactitudes matemáticas, ya que la naturaleza humana que las inspira y justifica no es susceptible de tales sistemas de mensura y es imperativo darles la elasticidad y adaptabilidad suficientes a fin de que ninguna situación pueda quedar sin la debida protección jurídica y, sobre todo, para que quien tiene el poder económico no pueda defraudar los legítimos intereses de quien solamente posee la fuerza de trabajo, máxime si se atiende que el Derecho del Trabajo es un derecho esencialmente protector del trabajador, y que el espíritu que lo inspira e informa no es otro que la búsqueda constante de la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores, dentro de una amplia concepción de equilibrio económico y solidaridad social...

"También debe tenerse en cuenta que en ocasiones el señor Eduardo Bonitto de la Maza devengó un salario superior al del señor Henry Russell Goode y en otras igual, aun cuando en la mayor parte del tiempo fue menor, según se pudo verificar en la diligencia de inspección ocular realizada en este negocio. En efecto, al principio la diferencia del salario fue de $ 200.00, pero de junio 1º de 1955 al último de marzo de 1956, el señor Bonitto de la Maza percibió un salario superior al del señor Henry Russell Goode, luego éste pasó a ganar $ 100.00 más y nuevamente el actor, a partir de agosto 1º de 1957 a septiembre último del mismo año, disfrutó de igual salario; solamente a partir de esta fecha se presentaron aumentos al salario del señor Henry Russell Goode y el de Eduardo Bonitto de la Maza continuó siendo el mismo.

"Esta sola circunstancia demuestra claramente que la Sociedad demandada consideraba que el señor Eduardo Bonitto de la Maza y el señor Henry Russell Goode, desarrollaban labores equiparables.

"Respecto a las labores que ejecutaba el señor Jan Van Delft frente a la de los señores Eduardo Bonitto de la Maza y Henry Russell Goode, ellas sí no son equiparables, por cuanto el actor admite expresamente en las posiciones que absolvió el 13 de abril del año pasado (folios 58 a 63) y en el interrogatorio libre realizado el 21 de enero de este año, que aquél "se encuentra casi a la altura del Presidente de la Grace (Colombia) S. A.", por desempeñar varias de las funciones administrativas que le corresponden a éste y por ello lo consideraba su superior.

"Por consiguiente, este Despacho considera que el señor Eduardo Bonitto de la Maza como Segundo Vicepresidente de la Sociedad demandada, tiene derecho a que se le coloque dentro de la relación de trabajo en igualdad de situación jurídica que al Tercer Vicepresidente, señor

Henry Russell Goode, por cuanto sus funciones y actividades dentro de la Compañía eran de igual categoría a las de éste".

Autorizando las dos motivaciones aparece claro que, no obstante haber entendido el Tribunal que la igualdad de condiciones salariales preceptuada por el artículo 74, inciso 2º, del C. S. T., debe decretarse cuando el funcionario extranjero y el colombiano desempeñan funciones iguales, dio aplicación a dicha norma, comparando las funciones del demandante —Segundo Vicepresidente— con las del Tercer Vicepresidente de la empresa, no porque hubiera hallado iguales las funciones que uno y otro desempeñaban, sino porque consideró que, aunque desiguales, las del nacional eran de mayor importancia o categoría que las del extranjero. Y esa mayor importancia la dedujo principalmente de la jerarquización que encontró en la denominación de los cargos y en la precedencia que al mismo tiempo conllevaban en cuanto a la aptitud para reemplazar al Presidente.

Ambas partes recurren en casación contra el proveído del Tribunal.

EL RECURSO DEL DEMANDANTE

Aduce la causal primera del artículo 87 del C. P. L. y formula cuatro cargos. Sobre el alcance de la impugnación expresa en la parte final de la demanda que "no puede ser otro sino el que la sentencia pronunciada... sea revocada para, en su lugar, sea casada en el sentido de que la condena se ciña a las consideraciones y comprobaciones expuestas en la presente demanda".

PRIMER CARGO

"Violación del inciso segundo del artículo 74 del C S. T., en armonía con el artículo 143 de la misma obra proveniente de apreciación errónea y falta de apreciación de algunas pruebas.

"El artículo 74 del C. S. T. establece la necesaria igualdad entre el trabajador colombiano y el extranjero, cuando desempeña, en una misma empresa, funciones o labores similares. Como muy bien lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia en varios fallos: 'El artículo 74 del C. S. T. que regula la proporción e igualdad de condiciones entre trabajadores colombianos y extranjeros, dice en el numeral 2º: "Los trabajadores nacionales que desempeñan iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales". El artículo 143 de la obra citada, enuncia el principio "a trabajo igual, salario igual" y su texto es como sigue: 1.—A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2.—No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales". El derecho que estos mandamientos legales conceden a los trabajadores nacionales para exigir remuneración y condiciones iguales a los trabajadores extranjeros, reposa sobre los siguientes presupuestos de hecho: a) Que en una misma empresa trabajen extranjeros y colombianos; b) Que tanto los trabajadores nacionales como los extranjeros, lo sean permanentemente de la empresa; c) Que unos y otros desempeñen *unas mismas funciones* (ha subrayado la Sala); d) Que los nacionales tengan remuneración o condiciones inferiores a los extranjeros... Basta con que en un momento dado haya sido posible la comparación entre el extranjero y el nacional, por reunirse las condiciones de permanencia e igualdad de funciones, para que el salario del trabajador colombiano se entienda igual al devengado por el extranjero y se incorpore como tal en su contrato de trabajo, con efecto para el futuro sin que esta licencia posterior pueda ser obstaculizada por el retiro del trabajador foráneo del servicio de la empresa. Y es que cualquiera que haya sido el salario pactado, cuando el trabajador se encuentra dentro de la situación concreta o de hecho a que debe aplicarse el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, el salario concertado es sustituído, *ipso jure*, por el salario legal que es para el caso, el fijado como remuneración al extranjero con quien se encuentra en la hipótesis legal. Tanto más cierto lo anterior si se considera que las leyes que regulan el trabajo humano, por ser de orden público, tienen vigencia inmediata y se aplican aun a los contratos de trabajo que se encuentran en desarrollo al momento de empezar a regir aquéllas y, consecuencialmente, se entienden incorporadas en el pacto laboral'.

"En nuestro caso, como dije anteriormente, el señor Bonitto goza del derecho pleno para exigir de la Grace la nivelación de salarios y condiciones toda vez que se demostró superabundantemente que desempeñó un cargo con facultades tan amplias que casi se equiparaban a las atribuídas al Primer Vicepresidente y, sin em-

bargo, su remuneración, las primas, las remesas en dólares y las bonificaciones quedaron por debajo de las que devengaba el Tercer Vicepresidente. Al respecto dijo el H. Tribunal al resolver la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia: 'Ya en cuanto al estudo que hizo el juez *a-quo* para equiparar la retribución del Segundo Vicepresidente a la del Tercero, el Tribunal la comparte. Debiendo, sí advertir, que no es el simple hecho de la mayor o menor amplitud de los poderes generales de cada uno de los tres funcionarios lo que conduce a la decisión adoptada por el juez de primer grado. A las razones que él da, deben agregarse las siguientes: La simple denominación de los cargos de Presidente, Primero, Segundo y Tercer Vicepresidentes, implica de hecho una mayor categoría de funciones, que va decreciendo del Presidente al Tercer Vicepresidente, pues a ninguna otra cosa pueden obedecer esos nombres de Primero, Segundo y Tercer Vicepresidente. Podría hasta pensarse en que las funciones de uno y otro Vicepresidente fuesen iguales, mas es absurdo creer que el Tercer Vicepresidente tenga funciones de mayor categoría que el Segundo'.

"Pero resulta que tanto el juzgado como el H. Tribunal, al reconocerle el derecho a mi mandante, se lo vulneran ostensiblemente al no decretar en su favor y mediante la condena a la empresa patronal, la nivelación absoluta en salarios, bonificaciones, dólares y demás prerrogativas de que gozaron los extranjeros cuando ocuparon cargos de igual o de inferior categoría al de Segundo Vicepresidente. Y esto se debió a que el fallador no tuvo en cuenta algunas pruebas que obran en el expediente y que demuestran, a cabalidad, los hechos alegados en la demanda. Veámoslo:

"El H. Tribunal, acorde con el señor Juez de Instancia, determina que el señor Eduardo Bonitto tiene derecho a que como Segundo Vicepresidente de la Sociedad, se le coloque dentro de la relación de trabajo que lo vinculó a ella, en una situación igual a aquella en que se encontraba el Tercer Vicepresidente. Creo que la nivelación que ordena el precepto cuya violación estoy demostrando, no debe hacerse por lo bajo sino por lo alto, o al menos, buscando proporcionalidad entre los dos extremos. "Comparando los tres poderes allegados al expediente tempestivamente, se saca la conclusión nítida de que las facultades otorgadas al Primer Vicepresidente y las concedidas a Bonitto en su carácter de Segundo Vicepresidente son similares y establecen, como afirma el señor juez, una situación de igualdad, dado que la amplitud de tales facultades otorgadas a ambos es, a grandes rasgos, la misma, con diferencias que no pasan de ser de simple detalle o de redacción, aparte de algunas de cierta importancia, las cuales en última instancia vienen a favorecer la posición del actor". "Del análisis comparativo de los tres poderes, solamente el correspondiente al señor HENRY RUSSELL GOODE (Tercer Vicepresidente) es sumamente limitado, hasta el punto de no poder ejecutar por decisión propia ninguna de las funciones, sino que tenía que actuar siempre conjuntamente con otro de los mandatarios, cosa que no ocurría con los otros dos Vicepresidentes (señores Jan Van Delft y Eduardo Bonitto de la Maza), quienes sí tenían un amplio margen de autonomía en el ejercicio de la mayor parte de sus funciones". (Apartes del fallo de primera instancia). "Si esto es así, lo lógico y justo hubiera sido que el juzgador determinara el monto de los salarios y bonificaciones teniendo en cuenta los percibidos por el Primer Vicepresidente. Lo que pretermitió por no haber apreciado la prueba documental consistente en los poderes que obran a folios 7 a 11, 23 a 24. Con este proceder violó la sentencia de segunda instancia, el artículo 74, inciso 2º y el artículo 143 del C. S. T. por haber pasado por alto una prueba de la importancia de la indicada, se abstuvo de considerarla y justipreciarla. Al prosperar este cargo, la sentencia debe casarse revocando la sentencia objeto del recurso y, en su lugar, proceder a hacerse el reajuste de salarios y prestaciones equiparando la situación de Bonitto con la del Primer Vicepresidente. O buscando un justo medio entre lo devengado por Van Delft y lo que recibió GOODE.

"Para el reajuste de la diferencia de salarios devengados por Eduardo Bonitto de la Maza y Henry Russell Goode durante el lapso transcurrido entre el 14 de septiembre de 1955 al 30 de septiembre de 1958, no se tuvieron en cuenta las pruebas aducidas para demostrar los devengados por el uno y el otro durante el mismo lapso...".

No obstante los reparos que pudieran hacerse a la manera como está formulado el cargo, que se asemeja a un alegato de instancia, de su detenida lectura resulta que acusa la sentencia de haber aplicado indebidamente los artículos 74, inciso 2º y 143 del C. S. T., por errores de hecho evidentes, emanados de no apreciación o mala apreciación de ciertas pruebas, a consecuen-

cia de los cuales la Sociedad demandada no fue condenada a pagar la totalidad de las sumas a que debió serlo, y que tales errores fueron los siguientes: 1º) El Tribunal no reconoció, debiendo haberlo reconocido, que el demandante desempeñó un cargo de igual categoría al del Primer Vicepresidente, con facultades casi tan amplias como las de éste; 2º) El Tribunal no dio por demostrada la verdadera cuantía de los salarios y bonificaciones reconocidos al Tercer Vicepresidente y que fue superior a lo que aceptó dicho fallador de segundo grado.

Además, dentro del mismo cargo, dice que "la nivelación que ordena el precepto... debe hacerse... buscando un justo medio entre lo devengado" por los Vicepresidentes Primero y Tercero. Como es fácil observar esta última pretensión no se refiere a cuestiones probatorias, sino a la interpretación que debe darse a la ley según el recurrente, y que el Tribunal rechazó. Pero una acusación por interpretación errónea de un precepto no puede involucrarse en un cargo formulado por violación indirecta del mismo precepto a través de errores de hecho.

Este defecto de técnica permitiría rechazar el cargo; sin embargo, usando de amplitud la Sala procede a su estudio.

Y anota, ante todo, que no es cierto que el Tribunal hubiera "pasado por alto", o sea, que no hubiera apreciado, los poderes otorgados por la empresa a los tres vicepresidentes, pues tan los tuvo en cuenta que afirmó que "no es el simple hecho de la mayor o menor amplitud de los poderes generales de cada uno de los tres funcionarios lo que conduce a la decisión adoptada por el juez de primer grado", la que, como se vio, ordenó igualar el salario del demandante al del Tercer Vicepresidente.

Además debe observarse que los poderes confieren tan sólo una aptitud o potencialidad, por lo que mientras no sean ejercidos será impropio hablar de funciones desempeñadas.

Pero lo que debe ser especialmente destacado respecto al primer error es que, aunque el Tribunal se hubiera equivocado en la apreciación de los poderes y desconocido que realmente las funciones del demandante —Segundo Vicepresidente— tuvieron la misma importancia o categoría que las del Primer Vicepresidente —un extranjero—, no habría incurrido en la infracción legal apuntada por el casacionista.

Porque los artículos 74, inciso 2º y 143 del C. S. T. no tienen en cuenta la importancia relativa de funciones desiguales, sino solamente la *igualdad* en las funciones.

La Sala siempre ha sostenido que los mencionados preceptos no pueden aplicarse sino cuando se trata de trabajadores cuyas funciones son iguales o equivalentes. Así aparece reconocido en el trozo jurisprudencial transcrito por el recurrente, y en el mismo sentido se pronunció en sentencia de 6 de junio de 1958: "... La simultaneidad no es, pues, requisito esencial para que surja en favor de los trabajadores nacionales el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de los extranjeros que desempeñen o hayan desempeñado iguales funciones, en una misma empresa o establecimiento". (*Gaceta Judicial* número 2198, pg. 322, Tomo LXXXVIII).

Ampliar jurisprudencialmente el principio de "a trabajo igual, salario igual", consagrado en los artículos 74, inciso 2º y 143 del C. S. T., en forma que la igualdad salarial pueda decretarse también cuando las funciones, aunque desiguales, sean de la misma importancia o categoría, o la tengan mayor las del trabajador peor retribuído, no podría hacerse sin solucionar previamente intrincados problemas, como el de la determinación de un criterio objetivo con qué evaluar esa importancia o categoría, y el de la manera de probarla.—Dentro de un régimen de libre empresa, sólo el patrono puede calificar la importancia que para él tengan las distintas actividades de sus trabajadores. Y si con ánimo simplista se dijera que la mayor o menor importancia de una labor es fácil de determinar, atendiendo a los beneficios que reporta a la empresa, sería desconocer las grandes dificultades que en la práctica se presentan para fijar la incidencia que sobre las utilidades tienen las diversas tareas en que se descompone todo complejo empresarial.

Por lo demás aparece de autos que la retribución asignada a cada uno de los tres vicepresidentes no se encaminaba a remunerar las funciones que eventualmente podrían desempeñar cuando les correspondiera reemplazar al Presidente, sino las que sin reemplazarlo, realizaban ordinariamente, de notoria desigualdad.

En cuanto a la violación a través del segundo error referente al salario real devengado por el extranjero, se observa:

Aplicar una norma legal "es trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta". La decisión de la regla o *imperativo jurídico* es la de que todas las veces

que en la práctica acaezca su *hecho jurídico* o *caso de la ley* debe darse vida a su *consecuencia*, y naturalmente, en forma plena. Pues toda regla jurídica representa un juicio hipotético que relaciona una situación de hecho condicionante (el hecho jurídico o caso de la ley) a una situación de hecho condicionada (la consecuencia), en forma análoga a como en el mundo de la naturaleza la causalidad enlaza un hecho con otro (Kelsen. Teoría Pura del Derecho). De aquí, pues, que se diga que un juez aplica indebidamente una norma cuando provée a la realización de su consecuencia sin que aparezca probado el hecho jurídico de la misma; y también cuando, establecido plenamente el hecho jurídico, no provée a la realización cabal y completa de la consecuencia. Por tanto, la pretensión de un litigante sobre haberse aplicado indebidamente una norma por no haber decretado el juzgador la íntegra realización de la consecuencia, sólo será atendible si ha tenido lugar su situación de hecho condicionante o hecho jurídico. Y es claro que si este hecho es complejo, integrado por diversos factores, todos éstos deberán estar acreditados para que pueda hablarse de su acaecimiento y, por consiguiente, pueda darse vida a la consecuencia.

Se vio que el artículo 74, ordinal 2º, del C. S. T., contempla la desigualdad de salarios y la igualdad de funciones, y no propiamente el factor importancia o categoría de estas últimas. Es decir, el hecho jurídico de tal norma está constituído exclusivamente por la igualdad de funciones y la desigualdad de salarios. Su consecuencia —que deberá decretarse al comprobarse el hecho jurídico— es ésta: el sueldo del colombiano debe igualarse respecto al del extranjero mejor retribuído.

Según el recurrente, el Tribunal no decretó la realización de tal consecuencia en forma plena, por no haber tenido en cuenta ciertas ventajas de que disfrutó el extranjero. Pero ocurre, como ya se puso de manifiesto, que el Tribunal no consideró que fueron iguales las funciones que desempeñaron el colombiano Bonitto y el extranjero Tercer Vicepresidente, sino diversas. No se realizó, pues, el hecho jurídico del precepto invocado, y por consiguiente no es del caso averiguar si la consecuencia se dedujo o no a plenitud. Se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO

"VIOLACION, POR APLICACION INDEBIDA, del artículo 488 del C. S. T. y VIOLACION DIRECTA del artículo 489 de la misma obra. Al tenor del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos regulados en dicho estatuto, prescriben a los tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Y el artículo 489 dice que tal prescripción se interrumpe con el simple reclamo recibido por el patrón.

"La sentencia que acuso declara probada la excepción de prescripción formulada por el señor Apoderado de la parte demandada dando por cierto que el derecho que invoca mi representado para recabar el reajuste de salarios y nivelación de prestaciones, carece de acción por haberse obrado el fenómeno de la prescripción. Esta prescripción, conforme a la sentencia, abarca todo el tiempo anterior al 14 de septiembre del año de 1955. Es evidente que la obligación que se deriva del derecho que tiene el trabajador de exigir que el patrón le reconozca igual remuneración a las que disfrutan los empleados extranjeros, en igualdad de circunstancias, se hace exigible cuando el derecho desconocido por el patrón lo determine el juez competente. En este caso, está probado que el señor Eduardo Bonitto, en repetidas ocasiones, exigió la nivelación justa a sus superiores jerárquicos, sin que se le hubiera dado oídas. Meras promesas que jamás se tradujeron en la realidad. La prueba de tales reclamaciones se hallan en el expediente: A folios 30 y 31 se leen dos cartas del señor Bonitto al señor Vicepresidente Ejecutivo de Grace y Cía. (Colombia S. A.), en las cuales manifiesta que su determinación de separarse del cargo tiene como causa la siguiente: "El 15 de julio (la carta está fechada el 11 de septiembre del año de 1958, folio 31), manifesté a usted personalmente mi preocupación por el hecho de que mi remuneración estaba muy por debajo de la del personal en la oficina con la misma jerarquía. También manifesté a usted que con anterioridad había hecho la misma observación al señor Pearson y que yo me sentía bastante incómodo por el hecho de que inclusive el personal con menos categoría a la mía había sido reajustado en sus asignaciones y estaba en la fecha ganando más que yo... Posteriormente quiso usted hacerme un reajuste pero yo le manifesté que lo que en realidad solicitaba era que se me fijaran las mismas condiciones de los funcionarios extranjeros ejecutivos". El señor Van Delft, al serle preguntado en las posiciones que absolvió: "Díga el absolvente cómo es cierto que el señor Eduardo Bonitto le formuló formal reclamo por

las diferencias de remuneraciones existentes entre el Segundo Vicepresidente y el Tercer Vicepresidente de la Compañía Grace", respondió: "SI ES CIERTO". (folio 54). Esto demuestra que sí se interrumpió la prescripción por reclamo formal y escrito del señor Bonitto. De donde se deduce que el fallador, al aplicar el artículo 488 del C. S. T. decretando la prescripción de la acción, lo hizo en forma indebida, ya que la obligación no se había hecho exigible y, además, con esta determinación violó directamente el artículo 489 de la misma obra toda vez que declaró prescrita una acción sin parar mientes en que la prescripción había sido interrumpida "por el simple reclamo escrito del trabajador". Basta este razonamiento para concluír que el cargo debe prosperar ya que la violación salta a la vista".

Como anota el opositor, el recurrente sólo cita como infringidas las normas relativas a la prescripción, pero, como tantas veces ha señalado la Sala, los preceptos cuya violación se invoque para producir la infirmación del fallo impugnado, deben constituír una proposición jurídica completa, en orden al quebrantamiento del mismo, y no la constituyen las solas normas sobre prescripción, si no van acompañadas de los preceptos consagradores de los derechos reclamados y no reconocidos por razón del anotado fenómeno extintivo.

Esto es suficiente para desechar el cargo.

TERCER CARGO

"VIOLACION DIRECTA DEL ARTICULO 32 del C. P. L.

"Este artículo 32 ordena que las excepciones las proponga la parte demandada o en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite. El procedimiento es de orden público y obliga tanto a las partes como a los jueces. Claramente establecido está que el señor Apoderado de la parte demandada no propuso en la debida oportunidad la excepción de prescripción. De manera que el juzgador, al haber aceptado una excepción extemporánea, violó el artículo 32 del C. de P. L.—Esta violación aparece con tanta nitidez que me parece innecesario extenderme más en este cargo".

Para desestimar el ataque bastará anotar que la sola violación de ley adjetiva, como la citada por el recurrente, no abre el recurso de casación.

CUARTO CARGO

VIOLACION DIRECTA DEL ARTICULO 65 del C. S. T.

"Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, ordena el referido precepto 65. El fallo absuelve a la Sociedad y la releva de la obligación de indemnizar por falta de pago oportuno de las prestaciones. Esta actitud la fundamenta el H. Tribunal en las mismas razones que adujo el Juez de la instancia y que se condensan así: "No hay lugar a la indemnización moratoria impetrada en la demanda, por cuanto la mora en efectuar la consignación de las sumas que creía adeudarle la Sociedad demandada al señor Eduardo Bonitto se debió a las conversaciones sostenidas entre las partes para tratar de arreglar sus diferencias". Pero el patrón no puede demorar el pago ya que al tenor del ordinal 2º del artículo 65 del C. S. T., si no se llega a algún acuerdo respecto al monto de las prestaciones, o el trabajador se niega a recibir la suma que el patrón le ofrece, entonces está obligado éste a consignar ante el juez la suma que crea deber. Si no lo hace, la sanción debe imponerse sin contemplaciones. Lo depositado debe guardar alguna relación de proporcionalidad con lo que efectivamente se adeude al trabajador. Este precepto tiene un carácter claro de sanción para el patrón renuente a cumplir con sus obligaciones para con el trabajador. Y la mala fe de la empresa se patentizó en la forma como fue ofreciendo el pago de las prestaciones. De $ 20.000.00 subió a $ 30.000.00; de éste pasó a ocho mil dólares, diez mil y hasta doce mil. Creo que una empresa seria debe ofrecer pagar lo justo y no tentar vado por si el empleado incauto y necesitado se resigna a recibir una suma inferior a la debida. La demora en efectuar la consignación y la suma exigua ofrecida y depositada después de mucho tiempo de la separación de Bonitto del empleo indican que la Sociedad incurrió en la sanción impuesta en la ley sustantiva. Luego la violación del artículo 65 se produjo con la sentencia en la parte en que la absuelve del pago de la indemnización cuando se había hecho merecedora de la sanción estipulada".

Estando vinculada la aplicación del artículo 65 en mención a la mala fe del patrono, la cual, si no ha sido reconocida en la sentencia, debe

surgir de las pruebas que singularice el recurrente, no bastaría que resultaran inadmisibles las razones que dio en el presente caso el Tribunal, para que apareciera infringido por vía "directa" el precepto en cita; pues su violación tendría que resultar de un error de hecho evidente que hubiera cometido el sentenciador con relación a las pruebas indicadas en la acusación, y que ésta no señala.

Se rechaza el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

El apoderado de ésta fija el alcance de la impugnación así:

"Pretendo que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto por sus numerales 2º, 3º, 4º y 5º condenó a la Sociedad "Grace & Cía. (Colombia) S. A." a pagar a Eduardo Bonitto las cantidades de $ 12.000.00 por concepto de diferencia de salarios, $ 2.400.00 por concepto de diferencia de subsidio sobre costo de vida, $ 3.113.17, por concepto de reajuste del auxilio de cesantía, y $ 5.321.80 por concepto de diferencia en la bonificación en dólares, para que, en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, revoque el numeral 1º del fallo del *a-quo* y absuelva a mi patrocinada de las peticiones correspondientes e imponga al actor la obligación de pagar la totalidad de las costas del juicio".

Invocando la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., formula un único cargo, así:

"El fallo impugnado aplicó indebidamente, por vía indirecta, los artículos 74, inciso 2º y 143 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los 127, 249 y 253 ibidem. Esta violación se produjo como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador, por comisión y por omisión, al examinar las probanzas producidas en el juicio, errores de hecho que lo condujeron a dar por demostrado, sin estarlo, que Eduardo Bonitto adquirió derecho a remuneración y condiciones iguales a las que tuvo el Tercer Vicepresidente de Grace & Cía. (Colombia) S. A., por haber desempeñado funciones más importantes que las de éste.

"Importa observar, antes de continuar con el desarrollo del cargo, que el *ad-quem*, sin decirlo expresamente, hizo una interpretación de las normas en que apoya sus condenas, consistente, más o menos, en lo siguiente: Si tales normas ordenan que, cuando en una misma empresa exista un trabajador que desempeñe, con remuneración y condiciones inferiores, las mismas funciones que otro, se coloque al primero en igualdad de circunstancias con el segundo, con mayor razón debe efectuarse la equiparación en el caso de que las funciones desempeñadas por quien está colocado en circunstancias de inferioridad, aparezcan ser de mayor importancia que las ejecutadas por el otro trabajador mejor remunerado y en mejores condiciones.

"El cargo, tampoco huelga observarlo, acepta esta interpretación, ya que sólo se endereza a demostrar que las funciones desempeñadas por Eduardo Bonitto, consideradas en su conjunto, siempre fueron de menor importancia que las ejecutadas por el Tercer Vicepresidente de Grace & Cía. (Colombia) S. A.

"Las pruebas mal apreciadas son las siguientes:

"a) Los poderes generales conferidos a Eduardo Bonitto, Henry Russell Goode y Jan Van Delft (fols. 7 a 11), y

"b) El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 12 a 22).

"Las pruebas no apreciadas son las siguientes:

"a) Los poderes generales conferidos a Gerold Zuehlke y Edward G. Hughes (fls. 96 a 102 de la foliación del expediente);

"b) La absolución de posiciones del actor (fls. 58 a 63);

"c) Las declaraciones de Gerold W. Zuehlke (fls. 65 a 68), y Henry Russell Goode (fls. 74 a 79);

"d) La inspección ocular visible a folios 85 a 93;

"e) El interrogatorio libre a que fue sometido el demandante (fols. 106 a 113), y

"f) El seudo-interrogatorio libre a que fue sometido Henry Arthur Max Pearson (fols. 118 a 131).

"Si el Tribunal hubiera apreciado este segundo complejo de pruebas, habría tenido que llegar a la conclusión de que las funciones desempeñadas por el Tercer Vicepresidente de la Compañía fueron siempre totalmente diversas de las realizadas por Eduardo Bonitto, pero también, por su significación económica y su volumen, de más importancia y de más responsabilidad.

"En efecto, estas probanzas son acordes en demostrar, con claridad que se impone de su sola

lectura, que Eduardo Bonitto tenía a su cargo la oficina seccional de Bogotá y la supervisión administrativa de algunas otras sucursales del país y Henry Russell Goode, en cambio, estaba encargado de los ramos de vapores, aviación y aduanas, para todo el país y con conexiones y problemas de orden internacional; además, que los ramos bajo la responsabilidad de Goode constituyen la base económica fundamental de los negocios de Grace & Cía. (Colombia) S. A.

"Ahora bien, de haber apreciado estas pruebas, el Tribunal hubiera concluído en que los poderes generales otorgados a los Vicepresidentes de la Compañía no obedecieron, en cuanto a facultades, a la mayor o menor importancia de sus funciones, sino, simplemente, a los contactos que tales funciones les imponían en relación con terceros. Pero, tampoco, a las denominaciones de sus cargos, pues también los tenían conferidos, con la diversidad de facultades explicadas, en ocasiones superiores a las otorgadas a los Vicepresidentes, otros funcionarios de la Sociedad demandada.

"En estas condiciones, la apreciación correcta de la reforma de los estatutos, en cuanto a la creación de Presidencia y Vicepresidencia, no podía vincular tales denominaciones, como lo ha venido sosteniendo la Sociedad demandada a lo largo del juicio, con la realidad de las funciones desempeñadas por Bonitto, Goode y Van Delft, ni con la mayor o menor importancia de las mismas".

Se considera:

No entra la recurrente, como es fácil apreciar, a referirse en concreto a cada una de las pruebas que señala como no estimadas por el Tribunal y a demostrar cómo ellas respaldan su afirmación sobre la mayor importancia de las funciones del tercer Vicepresidente con relación a las del segundo, sino que se limita a decir que tal conclusión surge de todas ellas "con claridad que se impone de su sola lectura". Tratándose de poderes generales, de absolución de posiciones, de declaraciones de testigos, de una inspección ocular y de interrogatorios libres —todo un complejo probatorio— es bien difícil que una conclusión como la alegada por la recurrente surja de ellas tan espontánea y fácilmente como pretende —y de hecho no acaece así en el presente caso— sin que la Sala tenga que entregarse a un detenido y pormenorizado examen de ese haz probatorio en la misma forma como lo haría un fallador de instancia.

Lo anterior sería suficiente para rechazar el cargo. Por hay más todavía:

En la impugnación se admite la tesis del Tribunal de que a mayor importancia de funciones debe corresponder mayor salario, y por esto el error de hecho se hace consistir en no haber dado por demostrado el fallador que las funciones del Tercer Vicepresidente fueron, aunque diversas o desiguales, de mayor importancia que las de Bonitto, que era Segundo Vicepresidente.

Parte, pues, la recurrente del supuesto de que el hecho jurídico de los artículos en cita está integrado, entre otros, por el factor importancia relativa de funciones desiguales; pero ya se vio, al estudiar el primer cargo del demandante-recurrente, que tal supuesto es errado, ya que las normas aludidas no tienen en cuenta sino la igualdad en las funciones.

El cargo no prospera.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Reiterada doctrina de la Corte sobre técnica de Casación.—La demanda de casación tiene que someterse en su forma y contenido a las determinadas reglas y formalidades de ineludible cumplimiento por parte del impugnador, para que pueda resultar eficaz la acusación y conduzca al quebrantamiento de la sentencia que se pretende invalidar.—El planteamiento de una violación por vía directa no puede hacerse a través del análisis de cuestiones probatorias tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de aprobar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad diferente.—Error de hecho y de derecho.—El error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba, que lleva a la infracción de una norma sustantiva en la cual el derecho que se reclama está consagrado.—El error en la apreciación de una misma prueba no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por HERNANDO MUNERA ANGEL contra TEXTILES MODERNOS S. A.

Hernando Múnera Angel trajo a juicio a la nombrada Sociedad para que fuera condenada a pagarle la suma de $ 2.869.08 por concepto de auxilio de cesantía; $ 2.386.86 por concepto de prima de servicios; $ 749.73 por vacaciones causadas y no disfrutadas; $ 9.086.82 por salarios correspondientes al término que faltaba para vencerse el contrato de trabajo; $ 36.605.25 por "salarios caídos", a razón de $ 50.49 diarios, a partir de la fecha de la demanda y hasta el día en que se haga el pago total de las prestaciones sociales, y costas del juicio.

Según las voces del libelo el actor fue contratado por la Sociedad demandada el 6 de agosto de 1955, para prestarle los servicios de representante comercial, representante de ventas, jefe de cartera y cobranzas, visitador de clientes, colocador de pedidos y jefe de información. Que fecha la Sociedad demandada puso término al trabajó hasta el 29 de junio de 1957 y en esta contrato de trabajo en forma intempestiva. Que el último contrato de trabajo fijaba como término un año que terminaba el 31 de diciembre de 1957. El sueldo aceptado por la sociedad fue a base de comisión sobre ventas y el actual fluctuó entre 4 y 5%. Durante el tiempo de trabajo no le reconoció la prima de servicios, ni vacaciones remuneradas y al terminarse el contrato, la Sociedad no le pagó cesantía, prima de servicios ni vacaciones.

Se invocaron las normas legales que el demandante consideró pertinentes.

La Sociedad demandada contestó la demanda negando la existencia del contrato de trabajo, aclarando los demás hechos expuestos en el libelo y oponiéndose a todas y cada una de las peticiones.

La controversia fue decidida por el Juez Primero del Trabajo de Cali, quien absolvió a la parte demandada de todos y cada uno de los cargos formulados por el actor. Condenó en costas al demandante.

Apelada por el actor la sentencia proferida por el Juez de conocimiento terminó la segunda instancia con sentencia confirmatoria de la del *a-quo*, y condenó en costas al demandante.

El fallo del Tribunal, después de analizar los elementos constitutivos del contrato de trabajo a la luz de los artículos 22, 23 y 98 del C. S. T. citando respecto a lo que prescribe esta última

disposición sobre representantes, agentes vendedores y agentes viajeros, y jurisprudencia de la Corte que considera pertinente, se expresa así:

"El mandatario goza de libertad para el desempeño del mandato, siempre y cuando siga las instrucciones dadas por el mandante para el buen desempeño de sus gestiones.

"En el expediente aparece la carta contrato que le dirigió la empresa al actor con el objeto de fijarle las condiciones para la colocación de pedidos de los productos fabricados por ella. En dicha carta se le nombra como representante exclusivo en el Departamento del Valle y en la ciudad de Cali, también. Se le dice que no debe aceptar ninguna otra representación que se relacione con ropa interior o calcetines de hombre y en general con cualquier otro producto similar a los producidos por Textiles Modernos. Claramente se ve en estas condiciones que dejaban al representante o viajero, en libertad para representar a otras casas, siempre y cuando esos productos fueran diferentes a los del demandado.—Es una condición lógica, que impone cualquier empresa, a sus representantes, pues sería absurdo desde el punto de vista comercial, que el representante de unos determinados productos pudiera representar otros que le hagan competencia.

"En las relaciones comerciales, y más que todo en la llamada representación, el representante no solamente se encarga de gestionar la colocación de pedidos para los productos representados, sino también, gestiona la pronta cancelación de las cuentas pendientes a consecuencia de tales pedidos.

"Para abundar aún más en razones de carácter comercial, la empresa productora del artículo se reserva generalmente el derecho de abastecer directamente a determinados establecimientos comerciales con sus productos. De acuerdo con lo anteriormente estudiado, es de concluír que desaparece el elemento determinante de la subordinación y se perfila claramente la existencia de un contrato que no tiene las características del laboral.

"Ahora bien, de acuerdo con la disposición del artículo 98 del C. S. del Trabajo, sobre la existencia del contrato de trabajo con los agentes viajeros, se exige que para que exista la relación laboral es necesario que "se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión". En el expediente hay constancia dentro de la correspondencia, que el señor Múnero tenía un agente para que colaborara con él en la obtención de pedidos para la firma demandada. Falta, pues, un elemento sin el cual desaparece la relación laboral alegada por el actor, ya que toda la labor del agente viajero o representante debe ser desarrollada personalmente por él. El mismo artículo arriba citado exige también, 'y no constituyan por sí mismos una empresa comercial'; demostrado está, por la declaración que obra en el expediente del señor Aristóbulo Rueda, viajero que fue del señor Hernando Múnera Angel, en esta época, que éste trabajaba no solamente para Textiles Modernos, sino también para Chans y Portillo, Fábrica de Sombreros.—Con los membretes de las cartas que aparecen en el expediente, y con el certificado de la Cámara de Comercio se demuestra que el actor constituía, en vez de una relación laboral, un mandato comercial que se rige por los artículos 331 y ss. del Código del Comercio. Según lo demostrado en el expediente, faltan las tres condiciones esenciales para determinar claramente la relación laboral existente entre el señor Hernando Múnera Angel y la empresa Textiles Modernos S. A., éstas son: subordinación o dependencia; que la profesión sea ejercida personalmente y que no sea una empresa comercial.

"Sin estas tres condiciones arriba enumeradas no aparece claramente estructurado el contrato de trabajo".

En este recurso de casación se persigue la quiebra total de la sentencia del *ad-quem*, para que la Corte, procediendo como Tribunal de instancia, revoque la de primer grado y en su lugar dicte la que corresponda de acuerdo con las peticiones de la demanda principal.

Alega el recurrente la causal primera de casación y con fundamento en ella formula dos cargos.

El primero dice: "La sentencia materia de la impugnación violó directamente, por falta de aplicación, y en consecuencia dejaron de aplicarse a la controversia siendo de absoluta pertinencia las siguientes normas constitucionales: artículo 26 de la Constitución Nacional, artículo 9º del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículo 10º del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículo 11 del Acto Legislativo de 1936, artículo 17 del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículos 1º, 5º, 9º, 10, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 37, 43, 54, 55, 61, 64, 65, 98, 194, 196, 186, 189, 249, 253, 306,

del C. S. T., artículo 1º de la Ley 48 de 1946 (representantes, agentes viajeros, vendedores). Artículo 1º del Decreto Ejecutivo número 002332 de 1947 (que reglamentó la Ley 48 de 1946), artículos 1765, 1769, 1740, 1741, 1494, 1495, 1498, 1501, 1524, 1602, 1603, 1618, 1619, 1920, 1621, 1622 del C. C., artículo 15 de la Ley 95 de 1890, artículos 31, 33, 51, 74, 79 del C. P. L.; artículos 194, 204, 472, 593, 597, 603, 607, 609, 696, 702, 704 del C. J.".

Para desarrollar este cargo el impugnante se expresa de la siguiente manera: "El fallador de segunda instancia concretó la violación de la ley sustantiva del trabajo y de las otras disposiciones que se han citado en el cuerpo del primer cargo, por la comisión de evidentes errores de hecho, y a ello llegó por errada apreciación de determinados elementos de juicio y por falta de apreciación de otros elementos probatorios del mismo juicio". Y continúa: "Los errores de hecho son éstos: dar por demostrado o establecido, sin existir legalmente, un contrato de mandato comercial entre las partes militantes en el juicio; no dar por demostrado y establecido, existiendo legalmente a la luz de las disposiciones legales pertinentes, contrato de trabajo entre los señores Hernán Múnera Angel, como trabajador, y los señores Textiles Modernos S. A., como empresarios, disponiendo en la sentencia de segunda instancia el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales a favor del primero que se originan en el mismo contrato, son objeto del libelo de demanda y se concretan en la confesión del representante de la Sociedad demandada al dar evasión a la contestación de la citada pieza procesal. A los dos errores fundamentales destacados anteriormente llegó el fallador de la segunda instancia, debido a lo siguiente: a la mala apreciación de pruebas y a haber dejado de apreciar elementos probatorios del juicio. La mala apreciación de pruebas ha consistido de parte del fallador de segunda instancia, en que se ha limitado a extraer de los autos aquellas emanadas por petición de la parte demandada en forma exclusiva, y ni siquiera las pruebas de esta misma parte en su totalidad, sino únicamente aquellas que llegaron a los autos por vía y por procedimientos que establecen un error de derecho que es estudio de desarrollo posterior en el presente recurso. Dejó el sentenciador de segunda instancia de considerar el acervo de pruebas necesarias a la formación del criterio jurídico preciso al negocio, y esa mala apreciación lo llevó a los dos errores de hecho antes descartados. En efecto, el sentenciador, después de hacer un estudio de los artículos 22, 23 y 98 del C. S. T., para descartarlos en su aplicación al negocio materia del juicio y dictar su fallo con fundamento en los artículos 331 y ss. del C. de Co., estima los siguientes y especiales elementos de prueba: a) La carta-contrato de fecha 6 de agosto de 1955 —acerca de la cual dice el recurrente— que "no es otra cosa que un contrato de trabajo, por sus términos, condiciones, limitaciones y obligaciones inherentes conforme al artículo 23 del C. S. T." y que "no puede entender cómo hizo el Tribunal Superior de Cali (Sala Laboral) en la sentencia recurrida para darle un alcance distinto a ella y cómo hizo para desconocer el contrato de trabajo que contempla y consigna sin la menor duda. Así las cosas ha habido mala apreciación del documento aludido". b) La declaración del señor Aristóbulo Rueda, es otra de las pruebas mal estimadas por el fallador de instancia, porque, además de ser único y solo en su deposición, su testimonio es incierto, impreciso y vago en todas sus partes". Acerca de esta prueba comenta: "Si es verdad que el Tribunal es soberano en la apreciación de pruebas y más en materia laboral, también lo es que la libertad de apreciación no llega hasta el extremo de aceptar algo que no se configura o concreta como verdadera prueba, pues para confirmar lo dicho por el testigo referido, sería necesario por lo menos otro testimonio. Dado lo anterior el fallador de instancia apreció mal, por el aspecto personal y legal, la declaración cuestionada". c) El certificado de la Cámara de Comercio de Cali, que es materia del comentario por parte del fallador de la segunda instancia. está diciendo precisamente que el señor Múnera Angel se dedicaba precisamente a las actividades propias de las representaciones, agentes vendedores y viajeros en un lapso de tiempo que no abarca todo aquel en que cumplió sus funciones el mismo para los señores Industrias Textiles Modernos S. A. y en las condiciones por ellos impuestas. Pasa en seguida el recurrente a hacer un comentario al "papel membreteado de Múnera Angel" y afirma: "Dice el sentenciador que el papel membreteado de Múnera Angel, utilizado en las cartas cruzadas con la empresa, son una prueba más que demuestran el contrato de mandato comercial. Olvida el juzgador que es apenas normal que las personas más o menos organizadas y que cumplen funciones propias de la Sociedad actual, tienen pleno derecho para usar en papeles, documentos u otros medios de comunicación epistolar sus nombres,

sus apellidos y cualquier otra distinción especial, sin vulnerar derechos de otros". Y concluye así: "Hubo en consecuencia también por parte del juzgador y falladór de la segunda instancia por lo menos una apreciación a la ligera de los documentos en cuestión".

Como pruebas dejadas de apreciar por parte del Tribunal señala las siguientes: "La contestación de la demanda, las declaraciones de Elías Gallegos (f. 55), Nayib Chuaire (f. 55 v.) y Ana Gallegos (f. 66), la carta de despido o terminación del contrato de fecha 29 de junio de 1957, la carta del folio 15, número 404, la carta 1776, folio 14, y la carta de 13 de marzo de 1957".—"Si el fallador de la segunda instancia hubiera estimado y considerado los elementos de juicio anteriormente anotados, hubiera llegado seguramente a establecer lo siguiente: tiempo de servicio y remuneración devengada (contestación de la demanda); la naturaleza del contrato, la subordinación continuada del trabajador a la empresa". Dice después que la Corte debe determinar como consecuencia del primer cargo "que no existe contrato de mandato mercantil y que existió un verdadero contrato de trabajo, con las consecuencias, prestaciones y derechos sociales para Múnera Angel, reconocidos en la legislación colombiana".

El error de derecho lo hace consistir el recurrente "en que el fallador de segunda instancia tuvo en consideración en la providencia o sentencia materia de la impugnación, elementos del juicio que no autoriza la ley, debido a que no están revestidos de las solemnidades del caso y también porque dejó de apreciar los medios de prueba de la parte demandante aducidos al juicio con las formalidades legales y que destaqué al concretar el cargo primero por errores de hecho". Al efecto indica: "La fecha del traslado de la demanda, la fecha de su contestación por el propio gerente de la Sociedad demandada, en que solicita la práctica de pruebas y nombra apoderado; la designación de apoderado después de haberse vencido el término legal del traslado y la petición de pruebas". Alega que debiendo contestar la Sociedad la demanda por medio de abogado titulado e inscrito, ella tiene el alcance de una confesión judicial únicamente y que las pruebas no podían ser decretadas por el señor juez *a-quo* porque fueron solicitadas por persona que no tiene capacidad para litigar ni en causa propia ni ajena y menos en la que figura una persona jurídica como lo es la demandada".

"No puede sostenerse o alegarse entonces que la ratificación dada por el apoderado constituído con posterioridad a la oportunidad legal de los seis días del traslado, haya validado o ratificado la actuación, porque la adelantada por el señor juez *a-quo* es de nulidad absoluta, que invalida en su totalidad toda la prueba solicitada por la parte demandada y decretada por el funcionario en la audiencia de trámite correspondiente. Resulta entonces el error de derecho indicado. Y en el mismo incurrió el sentenciador de segunda instancia al dar valor legal a las pruebas solicitadas por la parte demandada fuera de término y dejando de apreciar las pruebas de la parte demandante, obtenidas en el juicio con todas las formalidades propias a las mismas y sin causa de nulidad absoluta".

El opositor, al refutar este primer cargo, se refiere a que la sentencia recurrida está ceñida en un todo a los hechos demostrados en las instancias y acorde con las disposiciones legales sustantivas de carácter nacional y al comentar los motivos de casación se expresa en la siguiente forma: "Por lo anteriormente dicho, no es el caso de invocar la causal primera del artículo 87 del C. P. L., que se aplica únicamente a los casos en que la decisión del *ad-quem* es violatoria de las disposiciones sustantivas del trabajo de carácter nacional; pero que desde luego no se aplica cuando la decisión se ajusta exactamente al mandato de la ley. Se estaría en presencia de esta causal si la sentencia se hubiera proferido en sentido contrario. En éste caso estaría violando la ley sustantiva laboral, porque ésta no se puede aplicar a relaciones comerciales, como las que existieron entre el recurrente y la opositora".

"El recurrente acusa la sentencia por infracción directa (aquí enumera el opositor todas las disposiciones señaladas por el impugnante que se copiaron en la formulación del cargo) y afirma: "Al sustentar el cargo el recurrente expresa: 'El fallador de segunda instancia concretó la violación de la ley sustantiva del trabajo y de las otras disposiciones que se han citado en el cuerpo del primer cargo, por la comisión de evidentes errores de hecho y a ello llegó por errada apreciación de determinados elementos de juicio y por falta de apreciación de otros elementos probatorios del mismo juicio'". A continuación el libelista se refiere a los posibles (imposibles en este caso) errores de hecho en que, según él, incurrió el sentenciador. La simple lectura del cargo, sin mayor argumentación de mi

parte, determina para la H. Sala el deber de inhibirse de su estudio, por no estar planteado de acuerdo con la técnica que regula este recurso extraordinario de casación. El recurso de casación, se ha dicho y repetido por la H. Corte Suprema de Justicia, no puede confundirse con una tercera instancia y de consiguiente los alegatos que lo sustentan han de sujetarse a rígidos preceptos de forma y de fondo, sin los cuales se hace imposible la comparación entre la sentencia impugnada y la ley sustantiva de carácter nacional, que es lo que se persigue como fin primordial en casación". Y más adelante agrega el opositor que "por olvidar el recurrente que el objeto del recurso es "unificar la jurisprudencia nacional del trabajo" se pretende que la Sala se pronuncie sobre la interpretación de la Constitución Nacional, del Código Civil, del Código Judicial y sobre todas las normas de derecho positivo. Y que ni siquiera se acomete la labor de establecer la relación existente entre la infracción de las normas de derecho común y la interpretación de las normas laborales, o mejor, su infracción directa. Esta omisión, por sí sola, determina la ineficacia del cargo".

"Se plantea el cargo —continúa diciendo el opositor— como infracción directa de la ley y, al sustentarlo, se afirma que esa infracción es consecuencia de la mala apreciación probatoria o de la falta de apreciación de algunos medios de prueba que obran dentro del juicio. La sustentación del cargo lo destruye a sí mismo". Se refiere el opositor a renglón seguido a lo que se entiende por infracción directa, conforme a la jurisprudencia de la Corte, para concluír que "cuando la violación de la ley se opera a través del examen del acervo probatorio la infracción no es directa sino indirecta y es otro error de planteamiento del recurrente que determina la desestimación del cargo". Argumenta igualmente que en el procedimiento laboral colombiano existe para los jueces de instancia la libre formación del convencimiento y la no sujeción a tarifa legal de pruebas y al efecto cita lo dicho en sentencia de 27 de abril de 1959 por el Tribunal Supremo del Trabajo que reza al respecto: "En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que según reiterada jurisprudencia, cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas".

"Pero aceptando en gracia de discusión que el recurso estuviera bien formulado, el Tribunal de segunda instancia, al confirmar la decisión del *a-quo*, se limitó a aplicar rigurosamente el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956, que modificó el artículo 98 del C. S. T., según el cual hay contrato de trabajo con los agentes vendedores cuando se dedican personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyen por sí mismos una empresa comercial. En el caso de autos se probó hasta la saciedad que el demandante-recurrente tenía establecida en la ciudad de Cali una oficina de representaciones comerciales, que estaba inscrito en la Cámara de Comercio como agente comercial, que pagaba impuesto de industria y comercio por el negocio, y que tenía agentes vendedores a su servicio. Eso quiere decir que el señor Múnera constituía una empresa, por tener organizada una unidad de explotación económica, con trabajadores a su servicio según lo enseña el artículo 194 del C. S. T.—Entonces, por ser empresa y por no trabajar personalmente sino por medio de sus trabajadores, no podía existir un contrato de trabajo entre el recurrente y la opositora o entre el recurrente y cualquiera de los otros comerciantes por él representados".

El segundo cargo lo formula el recurrente de esta manera: "El fallador de segunda instancia, con los errores de hecho y de derecho estudiados en el primer cargo, llegó a la aplicación indebida de la ley sustantiva; pero no propiamente a las disposiciones que reconocen y aceptan los derechos y prestaciones de los trabajadores, sino a unas correspondientes al C. de Co. Terrestre, como son los artículos 331 y ss. de la citada obra".

En la sustentación del cargo dice el acusador que "el Tribunal dio por establecido el contrato de mandato comercial, teniendo presente pruebas sin valor legal y desestimando pruebas legalmente producidas en el juicio o actuación" para imputarle al Tribunal "el olvido" de las disposiciones contenidas en los artículos 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 194 del C. S. T.". Incorpora jurisprudencias relativas a los agentes viajeros, al mandato, al arrendamiento de servicios, con citas del Título Sexto del C. de Co. y otras disposiciones del C. C. para concluír "que hubo por parte del juzgador aplicación indebida

de ley sustantiva para no considerar la existencia de un contrato de trabajo y por el contrario aceptar, aplicando los artículos 331 y ss. del C. de Co., que existe un contrato de mandato comercial violando las leyes sustantivas del trabajo".

El opositor refuta el cargo en los términos siguientes: "En primer lugar no singulariza las disposiciones de carácter laboral indebidamente apreciadas, es decir, no formula el cargo sino que se limita a invocar una norma del C. de Co., cuya interpretación jurisprudencial corresponde a organismos distintos a la Sala Laboral de la C. S. de J.—Esta deficiencia por sí sola exoneraría a la parte opositora de mayores argumentaciones. Pero vale la pena anotar que, al sustentar el cargo, el recurrente confunde el error de derecho con los errores de procedimiento que son muy distintos y que no son alegables ni discutibles en casación. Igualmente critica las decisiones de instancia por no sujetarse a la tarifa legal de pruebas, por olvido lamentable de la libre formación del convencimiento que informa el procedimiento laboral colombiano".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda que se estudia adolece de fallas fundamentales en cuanto a la técnica de casación, como puede observarse en la transcripción que se hizo de los cargos, tales como los formula el recurrente. Sea lo primero anotar que la demanda se asemeja más a un alegato de instancia que a un escrito sustentatorio del recurso, que está sujeto en su forma y contenido a determinadas reglas y formalidades de ineludible cumplimiento por parte del impugnador para que pueda resultar eficaz la acusación y conduzca al quebrantamiento de la sentencia que se pretende invalidar.

Primer cargo.—Ha de destacarse en este cargo que el ataque se hace por violación directa de las disposiciones constitucionales que se citan, de las de derecho común que se señalan, de las de índole laboral que se enumeran, de las que corresponden al C. P. L. y de las otras del C. de P. C. que se indican como infringidas por el sentenciador, a consecuencia de los errores de hecho evidentes y errores de derecho en que a su juicio incurrió el Tribunal, ya por apreciación equivocada de determinados elementos probatorios que obran en el proceso, ya por falta de apreciación de otros, en cuya virtud, según el recurrente, el fallador dio por demostrado el contrato de mandato comercial que existió entre las partes y no el de trabajo que, a juicio del demandante, fue el que se celebró entre ellas. Al desarrollar el primer cargo el recurrente se refiere a las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar por el sentenciador para tratar de demostrar con éstas los errores que le imputa.

Pero, resulta que si para comprobar la violación de la ley que por error de hecho le atribuye al fallador, es necesario acudir al examen de las pruebas, ya no se está dentro del ámbito de la infracción directa, sino que se trataría de una modalidad distinta y no precisamente la escogida por el impugnante, puesto que, como lo ha dicho la Corte de manera reiterada, el planteamiento de una violación por vía directa no puede hacerse a través del análisis de cuestiones probatorias tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de apreciar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad diferente.

Además, no puede olvidarse que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal *sobre prueba* (se subraya) que lleva a la infracción de una norma sustantiva en la cual el derecho que se reclama está consagrado. El recurrente no demuestra el error de derecho en la forma que lo exige el art. 87 del C. P. L. en concordancia con la parte final del inciso primero del artículo 61 del mismo Código. El entendimiento de ambas disposiciones está vinculado al aspecto de determinadas solemnidades exigidas por la ley, en los casos en que ella misma reclama requisitos que deban llenarse para que el acto sea válido. El impugnador se refiere a dicho error de modo general, sin precisar exactamente la *prueba* que a su manera de ver no reviste la solemnidad requerida para la validez del acto. Por otra parte, el error en la apreciación de una misma prueba no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho, como se deduce del planteamiento que hace el recurrente en el texto de su escrito. Ahora bien: si del acervo probatorio que obra en el proceso, el sentenciador prefirió algunas de las piezas para formar su convicción y entre las testimoniales aducidas le dio mayor validez a una de ellas, como sucede en el caso de autos con la declaración de Aristóbulo Rueda, no resulta justificada la acusación del fallo, pues si tiene facultad para escoger, mal puede haber incurrido en error de hecho por haber preferido la que según él ofrecía mayor credibilidad en cuanto a los hechos afirmados; y más aún teniendo en cuenta la libertad de que

goza el juez para apreciar las pruebas que han de determinar su convencimiento sobre la materia discutida en el juicio. En relación con las irregularidades procedimentales que anota el recurrente, sabido es que ellas no son alegables en casación sino en las instancias.

Las deficiencias técnicas de que adolece la formulación de este cargo y las observaciones hechas por la Sala respecto de los errores imputados al fallador, son suficientes para desestimarlo y por tanto no prospera.

Segundo cargo.—El recurrente impugna la sentencia por aplicación indebida del artículo 331 y ss. del C. de Co. por cuanto el vínculo que ligaba a las partes era de carácter laboral y no de índole comercial, llegando así a la violación de las normas que cita.

Se remite en la acusación a los "errores de hecho y de derecho" que le atribuye al fallador en el primer cargo, en el cual, según él, incurrió el Tribunal "por equivocada apreciación de las pruebas o falta de estimación de algunas de ellas y porque tuvo en consideración en la providencia, elementos del juicio que no autoriza la ley debido a que no están revestidos de las solemnidades del caso y porque dejó de apreciar los medios de prueba del demandante aducidos al juicio con las formalidades legales".

Pero ocurre que el impugnante en este segundo enfoque de la acusación de la sentencia no singulariza los elementos probatorios y se limita a remitir el ataque que aquí formula a los errores que a su manera de ver cometió el *adquem* al decidir la litis, aduciendo los mismos argumentos que presentó para hacer el primer cargo, haciéndolos consistir en idénticas causas que, según él, originaron la violación.

Como los errores de hecho y de derecho que le imputa al sentenciador ya fueron materia de estudio por parte de la Sala al considerar el cargo anterior, las razones allí expuestas son igualmente valederas para que éste, tal como está formulado, no contenga la eficacia necesaria para llegar a quebrar la sentencia proferida por el Tribunal. En tal virtud el cargo no prospera.

Por lo anteriormente dicho, 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 el fallo materia del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Deficiencias técnicas de casación en la elaboración de la demanda, por no aparecer en el proceso cumplidas las formalidades que el recurrente anota en su escrito de impugnación.—La verificación o el conteo de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda solo puede realizarlas el juez por los medios de prueba establecidos y determinados por la ley, lo mismo que el sistema para valorarlos.—Sólo puede llegar hasta donde la norma procesal lo indica.

La verificación o el control de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda, sólo puede realizarlas el Juez por los medios de prueba establecidos en la ley, ya que éstos no son creación de las partes, sino que los establece y determina aquella lo mismo que el sistema para valorarlos. La libertad de que goza el juzgador para formar su convicción no puede llegar hasta el extremo de que él pueda acudir a instrumentos o piezas que no han sido allegadas al juicio legalmente, es decir, por los medios y en la oportunidad que la misma norma procesal indica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

GUILLERMO OMAR HURTADO CORTES, por medio de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral contra la CERVECERIA ANDINA S. A. para que se le condenara a pagar indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, prima de servicios, cesantía, indemnización moratoria, salarios dejados de recibir, auxilio de invalidez y costas.

Como hechos, relacionó los siguientes:

"Mi representado el señor Guillermo Omar Hurtado Cortés, trabajó mediante contrato de trabajo escrito en la Empresa Cervecería Andina S. A., desde el 7 de marzo de 1961 hasta el 14 de junio de 1962, que fue despedido de la Empresa;

Mi patrocinado devengó como último salario a razón de $ 31.02;

El demandado está debiendo a Guillermo Omar Hurtado Cortés la cesantía correspondiente al tiempo de servicio;

La Cervecería Andina S. A. aún está debiendo a mi poderdante la prima de servicio correspondiente al semestre del año de 1962;

El patrono rompió unilateralmente y en forma intempestiva el contrato de trabajo sin pagarle indemnización alguna al demandante, el día 13 de junio de 1962;

El día 13 de junio de 1962 se hallaba incapacitado el señor Guillermo Omar Hurtado Cortés por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, según constancia de la historia clínica;

A partir del 7 de marzo de 1962 a mi patrocinado, por disposición del Jefe de Personal, se le removió del cargo de Agente Vendedor, por el de Cajero de la Central del Sur con una remuneración de $ 550.00 mensuales, violando el contrato de trabajo firmado por mi apoderado (sic);

Con fecha 13 de junio de 1962 se pasó un aviso para dar por terminado el contrato de trabajo, violando el artículo 48 del C. S. T. por no haber cancelado previamente todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones;

Según oficio del señor Médico Director de Riesgos Profesionales del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, mi patrocinado padece de una enfermedad que tiene un tratamiento indefinido, la incapacidad fue dada desde el día 13 de junio de 1962 hasta el día 9 de agosto de 1962;

El señor Guillermo Omar Hurtado Cortés se encontraba en perfecta salud el día 7 de mar-

zo de 1961 cuando firmó el contrato de trabajo".

La parte demandada contestó el libelo manifestando que ninguna de las peticiones era procedente, negó los hechos y se remitió a lo que se probara en el juicio.

El Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá decidió la litis así: "1º Condénase a la Sociedad Cervecería Andina S. A. a pagar en favor del señor Guillermo Omar Hurtado Cortés, en su condición de extrabajador, las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos: Cesantía, $ 1.157.00; prima semestral, $ 456.37; auxilio de invalidez, $ 3.651.00; Salarios caídos. $ 1.278.06. 2º Declárase probada la excepción de pago a favor de la parte demandada hasta por la cantidad de $ 2.863.70; dedúzcase esta suma del monto de las condenas. 3º Absuélvese a la demandada de las demás peticiones formuladas en el libelo. 4º Costas a cargo de la parte demandada en un 60%".

Apelada la sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió el recurso de la siguiente manera: "Modifícase el fallo apelado, el cual quedará así: 1º—Condénase a la Sociedad Cervecería Andina S. A. a pagar al señor Guillermo Omar Hurtado Cortés las siguientes sumas de dinero: $ 1.158.64 por cesantía, $ 410.61 por prima de servicios, $ 3.651.00 por auxilio de invalidez, $ 2.495.26 por lucro cesante, $ 1.430.21 por indemnización moratoria. 2º—Declárase probada la excepción de pago hasta por la suma de $ 2.863.70. Dedúzcase esta cantidad de las condenas anteriormente relacionadas. 3º—Absuélvese a la entidad demandada de los restantes cargos formulados en su contra. 4º—Costas de primera instancia a cargo de la Sociedad demandada en un 85%. 5º—Sin costas en esta segunda instancia".

Interpuesto y concedido el recurso de casación por ambas partes, ha llegado el negocio a la Corte, en donde tramitado legalmente pasa a decidirse, mediante el estudio de las respectivas demandas.

La parte demandada aspira a que esta Sala "case totalmente la providencia impugnada para que, en su lugar, actuando como *ad-quem*, revoque la del *a-quo* y absuelva a la Cervecería Andina S. A. de todas las súplicas del libelo originario de la litis".

Para tales efectos invoca la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, por ser la decisión violatoria de ley sustantiva.

Formula un solo cargo así: "Por aplicación indebida, la sentencia recurrida infringió los artículos 64, 306, 249, 253, 278 y 65 del C. S. T.— Esta infracción se produjo como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el *ad-quem* al dar por acreditado un salario de $ 30.43 diarios sin que aparezca en el expediente prueba idónea sobre él ni sobre ninguno otro".

En el desarrollo del cargo el recurrente razona en esta forma, refiriéndose a la sentencia: "En efecto, acerca de este punto dijo: 'El salario devengado por el trabajador fue de $ 30.43 diarios, según se desprende de la documental de folio 78' y acontece que esta documental no fue decretada como prueba ni a solicitud de parte ni de oficio; el actor no la relacionó en su demanda (folios 2 a 6 del cuaderno principal), por lo cual el decreto pertinente (folios 44 a 45 ibidem) no la podía aludir ni contener; cuando se llevó al juicio se hizo 'por vía puramente informativa', según palabras textuales del apoderado del demandante (folio 79 ibidem); el Juez del conocimiento la ordenó agregar a los autos 'sin que ello implique un nuevo decreto de pruebas' (folio 80 ibidem); con posterioridad por ninguna parte aparece que este funcionario lo hubiera tenido de oficio como prueba; tampoco la tuvo como prueba el Tribunal ni de oficio ni a solicitud de parte; por último no existe ninguna prueba legalmente asumida referente al salario devengado por el actor".

Se considera:

El sentenciador de segundo grado dice lo siguiente: "Existencia del contrato de trabajo.— Con los documentales de folios 7, 9, 10, 91 y ss. y las copias de las diligencias de pago por consignación, se establece que el demandante Guillermo Omar Hurtado Cortés prestó sus servicios a la Sociedad demandada desde el 7 de marzo de 1961 hasta el 13 de junio de 1962, fecha esta última en que el patrono dio por terminada la relación laboral, de conformidad con la nota de despido de folio 10. El salario devengado por el extrabajador fue de $ 30.43 diarios, según se desprende de la documental de folio 78. Sentado lo anterior, se estudian las súplicas de la demanda...".

Se estudia el cargo: El recurrente demandado, como se ha visto en la transcripción del desarrollo que hace para fundamentar las acusación de la sentencia, sostiene que la pieza que obra a folio 78 del expediente (que le sirve al

sentenciador para determinar la cuantía del salario) no fue relacionada en la demanda como prueba de la cual se iba a valer el actor para demostrar la cuantía de la remuneración, ni incluída en el decreto de pruebas, sino que el juez ordenó agregar aquella documental a los autos sin darle el carácter de prueba y que por último no existe ninguna prueba legalmente asumida referente al salario devengado por el demandante.

Evidentemente, en el proceso no aparecen cumplidas las formalidades que el recurrente demandado anota en su escrito de impugnación. A folio 79 del informativo consta que el apoderado del actor allegó al expediente "por vía puramente informativa" la carta que Cervecería Andina S. A. dirigió a Guillermo Omar Hurtado C. y que es la misma pieza que obra a folio 78.

La Ley de procedimiento determina claramente el momento en que pueden incorporarse al juicio los instrumentos que han de servir de prueba para acreditar las afirmaciones hechas por quien pretende el reconocimiento de sus derechos dentro del proceso.

Por otra parte, la verificación o el control de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda, sólo puede realizarlas el juez por los medios de prueba establecidos en la ley, ya que éstos no son creación de las partes, sino que los establece y determina aquella lo mismo que el sistema para valorarlos. La libertad de que goza el juzgador para formar su convicción no puede llegar hasta el extremo de que él pueda acudir a instrumentos o piezas que no han sido allegadas al juicio legalmente, es decir, por los medios y en la oportunidad que la misma norma procesal indica.

Como se ha anotado antes, la documental del folio 78, según aparece de autos, no fue aportada legalmente y sin embargo el sentenciador la consideró como pieza eficaz para demostrar el salario devengado por el trabajador, por lo cual incurrió en manifiesto error de hecho al tomar como cuantía del salario la suma de $ 30.43 y por consiguiente infringió por este aspecto las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente aplicándolas indebidamente para fijar el monto de las condenas.

Por las consideraciones que anteceden el cargo ha de prosperar y por consiguiente la sentencia habrá de casarse.

La parte demandante-recurrente aspira a que se case la sentencia y para tales efectos señala como motivos de casación el de que ella "es violatoria de ley sustantiva laboral" y formula la acusación así:

"Capítulo primero. a) Por aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 616 de 1954, ya que el juzgador presumió, sin fundamento la existencia contractual de la cláusula de reserva en la relación laboral existente entre Cervecería Andina S. A. y Guillermo O. Hurtado Cortés.

Capítulo segundo. b) Por interpretación o apreciación errónea de los artículos 1º, 19, 55 y 65 del C. S. T. y artículos 1604 y 2341 del C. C., ya que restringió el alcance del artículo 65 del C. S. T. engañado por la apariencia de derecho que generaba la consignación arbitraria hecha de mala fe por Cervecería Andina S. A. de una suma de dinero que se quiso hacer aparecer por dicha empresa empleadora como lo que confesaba deber al trabajador Guillermo O. Hurtado Cortés y que como arriba lo expresé sólo tenía por fin atajar de cualquiera manera la causación indefinida de los salarios caídos. Mala fe que ha seguido apareciendo ostensiblemente a lo largo del proceso con la interposición de recursos dilatorios, todo encaminado a hacer más y más gravosa la situación de la parte débil en la relación laboral y a dilatar y "mejor demorar" legalmente la acción de la justicia".

Se estudia el cargo:

Se acusa la sentencia por aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 (reformatorio del artículo 48 del C. S. T.) por haber presumido el fallador la cláusula de reserva en la relación laboral existente entre las partes. Según el contenido de lo que el recurrente denomina "capítulo primero" del cargo, no se indica la clase de error que hubiera cometido el sentenciador; pero entendiendo su texto como un posible error de hecho mediante el cual se produjera la violación legal por aplicación indebida de la norma que se cita en él, no se hace referencia alguna a las disposiciones de derecho material que como consecuencia de la indebida aplicación del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 hubieran resultado infringidas y por tanto desconocidos los créditos reclamados. Tal circunstancia lleva a la conclusión de que por estar incompleto el cargo, su formulación carezca de eficacia para quebrar la sentencia.

En relación con el llamado "capítulo segundo" de la impugnación, por "interpretación o apreciación errónea" de las normas allí invoca-

das, se observa que tanto el texto transcrito como en la argumentación que presenta para sustentar el cargo, vincula éste al aspecto probatorio del proceso, como son el documento de consignación y la mala fe, lo cual no cabe dentro del motivo escogido para atacar el fallo; a más de que en el pasaje pertinente de la sentencia no se aprecia que el Tribunal hubiera desviado el recto entendimiento del artículo 65 del C. S. T., pues precisamente por entenderlo correctamente se produjo la condena hecha por la mora en el pago de lo debido, según el demandante.

El cargo no prospera.

Consideraciones de instancia.

Como la acusación de la sentencia por la parte demandada se funda exclusivamente en el evidente error de hecho en que incurrió el *ad-quem* al dar por establecido un salario promedio de $ 30.43 diarios, sin estarlo mediante prueba idónea, la misma acusación dejó incólumes los demás fundamentos de hecho, distintos de la cuantía de tal salario, en que se basan las condenaciones sobre cesantía (artículos 249 y 253 del C. S. T.), auxilio de invalidez (artículo 278), prima de servicios (artículo 306), indemnización del lucro cesante (artículo 64) e indemnización moratoria (artículo 65). Por lo tanto, habiendo prosperado el ataque de la empresa pero solamente con el alcance limitado que se indica, quedan en pie: la duración del contrato desde el 7 de marzo de 1961 hasta el 13 de junio de 1962; la invalidez permanente parcial del actor, de origen no profesional, y la graduación del respectivo auxilio equivalente a cuatro meses de salario; el despido ilegal del trabajador y, finalmente, la mora de la empresa en el pago de la prima de servicios correspondiente a 1952 y de la cesantía, entre la fecha del despido y la consignación judicial (30 de julio de 1962), sin motivo razonable que la explique. En consecuencia, la prosperidad del aludido recurso no conduce al desconocimiento del derecho de Guillermo Hurtado Cortés a las prestaciones e indemnizaciones decretadas (salvo que se haya extinguido) sino a una nueva liquidación de sus cuantías, con base en el salario que resulte de autos o, a falta de toda prueba, en el mínimo legal. Pues la Corte ha censurado reiteradamente la conducta de algunos falladores que, no obstante admitir la existencia de una relación laboral y las prestaciones consiguientes, absolvían a los patronos so pretexto de no hallar acreditado el monto del salario; pero, además, la norma positiva refrendó aquella jurisprudencia al ordenar: "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" (Ley 187 de 1959, art. 4º).

Obran en el proceso, entre los documentos enunciados y producidos oportunamente, las copias de la consignación judicial de $ 2.863.70, hecha por Cervecería Andina S. A. a favor de Hurtado, "con destino al pago de las acreencias laborales" del mismo (f. 71) y el original de la carta de despido (f. 10), en donde se le dice:

"Sírvase pasar por la oficina de personal de la empresa... para pagarle el valor del preaviso y demás prestaciones a que tenga derecho".

Como la Cervecería discutió en el juicio la invalidez indemnizable de su ex-trabajador, las prestaciones a que se refieren la carta de despido y la consignación judicial no pudieron ser otras que la cesantía por un año 3 meses y 8 días (464 días) y la prima de servicios por 5 meses y 13 días (164 días). El monto de "las acreencias laborales" confesadas por la empresa al consignar los $ 2.863.70, corresponde por lo tanto "al valor del preaviso" y al de las mencionadas prestaciones y no a otros factores adicionales (v.gr. salarios, vacaciones, etc.) porque no los menciona la carta de despido, ni acompañó la empresa la liquidación que pudiera demostrarlos, a pesar de haberla anunciado (f. 19, letra c).

Ahora bien: conocido que la cesantía por un año equivale al salario de 30 días, a la de 464 días corresponderá necesariamente el de 38.13; y si la prima de servicios de un año equivale al salario de 30 días, la de 164 días será el de 13.47. Las prestaciones consignadas valen, pues, 51.6 días de salario, y el preaviso 45 días.

Dividiendo $ 2.863.70 por 96.6 se obtiene un promedio diario de $ 29.64. Ante esta confesión no puede estimarse que falta la prueba del último salario, para ordenar su fijación pericial conforme a la Ley 187 de 1959; pues en el evento de que el estipulado o devengado hubiere sido mayor, no aparece acreditado en el proceso por la parte a quien correspondía desvirtuar el así confesado por la empresa.

De otro lado, por virtud del mismo razonamiento anterior es forzoso aceptar que la consignación judicial extinguió por pago (consta que su valor fue retirado por Hurtado) la deuda por

cesantía y prima de servicios, y así habrá de declararse.

Finalmente, establecido el pago de 45 días por concepto de un preaviso no causado, deben descontarse esos días del tiempo faltante para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato (85 días) y liquidarse la indemnización del lucro cesante sobre 40 días.

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 en cuanto, por sus ordinales 1º y 2º hace determinadas condenas contra la Sociedad demandada y declara probada una excepción, y en función de instancia, reforma los ordinales 1º y 2º del fallo de primera instancia, los cuales quedarán así:

PRIMERO: Condénase a la Sociedad Cervecería Andina S. A. a pagar a Guillermo Hurtado Cortés, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las siguientes sumas de dinero: Tres mil quinientos cincuenta y seis pesos con ochenta centavos ($ 3.556.80) por auxilio de invalidez; un mil ciento ochenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 1.185.60) por indemnización del lucro cesante, y un mil trescientos sesenta y tres pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 1.363.44) por indemnización moratoria.

SEGUNDO: Declárase extinguida por pago la deuda de la misma Sociedad en favor del mencionado Guillermo Omar Hurtado Cortés, por cesantía y prima de servicios, y en consecuencia se la absuelve por esos conceptos.

No la casa en lo demás.

Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandada, en un sesenta por ciento. Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PAGO SOLIDARIO POR INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR RUPTURA ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

La solidaridad legal en beneficio del trabajador.—Personería sustantiva o adjetiva.—Controversia relativa a la prueba de la personería de la parte demandada, y sus efectos procesales.—Alcance en casación de la inobservancia de las formalidades previstas para el perfeccionamiento de una sociedad.—Indemnización moratoria.—Alcance del art. 65 del C.S. del T. referido al punto de la buena fé del patrono.

1.—La solidaridad legal que establece el art. 36 del C.S.T., es un principio que solo afecta las relaciones de las sociedades de personas y sus miembros y de éstos entre sí, en la forma en que indica el precepto, respecto de los derechos y prestaciones emanados del contrato de trabajo, todo en beneficio del trabajador. También consagra esa norma la solidaridad entre los condueños o comuneros de una misma empresa, mientras permanezcan en indivisión, en beneficio del trabajador.

2.—Para que se produzca la sanción prevista en el artículo 65 no se requiere, que se demuestre mala fé del patrono en el no pago de las prestaciones debidas. La norma debe aplicarse en todos los casos en que no se ha producido el pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, no estando el patrono autorizado por la ley o por convención para retener esos valores, a menos que la conducta del patrono se justifique en la forma antes dicha, y esta justificación es lo que configura la buena fé de su proceder como causal eximente de la sanción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

AMILCAR PUENTES ANGARITA, por medio de apoderado, demandó al doctor OSCAR DUQUE PEREZ y al establecimiento comercial denominado FERRETERIA INDUSTRIAL LIMITADA, cuyo representante legal es el mismo Duque Pérez, para que se le condenase a pagarle solidariamente indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato de trabajo, los salarios correspondientes a la última quincena de servicios, el valor del auxilio de cesantía, la prima de servicios y la indemnización de perjuicios por mora en el pago de las prestaciones reclamadas.

Al fundamentar la demanda, dijo que ingresó al servicio del establecimiento comercial denominado "Ferretería Industrial, Limitada" por haberlo contratado personal y directamente el doctor Oscar Duque Pérez. Que prestó sus servicios desde el 16 de febrero de 1956 hasta el 19 de junio del mismo año, como administrador del referido establecimiento, con un salario básico de $ 350.00 mensuales más el 2% sobre las ventas brutas. Que Duque Pérez, diciéndose propietario del citado establecimiento, lo obligó a retirarse del cargo en la fecha antes indicada, y que no le ha pagado los salarios de los 19 días de junio de 1956, ni la cesantía, ni las demás prestaciones a que tiene derecho. Agrega que le inició un juicio ordinario de trabajo para obtener el pago de salarios y prestaciones insolutos, pero como el establecimiento comercial denominado Ferretería Industrial, Limitada, no tenía existencia jurídica para la época en que prestó sus servicios, el juzgado absolvió a dicho establecimiento de las peticiones de la demanda, por haberse incoado mal la acción de cobro. Que en posiciones el doctor Oscar Duque Pérez reconoció la existencia del contrato de trabajo, el salario promedio de seiscientos cincuenta pesos ($ 650.00) mensuales, el tiempo de servicio y el no pago de ninguna prestación, así como los salarios correspondientes a los días 1º a 19 de junio de 1956, que tampoco le fueron cubiertos.

En derecho invocó los artículos 22, 23, 24. 32, 33, 36, 47, 127, 57, ordinal 7º, 65, 249, 253, 306 del C. S. T. y los pertinentes del Código Procesal del Trabajo.

Surtido el traslado de rigor, la parte demandada dejó transcurrir el término correspondiente y no contestó la demanda. En la cuarta y última audiencia de trámite se apersonó al juicio por medio de apoderado y, en esa oportunidad, el mandatario judicial alegó en favor de su representado las excepciones de cosa juzgada, "ya que anteriormente fue absuelta la Ferretería Industrial, según lo dice la demanda", y la ilegitimidad de personería del demandado doctor Oscar Duque Pérez por no ser éste socio de la "Ferretería Industrial, Ltda." y no ser, por tanto, responsable de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo de Puentes con la citada empresa.

El Juez del conocimiento, que lo fue el del trabajo del Circuito de Cúcuta, desató la litis por sentencia mediante la cual declara probadas las excepciones perentorias de cosa juzgada y de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada, por lo que se refiere a la demanda contra el doctor Oscar Duque Pérez como obligado directo; absuelve a la Ferretería Industrial, Limitada y al doctor Oscar Duque Pérez de todos los cargos formulados en el libelo de demanda y condena en costas al demandante.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación contra el fallo del juzgado, que decidió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia mediante la cual "revoca el punto primero del fallo del juez *a-quo* en cuanto a la declaratoria sobre excepción perentoria de cosa juzgada y lo confirma en lo demás". Revoca el punto segundo del mismo fallo y condena "a la empresa o establecimiento comercial Ferretería Industrial, Limitada, representada por su gerente, doctor Oscar Duque Pérez, o quien haga sus veces, a pagar al señor Amílcar Puentes las siguientes sumas: "$ 220.18 por cesantía; $ 220.18 por prima de servicios; $ 23.199.12 por concepto de "salarios caídos", más "los que se produzcan hasta la fecha en que se haga el pago definitivo". Condena en costas de primera instancia a la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia.

El apoderado de Oscar Duque Pérez interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado debidamente, la Corte procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación:

Persigue se case la sentencia del Tribunal para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, absuelva "de todos los cargos de la demanda al establecimiento comercial denominado "Ferretería Industrial, Limitada" como lo hizo el Juzgado Unico Laboral de Cúcuta, en la sentencia de primer grado".

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del C. P. L. formula cuatro cargos, que se estudian en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria "por infracción directa de los artículos 36 del Código Sustantivo del Trabajo; del artículo 2083 del Código Civil; del artículo 472 del Código del Comercio y del artículo 27 del Código de Procedimiento Laboral".

Al desarrollar el cargo, dice el recurrente que el Tribunal, con apoyo en el acervo probatorio, concluye en su sentencia que el establecimiento denominado "Ferretería Industrial, Limitada" era una sociedad de hecho, perteneciente a las señoras Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón; que el mismo fallo considera que el demandado Oscar Duque Pérez no es el propietario del mencionado establecimiento comercial y que el demandante no trabajó en su beneficio, por lo cual encuentra probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de dicho demandado.

Sin embargo, agrega, la parte resolutiva del fallo "concluye desatinadamente por no haber tenido en cuenta o aplicado las disposiciones que considero violadas en este cargo, por cuanto condena al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas, no a las propietarias del establecimiento comercial Sociedad de hecho "Ferretería Industrial, Limitada", sino a "la Empresa" mencionada que no tiene existencia jurídica alguna".

Concluye de allí que el concepto de violación de las normas señaladas en el cargo consiste "en no haberlas aplicado, siendo el caso de hacerlo", porque todas ellas, particularmente el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, es-

tablece perentoriamente que los condueños o comuneros de una empresa (Ferretería Industrial, Limitada) son solidariamente responsables en el cumplimiento de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo. Que los trabajadores que hubieren contratado con ella deben dirigir la correspondiente acción contra cada uno de los socios o condueños de la Sociedad de hecho, como ha interpretado esta disposición la jurisprudencia nacional.

Que como violación de medio, la sentencia infringe el artículo 27 del C. P. L. que no aplicó el Tribunal, siendo el caso de hacerlo, puesto que la demanda debe dirigirse contra el patrono o contra su representante "que tenga facultad para comparecer en juicio". Que habiendo considerado que la "Ferretería Industrial, Limitada" es una Sociedad de hecho, cuyos condueños son la señora Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón, si hubiese aplicado la citada disposición procedimental, el fallo habría decidido que estaba probada la falta de personería sustantiva de la demandada "Ferretería Industrial, Limitada", que carece como tal de personería jurídica, o sea, que no existe la legitimación en causa de la parte demandada en este juicio.

Agrega que no se trata simplemente de la excepción dilatoria consagrada en el numeral segundo del artículo 333 del C. J., sino de la titularidad del derecho, cuestión fundamental para la estabilidad de las relaciones jurídicas en todo juicio. Termina el cargo manifestando que de acuerdo con la jurisprudencia que invoca y la claridad de las disposiciones que señala como violadas, se infiere que si se demanda una empresa que no es una Sociedad legalmente constituída y que por tanto carece de personería jurídica, se sitúa el caso dentro de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva o falta de legitimación de la parte demandada.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida del artículo 36 del C. S. T., los artículos 467, 470 del Código del Comercio, los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931; el artículo 341 del C. J. y los artículos 27 y 36 del Código de Procedimiento Laboral.

Al sustentar el cargo manifiesta que la indebida aplicación de las disposiciones citadas ocurrió a consecuencia "de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y la falta de apreciación de otras, o por haber dado por demostrado hechos que manifiestamente no han ocurrido".

Dice que el Tribunal da por demostrado legalmente el hecho de la constitución de la Sociedad Ferretería Industrial, Limitada, con pruebas consistentes en un certificado fragmentario de la Administración de Hacienda Nacional de Cúcuta que obra al fl. 15, correspondiente a los años de 1955 y 1956, en el cual figuran como socios de la Ferretería Industrial Limitada, Ilva Rueda de Alarcón y Dorothy Maé de Duque y con un certificado expedido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cúcuta que obra al folio 13. Que en esta forma y por lo que respecta a la apreciación de las anteriores pruebas, el Tribunal "incurrió en manifiesto error de derecho en la apreciación de ellas, porque de acuerdo con los artículos 467 y 470 del Código de Comercio y 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, sólo es prueba eficaz para demostrar la existencia de una Sociedad comercial y su representante legal, la escritura pública de constitución y la certificación expedida por el secretario de la respectiva Cámara de Comercio, donde se halla inscrita la Sociedad". Que como la ley exige prueba solemne en el caso de constitución de una Sociedad comercial, al atribuírle esa calidad a los certificados de los fls. 13 y 15, el Tribunal aplicó indebidamente las citadas disposiciones legales "por manifiesto error de derecho" a consecuencia de lo cual declaró no probada la excepción perentoria "de falta de personalidad sustantiva de la entidad comercial demandada Ferretería Industrial, Limitada, que no tiene existencia jurídica". Que si no hubiese sido por ese error de derecho el sentenciador hubiera declarado probada la falta de legitimación en causa de la parte demandada, propuesta antes del fallo de primera instancia.

Dice que la aplicación indebida de los artículos 27 y 36 del Código de Procedimiento Laboral y del artículo 36 del C. S. T. "obedece a los errores manifiestos de hecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de los dos certificados de los folios 13 y 15 y del libelo de demanda (folios 2 a 4), pues los representantes de la Sociedad de hecho Ferretería Industrial Limitada, no son otras personas que las propietarias del mencionado establecimiento comercial, que carece de personería jurídica como Sociedad comercial, por lo que la demanda "para llenar los requisitos de legitimación en causa de la parte demandada" ha debido dirigirse contra

las condueñas de la empresa señoras Ilva Rueda de Alarcón y Dorothy Maé de Duque.

Que el sentenciador no apreció como prueba lo afirmado por el demandante en su demanda respecto al hecho de haber iniciado un juicio de trabajo contra Ferretería Industrial, Limitada, juicio que no prosperó porque dicho establecimiento no tenía existencia jurídica para la época en que el demandante prestó sus servicios. Que con el presente juicio no han cambiado las circunstancias anotadas, porque el demandante es el mismo, la causa petendi idéntica y la parte demandada el mismo establecimiento comercial a quien el Juez del Trabajo de Cúcuta absolvió en el primer juicio por falta de personería sustantiva de la parte demandada.

Que no habiendo el demandante siquiera afirmado que la Ferretería Industrial, Limitada, era una Sociedad comercial, no puede sostenerse que la Sociedad de hecho que encontró el juzgador, se transformó en Sociedad de responsabilidad limitada con base en los certificados de los folios 13 y 15, porque ello quebranta, por aplicación indebida, los artículos 467 y 470 del Código de Comercio y 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, por manifiestos errores de hecho.

Que el sentenciador violó por no haber aplicado, siendo el caso de hacerlo, los artículos 473 y 474 del C. J. (violación de medio) porque aceptando en la misma sentencia que en otro juicio entre las mismas partes y por la misma causa, se había absuelto a la demandada, no declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el apoderado de la parte demandada. Que la falta de legitimación en causa de una de las partes en un juicio, declarada en la sentencia que se dicte, tiene las consecuencias de la cosa juzgada, tal como ocurre en el presente caso.

Tercer cargo

Acusa la sentencia de violar por interpretación errónea el artículo 65 del C. S. T., los artículos 341 y 343 del C. J. y 32 del Código de Procedimiento Laboral.

Dice que la errónea interpretación del artículo 65 del C. S. T. se advierte cuando el sentenciador condena a la sanción moratoria que sólo puede aplicarse por mala fe comprobada o por ánimo injusto o por intención temeraria del patrono que se niega a pagar. Que según jurisprudencia de la Corte, para la aplicación del mencionado artículo 65 es indispensable allegar las pruebas que establezcan la mala fe o la intención temeraria del patrono deudor.

Que el Tribunal erró igualmente al desentrañar el correcto sentido del artículo 32 del Código de procedimiento Laboral que debe entenderse en armonía con los artículos 341 y 343 del C. J., en cuanto estimó en el fallo que las excepciones perentorias sólo pueden proponerse en la contestación de la demandá o en la primera audiencia de trámite. Que si no hubiese interpretado erróneamente la norma anotada, habría declarado probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, en la misma forma y por las mismas razones que fue decretada a favor del demandado Oscar Duque Pérez. Que al demandarse a la Ferretería Industrial, Limitada, resulta más clara la excepción, porque, según el artículo 36 del C. S. T., la acción sólo puede dirigirse contra los condueños o socios y no contra un simple nombre de establecimiento comercial que no es persona natural ni jurídica y que por tanto, no puede ser sujeto de derecho ni de obligaciones, resultando de todo que no se halla demostrada la legitimación en causa de la parte demandada.

Cuarto cargo

Impugna la sentencia por aplicación indebida de los artículos 47, 64, 65 y 249 del C. S. T. y del artículo 49 del Código de Procedimiento Laboral, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

Los errores de hecho los hace consistir en dar por demostrado, sin estarlo, "la mala fe o el ánimo injusto o temerario en el pago del auxilio de cesantía" a consecuencia de lo cual aplicó en forma indebida el artículo 65 del C. S. T. al condenar a la Ferretería Industrial, Limitada, al pago de "los salarios caídos".

Al desarrollar el cargo dice que para aplicar el artículo 65 se hace necesario demostrar "la culpa como elemento integrante de la mala fe", que debe probarla quien la alega. Que se ha condenado a la Ferretería Industrial, Limitada, como demandado solidario, por considerar su actitud contraria a la lealtad personal en razón de la posición asumida por Oscar Duque al absolver las posiciones que obran a fls. 21 y 22 si se las compara con las absueltas en el presente juicio (fls. 16 a 18), en donde resulta que el ab-

solvente manifiesta no recordar los hechos que fueron confesados como ciertos en la primera diligencia. Que la forma como el doctor Oscar Duque absolvió las posiciones es la que corresponde a una conducta prudente para el absolvente que debe responder al interrogatorio desleal y suspicaz a que se le sometió y en que tuvo que responder sobre muchos hechos que no recordaba por no tener el texto de las posiciones anteriormente absueltas y sobre las cuales se le preguntaba si era cierto lo que allí había confesado. Que por la forma como el sentenciador apreció los pliegos de posiciones para deducir una conducta desleal por parte del doctor Oscar Duque, se advierte el error manifiesto de hecho, si se tiene en cuenta que en la misma sentencia se reconoce que Duque facilitó durante el juicio los Libros de Contabilidad que fueron objeto de inspección ocular, cuando hubiera podido negarlos, en cuyo caso no se hubieran encontrado las pruebas fundamentales que el juzgador tuvo en cuenta. Que en el proceso no existe siquiera indicio de que pueda demostrar deslealtad procesal de la parte demandada, pues por el contrario ésta asumió una actitud pasiva, porque no contestó la demanda, ni pidió la práctica de pruebas a su favor, facilitó la inspección ocular sobre los libros de contabilidad, y Duque Pérez absolvió dos pliegos de posiciones sin estar obligado a ello y "únicamente ejerció la función exceptiva por motivos perentorios, como la falta de legitimación en causa y la excepción perentoria de cosa juzgada con fundamento en las mismas pruebas pedidas por la parte demandante".

Que el sentenciador dio por demostrado, sin estarlo, que el único demandado solidario que aparece condenado en el juicio, Ferretería Industrial, Limitada, era una Sociedad de responsabilidad limitada, debidamente constituída con fecha posterior a aquella en que el demandante afirma que prestó sus servicios a dicho establecimiento, "cometiendo el error de hecho manifiesto, de considerar demostrada la justificación en causa de una persona jurídica o moral, sin estarlo". En consecuencia, estimó que Oscar Duque Pérez era el representante legal de esa imaginaria Sociedad comercial por lo cual aplicó indebidamente las disposiciones señaladas en el cargo.

Como pruebas no apreciadas por el Tribunal y con las cuales "demuestra ausencia de mala fe por parte de Oscar Duque como supuesto representante de la Sociedad de hecho condenada en este juicio", señala las siguientes:

La demanda que obra de folios 1 a 4, principalmente la manifestación del demandante de que el establecimiento comercial Ferretería Industrial no tenía personería jurídica en la época en que prestó sus servicios, por lo cual se le absolvió en otro juicio; el ordinal d) de la petición de pruebas; los certificados de fls. 13 y 15 y la constancia que obra en la copia de las posiciones absueltas por Oscar Duque el 22 de febrero de 1957, para indicar que proceden "del juicio seguido por Amílcar Puentes contra Ferretería Industrial Limitada en demanda de prestaciones, salarios caídos, etc., en cuantía mayor de $ 2.000.00".

Que de esas pruebas no apreciadas por el Tribunal se demuestra que con anterioridad al presente juicio existió otro del mismo demandante Amílcar Puentes, con igual causa petendi y contra el mismo establecimiento comercial "Ferretería Industrial Limitada" y en el cual se dio como representante legal, sin serlo, al doctor Oscar Duque. Que en ese primer juicio se absolvió a la empresa demandada por falta de legitimación en causa, por no existir la Sociedad de responsabilidad limitada "presumida por el legislador" y por tanto "la fuerza de la cosa juzgada ampara a la parte demandada".

Dice que habiéndose absuelto a Oscar Duque y no habiendo recurrido en casación el demandante sino únicamente la parte demandada, es evidente la buena fe de la Ferretería Industrial, Limitada, pues su conducta está amparada por el fallo absolutorio a su favor, proferido en el primer juicio de que ya se habló.

Agrega que el sentenciador dejó de aplicar, siendo el caso de hacerlo, los artículos 47 y 64 del C. S. T., porque habiendo encontrado probado, según los considerandos del fallo, que Puentes entró el 16 de febrero y trabajó hasta el 19 de junio de 1956 en la Ferretería Industrial, Limitada y que su retiro fue voluntario, no consideró que el demandante fue quien produjo la ruptura unilateral del contrato presuntivo de trabajo en forma deliberada "y por tanto de mala fe, lo que daría derecho al patrono a la indemnización de perjuicios durante el mes y 17 días que hicieron falta para los seis meses del contrato presuntivo de trabajo". Lo anterior significa "que para el caso eventual de que el auxilio de cesantía le pudiera ser reconocido como única prestación social a que se refiere la parte resolutiva de la sentencia, sólo equivaldría a más de mes y medio de salarios". Termina di-

ciendo que lo que se constata en el juicio es la mala fe del demandante manifiesta en la ruptura del contrato de trabajo y en la actitud procesal reñida con las normas de la lealtad que ha debido tener al pedir pruebas. Que a la parte demandada le acompaña la buena fe, demostrada por las pruebas que dejó de apreciar el sentenciador o por las que apreció erróneamente.

Por su parte, el opositor dice que los cargos son improcedentes y expresa las razones que estima apropiadas para confutar las apreciaciones del recurrente y pide se mantenga la sentencia del Tribunal.

Se estudia la acusación

La Corte examina conjuntamente los cargos primero y segundo porque la cuestión de fondo que en ellos se plantea es una misma, relacionada con la falta de existencia jurídica de la "Ferretería Industrial, Limitada", codemandada en este juicio, como obligada solidaria, con Oscar Duque Pérez.

Sobre el particular el Tribunal, después de analizar las pruebas aportadas al juicio, expresó lo siguiente:

"El doctor Oscar Duque Pérez tenía un establecimiento comercial o negocio al que denominó Ferretería Industrial Ltda., seguramente con el ánimo de convertirla en Sociedad de responsabilidad limitada, como efectivamente lo hizo con posterioridad al retiro del demandante Amílcar Puentes. De las varias pruebas que obran en el expediente se deduce que como dueñas o propietarias de dicho establecimiento figuraban su señora Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón, esposa de su socio doctor Alarcón. Durante el tiempo que el demandante prestó sus servicios, en realidad lo que existía era una Sociedad de hecho, que inclusive llevaba libros de contabilidad, como lo demuestra la inspección ocular que se practicó sobre los mismos y en los cuales consta toda la actividad del demandante y sueldos devengados. También está claro que quien gerenciaba y dirigía con absoluta autonomía el negocio era el doctor Oscar Duque, como expresamente fue aceptado por él en la absolución de posiciones que hizo en juicio anterior, y cuya copia tenida como prueba en este juicio, obra a los fls. 21 y 22".

Más adelante, agregó:

"Pues bien, está plenamente demostrado el trabajo del demandante, su actividad personal, su subordinación, su salario. Y está demostrado también que prestó sus servicios al establecimiento Ferretería Industrial, Limitada, que es una Sociedad de hecho o de derecho, que tiene un gerente que es el doctor Oscar Duque Pérez, que tiene dos socias propietarias que son las ya mencionadas señoras. Hay entonces una empresa o entidad que necesariamente tiene que responder por las prestaciones de su empleado Amílcar Puentes. Se ha visto cómo su gerente se contradice en las dos posiciones absueltas y también cómo durante la inspección ocular presentó una relación exacta de ventas, sueldos, etc. Que es una empresa que tiene Libros de Contabilidad registrados. Está también claro que el doctor Duque no es el propietario de la Ferretería Industrial, pero sí es su gerente y entonces está bien encauzada la demanda contra el establecimiento comercial Ferretería Industrial Limitada, representada legalmente por su gerente, como Sociedad de hecho para la fecha en que prestó sus servicios Amílcar Puentes, de acuerdo con el certificado de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cúcuta (fl. 13) y con el de la Administración de Hacienda Nacional de la misma ciudad (folio 15)".

De lo que se deja transcrito de la sentencia se saca en claro que lo que el Tribunal pretendió fue separar y examinar la situación del establecimiento denominado "Ferretería Industrial, Limitada", respecto de dos momentos o épocas diversas: la primera referida a aquella en que el demandante trabajó en dicho establecimiento, que tenía la apariencia de una Sociedad limitada, según su nombre o razón social, pero que en realidad no existía jurídicamente, pues sólo era una Sociedad de hecho. La segunda, en que presupone constituída la Sociedad demandada para la fecha en que se inició el presente juicio, pues estima bien dirigida la acción contra el establecimiento comercial "Ferretería Industrial, Limitada", representada legalmente por su gerente doctor Oscar Duque Pérez, y a quien personalmente absuelve como codemandado por considerar que él no es propietario de dicho establecimiento, sino sólo el gerente de esa empresa.

Así las cosas, no se ve cómo el sentenciador pudo violar el artículo 36 del C. S. T. por falta de aplicación, según se expresa en el primer cargo. Porque si el Tribunal no encontró demostrado que Oscar Duque Pérez estaba obligado a responder con la Ferretería Industrial, Limitada de las prestaciones e indemnizaciones recla-

madas por el demandante, tenía que absolverlo como lo hizo y condenar a la codemandada a quien consideró como única obligada al pago de las prestaciones reclamadas.

La solidaridad legal que establece el artículo 36 del C. S. T., es un principio que sólo afecta las relaciones de las Sociedades de personas y sus miembros y de éstos entre sí, en la forma que indica el precepto, respecto de los derechos y prestaciones emanados del contrato de trabajo, todo en beneficio del trabajador. También consagra esa norma la solidaridad entre los condueños o comuneros de una misma empresa, mientras permanezcan en indivisión, en beneficio del trabajador. Si ninguna de estas hipótesis legales allí contempladas corresponde realmente a la situación de hecho que se planteó y debatió dentro del juicio, no se ve cómo el sentenciador debía aplicar esta disposición para producir su condena contra el demandado Oscar Duque y contra las otras personas que pretende el recurrente que no son partes del juicio.

Tampoco aparece la violación del artículo 27 del Código de Procedimiento Laboral, puesto que el trabajador indicó en la demanda que dirigía su acción contra el establecimiento comercial denominado "Ferretería Industrial, Limitada", representado por su gerente, el señor Oscar Duque Pérez, a quien también demandó como obligado solidario. Si el demandante designó a dicho establecimiento comercial como una Sociedad de responsabilidad limitada, representada por su gerente Duque Pérez, y así se le hizo saber a la parte demandada al notificársele la demanda y corrérsele el traslado de la misma, no se ve cómo pueda haberse violado por el sentenciador el artículo 27 del C. P. L. ni el 36 ibidem. La pretensión de la parte demandada recurrente de que la acción debió dirigirse contra las señoras Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón, como condueñas del establecimiento denominado Ferretería Industrial, Limitada, que señala como Sociedad de hecho, plantea a destiempo una cuestión principal, puesto que la prueba de la personería de la parte demandada no fue objeto de controversia al adelantarse el juicio, y dentro del procedimiento laboral y acorde con el espíritu que informa el artículo 36 de dicho estatuto, los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva no interfieren la actividad juzgadora, a menos que en el juicio se debata como cuestión principal este punto, por lo cual el silencio de las partes sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Por ello, en la parte final del citado artículo 36 se dispone que si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el juez decidirá sin consideración a la falta de esa prueba.

Por otra parte, como lo tiene ya establecido la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva de la demandada, o a la validez de su representante, para que pueda producir efectos en juicio debe plantearse *como cuestión principal del debate*, y es sabido que las cuestiones principales se proponen como acción o como excepción al comienzo del juicio, con la presentación de la demanda y su contestación y hasta la primera audiencia de trámite, momento en el cual queda precisada la relación jurídico procesal que debe desatar la sentencia.

Para hacer resaltar lo inadecuado que resulta el aspecto por el cual se ataca la sentencia en los dos primeros cargos, basta recordar que de conformidad con los artículos 472 y siguientes del Código de Comercio la inobservancia de las formalidades prescritas para el perfeccionamiento de una Sociedad sólo es motivo de nulidad entre los socios, por lo que la cuestión de no aparecer la Sociedad que figura como parte de un juicio, no puede ser materia del recurso de casación si no ha sido punto que se haya discutido como cuestión principal en el pleito.

Se advierte finalmente que la sentencia del Tribunal condena a la Ferretería Industrial Limitada al pago de cesantía, prima de servicios y de los llamados "salarios caídos" o indemnización por mora y ocurre que el recurrente se abstiene, en los cargos que se examinan, de indicar las normas de derecho sustancial en que se consagran los derechos y prestaciones reconocidos en el fallo que se impugna. Significa lo anterior que las proposiciones jurídicas formuladas por el recurrente en los cargos primero y segundo resultan incompletas, sin que sea posible a la Corte subsanar tal deficiencia, que por sí sola es suficiente para hacer inestimable la acusación. No prosperan los cargos examinados.

Tercer cargo

El tercer cargo encamina la acusación a obtener la quiebra de la sentencia en lo relacionado con la condena por los llamados "salarios caídos" o indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C. S. T. El ataque se hace consistir en haber apreciado erróneamente el men-

cionado artículo y las demás disposiciones que en el mismo se indican.

Para proferir la condena indemnizatoria de perjuicios por mora en el pago de las prestaciones, el Tribunal tuvo en consideración que el gerente de la empresa demandada no se comportó con lealtad durante el proceso, como lo exige el artículo 49 del C. P. L. y además, que no consignó el valor de las prestaciones del demandante, pues en el juicio no se acreditó tal hecho. El razonamiento que al respecto hace el sentenciador no contraría el sentido y alcance del artículo 65 del C. S. T. que impone al patrono la obligación de pagar al trabajador, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos so pena de incurrir en la sanción que allí se establece, consistente en la obligación de pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Tampoco resulta opuesto a lo preceptuado en el numeral 2º del mismo artículo que establece la forma como el patrono puede liberarse de la sanción moratoria consignando ante el Juez del Trabajo, y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia, en el evento de que no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir.

El Tribunal para producir la condena indemnizatoria por mora no aplicó ni tuvo en cuenta, porque ello no era procedente, el artículo 32 del Código de Procedimiento Laboral, ni los artículos 341 y 343, del C. J., que el recurrente acusa como erróneamente interpretados por el sentenciador. Esas disposiciones se refieren a la procedencia y oportunidad en que pueden proponerse las excepciones que el demandado crea tener en su favor, posibilidad que, en el caso *sub-judice*, ninguna relación tienen con la condena indemnizatoria decretada, puesto que en el juicio no se ha alegado ni probado que la parte demandada haya pagado al trabajador los salarios y prestaciones que le adeuda. El cargo no prospera.

Cuarto cargo

En el cuarto cargo el recurrente persigue la infirmación de la sentencia recurrida por haber aplicado indebidamente los artículos 47, 64, 65 y 249 del C. S. T. y 49 del C. P. L. Considera la Sala, en primer término, que la supuesta violación de los artículos 47 y 64 del C S. T., no pudo producirse por el concepto que indica el recurrente, pues la sentencia no contiene condena alguna referente a la indemnización de perjuicios (lucro cesante), por ruptura ilegal del contrato, lo que significa que el sentenciador no aplicó dichas normas y antes bien absolvió a la parte demandada de la petición contenida en el punto segundo del libelo inicial.

En cuanto a los perjuicios moratorios de que trata el artículo 65, al analizar el cargo anterior se dejó establecido que el Tribunal, al decidir lo referente a este extremo de la demanda, se fundamentó no sólo en la falta de lealtad procesal del gerente de la Ferretería Industrial, Limitada, sino principalmente en el hecho de no haberse demostrado en el juicio que la demandada hubiese negado el valor de las prestaciones a que tenía derecho el trabajador. El recurrente encamina todos sus esfuerzos para demostrar que Oscar Duque como gerente de la empresa demandada observó una conducta acorde con la lealtad procesal, y mediante una alegación propia de instancia trata de explicar las razones por las cuales dicho señor, al absolver posiciones dentro de este juicio, trató de ignorar determinados hechos y circunstancias que había aceptado, recordado y reconocido en las posiciones que había absuelto anteriormente.

Sin embargo, el recurrente, a través de las pruebas que señala como mal apreciadas y de las que indica como dejadas de apreciar, no logra desvirtuar el fundamento principal de la condena, consistente en que no se demostró dentro del juicio que el demandado hubiese pagado al trabajador los salarios y prestaciones reclamados. Este soporte del fallo no es siquiera atacado en el cargo que se examina y ello es suficiente para que no se infirme la sentencia.

Además, debe advertirse que en el presente caso la empresa demandada no ha controvertido siquiera la existencia del contrato de trabajo invocado por el demandante, por lo que la renuencia en el pago de las acreencias debidas al trabajador resulta injustificada. Por otra parte debe agregarse, para aclarar conceptos del recurrente, que la jurisprudencia ha aceptado no aplicar la sanción del artículo 65 del C. S. T. cuando la conducta patronal, de abstenerse de pagar los salarios y prestaciones debidos al trabajador al tiempo de la terminación del contrato, resulta abonada por la buena fe de su proceder, bien sea por tener el convencimiento honesto de que no ha existido contrato de trabajo

entre las partes y lo haya discutido con razones valederas dentro del juicio, o porque también de buena fe y por motivos plausibles acreditados dentro del proceso, considere que no está obligado al pago de determinadas prestaciones, aún sin que sea el caso de que niegue la existencia del contrato de trabajo. Por tanto, para que se produzca la sanción prevista en el artículo 65 no se requiere, como pretende el recurrente, que se demuestre mala fe del patrono en el no pago de las prestaciones debidas. La norma debe aplicarse en todos los casos en que no se ha producido el pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, no estando el patrono autorizado por la ley o por convención para retener esos valores, a menos que la conducta del patrono se justifique en la forma antes dicha, y esta justificación es lo que configura la buena fe de su proceder, como causal eximente de la sanción.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida en este juicio por el Tribunal Superior —Sala de Casación Laboral— del Distrito Judicial de Pamplona.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Por falta de los requisitos legales de la demanda se declara desierto el recurso de casación.—Falta de indicación de la sentencia impugnada.—Señalamiento del alcance de la impugnación.—Qué persigue el recurso de casación.—Qué debe contener el petitum de la demanda de casación.

Juicio de Pedro León Herrera Castro vs. Círculo de Ibagué.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., noviembre treinta de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

Se procede a calificar conforme al mandato del artículo 65 del Decreto-Ley 528 de 1964, la demanda de casación que mediante apoderado presenta el señor PEDRO LEON HERRERA CASTRO.

La calificación dicha se encamina a establecer si la demanda reúne los requisitos establecidos por el artículo 63 del decreto referido. El texto del mismo es como sigue: "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

Antes de expedirse esta disposición, el artículo 90 del Decreto 2158 de 1948, convertido en ley permanente y que contiene las normas sobre procedimiento en los juicios del trabajo, señaló los requisitos que debe reunir la demanda de casación. Sobre la materia dispuso: "La demanda de casación deberá contener: 1º—La designación de las partes; 2º—La indicación de la sentencia impugnada; 3º—La relación sintética de los hechos en litigio; 4º—La declaración del alcance de la impugnación; 5º—La expresión de los motivos de casación, indicando: a).—El precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estime violado, y el concepto de la infra[illegible] si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea. b).—En caso de que se estime que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, citará éstas singularizándolas y expresará qué clase de error se cometió".

Por otra parte, el artículo 70 del Decreto 528 de 1964 dice que éste "no reglamenta íntegramente las materias a que se refiere; en consecuencia, deroga solamente las disposiciones que le sean contrarias".

Si se examina con mediano cuidado lo estatuído por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, se verá que ninguna de sus normas es contrariada por lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 2158 de 1948, y que, en cambio, éste es un desarrollo detallado y de acuerdo con la técnica que la doctrina y la jurisprudencia han señalado a la demanda de casación, de lo ordenado en forma general por el artículo 63. Los requisitos que aparecen en el artículo 90 del Decreto 2158, no visibles en aquel artículo 63, no son sino exigencias obvias dentro de la demanda de casación y su objetivo, como es fácil deducir de lo dispuesto en los ordinales 1º, 2º y 4º del primer artículo nombrado. E igualmente lo que se establece en el ordinal 5º no es nada distinto del complemento específico de lo mandado por el artículo 63. El texto de éste es idéntico al del artículo 351 del C. J., sobre cuya aplicación la Corte Suprema de Justicia fijó en numerosas sentencias el criterio que guió al codificador de las normas de procedimiento laboral para señalar en detalle los requerimientos del ataque en casación contra las sentencias que quebrantan normas sustanciales de orden nacional. Esos requerimientos, que corresponden a las características específicas de cada concepto de

violación así como a la intervención o no de factores de hecho en la determinación del quebrantamiento legal, deben cumplirse dentro de una estricta exigencia de técnica del recurso para que a la Corte le sea viable el examen y confrontación de los textos legales que se estimen violados por la sentencia impugnada.

Por las anteriores circunstancias, los mandatos del artículo 90 del Decreto 2158 de 1948 se encuentran en plena vigencia y al efectuarse la calificación de la demanda conforme al artículo 65 del Decreto 528 de 1964, debe atenderse a las exigencias del artículo 63 del mismo decreto y a los requisitos de dicho artículo 90, que encierran las primeras y las complementan.

En la demanda de casación que se califica se encuentra lo siguiente: a) No se indica la sentencia impugnada, y b) No se señala el alcance de la impugnación. Este es el petitum de la demanda de casación y debe contener no sólo lo que se pide para tutelar los intereses litigiosos de la parte interesada, sino también, y primeramente, lo que se pretende dentro de la finalidad propia del recurso, que busca esencialmente unificar la jurisprudencia nacional y quebrar la sentencia que viola la ley sustantiva que quebranta el principio defendido con el segundo motivo de casación o se pronuncia cuando existe alguna de las nulidades del artículo 448 del C. J.

Por otro lado, la sustentación del recurso está hecha como un alegato de instancia antes que como una demanda de casación, y la indicación de las normas legales de carácter sustantivo que se consideran violadas se hace en tal forma impropia, que no permite un estudio de fondo de la acusación. Por ello pecaría contra la más elemental norma de economía procesal continuar la tramitación del recurso en este negocio. Y precisamente lo que busca el ordenamiento del artículo 65 del Decreto 528 de 1964 como medida de economía procesal, es el rechazo oportuno de aquellas demandas que no permiten, por su falta de técnica formal, el examen de fondo de la acusación.

Por lo expuesto, se considera que la demanda examinada no llena los requisitos legales y, conforme a lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto 528 de 1964, SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Ignacio Reyes Posada, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION LABORAL

Violación indirecta de la ley.—Falsa imputación de error de hecho en la apreciación probatoria.—Compensación.—Requisitos indispensables para que las deudas sean compensables.—Apreciación antitécnica del presunto error de hecho.—Las dos modalidades de falta de apreciación y de apreciación equivocada de los elementos probatorios son diferentes y no pueden presentarse sin definirlos de manera concreta en relacion con cada prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

Se estudia y decide la demanda de casación que por intermedio de apoderado formuló la "COOPERATIVA DE PROFESIONALES LIMITADA", con domicilio en la ciudad de Medellín, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de ese Distrito —Sala de Casación Laboral— en el juicio ordinario promovido por el doctor Gabriel Arenas Sánchez contra la nombrada Sociedad, dentro del cual ésta formuló, por su parte, demanda de reconvención contra el actor.

El recurso extraordinario se interpuso sólo por la Cooperativa, y contra la sustentación que presentó su apoderado, no se formuló oposición.

ANTECEDENTES DE INSTANCIAS

La demanda en juicio pidió la condena de la entidad demandada por concepto de auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, prima de servicios, salarios insolutos, indemnización compensatoria (lucro cesante) o de preaviso e indemnización moratoria. En demanda de reconvención la Sociedad demandada solicitó la condena del actor por concepto de perjuicios presuntamente causados a la Cooperativa con los actos y omisiones del demandante reconvenido durante el período posterior a la fecha en que se dio por terminado su contrato de trabajo y en que continuó "usurpando el cargo de gestor y director de la Cooperativa, utilizando sus muebles y enseres, cobrando sus cuentas y haciendo pagos en forma arbitraria".

La litis se desató en primera instancia con la sentencia proferida por el Juez Primero del Trabajo de Medellín, en la cual se condena a la Sociedad demandada al pago de diversas sumas por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios insolutos y compensación por vacaciones no disfrutadas, se la absuelve de la petición sobre indemnizaciones compensatoria y moratoria y se condena al actor al pago de una indemnización con base en el artículo 56 del C. de P. L.

La providencia del *a-quo*, apelada por ambas partes, fue modificada por el fallo de segunda instancia en lo relativo a la cuantía de las condenas en favor del actor, fallo que revocó la resolución de primer grado sobre aplicación del artículo 56 del C. de P. L. y, además, declaró probada la excepción de pago por parte del valor de las condenas mantenidas.

LA DEMANDA DE CASACION

El impugnador de la sentencia del *ad-quem* señala como alcance de la impugnación la casación total de la sentencia recurrida y pide, en consecuencia, que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque o modifique el fallo del *a-quo* conforme a las peticiones concretas que formula en el curso de la acusación.

Para lograr su propósito, el recurrente acusa el fallo del Tribunal con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y concreta su ataque mediante tres cargos que se examinan y deciden a continuación.

PRIMER CARGO

"Violación indirecta, a través de manifiesto error de hecho, de los artículos 55, 58 (numeral 3º), 60 (numeral 8º) y 64 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto el juzgador *ad-quem* dejó de aplicar dichas disposiciones cuando debió haberlas aplicado, en concordancia y relación con los artículos 1.613 y 1.614 del Código Civil y con los artículos 1.714 y 17 y 15 de la misma obra".

Dice el acusador que el error de hecho consistió "en que el Tribunal de Medellín consideró... que no se encontraban demostrados "los hechos que sirvieron de fundamento a las peticiones formuladas por los representantes de la entidad demandada" en su demanda de reconvención, al no existir "una prueba clara sobre los presuntos perjuicios que el demandante hubiese causado a la Cooperativa de Profesionales Ltda.", (fl. 381, al final y vto.) cuando en realidad aparece plenamente demostrado a través de numerosas piezas del informativo... que el actor reconvenido incumplió en materia grave algunas de las obligaciones contractuales...".

Estima que al error de hecho anotado llegó el *ad-quem* a causa de la indebida apreciación de las siguientes piezas del informativo: a) Del acta de la inspección ocular, practicada por el Tribunal de Medellín en las Oficinas del Banco Popular de dicha ciudad el día 10 de septiembre de 1958 (folios 369 y ss.); b) De las respuestas a los pliegos de posiciones que fueron absueltas por Arenas Sánchez (folios 202 y ss.); c) De los documentos suministrados por el Banco Popular que aparecen a folios 296 y ss.; d) De la carta de Arenas Sánchez que aparece a folios 259 y ss.; e) Del acta de la inspección ocular practicada por el juzgado el día 7 de noviembre de 1957 (folio 24 del 2º cuaderno); f) De los documentos que aparecen a folios 265 y ss. contentivos de una diligencia de requerimiento; g) Del talonario de cheques numerados como los folios 203 y 244 y del talonario que aparece a continuación del folio 370; h) Del dictamen pericial que aparece a folios 304 y ss. y de su ampliación que se lee a folios 27 y siguientes del segundo cuaderno; i) De la declaración de Jaime Alvarez (folio 373); y j) Carta visible a folio 26".

Luégo el impugnador agrega que el error de hecho anotado a) figura en el siguiente párrafo de la sentencia acusada: "Dentro de las súplicas formuladas por el actor aparecen (sic) la de sueldos entre el 10 de noviembre de 1956 y el 26 de marzo de 1957. Inocua es esta petición YA QUE SE TRAJO CERTEZA SOBRE EL FENECIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO EL 10 DE NOVIEMBRE DE 1956 (mayúsculas mías) y el actor no ha probado que hubiese prestado su actividad como gerente en dicho lapso y apenas aparecen algunas actuaciones esporádicas, generalmente, el pago del señor Jaime Alvarez y de la oficina que ocupaba la Cooperativa. Al respecto cabe observar que el citado Alvarez verificaba gestiones en favor del doctor Arenas Sánchez, como áquel lo confiesa en declaración rendida ante este Despacho y ratificada con las testificaciones juradas de la señorita Ofelia Uribe y Jesús Agudelo y, además, que la oficina cuyos arrendamientos pagaba ES Y HA SIDO OCUPADA POR EL DEMANDANTE PARA EL EJERCICIO DE SU PROFESION (mayúsculas mías)". (Pág. 6 de la sentencia recurrida). El recurrente dice que estos mismos hechos son los anotados por la Sociedad demandada en el hecho sexto de la demanda de reconvención, con lo cual aparece en forma manifiesta y ostensible el error de hecho del Tribunal al afirmar que no aparecen probados los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda de reconvención.

El recurrente se detiene en el examen del experticio para calificarlo como muy deficiente por la calidad del perito designado y expresa que, no obstante esto, hay una precisa estimación de los perjuicios sufridos por la Cooperativa al no hacerse entrega oportuna por el gerente de los libros, bienes, enseres, en la suma de un mil quinientos pesos, y considera que la Corte, una vez casada la sentencia, mediante auto para mejor proveer debe ordenar nuevamente la práctica de la prueba pericial.

Finalmente indica que la incidencia en el fallo de este error de hecho del Tribunal consiste en que, de no haberse incurrido en él, han debido admitirse, aunque en forma parcial, las pretensiones de la demanda de reconvención y declarándose las compensaciones correspondientes conforme a los artículos 1714 y 1715 del C. C., de acuerdo con jurisprudencia laboral reiterada.

Se estudia el cargo:

El quebrantamiento de la norma sustancial contenida en el artículo 64 del C. S. del T., que consagra las consecuencias indemnizatorias por

incumplimiento del contrato de trabajo, unido al de las demás disposiciones que se citan en el enunciado del cargo, se señala como resultado de manifiesto error de hecho por "indebida apreciación" de algunas de las pruebas que obran en los autos y que el recurrente singulariza. Pero al revisar el desarrollo de la acusación, se encuentra que el impugnador no hace sino un corto análisis de la prueba pericial, que reconoce como extremadamente deficiente por la calidad del perito que el juez *a-quo* escogió para auxiliarlo. De manera que en relación con las demás pruebas singularizadas, no se hace en concreto ningún esfuerzo demostrativo de la equivocada apreciación que de ellas hubiese hecho el *ad-quem*. La cita del párrafo de la sentencia en la que se reconocen hechos que concuerdan con parte de los indicados en la demanda de reconvención, no puede considerarse como la demostración del error de hecho. Por el contrario: Si no existiese diferencia en cuanto a la existencia de los hechos entre el Tribunal y el reconviniente, a pesar de lo cual la conclusión del primero en cuanto a los derechos fuese contraria a lo establecido en la ley, no se trataría de violación por error de hecho, y como consecuencia por vía indirecta, sino de quebrantamiento por alguno de los conceptos que caracterizan la violación directa de la ley.

Si la demostración de la apreciación equivocada de las pruebas se concreta al dictamen pericial, a éste sólo debe reducirse el examen por parte de la Sala.

Ya se vio cómo el mismo impugnador da poco mérito a esta prueba y llega a solicitar su nuevo decreto por la Corte. Ahora veamos lo que al respecto expresa el Tribunal: "En cuanto a la demanda de reconvención no se demostraron los hechos que sirvieron de fundamento a las peticiones formuladas por los representantes de la entidad demandada. En efecto, se repite, no existe una prueba clara sobre los presuntos perjuicios que el demandante hubiese causado a la Cooperativa de Profesionales Ltda., ni menos que la gestión del doctor Arenas hubiese llevado a esta entidad a su liquidación. Obra a fls. 304 y ss. un dictamen pericial que nada dice al respecto y que se limita a expresar, en forma por demás ilegal, que los perjuicios que hubiese sufrido la Cooperativa serían compensados con los salarios caídos. El perito se limitó entonces a fallar el juicio. En síntesis dicho experticio no tiene el carácter de tal y sólo fue una actuación inoficiosa y costosa para las partes. En tales condiciones, se confirmará la absolución con la cual el Juzgado Primero del Trabajo de la ciudad amparó al doctor Gabriel Arenas Sánchez". Es decir, que el *ad-quem* no dio valor probatorio alguno al peritaje por las razones que expone. ¿Habrá en esta apreciación un error? Al revisar el dictamen pericial (fls. 304 y ss. del C. Nº 1) y su ampliación (fls. 27 y ss. del C. Nº 2), se encuentra que sobre los presuntos perjuicios causados a la Cooperativa demandada y reconviniente por actos y omisiones del demandante, expresa: "No obstante la comunicación del doctor Gonzalo Escobar, el gerente continuó desempeñando algunas funciones relativas a dicho cargo y así se puede apreciar por la serie de cheques que giró contra el Banco Popular de esta ciudad en favor de diferentes personas y casas comerciales. Estas funciones las continuó desempeñando el doctor Arenas, según su propio decir, por orden dada por el doctor Gil Sánchez y según él mismo no se convino remuneración por dicha ayuda.

"El doctor Gil, por su parte, niega el mandato conferido al doctor Arenas para que continuara prestándole servicios a la Cooperativa. Si ello fue así para dicha entidad hubo perjuicios, los que considero que ascienden en la actualidad a la suma de $ 1.500.00 si se tienen en cuenta los intereses que con dicha suma pudo haber obtenido la Cooperativa y debido a que la misma se vio impedida a cubrir las prestaciones sociales del doctor Arenas Sánchez.

"Lo anterior se dice con fundamento en las pruebas que aparecen en el expediente, tanto en la relación de folio 257 lo mismo que en la chequera que aparece a folio 284 (sic). Sin embargo, ya hubo de expresarse que de la época mencionada (10 de noviembre de 1956) el doctor Arenas S. había terminado su función como gerente y por ello, si puede hablarse de violaciones y omisiones, de allá para acá".

Y en la ampliación del mismo dictamen se lee:

"Dije que los perjuicios irrogados por el gerente a la Cooperativa ascienden a la suma de MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.00), si se tiene en cuenta "la negativa de entrega de libros, bienes, enseres, deterioro de muebles en su poder".

"Añadí, para terminar y aclaro a la vez, que valoraba en la misma cantidad que el demandante cobra a la Cooperativa por salarios caídos,

las sumas por perjuicios que se le han irrogado por la falta de entrega de las cantidades que aparecen giradas contra el Banco Popular y en las cuales la Cooperativa fue giradora".

Se ve de manera muy clara que el perito señaló una suma como valor de perjuicios causados por el actor a la entidad demandada, sin dar ningún fundamento a esa apreciación, ya que la indicación que hace de elementos probatorios en abstracto y la concreta del documento de fl. 257 del C. Nº 1, no puede constituír dicho fundamento. Es entonces una apreciación caprichosa que el *ad-quem* hizo bien en desechar.

Si no existió, pues, el error en la apreciación probatoria, no pudo producirse la violación indirecta de la ley sustancial que se señala en el cargo, y éste, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Se presenta por violación indirecta de los artículos 249, 306, 186, 57 (ordinal cuarto) y 58 (ordinal tercero) del C. S. del T. en concordancia con el artículo 343 del C. J. y los artículos 1.625 y 1.626 del C. C. "incorrectamente aplicados por el juez *ad-quem*" como resultado de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente manifiesta que tal error "consistió en no haber declarado el Tribunal, cuando de ello había prueba suficiente en el informativo (y cuando así lo reconoce en parte la misma sentencia), que el valor de los salarios y prestaciones que la Cooperativa pudiese haber adeudado al demandante, se los había pagado, y con exceso, por su propia mano, el ex-gerente demandante".

Se singularizan como elementos de prueba mal apreciados por el Tribunal los siguientes: a).—El acta de inspección ocular (fls. 369 y ss.); b).—Las respuestas dadas por el actor Arenas Sánchez a los pliegos de posiciones (fls. 202 y ss.); c).—Los documentos suministrados por el Banco Popular (fls. 296 y ss.); d).—La carta del actor Arenas Sánchez (fls. 259 y ss.), y e).—El libelo de la demanda (fl. 30).

Para la demostración del error de hecho, el acusador transcribe los siguientes apartes de la motivación del fallo recurrido:

"Está acreditado en el expediente que el doctor Arenas Sánchez como gerente que era de la Cooperativa de Profesionales Limitada, SE PAGABA EN FORMA DIRECTA SUS SUELDOS. Los señores liquidadores de la entidad demandada han sostenido a través del juicio que el demandante retiene los documentos de la Cooperativa y que no ha dado cuenta de los valores contenidos en algunos cheques girados a nombre de la Cooperativa. En la inspección ocular verificada por esta Sala se constató (sic) en las oficinas del Banco Popular que el 23 de marzo de 1957 el doctor Gabriel Arenas Sánchez giró el cheque número 452759 a favor de la Cooperativa de Profesionales por valor de $ 1.300.00 y el cual fue cobrado por el señor Jaime Alvarez. Al respecto aparece acreditado que con anterioridad a esa fecha el doctor Arenas Sánchez estaba reclamando el pago de sus prestaciones sociales y en tal sentido se dirigió al doctor Jaime Gil Sánchez en carta datada el 11 de marzo de 1957, legible a folio 26, COMO A LA FECHA DE HABER GIRADO EL CHEQUE ALUDIDO EL DOCTOR ARENAS SANCHEZ NO DESEMPEÑABA EL CARGO DE GERENTE DE LA COOPERATIVA Y AL NO HABER DEMOSTRADO ESTE QUE INVIRTIO ESE DINERO EN PROVECHO DE LA ENTIDAD DEMANDADA, necesario es imputar su valor al pago de prestaciones" (mayúsculas mías)".

Luégo dice que en el acta de inspección ocular se establece que en la misma forma que el cheque número 452759 de 23 de marzo de 1957 por valor de $ 1.300.00, fueron girados otros con posterioridad al 10 de noviembre de 1956 y cobrados de la misma manera por Alvarez, sin que el ex-gerente hubiese demostrado que los respectivos valores hubiesen sido invertidos en provecho de la Cooperativa. Cita entre tales cheques el distinguido con el número 452728, por valor de $ 500.00. Agrega que, por otra parte, en el texto de la demanda presentada por el actor se lee en el hecho cuarto la manifestación de que "a partir del 10 de noviembre solicité a los doctores dichos el pago de mi última década y mis prestaciones sociales", lo que demuestra que la reclamación venía haciéndola con anterioridad a la emisión por parte del demandante de todos los cheques de que habla el acta de inspección ocular verificada en las oficinas del Banco Popular.

Concluye que "aparece carente de toda lógica la forma en que el Tribunal estimó la prueba de la inspección ocular de que ha venido haciéndose mención, pues los mismos méritos había para aceptar como pago hecho al demandan-

te, por él mismo, el valor del cheque por la suma de $ 1.300.00 como el valor de otros cheques girados con posterioridad al 10 de noviembre, entre ellos, por ejemplo, el Nº 452728 por la suma de $ 500.00". Por lo cual "si el Tribunal hubiese sacado en su integridad las consecuencias lógicas de sus propias premisas en la estimación de la prueba pericial de folios 369 y ss. hubiese debido declarar probada en su integridad, y no sólo parcialmente, la excepción perentoria de pago".

Señala finalmente que la incidencia del error de hecho en la parte resolutiva del fallo acusado se manifiesta en la condena a la Cooperativa a pagar prestaciones y salarios que ella no adeudaba al demandante, con violación de las normas legales señaladas atrás.

Anota que la sentencia carece de técnica jurídica al efectuar la condena por concepto de salarios y prestaciones que a renglón seguido declara, mediante el reconocimiento de la excepción de pago, ya cubiertos al actor, y que la excepción de pago ha debido declararse probada en su totalidad.

Se considera:

Aunque el impugnador singulariza como mal apreciados diversos elementos de prueba, realmente la demostración del equívoco del fallador *ad-quem* se concreta esencialmente al acta de inspección ocular (fls. 269 ss.) y al hecho cuarto contenido en el libelo de la demanda en juicio (fl. 30 del C. Nº 1). La desacertada apreciación por el Tribunal de estos dos elementos probatorios habría consistido en no dar a los cheques girados por el ex-gerente actor con posterioridad al 10 de noviembre de 1956, cuando terminó la vigencia de su contrato de trabajo, el significado de valores ingresados al patrimonio del doctor Arenas Sánchez para amortizar la posible deuda a cargo de la Cooperativa con el mismo por concepto de salarios y prestaciones, teniendo en cuenta que según el acta de inspección ocular de 23 de marzo de 1957, no sólo el cheque número 452759 por $ 1.300.00, sino muchos otros más, fueron girados por el doctor Arenas Sánchez sin ser ya legítimamente gerente de la Cooperativa, es decir, después del 10 de noviembre de 1956, y cuando había reclamado el pago de salarios y prestaciones.

El Tribunal, como consta en la parte del fallo que transcribe el acusador, imputa la suma de $ 1.300.00, correspondiente al cheque número 452759, al pago de prestaciones, con el argumento de que, según aparece en la inspección ocular, el giro de ese cheque se hizo por el doctor Arenas Sánchez con posterioridad a la fecha en que reclamaba el pago de sus prestaciones, cuando ya no era gerente de la Cooperativa y sin que hubiese demostrado que la suma dicha la hubiese invertido en provecho de la entidad demandada. Parte, para el efecto, de la comunicación dirigida por el doctor Arenas Sánchez al doctor Jaime Gil S., de la junta liquidadora de la Cooperativa, el 11 de marzo de 1957 (fl. 26), en la que solicita el pago de lo que cree se le adeuda y fija el correspondiente valor.

En el acta de la inspección ocular se encuentra que efectivamente ningún cheque distinto del número 452759 por $ 1.300.00 fue girado por el doctor Arenas Sánchez con posterioridad a la fecha de la carta en que reclama el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que cree le adeuda la Cooperativa (ver folio 370). Pero debe anotarse que, según lo expresado por el mismo actor en el libelo de su demanda (fl. 30), el pago de sus salarios (última década) y prestaciones sociales fue solicitado a los representantes de la Cooperativa "a partir del 10 de noviembre" de 1956, por lo cual no habría fundamento para concluír que los cheques girados con posterioridad al 11 de marzo de 1957 sólo por tal circunstancia debían imputarse al valor de los salarios y prestaciones reclamados si no se demostraba la inversión de las sumas respectivas en provecho de la Sociedad demandada. Si la sola circunstancia del giro de los cheques con posterioridad a la reclamación de los salarios y prestaciones que el actor creía debérsele por la Cooperativa determinara la conclusión del Tribunal, los dineros correspondientes a los numerosos cheques que según el acta de inspección ocular varias veces citada se giraron después del 10 de noviembre de 1956, deberían tener la misma imputación dada por el Tribunal a los $ 1.300.00 del cheque número 452759. Mas ocurre, por otra parte, que ni el cheque Nº 452759 ni el Nº 452728 por $ 500.00, de que habla el acusador, ni los otros numerosos cheques que según la inspección ocular fueron girados por el doctor Arenas Sánchez como gerente de la Cooperativa después del 10 de noviembre de 1956, lo fueron a favor del mismo ex-gerente, sino de otras personas o entidades, por lo cual no puede presumirse sin prueba que dé base para el efecto, que los respectivos valores se destinaban a favorecer al propio girador por el hecho de que, como lo expresa el Tribunal, éste "se pagaba en

forma directa sus sueldos". Cosa distinta debería concluírse si los cheques hubiesen sido girados a favor del mismo doctor Arenas Sánchez. La demostración de que las sumas pagadas a otras personas o entidades implicaron gastos e inversiones en provecho de la entidad demandada, como condición para no cargar las sumas respectivas al valor de los salarios y prestaciones adeudados al ex-gerente de la Sociedad, no puede exigirse dentro del juicio laboral por ser materia tal demostración de un proceso judicial diferente. Pero si se pretendía realmente una compensación, la parte interesada tenía la carga de probar que los valores pagados a esas otras personas o entidades, por alguna circunstancia que las convirtiera en obligaciones a cargo del actor, eran compensables con las deudas de la Cooperativa para con el mismo por concepto de salarios y prestaciones.

No ocurriendo esto así dentro del juicio, el Tribunal no tenía fundamento para hacer la imputación que parcialmente hizo, tomando como base solamente la prueba constituída por la inspección ocular y la carta de 11 de marzo de 1957, y no lo tendría tampoco para hacerla, como lo pretende el acusador, por el valor de todos los cheques girados con posterioridad al 10 de noviembre de 1956.

El Tribunal ha dado, así, un valor que no tiene a la prueba de inspección ocular y a la manifestación sobre reclamo de salarios y prestaciones hecha por el actor, pero en sentido contrario precisamente al que el impugnador anota. No obstante, como sólo se considera la única impugnación formulada, que es la de la Cooperativa demandada en el juicio, debe mantenerse lo decidido por el Tribunal.

Por lo dicho, el error en la apreciación de las pruebas que indica el recurrente, no aparece demostrado, y por ello tampoco la violación de las normas legales anotadas en el planteamiento del cargo, y éste, en razón de lo dicho, no prospera.

TERCER CARGO

Se formula, como los dos anteriores, por violación indirecta de los artículos 249, 306, 186, 57 (ordinal cuarto) y 58 (ordinal tercero) del C. S. del T. en relación con los artículos 22 y 23 ibidem y 1.714 y 1.715 del C. C., en el concepto de aplicación indebida, y como consecuencia de error de hecho en la apreciación de algunas pruebas, que se singularizan así: "falta de lógica en la estimación del acta de inspección ocular" (fls. 369 y ss. del C. P.), y "falta de apreciación" o "deficiente apreciación de las siguientes piezas procesales": a).—Las posiciones absueltas por Arenas Sánchez (fls. 202 y ss.); b).—El dictamen pericial y su ampliación (fls. 304 y ss. del C. P. y 27 y ss. del C. Nº 2); c).—La carta de Arenas Sánchez (fls. 259 y ss.); d).—Los talonarios de cheques (fls. 203 y 244), y e).—Los documentos suministrados por el Banco Popular (fls. 296 y ss.).

Según el impugnador, el error de hecho consistió en no haberse declarado por el Tribunal que "en manos de Arenas Sánchez estuvieron sumas de dinero por valor de $ 2.500.00 con posterioridad a la fecha de desvinculación de la Cooperativa, sumas pertenecientes a ésta, las cuales debió haber entregado a los representantes de la Cooperativa o sobre las cuales, al menos, debió haber rendido cuentas demostrativas de haberlas invertido en favor de la misma".

El recurrente se extiende en largas consideraciones sobre las obligaciones del trabajador de conformidad con el artículo 58, ordinal tercero, del C. S. del T., que estima debe aplicarse en armonía con el artículo 19 del mismo Código, con criterio diferente al del *ad-quem* sobre rendición de cuentas, cuando entre la Sociedad y el gerente existe un contrato de trabajo y no un mandato de carácter civil.

Concluye la sustentación del cargo con la manifestación que "si el Tribunal no hubiese incurrido en grave error al omitir la declaración de que se encontraba plenamente probado en el informativo el hecho de que el ex-gerente demandante recibió dineros que ni restituyó ni sobre los cuales rindió cuentas, debió haber declarado la obligación a cargo de dicho gerente de restituír a favor de la Cooperativa demandante (sic) dichas sumas, orden de restitución que debió haber dado lugar, además, al fenómeno jurídico de la compensación hasta concurrencia de las sumas que la Cooperativa adeudase al demandante por concepto de prestaciones y salarios, quedando así, por el saldo restante, un crédito exigible a favor de la Cooperativa y a cargo del demandante".

Se considera:

En este cargo se formula acusación por quebrantamiento de las normas sustanciales que ya fueron señaladas en los dos cargos precedentes, que sólo se complementan con la cita de los ar-

tículos 22 y 23 del C. S. del T. Igualmente la violación se presenta como ocurrida por vía indirecta, con singularización de medios probatorios ya indicados también en los dos primeros cargos.

Al estudiar la demostración sobre el presunto error de hecho en la apreciación de las pruebas en que hubiese incurrido el sentenciador de segunda instancia, se encuentra, en primer lugar, que las pruebas singularizadas se señalan indistintamente como mal apreciadas o dejadas de apreciar por el juzgador, lo que ya implica una presentación antitécnica del presunto error, pues las dos modalidades de falta de apreciación y de apreciación equivocada de los elementos probatorios son diferentes y no pueden presentarse sin definirlas de manera concreta en relación con cada prueba. No es de recibo al plantear el error de hecho expresar indistintamente que una prueba dejó de tenerse en cuenta por el fallador o fue mal apreciada, y una presentación en tal forma sería suficiente para que la Corte no entrara en el examen del argumento. Pero aparte de tal falla, se encuentra que el acusador no se preocupa por demostrar en relación con las pruebas que singulariza en qué consistió el error de hecho cometido por el Tribunal en su apreciación, sino que se extiende en críticas a las conclusiones y al criterio del fallador, que cabrían en una acusación de violación por vía directa, o en la que formula el recurrente pero sólo una vez demostrados los errores de hecho de manera concreta y para establecer las consecuencias de los mismos.

No presentándose la acusación en la forma debida y no hallándose demostrados los errores de hecho que se imputan al sentenciador, el cargo no prospera.

Como consecuencia de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Pèláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION O REINTEGRO

La retención del trabajador de orden del Gobierno, con apoyo en el art. 28 de la Constitución no es un "arresto correccional" para los efectos del Ordinal 7º del art. 62 del C. S. del T.—Cómo debe ser impugnada en casación la sentencia que ordena el reintegro de un empleado o el pago de cierta indemnización.

Que el arresto es una pena, lo define el art. 41 del Código Penal, y que en este sentido lo toma la ley laboral emerge paladinamente, y con reiteración enfática, del mismo precepto discutido cuando le agrega el calificativo de "correccional" y alude a "la causa de la sanción". De dónde si no hay infracción delictual o contravencional, ni investigación, ni defensa, ni proceso, ni decisión judicial o policiva, en un régimen de derecho, no podrá haber arresto correccional.

Ahora bien, la garantía constitucional del habeas corpus "no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbaciones del orden público, sean aprehendidas y retenidas de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros (y audiencia del Consejo de Estado), las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". (C.N., a. 28 y 122).

La aprehensión y retención aquí previstas, no configuran ninguna pena, ni presuponen la prueba de una infracción, ni son el resultado de un proceso normal. Típicas medidas precautelativas del orden público, para su imposición basta la "orden" precedida del "dictamen de los Ministros" y de la "audiencia del Consejo de Estado", sin que el concepto de estos ni el dictamen de aquellos obliguen al Gobierno. Es, pues, el Gobierno quien aprecia libremente la naturaleza y gravedad de los indicios que encuentre en cada caso para ordenar, mantener, prolongar y revocar la retención de una persona, sin más freno que la ulterior responsabilidad por un posible abuso.

Por consiguiente, la retención del trabajador, de orden del Gobierno, con apoyo en el art. 28 de la Constitución, no es un "arresto correccional" para los efectos del ordinal 7º del art. 62 del C.S. del T.

Qué incidencia puede tener entonces aquella "retención" sobre el contrato de trabajo? A este interrogante responde el ordinal 1º del artículo 51 de dicho Código, que incluye la fuerza mayor entre las causales, también taxativas, de la suspensión, y el art. 53, enunciativo de sus consecuencias jurídicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre 13 de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

La BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA puso término al contrato de trabajo existente con RAIMUNDO LIZARRALDE R., invocando como causal que éste se hallaba *retenido* por motivos de orden público, conforme al artículo 28 de la Constitución, desde siete días antes.

Acudió el empleado despedido a la justicia laboral en demanda de su reintegro o, subsidiariamente, de una indemnización. El juez del conocimiento, que lo fue el primero del trabajo de Bogotá, accedió a estas peticiones en forma alternativa, a opción de la Beneficencia.

Apelado por ambos litigantes el aludido fallo, el Tribunal de Bogotá lo confirmó, mediante sentencia contra la cual interpuso la Beneficencia el recurso de casación que va a decidirse. Hubo escrito de oposición.

I.—EL CARGO

Solicita la entidad recurrente que la Corte case la sentencia y, en función de instancia, revoque el fallo condenatorio de primer grado y en su lugar absuelva.

Formula al efecto este solo cargo, con apoyo en la causal primera de casación laboral: "Violación directa, por interpretación errónea, del numeral 7º del artículo 62 del C. S. T. y por ser violatoria, por la misma causa, del artículo 5º de la Ley 57 de 1887".

Aunque en seguida se estudien los argumentos de los contendientes, dado el interés doctrinario del tema, debe observarse de una vez que el planteamiento de la acusación es incompleto y por tanto ineficaz. Pues cuando se intenta invalidar la decisión judicial que obliga a reintegrar a un empleado o a pagarle cierta indemnización es ineludible invocar las normas de derecho material que se refieran concretamente al reintegro o a la indemnización de perjuicios y combatir su aplicación por el fallador, sin que baste atacar disposiciones apenas determinantes de las circunstancias o presupuestos fácticos eventuales que aquellas otras requieren, como el artículo 62 del C. S. T., ni reglas de prelación legislativa, como el artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

II.—LA SENTENCIA

Véase ahora la interpretación que de estos preceptos hizo el Tribunal:

"La causa aducida, por la parte demandada, como atrás se relacionó, fue la retención del trabajador. En consecuencia el debate se plantea en torno de un punto esencialmente jurídico: indagar y establecer si el fenómeno de la retención cabe dentro de la causal 7ª del artículo 62 de nuestro Estatuto Sustantivo.

"Las causales que enumera este precepto, para que se pueda provocar la extinción del vínculo laboral, sin previo aviso, son ciertamente taxativas.

"El examen de esta norma, se refiere la Sala a la causal 7ª del artículo 62 del C. S. del T., consigna tres eventos que pueden originar la ruptura del contrato sin previo aviso y si se está dentro de ellos sin indemnizaciones para el extremo patronal. Estos eventos son:

"a).—'La detención preventiva' del trabajador por más de treinta días;

"b).—El 'arresto correccional' que exceda de ocho días;

"c).—El 'arresto correccional', aún por tiempo menor cuando la causa de la *sanción* sea suficiente por sí mismo para justificar la extinción del contrato". (Las comillas y el subrayado son de la Sala).

"Nuestro Código sustantivo, al consagrar la causal 7ª del artículo 62, a no dudarlo, tuvo en cuenta las figuras de la ley penal como fueron las que expresamente mencionó: 'detención preventiva' y 'arresto correccional', con lo cual se quiso expresar siempre una precedencia investigativa, un juicio penal propiamente dicho que pudiera conducir a la captura y detención preventiva de un sindicado, cuando concurrieran las circunstancias o mínimos elementos de que hablan los artículos 379 y 384 del C. de P. P. Esto quiere decir que se haya producido un proceso de responsabilidades para singularizar a un presunto agente activo de un ilícito; pero que en todo caso se haya producido una investigación para establecer el quebrantamiento de la ley. Así que para llegar a la detención preventiva, es preciso agotar, siquiera, un procedimiento mínimo que sirva de base o motivación al auto que se denomina, asimismo, de detención preventiva. Este es el primer evento, en donde se ubica la situación del actor, ya que si en verdad fue capturado no hubo providencia que ordenara su detención; porque la captura siendo un hecho eminentemente material puede tener fundamentos jurídicos o dimanar de procedimientos arbitrarios.

"Los otros dos eventos se refieren en términos generales, al arresto correccional. El arresto correccional por ocho días o por menos tiempo, según se explica en el texto laboral, también se establece, según las voces de la misma norma, como "sanción", lo que implica, aún a la luz de los procedimientos policivos, más breves, expeditos y sumarios la violación de algún precepto, la infracción de un ordenamiento, porque peca contra la lógica común, presumir sancionado a quien no se pueda responsabilizar de una falta y no hay en el juicio prueba para acreditar que se siguió contra el actor, señor Lizarralde, un procedimiento singular, ni judicial ni policivo; por lo tanto dentro de los dos eventos del arresto 'correccional' tampoco se ubica la situación jurídica del señor Raimundo A. Lizarralde. Y es tan evidente lo que el Tribunal afirma que es el mismo Ministro de Guerra quien, a través de su oficio número 271 de 23 de enero de 1964 (folio 66), dice que la 'retención' del señor Raimundo A. Lizarralde se cumplió en desarrollo de las facultades que da al Gobierno el artículo 28 de la Constitución Nacional'. Y aunque para aplicar esa norma, de singulares matices en los Estados de Constitución Democrática como el nuestro, se requiere el concepto del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros, formalidades que se desconocen en este juicio, a esta Sala, como Juez laboral no le compete averiguar si fue correcta o incorrectamente apli-

cada esa norma por el Organo Ejecutivo, sino decir, como lo está diciendo, que demostrada como está, que la retención del señor Lizarralde fue la causa de su despido si ésta pudiera tenerse por legal y por justa a tenor de lo que preceptúa el artículo 62, en su séptima causal, del C. S. del T. Ya se dijo que sólo la detención preventiva y el arresto correccional cuando se demuestren son capaces de producir la extinción del contrato laboral, pero cuando se priva a un ciudadano de su libertad por 'retención', medida que no requiere fórmula de juicio, como se desprende del texto constitucional y de lo que ha manifestado el Ministro de Guerra en este juicio, al decir: 'Dentro de estas circunstancias no se requiere presentar pruebas...', la norma invocada por la parte demandada no tiene operancia. La retención es un fenómeno jurídico que mira a la seguridad del Estado y que surge de diversas y complejas circunstancias que pueden apreciar, errada o acertadamente, los agentes del Estado y en su apreciación, cualquier ciudadano de la República puede ser privado de su libertad aún siendo intachable su conducta. Bien entiende el precepto constitucional el señor Ministro de Guerra, cuando explica en el oficio atrás citado, que la retención se puede producir cuando se considere que un ciudadano, su conducta, sea 'susceptible de alterar el orden público'. Se tiene entonces que la retención no es causal para terminar, unilateralmente, el contrato de trabajo por parte del patrono; pero es más, en el caso del actor ésta fue breve, once días, y luégo fue suspendida para el ciudadano en mención, como para también los demás, tan pronto en concepto del Gobierno, desaparecieron las causas que la motivaron'. No cabe, pues, no se identifica, no son sinónimas 'detención preventiva' y 'arresto correccional' con lo que se denomina 'retención' tanto por el aspecto procedimental como se llega a esos fenómenos, como por los fines mismos que persiguen, de donde resulta acertada la conclusión a que llegó el *a-quo*, aunque con razonamientos diferentes, de que la empresa violó el contrato laboral y en su contra surgen las indemnizaciones legales y convencionales".

III.—LA IMPUGNACION

La Beneficencia, al sustentar su recurso, empieza por aceptar los fundamentos de hecho en que se apoyó el sentenciador: "El presente cargo se hace y formula independientemente considerado de toda situación de hecho o de medio, es decir, del tema probatorio".

Transcribe luégo el artículo 28 de la Constitución y el ordinal 7º del 62 del Código Laboral, y comenta:

"El arresto o 'retención' de que trata el artículo 28 de la Carta, son iguales jurídicamente hablando. Esto fue lo que no vio el *ad-quem* y para plantear un sofisma de distracción cita los artículos 379 y 384 del C. P. P. como único recurso para poder confirmar una sentencia tan injurídica como la del *a-quo* y reforzar la misma.

"La disposición violada establece que 'el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aún por un tiempo menor cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato', es decir, la terminación de éste sin previo aviso.

"Se tiene entonces que para efectos del arresto correccional no es necesario que el patrono averigüe si fue o no fue justa la sanción que se le impuso al trabajador, porque quien debe responder por este abuso o extralimitación o injusticia, no es el empresario a cuyo servicio estaba el trabajador sancionado, sino el funcionario correspondiente dependiente de la administración pública, así sea el Primer Magistrado de la Nación. Al empresario le basta saber que el trabajador fue privado de su libertad —y en esto consiste la sanción, la privación de la libertad— que haya durado ocho días o más, o que siendo menor tal privación de la libertad, por arresto correccional, la causa de tal arresto sea por sí misma suficiente para justificar la extinción del contrato de trabajo.

"Es evidente que las causales de terminación que comprende el artículo 62 del C. S. T., son taxativas, esto tiene una aceptación general desde la vigencia de este estatuto. Pero, la ley no es letra muerta, ni en ella existe únicamente lo que el ad-quem le ha provocado ver. Tiene su contenido doctrinario y jurídico más amplio y más real conforme a lo que los romanos previeron en sus normas universales y eternas de interpretación de la norma general y abstracta.

"Es claro que si se está, como realmente se está ante un caso de arresto correccional, previsto, ordenado y aplicado por la norma Constitucional, tal circunstancia tiene y debe producir sus efectos en el tiempo y en el espacio.

"El error gravísimo del *ad-quem* es establecer una diferencia o clasificación entre arresto correccional y 'retención' de que trata el artículo 28 de la Carta, cuando tal diferencia, jurídi-

camente no se puede establecer, porque son igual cosa. La diferencia de denominación no afecta en nada, porque los efectos son los mismos, privación de la libertad. La detención preventiva o la retención no se pueden confundir con el arresto; esto también es claro, por lo ya visto hasta aquí. Pero, se trata simplemente de la retención' y arresto correccional.

"Para que se produzca un arresto o retención no se requiere que haya juicio, sumario, se requiere, al tenor del artículo 28 de la Carta que: a) Que haya graves motivos para temer perturbación del orden público; b) Que contra las personas contra quienes se haya ordenado la retención haya "graves indicios de que atentan contra la paz pública"; y c) Que antes de producirse la aprehensión para hacer efectiva la retención' o arresto correccional, haya habido concepto favorable del H. Consejo de Estado y del H. Consejo de Ministros. Entonces, se tiene que cuando la Rama del Poder Público denominada Ejecutivo, toma una medida de esta clase, no es porque las personas contra quienes va la aprehensión y la retención sean unos apóstoles del orden y de la corrección ciudadana, es porque contra ellos hay graves indicios, los cuales le han llegado al Poder Público por diversos medios informativos y generalmente por los servicios secretos oficiales y particulares. Y ante una amenaza de que se afecte el orden público, ninguna Rama del Poder Público puede permanecer inactiva para contrarrestar tales hechos, o mejor aún, preverlos y conjurarlos antes de que sea demasiado tarde. Y esto aún en el caso de que se trate de los denominados delitos políticos que se han convertido en una patente de corso para que el comunismo implante sus reales en nuestro suelo patrio impunemente.

"Una vez que se produce un hecho como el arresto correccional o la retención; ésta que se podría clasificar como una entidad superior al arresto, únicamente por el origen de la misma —la Constitución y practicada por el Presidente de la República— es de tal gravedad, que el empresario pierde la confianza de su trabajador y es apenas natural que así suceda, puesto que una persona contra la cual hay graves indicios de que atenta contra la paz y el orden público no es ninguna garantía para ningún empresario, ni mucho menos para una entidad oficial que está velando por la asistencia y salubridad pública del Departamento de Cundinamarca y que tiene su fuente de ingresos en cesión de impuestos que le ha hecho la Nación por intermedio de la entidad Departamental; es decir, viene a ser el Estado mismo el que por medio de uno de sus servidores es atacado o iba a ser atacado cuando su empleado es inculpado porque contra él hay graves indicios de que atenta contra el orden y la paz público".

A lo cual rearguye el apoderado del actor-opositor:

"A nadie se le escapa que cuando el legislador habla de 'detención preventiva' y 'arresto correccional' no está incluyendo otro fenómeno completamente distinto que el constituyente bautiza como 'aprehensión' y 'retención'. Tampoco podría incluírse, por ejemplo, la simple captura ilegal dentro de la enumeración taxativa. En consecuencia, el recurrente aplica a un caso (el despido del trabajador) tutelado por norma expresa, explícita y clara del Estatuto Laboral una disposición traída de un cuerpo diferente (la Constitución Nacional) que trata acerca de un instituto distinto.

"El propio artículo 18 del Código de la materia invoca su primera disposición para que sirva como herramienta interpretativa. El artículo 1º del citado cuerpo legal señala que su finalidad 'es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social'. No puede ser justo autorizar la ruptura de un contrato de trabajo con base en un hecho ajeno a la voluntad del asalariado, que, como después veremos, fue cumplido sin justificación alguna del funcionario. No existiría 'equilibrio social' si al trabajador se le sanciona por una conducta de la que no es responsable.

"Por ello, el legislador instituye como causa justa el 'arresto correccional' que significa, como precisaremos adelante, una sanción policiva grave por un mal comportamiento del trabajador. Y fue tan cuidadoso que, al incluír la 'detención preventiva' —que no constituye sanción—, le fijó una duración evidentemente prolongada (30 días), exceptuando de ella el evento de que 'posteriormente sea absuelto', ya que la absolución demuestra la inculpabilidad del asalariado y, por consiguiente, desdibuja cualquier responsabilidad en la detención cautelar.

"Sobra preguntar: Si el legislador elimina la justa causa cuando el trabajador es absuelto, por más que haya perdido la libertad durante un largo período, ¿cómo hubiera podido incluír la

retención del artículo 28, que es proferida sin pruebas, sin debate y por funcionarios ajenos a la rama jurisdiccional?

"Bien puede concluírse que, siendo taxativas las causales del artículo 62, es incorrecto adicionarlas como pretende el apoderado patronal.

. . . . . .

"2.—*Detención y arresto*

"El numeral 7 tantas veces mencionado erige tres causales para que el patrono pueda terminar en forma unilateral un contrato de trabajo. La primera es la '*detención preventiva*', del trabajador por más de treinta días, siempre que después no sea absuelto. La segunda, el *arresto correccional* 'que exceda de ocho días'. Y la tercera, el *arresto correccional* inferior a ocho días 'cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato'.

"Parece que la primera causal, suficientemente clara, no es discutible. Como bien lo indica el fallo de segunda instancia, se trata de una medida procesal prevista expresamente por los artículos 379 y 384 del C. de P. P. Según lo ha definido la Sala Penal del mismo Tribunal la detención 'emana de una providencia propiamente judicial, ejercida a nombre y representación del Estado, por un funcionario público que representa la potestad judicial' (C. P. "Justicia", Tomo 15 números 154-155, página 115).

"Puede describirla, entonces, como una providencia cautelar, dictada por funcionario judicial, en un proceso controvertido, cuando en él aparece una prueba mínima (declaración de testigo o indicio grave) de que una persona es autora o partícipe de una infracción al Código Penal. Como requisito formal, el legislador exige que conste en una providencia motivada (auto interlocutorio), en donde se puntualice el hecho que se investiga, los elementos probatorios de responsabilidad, su calificación legal, la pena prevista y los elementos que comprueban la existencia del hecho. Como se lee en sentencia de la Sala Penal de esa Corporación, 'la detención obedece principalmente a la necesidad de impedir que el culpable sea sustraído a la acción de la justicia' (XXXVI, 247), por lo cual no procede sino cuando la acción que se imputa tenga señalada pena de presidio o prisión, comoquiera que infracciones de menor importancia no sólo representan menor daño y peligro para la Sociedad, sino que se presume que el sindicado carezca de interés en burlar la ley.

". . . Mucho discute el recurrente sobre el segundo caso, es decir, el *arresto correccional*. Vale la pena anotar que nuestra legislación penal ha recogido la división bipartita de las infracciones, de origen italiano, clasificándolas en DELITOS y CONTRAVENCIONES (artículo 2 del Código). Para distinguir los unos de las otras, se acude a dos grupos de teorías, las subjetivas y las objetivas.

"Según los primeros, hay delito cuando interviene en la conducta un factor psíquico o moral (el dolo o la culpa), en tanto que para la contravención no es menester la imputabilidad volitiva, 'bastando solamente para integrarlas la simple acción u omisión', como las defiende el profesor Luis Carlos Pérez con apoyo en los artículos 12 y 13 del Estatuto Penal (Cr. DERECHO PENAL COLOMBIANO, Bogotá, 1959, Vol. IV, 175).

"Nuestra jurisprudencia, siguiendo en esto a Georges Vidal (ver Cours de Droit et de Science Penitenciare, París, 1935, páginas 500 y ss.), ha optado por la explicación objetiva, como se desprende del siguiente texto:

'Considera la Corte, de acuerdo con la comisión que elaboró el Código Penal, que el delito infringe determinado derecho, protegido con sanción penal, mientras que la contravención apenas viola una norma protectora del derecho penal, sin afectar directamente el derecho mismo, el homicidio y las lesiones personales quebrantan directa e inmediatamente el derecho a la vida o a la integridad personal y de consiguiente son delitos por definición; en cambio, el quebrantamiento de las reglas sobre tránsito. . . no es delito porque no viola directamente un derecho, pero se castiga como contravención porque infringe la norma que ampara de modo mediato aquellos derechos' (Cas., febrero 4 de 1944, LVII, 181).

"Pero, cualquiera que sea la solución porque se opte (subjetiva u objetiva) lo cierto es que la contravención es una *infracción* de la ley penal, realizada por un acto humano. A esta infracción sobreviene un castigo. Por eso, el artículo 2º del Código Penal dicta claramente que 'las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y contravenciones'. La infracción es, pues, un ataque —directo o indirecto, con voluntariedad o sin ella— a la libertad, que tiene como característica principal el que dicho ata-

que esté previsto en la ley como un acto antijurídico, sancionable penalmente.

"Es lo que los tratadistas han denominado el *objeto jurídico genérico* de la infracción; que no existe ella sin ley previa que la defina como tal. Es lo que recoge el principio básico del Derecho desde Beccaría, aplicable por extensión al acto contravencional: *nullum crimen sine lege*. No puede existir violación de la ley penal (delito o contravención) que no esté previamente determinada por el legislador. Así lo dispone categóricamente el artículo 1 del Estatuto Penal vigente cuando dice que "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no está expresamente previsto como INFRACCION por la ley vigente al tiempo que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella'. Lo que se condensa en el aforismo *nulla poena sine lege*.

"La propia Constitución Nacional, artículo 26, que tan ardientemente defiende el impugnador, ha venido repitiendo: 'Nadie podrá ser JUZGADO sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'. Esto último nos destaca el tercer canon fundamental del Derecho Penal, consignado en el principio '*nemo judex sine lege*', que significa que no puede imponerse sanción alguna sin ley procedimental que establezca el trámite del juicio. El artículo 1º del Código de Procedimiento Penal es perentorio al disponer: 'no se podrá imponer sanción alguna por infracción de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente'.

"Como ya hemos visto estas normas, de carácter general, no sólo abarcan los delitos propiamente dichos sino también las contravenciones. De ahí que los distintos Códigos de Policía definan dicha modalidad como violaciones de sus artículos o, usando la terminología del Código Policivo de Bogotá, 'las violaciones a este Código y a otros acuerdos que lo adicionen, en los que se establezcan penas, son *contravenciones* de policía local'. (Art. 39). Acogiendo la teoría subjetiva, el artículo 43 del mismo cuerpo legal precisa que 'en las contravenciones, la simple acción u omisión hace responsable al agente. . .'.

"De todo lo expuesto se deduce que para que haya *contravención* es menester una conducta que ataque, directa o indirectamente la libertad; que dicha conducta debe violar una norma de la ley penal, en este caso los Códigos de Policía; que para que sea sancionada se necesita expresamente una pena señalada por el legislador, y que, finalmente, esa pena debe imponerse a través de un proceso, cuyas ritualidades están previamente establecidas".

IV.—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tiene recibido la jurisprudencia que la enumeración de las justas causas de despido (arts. 62 y 63 del C.S.T.) es taxativa, y así lo acepta la propia entidad recurrente. Tampoco se discute que la causal invocada por ésta para la resiliación del contrato de trabajo con Lizarralde fue la contemplada en el ordinal 7º del artículo 62 citado, de cuyos tres supuestos (detención preventiva mayor de treinta días, arresto correccional mayor de ocho días y arresto correccional más breve pero por causa justificativa de la extinción del vínculo) escogió inequívocamente el segundo. Se trata entonces de saber si la "retención" autorizada por el artículo 28 de la Carta es un "arresto correccional", como sostiene la Beneficencia, o no lo es, según se afirma en la sentencia impugnada.

Que el arresto es una pena, lo define el artículo 41 del Código Penal, y que en este sentido lo toma la ley laboral emerge paladinamente, y con reiteración enfática, del mismo precepto discutido cuando le agrega el calificativo de "correccional" y alude a "la causa de la sanción". De donde si no hay infracción delictual o contravencional, ni investigación, ni defensa, ni proceso, ni decisión judicial o policiva, en un régimen de derecho, no podrá haber arresto correccional.

Ahora bien: la garantía constitucional del *habeas corpus* "no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y *retenidas*, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros (y audiencia del Consejo de Estado), las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". (C. N., arts. 28 y 122).

La aprehensión y retención aquí previstas no configuran ninguna pena, ni presuponen la prueba de una infracción, ni son el resultado de un proceso normal. Típicas medidas cautelares del orden público, para su imposición hasta la "orden" precedida del "dictamen de los Ministros"

y de la "audiencia del Consejo de Estado", sin que el concepto de ésta ni el dictamen de aquéllos obliguen al Gobierno. Es, pues, el Gobierno quien aprecia libremente la naturaleza y gravedad de los indicios que encuentre en cada caso para ordenar, mantener, prolongar y revocar la retención de una persona, sin más freno que la ulterior responsabilidad por un posible abuso.

Por consiguiente, la *retención* del trabajador, de orden del Gobierno, con apoyo en el artículo 28 de la Constitución, no es un "arresto correccional" para los efectos del ordinal 7º del artículo 62 del C. S. T.

¿Qué incidencia puede tener entonces aquella "retención" sobre el contrato de trabajo? A este interrogante responden el ordinal 1º del artículo 51 de dicho Código, que incluye la fuerza mayor entre las causales, también taxativas, de la suspensión, y el artículo 53, enunciativo de sus consecuencias jurídicas.

Los razonamientos anteriores permiten desestimar el cargo examinado.

A mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala 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 de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONSIGNACION JUDICIAL

Efecto liberatorio de la consignación judicial.—No puede cumplirse según la disposición clara del artículo 65 del C.S. del T. sino cuando ella se efectúa ante el juez, es decir, desde la fecha en que se entrega debidamente el título bancario de consignación a ese funcionario.—Inadmisibilidad de cargos que involucren conceptos de violación disímiles o que confundan la naturaleza de estos conceptos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., trece de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El señor CARLOS D. CRUZ recurrió en casación, por intermedio de apoderado, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Casación Laboral, en el juicio ordinario del recurrente contra ROBERTO VALENCIA FERRO. Igualmente el demandado en juicio interpuso el recurso extraordinario contra el fallo aludido.

La litis se trabó a raíz de la demanda formulada por Cruz contra Valencia Ferro con la pretensión de una condena por prestaciones, indemnizaciones y demás deudas de carácter laboral. Del juicio conoció en primera instancia el Juez Sexto del Trabajo de Bogotá, quien pronunció fallo condenatorio contra el demandado en relación con todos los pedimentos de la demanda. La sentencia del *ad-quem* modificó la de primer grado.

El demandante recurrente, por medio de apoderado, presentó en tiempo la correspondiente demanda y a las pretensiones de la misma formuló oposición la contraparte, en oportunidad. El demandado recurrente, mediante apoderado, también presentó demanda de casación dentro del término legal, y a ésta no hubo oposición.

Para la decisión que debe proferir la Corte, se examinan en su orden la sustentación del demandante recurrente y la oposición a la misma, y la demanda del demandado recurrente.

LA DEMANDA DEL DEMANDANTE RECURRENTE

Pretende éste que se case la sentencia del Tribunal para que se reforme en lo pertinente a efectos de que la Corte, en función de instancia, confirme el fallo de primer grado.

Fundamenta la acusación en la causal primera de casación del artículo 87 del C. S. del T. y la plantea mediante un solo cargo, en los siguientes términos:

"CARGO UNICO.—Acuso la sentencia recurrida por ser violatoria de la Ley Sustantiva por infracción directa (aplicación indebida) mediante error de hecho en la apreciación de las pruebas y por falta de apreciación de otras. Estas normas violadas son los artículos 48, 54, 64, 65, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 180, 182, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo".

El impugnador desarrolla el cargo mediante el tratamiento separado de cada uno de los puntos litigiosos, en el siguiente orden: a) Contrato de Trabajo; b) Lucro cesante; c) Prima de servicios; d) Cesantía; e) Dominicales y Festivos; f) Salarios caídos.

En cuanto al primer punto, el acusador expresa que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alfonso Gaitán y como consecuencia cometió el error de hecho de no dar por demostrado que el demandante entró a servir al patrono el día ocho (8) de septiembre de 1953. Agrega que está probado que el trabajador prestó sus servicios hasta el 31 de julio de 1954 y que "igualmente incurrió en error de hecho por mala apreciación de las pruebas el H. Tribunal Superior al establecer el salario del trabajador Cruz, el cual fue probado

en la cantidad de $ 250.00, habiendo fijado la segunda instancia tal salario en la cantidad de $ 220.00 sin motivo alguno para ello". Sólo señala, así, concretamente error de hecho derivado de la no apreciación de los testimonios citados. Lo demás apenas son alusiones generales a "mala apreciación de pruebas".

Respecto de los otros puntos, en el examen que de ellos hace el impugnador presenta un planteamiento general de "falta de apreciación de pruebas", de "error de hecho en la apreciación de pruebas" y "falta de apreciación de otras" y en lo relativo a "dominicales y festivos" indica nuevamente que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alfonso Gaitán. Finalmente, en lo tocante a indemnización moratoria ("salarios caídos") dice el demandante recurrente que el Tribunal revocó la condena proferida por el *a-quo*, por haber dado valor probatorio a la copia de la diligencia de consignación efectuada ante el Juzgado Tercero del Trabajo, cuando en ella figura "Carlos E. Cruz" y no Carlos D. Cruz, verdadero nombre del actor. Con lo cual se ha burlado la Ley.

Termina el recurrente su acusación sobre este último aspecto en los siguientes términos:

"Lo expresado supra es suficiente para demostrar la violación de la Ley sustantiva por infracción directa del artículo 65 del C. S. T. mediante error de hecho en la apreciación de las pruebas respectivas".

La oposición, por su parte, ataca fundamentalmente la demanda por falta de técnica.

Se considera:

Como puede verse, el planteamiento de la acusación por medio del cargo único que formula el demandante recurrente, carece de la técnica exigida para la demanda de casación. En efecto, se basa en la "infracción directa (aplicación indebida)" de la ley sustancial, pero señalada como consecuencia de "error de hecho en la apreciación de las pruebas y por falta de apreciación de otras". Y en el desenvolvimiento de la impugnación se encuentra que el fallo del *ad-quem* se ataca por haber violado las normas legales por falta de apreciación de pruebas o errónea apreciación de medios probatorios. Y después de este desarrollo, al finalizar, se habla, en cuanto al quebrantamiento del artículo 65 del C. S. del T., de "infracción directa" como resultado de las fallas en la estimación de los elementos probatorios.

Esta presentación del cargo no tiene recibo dentro de una demanda de casación, porque hace una mezcla de los conceptos de violación que se presentan por vía directa, es decir, sin que medien cuestiones de hecho determinantes de la violación legal, con el quebrantamiento de la ley sustancial por vía indirecta, es decir, a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Sobre este punto ha sido permanente la jurisprudencia de la Corte en el sentido de no dar valor a la presentación de cargos dentro de una demanda de casación que involucren conceptos de violación disímiles, o que confundan la naturaleza de estos conceptos. En el presente caso, si el quebrantamiento de la ley sustancial se pretende de ocurrida como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de elementos de prueba, no puede calificarse tal quebrantamiento como una infracción directa, concepto en el cual no entran en juego las cuestiones probatorias, pues él indica una relación inmediata entre la sentencia y la ley. La circunstancia de que se haya colocado entre un paréntesis el concepto de la aplicación indebida, no aclara sino que confunde el planteamiento de la acusación.

Lo anterior es suficiente para desechar el cargo, pero conviene agregar que la demostración que pretende hacerse al tocar cada punto litigioso presenta la grave falla de que, con excepción de tres cuestiones en que se señalan algunas pruebas en concreto, dos testimonios y un documento, se hace alusión general a la falta de apreciación de pruebas o a mala estimación de ellas sin singularizar éstas y sin demostrar el error. Por otro lado, se encuentra que cuando el acusador señala en relación con el contrato de trabajo y con los "dominicales y festivos", que el Tribunal no apreció los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alfonso Gaitán, el texto de la decisión del *ad-quem* demuestra lo contrario, pues lo que ocurrió fue que, analizados esos testimonios, el fallador les dio el valor que consideró tenían, y en esta valoración no incurrió en error ostensible alguno, por lo cual ella es intocable en casación. Igualmente dio un valor a las copias sobre consignación hechas por el patrono en favor del trabajador demandante, para los efectos de establecer la buena fe patronal en la no cancelación de las deudas laborales a partir de la fecha de la consignación. Y en ese campo el fallador de instancia tiene un margen amplí-

simo de apreciación respecto de ese factor subjetivo, que la Corte no puede invadir, salvo error manifiesto. Que no se precisa por una equivocación en una de las letras que componen el nombre completo del trabajador, susceptible de enmendarse.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

LA ACUSACION DEL DEMANDADO RECURRENTE

En la sustentación del demandado recurrente solicita la casación parcial de la sentencia del *ad-quem*, para que la Corte, como Tribunal de instancia, absuelva de las condenas relativas a auxilio de cesantía, lucro cesante y "salarios caídos". Y en busca de su propósito acusa la sentencia recurrida mediante tres cargos basados en la causal primera del artículo 87 del C. S. del T., que se estudian a continuación.

PRIMER CARGO

Contiene la acusación de aplicar indebidamente los artículos 23, 64 y 249 del C. S. del T. "a consecuencia de error evidente de hecho por errónea apreciación de las siguientes pruebas: a).—De la declaración rendida por el señor Jesús Marulanda (fl. 141); y b).—De la confesión en posiciones hecha por el demandante Carlos Cruz (fl. 116)".

El impugnador manifiesta que la errónea apreciación de las pruebas indicadas consistió en que, cuando el mismo Tribunal reconoce que el testigo Marulanda no precisa fecha de entrada de Cruz y sólo éste en la absolución de posiciones expresa que su ingreso ocurrió el ocho (8) de diciembre de 1963, el *ad-quem* da por demostrado el ingreso del trabajador en el día anotado. Sobre tales pruebas no podía darse por demostrado el tiempo de servicios, elemento que indica como esencial del contrato de trabajo, sin el que éste no puede existir, con lo cual, al darle por demostrado el Tribunal, violó el artículo 23 del C. S. T.

Se considera:

El *ad-quem*, en la motivación de su fallo, dijo respecto del tiempo de servicios y su prueba, después de considerar que los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alonso Gaitán son confusos en cuanto se refiere a la fecha de ingreso de Cruz:

"En cambio, el señor Jesús Marulanda, cuyo testimonio se acoge por no estar probada en forma alguna la tacha propuesta, afirma que Cruz comenzó a trabajar en los primeros días de diciembre de 1953.—El propio actor confesó en posiciones (fl. 116 del C. Nº 1º) que él había comenzado a prestar servicios a Valencia el 8 de diciembre de 1953, por lo cual se ha de tomar esta fecha como la inicial de la relación de trabajo".

Se encuentra, pues, que el fallador tomó la fecha de iniciación del contrato de la declaración del testigo Marulanda, y aunque ella aparezca en las consideraciones del fallador armonizada con la afirmación del demandante, es el testimonio del tercero el elemento probatorio que lleva la convicción al juicio del Tribunal, dentro de un proceso crítico. Y la aplicación del principio de la persuasión racional del artículo 61 del C. de P. L., no puede calificarse como un error de apreciación sino como una valoración dentro de la libre formación del convencimiento en virtud del análisis de las pruebas.

No existiendo, entonces, el error probatorio anotado en la demanda, no se produjo la violación consecuencial de la Ley. El cargo no prospera, en consecuencia.

SEGUNDO CARGO

Se presenta en los siguientes términos: "Acuso la sentencia recurrida como violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del Trabajo".

La demostración de este cargo se pretende así: "Sabido es que la indemnización moratoria que consagra el artículo 65 del C. S. del Trabajo está condicionada en cuanto a su precedencia como condena, a la buena o mala fe patronal. Si el patrono consigna de buena fe lo que cree deber, queda relevado del pago de dicha indemnización. En el presente caso, el demandado consignó desde el 12 de enero de 1955 lo que creía deber. Sin embargo, su buena fe como consignante no la tuvo en cuenta el sentenciador de segundo grado".

Se estudia:

Al decidir el punto relativo a la indemnización moratoria, el Tribunal formuló la siguiente motivación: "El retardo en efectuar la consignación ante la justicia laboral es sancionado con

un día de salario, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 65 del C. S. T. Por tanto, como a fol. 11 del cuaderno 3º aparece que se presentó la consignación de $ 200.00 ante el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo, el día 23 de septiembre de 1955, es el caso de condenar al demandado a pagar la correspondiente indemnización moratoria, a partir de la fecha de la terminación del contrato.—El demandado no demostró tener causa justificativa para demorar la consignación de lo que creyó deber.—Es de advertir que, aunque el título de consignación respectivo lleva fecha de enero 12 de 1955, la entrega del título a la justicia laboral sólo se llevó a efecto el 23 de septiembre de 1955 y por consiguiente es esta última fecha la que se tiene en cuenta según las voces del artículo 65 citado que implica que la consignación se presente al juzgado".

Se observa, sobre los términos transcritos, que el Tribunal no se ha equivocado respecto del sentido del mandato legal contenido en el artículo 65 del C. S. del T. Se ha referido a su contenido sin alterarlo en lo más mínimo en esa referencia, y no ha desconocido la interpretación que la jurisprudencia de la Corte le ha dado en cuanto condiciona su efectividad punitiva a la ausencia de buena fe patronal en el no pago de las obligaciones laborales. Tan sólo existe la aplicación del artículo de acuerdo con la demostración que hizo el patrono sobre la consignación ante el juez, de lo que creía deber al trabajador demandante, y es evidente que el efecto liberatorio de tal consignación no puede cumplirse, según la disposición clara de la norma, sino cuando ella se efectúe ante el juez, es decir, desde la fecha en que se entrega debidamente el título bancario de consignación a ese funcionario. Por consiguiente, no existió error de interpretación, porque no ha habido ninguna falla de criterio del juzgador *ad-quem* sobre el sentido de la disposición, y lo que hizo el Tribunal fue dar el valor probatorio correspondiente a la prueba de la consignación hecha por el patrono.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

Contiene éste la acusación de violarse por la sentencia, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. del Trabajo, como consecuencia de no haberse apreciado por el fallador *ad-quem* las pruebas sobre la diligencia de consignación efectuada por el patrono.

Se estudia:

Como ya se vio al considerar el cargo anterior, el Tribunal apreció la prueba de la consignación hecha por el patrono Valencia de lo que creía deber al trabajador Cruz, y a esa prueba le dio el valor correspondiente para que la consignación cumpliera efectos liberatorios a partir de la fecha en que se efectuó ante el funcionario judicial. Sí hubo, pues, apreciación de la prueba y, como se dijo antes, una apreciación correcta. Y como consecuencia, aplicó debidamente la norma legal.

El cargo no prospera.

Por lo visto, 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.

Costas a cargo de los recurrentes.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

Demostración de la calidad de sindicalizado.—Terminación unilateral de los contratos de trabajo.—El plazo de los contratos individuales de trabajo.—Cláusula de estabilidad.—Naturaleza del pago ordenado en el artículo 64 del C.S. del T.

1.—Tanto el despido súbito mediante simple preaviso de cuarenta y cinco días, como el acto patronal que impida la prórroga automática a raíz del vencimiento de cualquier semestre presuncional son modos o eventos extintivos del contrato (arts. 48, 49 y 61 del C.S. del T.). admitidos por la ley, pero excluídos por ella de la enumeración taxativa de las "justas causas" de resiliación (arts. 62 y 63 ibidem). Son, además, procedimientos encaminados a facilitar la ruptura del vínculo sin necesidad de invocar ningún otro determinante, o sea todo lo contrario de la estabilidad en el empleo condicionada a esas "justas causas"; donde rijan la cláusula de reserva y el plazo presuntivo laboral no habrá garantía **de estabilidad, pues aún en los casos en que el empresario no acostumbre utilizarlos, por su propio interés en conservar un personal idóneo, experimentado y eficiente, siempre tendrá la facultad de hacerlo cuando quiera.**

Siendo ello así, tampoco resulta equivocado sostener que la norma general de la ley confiere a los patronos el derecho de valerse, para la terminación unilateral de los contratos de trabajo, de cualquier medio, modo o motivo legal, hállese o nó clasificado entre las "justas causas"; como norma especial prevalece sobre la general por constituir una restricción voluntaria de aquel derecho patronal. De todos modos, cuando tal restricción se pacta, como en el caso de autos, en una convención colectiva, los términos de ésta sustituyen ipso-jure **las estipulaciones individuales menos favorables al trabajador.**

2.—Cuando se pacta la estabilidad en el empleo por un tiempo determinado, la violación de ese pacto por el empleador causa en favor del asalariado una indemnización equivalente a la remuneración que deja de percibir desde su despido ilegal hasta el vencimiento de la garantía de estabilidad, y nó únicamente hasta el vencimiento del plazo presuntivo del contrato individual.

3.—No resulta ostensiblemente equivocado atribuir a las partes que pactan la estabilidad en el trabajo hasta una fecha cierta, la intensión de asegurar la persistencia de los respectivos contratos individuales hasta esa misma fecha, lo que equivale a ponerles término fijo. Pues si el plazo contractual en las relaciones individuales de trabajo, sea fijo o presuntivo, significa una garantía temporal de la conservación del vínculo, es posible que el plazo de la cláusula de estabilidad estipulada en una convención colectiva signifique idéntica garantía para los contratos individuales regulados por ella, con las excepciones que su propio texto contemple, mientras esté vigente.

El término fijo de contrato de trabajo requiere para su validez la solemnidad de una constancia escrita (art. 46 del C.S. del T.) que desde luego puede figurar en el contrato individual, o en cualquier documento adicional, o en la convención o pacto colectivo; de donde, al reputarse demostrado ese término por cualquier medio de prueba distinto de su estipulación escrita, el error sería de derecho. (Art. 87 del C.P.L.).

4.—Repugna a la naturaleza indemnizatoria del pago ordenado en el art. 64 que no descuenten del respectivo cómputo cualesquiera retribuciones, anticipos o compensaciones salariales correspondientes al mismo período de tiempo a que se contraiga el lucro cesante. Si no obstante provenir de extraños debe descartarse "el valor de los salarios que devengue el trabajador con otro patrono durante el tiempo a que se refieren los salarios liquidados como indemnización" (casación de 18 de diciembre de 1953, 30 de abril de 1956, etc., a fortiori habrá de aplicarse la regla cuando provengan del propio condenado a reparar el perjuicio).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

La Sociedad "INGENIO CENTRAL DEL TOLIMA, S. A." fue demandada por su sindicato de base, por la vía ordinaria laboral, para que,

previa la declaración de que aquélla había violado una convención colectiva de trabajo al despedir sin justa causa a un grupo de trabajadores sindicalizados, se la condenara a pagarles a éstos la indemnización del lucro cesante y el daño emergente, y al propio sindicato "el valor de los daños y perjuicios". Los aludidos trabajadores, cuyos poderes para representarlos en el juicio exhibió la entidad actora, son *Humberto Chacón Gaitán, José Eduardo Moreno, Misael Avila, Jorge González, Israel Bernal A., Víctor A. Lara, José Antonio Rodríguez, Misael Gómez, Eduardo Callejas, Florentino Velásquez, Rafael Valderrama García, Marco Luis Guevara Manjarrés, Maximiliano Blanco Castro, José Antonio Camargo, Excelino Reyes Triana, Félix Segundo Sáenz Muñoz, Genisberto Olivares, Juan Rodríguez, Pablo Enrique Rojas, Alberto Lozano, Santiago Cardozo, Víctor M. Rondón, José E. Berríos, Luis Bentil Pinzón, Anguel María Carranza Ovalle, Jaime Saavedra, Juan de la Rosa Hernández, Yezid Rondón Jiménez* y *Leonardo Parra R.*

Como las partes litigantes admitieron que dichos trabajadores fueron despedidos en ejercicio de la cláusula de reserva consignada en sus contratos de trabajo, la controversia radicó principalmente en cuanto al alcance de la cláusula 6ª de la convención colectiva, que reza: "La empresa mantendrá la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado", y la 15ª que dispuso: "El presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960". Pues la primera estipulación, según el sindicato, dejó sin eficacia la cláusula de reserva, por lo que resultaron ilegales los despidos fundados en ella y, además, la segunda prolongó el término de los contratos individuales hasta la fecha allí indicada. Para la empresa, en cambio, tales estipulaciones no podían producir los efectos reclamados, en ningún caso, fuera de que la convención colectiva no les era aplicable a los mencionados trabajadores, de donde su despido mediante preaviso compensado fue legal.

El Juez del conocimiento, el civil del circuito de Ambalema, decidió la litis condenando a la empresa a pagar a cada uno de los despedidos, como indemnización del lucro cesante, $ 1.387.50, valor correspondiente a los salarios desde la fecha del despido hasta la del término de la convención colectiva. Apelada por la Sociedad esa decisión, fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué, cuya sentencia viene ahora acusada en casación por la misma sociedad.

Para motivar el pedimento de que se case el fallo de segunda instancia, se revoque el de primera y en su lugar se absuelva a la empresa, el personero judicial de ésta formula un solo cargo:

"La sentencia acusada viola por vía indirecta los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 48 (Decreto 616 de 1954, artículo 1º), 61, 377 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo al dejar de aplicarlos y los artículos 64, 467, 468, 470, 471 (Decreto 018 de 1958, artículo 2º) y 476 ibidem, al aplicarlos indebidamente, y por no aplicación de los artículos 1757 y 1760 del Código Civil, 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo, por haber incurrido el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué —Sala de Casación Laboral— en errores de derecho y de hecho ostensibles y de manifiesto en los autos provenientes de la apreciación equivocada de las pruebas que a continuación individualizo":

En seguida va citando y comentando las piezas procesales anunciadas. La copia de la convención colectiva de 1959, que tacha por ser "copia de copia", y por no constar la fecha de su depósito en el Ministerio del ramo; la certificación expedida por el presidente y el secretario del sindicato acerca de que los reclamantes eran afiliados a la organización, de la cual dice que no es el medio adecuado para probar su afiliación; el acta de inspección ocular sobre los libros del sindicato, en la que no se pudo establecer ni el carácter de sindicalizados que se atribuye a los reclamantes, ni sus cotizaciones a la entidad; los contratos escritos de trabajo, donde consta la cláusula de reserva; las posiciones de los trabajadores, salvo dos de ellos, en que admiten haber sido despedidos en uso de la cláusula de reserva y recibido el equivalente de los cuarenta y cinco días de preaviso; el certificado judicial sobre la consignación del equivalente del aludido preaviso para los dos trabajadores que se negaron a recibirlo, y unas copias tomadas de otro juicio laboral contra la misma empresa.

De todo lo cual se deduce:

"Los errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador de segundo grado al apreciar equivocadamente las pruebas ya individualizadas, consisten en:

"1).—Dar por demostrado, sin estarlo, la existencia de la Convención Colectiva por un medio no autorizado por la ley (copia de copia sin cons-

tancia o certificación de su depósito en el Ministerio del Trabajo dentro del término de quince días siguientes a la fecha de su firma).

"2).—Dar por demostrado, sin estarlo, que los trabajadores mencionados en la demanda y en cuyos nombres promovió el juicio el Sindicato demandante han sido y son socios activos de dicha organización obrera.

"3).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la mal llamada Convención Colectiva tenía vigencia en el momento en que fueron terminados los contratos individuales de los demandantes con el Ingenio Central del Tolima S. A. y que fue incumplida y violada por el Ingenio Central del Tolima S. A.

"4).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la mal llamada Convención Colectiva de que trata el documento visible a folios 38 a 42 del cuaderno número 1º del expediente abolió la cláusula de reserva y el plazo presuntivo de los contratos individuales de trabajo que vinculaba a los demandantes con la Sociedad Ingenio Central del Tolima S. A. y que los que existían entre los litigantes quedaron convertidos en de plazo fijo hasta el 30 de septiembre de 1960.

"5).—No dar por demostrado, estándolo, que las relaciones contractuales entre las partes estaban regidas por los contratos individuales de trabajo suscritos entre cada uno de los trabajadores reclamantes y la empresa demandada y que obran en autos.

"6).—No dar por demostrado, estándolo, que los contratos individuales de trabajo suscritos por las partes litigantes y que obran a folios 5 a 32 y 53 a 139 del cuaderno número 1º del expediente terminaron legalmente el día 25 de marzo de 1960 por decisión unilateral de la Sociedad demandada y mediante aplicación de la cláusula de reserva.

"7).—No dar por demostrado, estándolo, que la Sociedad Ingenio Central del Tolima S. A., mediante aplicación de la cláusula de reserva consignada en cada uno de los contratos individuales de trabajo, pagó a los demandantes por concepto de 45 días de preaviso las siguientes cantidades: $ 379.80 a Humberto Chacón Gaitán; $ 413.15 a Eduardo Moreno; $ 371.25 a Misael Avila; $ 394.60 a Jorge González Lerma; $ 416.50 a Israel Bernal; $ 388.85 a Víctor A. Lara; $ 381.10 a Antonio Rodríguez; $ 403.30 a Misael Gómez; $ 415.35 a Eduardo Callejas; $ 372.85 a Florentino Velásquez; $ 495.10 a Rafael Valderrama; $ 383.70 a Marco Luis Guevara; $ 389.55 a Maximiliano Blanco; $ 402.15 a José Antonio Camargo; $ 368.80 a Excelino Reyes; $ 555.55 a Félix Sáenz; $ 390.65 a Genisberto Oliveros; $ 405.65 a Juan Rodríguez; $ 381.05 a Pablo Emilio Rojas; $ 391.60 a Alberto Lozano; $ 527.75 a Santiago Cardozo; $ 377.00 a Víctor M. Rondón; $ 563.30 a José E. Berríos; $ 400.85 a Luis Gentil Pinzón; $ 407.85 a Angel M. Carranza; $ 427.30 a Jaime Saavedra; $ 527.20 a Juan de la R. Hernández; $ 459.40 a Yezid Rondón; $ 412.80 a Leonardo Parra R.

"8).—No dar por demostrado, estándolo, que los contratos individuales de trabajo que vincularon a los litigantes consignan el plazo indeterminado y la facultad para las partes de terminarlos en cualquier tiempo mediante preaviso o desahucio con antelación no inferior a 45 días o el pago por la empresa del valor de los salarios correspondientes a 45 días.

"9).—No dar por demostrado, estándolo, que las partes no sustituyeron por ningún medio las cláusulas de los contratos individuales de trabajo suscritos entre ellas y que obran en autos".

Y concluye así el impugnante su alegación:

"Sobre el falso supuesto de que la Convención Colectiva (cuya vigencia no aparece demostrada por omisión de los requisitos de forma establecidos por la ley) sustituyó la cláusula de reserva de terminación unilateral de cada uno de los contratos individuales de trabajo suscritos entre el INGENIO CENTRAL DEL TOLIMA S. A. y los demandantes y convirtió a los citados contratos en de duración determinada o plazo fijo hasta el 30 de septiembre de 1960 y que la Sociedad demandada no aplicó dicha cláusula cuando comunicó por escrito su decisión de terminarlos y pagó en dinero lo correspondiente a 45 días de salario por concepto de preaviso y que los reclamantes pertenecían al Sindicato en su condición de socios activos, el H. Tribunal dejó de aplicar los artículos 48 (Decreto 616 de 1954, artículo 1º), 61, 377 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo que hablan, respectivamente, de la validez de la cláusula de reserva pactada en los contratos individuales escritos de duración indefinida, de la terminación legal de los contratos, de la prueba del cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias por parte del Sindicato y de los requisitos que deben llenarse para que la Convención Colectiva produzca efectos jurídicos; y aplicó indebidamente los

preceptos legales sustantivos contenidos en los artículos 64, 66, 467, 468, 470, 471 (Decreto 018 de 1958, artículo 2º) y 476 del mismo Código Sustantivo del Trabajo que tratan, respectivamente, de la condición resolutoria de los contratos de trabajo y la indemnización de perjuicios por su incumplimiento, de la manifestación del motivo de la terminación unilateral de los mismos, de la definición de Convención Colectiva, de su contenido, su campo de aplicación, su extensión a terceros y de las acciones de los trabajadores obligados por la Convención para exigir su cumplimiento o el pago de los daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento les ocasione un perjuicio individual. Y dejó de aplicar los artículos 1.757 del Código Civil y 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo que consagran, respectivamente, la carga de la prueba al actor y los medios probatorios admisibles".

SE CONSIDERA:

De los errores atribuídos a la sentencia, el acusador reputa *de derecho* el primero: "El error de derecho —dice— en que incurrió el juzgador de segunda instancia consiste, pues, en dar por establecida la existencia de una convención colectiva entre las partes contendientes con un medio probatorio no autorizado por la ley". Y el segundo, al comentar el certificado del presidente y el secretario del sindicato: "El juzgador de segunda instancia le da valor de plena prueba a esta certificación, sin reparar en que la ley ha establecido un medio distinto para demostrar que los reclamantes fueron admitidos como socios del sindicato demandante, cual es el de la copia de la parte pertinente del acta de la sesión en que tal hecho hubiese ocurrido, con lo cual incurre en error de derecho ostensible". Por exclusión, puede admitirse que entiende los restantes errores como *de hecho*.

Del examen de todos ellos, resulta:

I.—LA CONVENCION COLECTIVA

No fueron objeto del debate en la primera instancia la autenticidad de la copia de la Convención Colectiva de 1959, acompañada a su libelo inicial por el sindicato, ni la fecha del depósito de un ejemplar de la misma ante el Ministerio del Trabajo. Por el contrario, al descorrer el traslado de la demanda, la empresa se apoyó en los términos de tal convención para sostener que ella se reservó expresamente el derecho a cambiar los cultivos de sus terrenos; que "cuando se habla de estabilidad en el empleo se quiere significar que el patrono no despedirá sin justa causa al empleado para reemplazarlo por otro"; que "la cláusula sexta de la Convención Colectiva de Trabajo no convirtió los plazos indefinidos en plazos determinados"; que "ni la cláusula de reserva ni el plazo presuntivo fueron abolidos o ampliados por voluntad o decisión de las partes", y que "en la Convención Colectiva tantas veces mencionada no se modificaron los plazos pactados en los contratos individuales en forma expresa" ni "nada se dijo de esta materia por cuanto ni siquiera se discutió en el curso de las conversaciones que culminaron con la firma de aquella convención".

Tampoco en la segunda instancia cambió la orientación de la defensa, y al sustentar ante el Tribunal la apelación del fallo de primer grado, el vocero de la empresa insistió en sus tesis sobre interpretación y alcance de la Convención Colectiva, sin desconocer su existencia procesal ni su fuerza obligatoria: alegó entonces, principalmente, que en la referida convención se omitió indicar la responsabilidad que entrañara su incumplimiento, de donde "no es dable sacar de un pacto colectivo consecuencias que el mismo pacto no previó para su violación"; que "de ninguna manera debe entenderse como plazo pactado de duración del contrato individual del trabajo el señalado para la convención colectiva, porque el pacto colectivo no es contrato y la relación *intuitu-personae* entre el asalariado y el empresario sí reúnen los elementos que definen esta figura jurídica; que en la condición 15ª de la Convención Colectiva se encuentra estipulado que "el presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960", pero ello no significa que los contratos individuales de trabajo tendrán como duración el término fijado a la Convención"; que "la estabilidad no es una condición sino una garantía reservada para los sindicalizados; que la condición es normativa y como tal obliga, a tiempo que la garantía es protestativa y carece de fuerza legal compulsiva, y de otro lado la estabilidad se refiere al término de la duración del contrato individual de trabajo, en tanto que la condición se refiere al término de duración del pacto o convención".

Y si es verdad que al finalizar ese interesante alegato el abogado de la empresa toca de modo tangencial el aspecto de la prueba de la convención, no lo hace en relación con el documento de autos, para tachar su autenticidad o la omisión de su depósito, sino que se circunscribe a

otra convención anterior, en la cual ve la base de la llamada convención única, conforme al Decreto 904 de 1951, afirmando: "No aparece en el expediente la prueba de la existencia de la primera Convención citada o sea la de 1952", tema éste que no vuelve a plantearse en casación.

Así las cosas, el reparo respecto de la "copia de copia" de la convención de 1959 (desvirtuado, además, por la constancia —"es fiel copia"— suscrita y sellada por el Secretario de la División de Asuntos Industriales del Ministerio del ramo) y el problema de la fecha en que se haya hecho el depósito exigido por el artículo 469 del C. S. T., sólo se han suscitado ante la Corte. Constituyen, pues, típicos medios nuevos y, como tales, inadmisibles en esta sede.

II.—LA APLICACION SINDICAL

Tanto por el texto de la ameritada estipulación convencional ("La empresa mantendrá la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado") como por virtud del ordenamiento contenido en el Decreto 18 de 1958 ("la Convención colectiva que celebre un sindicato sólo se aplica a sus afiliados"), pesaba sobre la parte actora en el presente juicio la carga de probar que los trabajadores reclamantes eran miembros del sindicato.

Desde luego, el certificado suscrito por el presidente y el secretario de la organización, que el recurrente señala como mal apreciado, no es un medio probatorio admitido por la ley procesal si emana de particulares extraños al juicio, pues había necesitado reiteración pormenorizada bajo juramento para estimarse declaración de testigos, y si se le atribuye al propio sindicato demandante, la manifestación de un litigante sólo hace fe en cuanto lo perjudique.

Pero la sentencia impugnada ni siquiera menciona dicho certificado. El Tribunal da por establecido que los trabajadores reclamantes eran sindicalizados, sin indicar el fundamento de su convicción. Sin embargo, como el *a-quo* sí relaciona aquel documento al motivar su fallo, para deducir: "quedando así probada... la sindicalización de los peticionarios", y el *ad-quem* confirma su decisión, cabe suponer que el último prohija igualmente la equivocada motivación del inferior.

¿Podrá entonces hablarse de "error de derecho" en relación con este aspecto de la litis, como lo hace el casacionista? Según el artículo 87 del C. P. L., "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto". Falta ver si la ley laboral tiene prescrita determinada solemnidad para la validez del ingreso a un sindicato y de la permanencia en su seno, o para la prueba de esas circunstancias.

El precepto que el acusador invoca, el artículo 377 del C. S. T., exige la "copia de la parte pertinente del acta de la respectiva reunión" para acreditar el cumplimiento de los actos privativos de la asamblea sindical y "de las demás disposiciones legales o estatutarias que requieran un procedimiento especial o una mayoría determinada". Pero de su solo texto no aparece que la afiliación de los socios y el mantenimiento de su calidad de tales queden allí incluídos; para que la proposición jurídica fuera completa, ha debido señalarse la norma que ordene el procedimiento especial de ingreso al sindicato, y su prueba específica, si acaso existe, pues las peculiaridades del recurso impiden a la Sala investigar de oficio.

Por lo demás, no se advierte prima facie, salvo cuando se controvierta como cuestión fundamental el acto mismo de la admisión de un socio por la asamblea o la junta directiva del sindicato, por qué la calidad de sindicalizado no pueda demostrarse mediante confesión de la contraparte, o la inscripción en el libro de afiliados requerido por la ley, o los comprobantes de pago de las cotizaciones respectivas, o una certificación de los organismos oficiales encargados del control sindical, etc. Diversidad de medios probatorios que sería inconciliable con la supuesta solemnidad requerida por la ley "ad sustantiam actus".

III.—LOS ERRORES DE HECHO

No habiéndose demostrado por el acusador los dos primeros "errores", que estimó "de derecho", quedan en pie la Convención Colectiva de Trabajo, cuya copia obra en autos y la condición de miembros del sindicato pactante que tenían los trabajadores despedidos por el Ingenio.

De los siete "errores de hecho", ya copiados, que se atribuyen al sentenciador, conviene hacer dos grupos: los que se concretan a aspectos

puramente fácticos (ordinales 3, 5, 6, 7 y 8) y los que se refieren a la interpretación o alcance de ciertas voces de la Convención sobre "estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado, sin perjuicio de las justas causas de despido", hasta el 30 de septiembre de 1960, frente a la cláusula de reserva estipulada por escrito en los contratos individuales y el plazo presuntivo de los mismos (ordinales 4 y 9).

En lo atinente al primer grupo, se observa:

Ordinal 3).—Los despidos sub-lite se hicieron efectivos el 25 de marzo de 1960 (fs. 53 a 138), y la cláusula décimaquinta de la Convención reza: "El presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960". No es evidente entonces que la Convención no rigiera cuando se efectuaron los despidos.

Ordinal 5).—La sentencia no desconoce la existencia procesal de los contratos escritos de trabajo y alude claramente a ellos en su parte motiva.

Ordinal 6).—Tampoco niega el fallador que los mencionados contratos expiraron el 25 de marzo de 1960, pues al confirmar la condena por indemnización del lucro cesante a partir del 26 de los mismos mes y año admite que fue aquélla la fecha de su extinción; y lejos de rechazar que la empresa efectuó los despidos aplicando las cláusula de reserva, lo reitera al argüir, en apoyo de dicha condena, la inaplicabilidad de esa cláusula por haber sido derogada convencionalmente.

Ordinal 7).—En cambio, es notorio que el Tribunal, en la motivación del fallo recurrido, no comenta el hecho de que los reclamantes recibieron determinadas sumas a título del preaviso de cuarenta y cinco días, ni hace la menor alusión a las pruebas que lo acreditan, singularizadas en el cargo, ni al decidir descuenta esos valores del lucro cesante. Y aunque transcribe apartes de otra sentencia, dictada en un juicio distinto contra la misma empresa, en donde se lee que "tiene toda la razón el *a-quo* cuando condenó al pago de los salarios dejados de percibir, previo el descuento para cada uno de ellos de la suma recibida por preaviso", se está refiriendo a otros acreedores colocados en una situación procesal diversa, pues en la de autos el *a-quo* no ordenó el previo descuento mencionado, omisión que el *ad-quem* cohonesta al confirmar el proveído de primera instancia. El error de hecho así configurado es protuberante.

Ordinal 8).—Como el sentenciador sostiene que la estabilidad pactada en la Convención Colectiva derogó la cláusula de reserva y el plazo presuntivo de los contratos individuales de trabajo, no aparece de manifiesto que haya ignorado la incorporación inicial de ambas modalidades en tales contratos, pues sólo es susceptible de derogación lo preexistente. Fuera de que, requiriendo la cláusula de reserva la solemnidad de la escritura (art. 48 del C.S.T.), el error vinculado a su demostración en juicio sería de derecho y no de hecho.

IV.—LA CLAUSULA DE ESTABILIDAD

Como introducción al segundo grupo de los pretendidos errores de hecho, cabe tomar el siguiente párrafo del escrito acusatorio:

"Si se estudian en conjunto las cláusulas sexta, décimaquinta y la reserva dejada por la empresa de que mantendrá la facultad de convertir o cambiar sus cultivos, consignadas en la mal llamada convención colectiva, sin necesidad de un mayor esfuerzo para entenderlas encontraremos que las partes no manifestaron en forma alguna su propósito de abolir la cláusula de reserva ni el plazo presuntivo ni de señalar duración fija o determinada hasta el 30 de septiembre de 1960 para todos los contratos individuales de trabajo del personal sindicalizado".

Por tanto, los errores numerados bajo los ordinales 4) y 9) en el mismo escrito son derivados por el impugnante de la interpretación que el Tribunal les dio a las mencionadas estipulaciones de la convención colectiva, las cuales rezan textualmente:

"SEXTA. La empresa mantendrá la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado, sin perjuicio de las justas causas de despidos, y demandará buen trato a los trabajadores por parte del personal directivo, como lo ha venido haciendo".

"DECIMAQUINTA. El presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960".

"La empresa anuncia a los trabajadores que proyecta efectuar un cambio o conversión de cultivos en PAJONALES y hace expresa reserva de la libertad que tiene para ello".

Y al respecto, se lee en la sentencia acusada:

"Es bien sabido, y así lo dice el juez del conocimiento, que la ley especial prefiere a la general en todos los casos. Comoquiera que se ha

aceptado desde el punto de vista doctrinario que la Convención Colectiva de Trabajo se sale de los ámbitos del derecho privado y se pasa al campo estrictamente legal, pues se trata de una norma creadora del derecho, debe concluírse lógicamente que dicho principio de interpretación legal es válido en el presente caso. Así las cosas, la cláusula de reserva y el plazo presuntivo del contrato individual de trabajo, como normas generales, quedaron derogadas en relación con la empresa del ingenio azucarero de Pajonales y los trabajadores afiliados al sindicato de la misma por la ley especial dictada por las partes y contenida en el contrato que ellas mismas firmaron para que se aplicara a las relaciones de la empresa con sus trabajadores".

El fallador, en vez de acudir sencillamente a los artículos 16, 21, 43 y 467 del C. S. T. que ordenan aplicar las normas de la Convención Colectiva a los contratos de trabajo "vigentes o en curso", de preferencia a las estipulaciones de estos últimos, en cuanto aquéllas sean más favorables al trabajador, sigue otro camino (a través de la teoría del contrato-ley, que permite adoptar las reglas del Código Civil sobre interpretación legislativa) para llegar a la misma conclusión a que conducen aquellos preceptos. Es decir, a la de que la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, como presupuestos de expiración legal de los contratos individuales de trabajo, dejan de regir mientras esté vigente una cláusula de estabilidad convencional referida expresamente a las "justas causas" de despido.

La conclusión es inobjetable. Tanto el despido súbito mediante simple preaviso de cuarenta y cinco días como el acto patronal que impida la prórroga automática a raíz del vencimiento de cualquier semestre presuncional son modos o eventos extintivos del contrato (arts. 48, 49 y 61 del C.S.T.), admitidos por la ley, pero excluídos por ella de la enumeración taxativa de las "justas causas" de resiliación (arts. 62 y 63 ibidem). Son, además, procedimientos encaminados a facilitar la ruptura del vínculo sin necesidad de invocar ningún otro determinante, o sea todo lo contrario de la estabilidad en el empleo condicionada a esas "justas causas": donde rijan la cláusula de reserva y el plazo presuntivo laboral no habrá *garantía* de estabilidad, pues aún en los casos en que el empresario no acostumbra utilizarlos, por su propio interés en conservar un personal idóneo, experimentado y eficiente, siempre tendrá la facultad de hacerlo cuando quiera.

Siendo ello así, tampoco resulta equivocado sostener que la norma general de la ley confiere a los patronos el derecho a valerse, para la terminación unilateral de los contratos de trabajo, de cualquier medio, modo o motivo legal, hállese o no clasificado entre las "justas causas" y que el compromiso asumido por el Ingenio Central del Tolima, en el sentido de "mantener la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado, sin perjuicio de las justas causas de despido", como norma especial prevalece sobre la general por constituír una restricción voluntaria de aquel derecho patronal. De todos modos, cuando tal restricción se pacta, como en el caso de autos, en una convención colectiva, los términos de ésta sustituyen *ipso-jure* las estipulaciones individuales menos favorables al trabajor.

No incurrió, pues, el Tribunal en el error de apreciación que se le imputa, y obró rectamente al deducir de esas premisas que fueron ilegales los despidos para los cuales, como único fundamento, se invocó una estipulación insubsistente: la cláusula de reserva.

V.—EL PLAZO DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES

En la frase final del mismo ordinal 4) insiste el casacionista en que, por estimar equivocadamente la Convención Colectiva, el sentenciador dio "por demostrado, sin estarlo..., que los contratos individuales de trabajo que existían entre los litigantes quedaron convertidos en de plazo fijo hasta el 30 de septiembre de 1960", fecha hasta la cual computó el tiempo faltante para efectos de la indemnización de los trabajadores despedidos.

Sobre el particular se lee en el fallo acusado:

"Comoquiera que los derechos del trabajador frente al patrono son irrenunciables, tiene toda la razón el *a-quo* cuando condenó al pago de los salarios dejados de percibir".

Y la condena aludida fue así motivada por el juez del conocimiento:

"Violada la estabilidad pactada en la convención colectiva, surge la obligación por parte del patrono de pagar como indemnización el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el término durante el cual debía regir el convenio en referencia". O sea, el término de la convención colectiva y no el de los contratos individuales.

Hasta aquí no aparece la supuesta afirmación de que el plazo de estos últimos se hubiera convertido en "fijo hasta el 30 de septiembre de 1960". Más bien se encuentra implícita la tesis de que, cuando se pacta la estabilidad en el empleo por un tiempo determinado, la violación de ese pacto por el empleador causa en favor del asalariado una indemnización equivalente a la remuneración que deja de percibir desde su despido ilegal hasta el vencimiento de la garantía de estabilidad, y no únicamente hasta el vencimiento del plazo presuntivo del contrato individual.

Este importante planteamiento jurídico no es objeto de ataque en el recurso, pues nada tendría que ver con el error de hecho alegado por el acusador.

Pero el *ad-quem* agrega:

"En el alegato presentado ante este Tribunal el (recurrente) dice que no puede haber lugar a indemnización por el incumplimiento en el pacto colectivo de trabajo porque dicha indemnización no estaba prevista. El razonamiento es sofístico, ya que no se puede perder de vista (que) en virtud de la Convención Colectiva los contratos individuales de trabajo quedaban prorrogados. La indemnización, por otra parte, es completamente viable, porque para demostrar el perjuicio solamente se necesitaba acompañar la prueba del despido antes del vencimiento de la cláusula de estabilidad".

Aunque el último párrafo es una reiteración de la tesis arriba mencionada, y no impugnada, ya que se habla también de una *prórroga* de los contratos individuales, que debe entenderse naturalmente hasta el término de la Convención, con lo cual el plazo de aquéllos se hace coincidir con el de ésta.

Sin embargo, no resulta ostensiblemente equivocado atribuír a las partes que pactan la estabilidad en el trabajo hasta una fecha cierta, la intención de asegurar la persistencia de los respectivos contratos individuales hasta esa misma fecha, lo que equivale a ponerles término fijo. Pues si el plazo contractual en las relaciones individuales de trabajo, sea fijo o presuntivo, significa una garantía temporal de la conservación del vínculo, es posible que el plazo de la cláusula de estabilidad estipulada en una Convención Colectiva signifique idéntica garantía para los contratos individuales regulados por ella, con las excepciones que su propio texto contemple, mientras está vigente.

De otro lado, en el supuesto de que esta apreciación de la Convención de autos fuera evidentemente errónea, el error no sería de hecho, como lo califica el recurrente. Porque el término fijo del contrato de trabajo requiere para su validez la solemnidad de una constancia escrita (art. 46 del C.S.T.), que desde luego puede figurar en el contrato individual, o en cualquier documento adicional, o en la convención o pacto colectivo; de donde, al reputarse demostrado ese término por cualquier medio de prueba distinto de su estipulación escrita, el error sería de derecho (art. 87 del C.P.L.).

VI.—CONCLUSIONES

Del análisis anterior se concluye que el Tribunal no cometió los errores de hecho y de derecho a que el cargo se contrae, salvo el señalado bajo el ordinal 7) del escrito acusatorio, ese sí evidente.

En cuanto a los preceptos legales infringidos, por consecuencia de dicho error, y el concepto de su violación, sin mucho esfuerzo cabe entresacar de la enumeración que el mismo cargo contiene y que ya se transcribió, el artículo 64 del C. S. T. como indebidamente aplicado, en relación con el 48 ibidem, a los cuales se refiere inequívocamente el casacionista en su consideración final:

"Y si, en gracia de discusión, pudiera admitirse que en autos aparece la prueba idónea y eficaz de la Convención Colectiva y de su vigencia, así como de la afiliación de los reclamantes al Sindicato, el H. Tribunal ha debido modificar la sentencia de primera instancia para ordenar el descuento de las condenas por lucro cesante de los valores que los trabajadores recibieron de la Sociedad demandada por concepto de los 45 días de preaviso".

El cargo así entendido y limitado debe prosperar. Porque repugna a la naturaleza indemnizatoria del pago ordenado en el artículo 64 que no se descuenten del respectivo cómputo cualesquiera retribuciones, anticipos y compensaciones salariales correspondientes al mismo período de tiempo a que se contraiga el lucro cesante, según reiterada jurisprudencia de la Corte. Si no obstante provenir de extraños debe descontarse "el valor de los salarios que devengue el trabajador con otro patrono durante el tiempo a que se refieren los salarios liquidados como indemnización" (casaciones de 18 de diciembre de 1953, 30 de abril de 1956, etc.), a fortiori ha-

brá de aplicarse la regla cuando provengan del propio empresario condenado a reparar el perjuicio.

Para fundar la decisión de instancia basta observar que el pago compensatorio del preaviso de cuarenta y cinco días fue confesado en el hecho 5º del libelo incial del juicio y en las diligencias de posiciones de fs. 35 a 65 del cuaderno III, y que la cuantía de lo recibido a ese título por cada uno de los trabajadores despedidos figura en los respectivos comprobantes visibles a fs. 55 a 139 del cuaderno I, suscrito por los interesados, salvo Juan Rodríguez Rodríguez y Florentino Velásquez Beltrán, a cuyo favor aparece la correspondiente consignación judicial (f. 8, cuad. III).

. . . . . .

A mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto confirma sin modificaciones el ordinal primero de la de primer grado y, en función de instancia, modifica dicho ordinal primero de esta última en el sentido de adicionarlo con el siguiente:

"PARAGRAFO: Al efectuar cada uno de los pagos individuales a que se contrae el presente ordinal, la Sociedad INGENIO CENTRAL DEL TOLIMA S. A. podrá retener y descontar la respectiva cantidad que a continuación se indica: $ 379.80 a Humberto Chacón Gaitán; $ 413.15 a Eduardo Moreno; $ 371.25 a Misael Avila; $ 394.60 a Jorge González Lerma; $ 416.50 a Israel Bernal; $ 388.85 a Víctor A. Lara; $ 381.10 a Antonio Rodríguez; $ 403.30 a Misael Gómez; $ 415.35 a Eduardo Callejas; $ 372.75 a Florentino Velásquez; $ 495.10 a Rafael Valderrama; $ 383.70 a Marco Luis Guevara; $ 389.95 a Maximiliano Blanco; $ 402.15 a José Antonio Camargo; $ 368.80 a Excelino Reyes; $ 555.55 a Félix Sáenz; $ 390.65 a Genisberto Oliveros; $ 405.65 a Juan Rodríguez; $ 381.05 a Pablo Emilio Rojas; $ 391.70 a Alberto Lozano; $ 527.75 a Santiago Cardozo; $ 377.00 a Víctor M. Rondón; $ 563.30 a José E. Berríos; $ 400.85 a Luis Gentil Pinzón; $ 407.85 a Angel E. Carranza; $ 427.30 a Jaime Saavedra; $ 527.20 a Juan de la R. Hernández; $ 459.40 a Yezid Rondón; $ 412.80 a Leonardo Parra R.".

NO LA CASA en lo demás. Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

Características del fallo arbitral.—Vigencia del Laudo arbitral.—Los laudos arbitrales rigen desde su expedición, ya que se asimilan a convenciones colectivas de trabajo.—La interpretación deja en suspenso, mientras se decide, la ejecución del laudo, pero no la difiere para fecha posterior a su expedición.—La Retroactividad de las decisiones en los tribunales de arbitramento obligatorio.

El arbitramento es la culminación de un proceso que al través de medios de presión (como la huelga) o con el auxilio de mediadores y de árbitros procura un equilibrio de fuerzas o situaciones entre grupos económicos desiguales, a fin de llegar a soluciones de equidad en los conflictos de intereses que entre ellos se susciten, evitando que prevalezca el interés del más fuerte con perjuicio del débil; pero esta necesidad de introducir entre fuerzas opuestas y económicamente desiguales factores de equilibrio queda excluída cuando el conflicto se plantea sobre una cuestión de orden estrictamente jurídico, pues que entonces ya no se trata de la sola composición de un conflicto de intereses en pugna sino del reconocimiento o ejecución de un derecho preestablecido, y la intervención de la autoridad jurisdiccional es entonces seguro suficiente de alcanzar una solución adecuada no ya solamente en equidad sino en justicia. La regla general en esta materia es por ello que la competencia de los tribunales arbitrales se limita a la composición de conflictos de intereses, o sea, de los relativos a las condiciones de trabajo, reservándose a los jueces laborales los que envuelven la dilucidación de cuestiones jurídicas. La tarea propia de los arbitradores es aplicar el principio de la equidad a los conflictos de intereses, como la de los jueces es aplicar los principios del derecho a los conflictos jurídicos.

Expediente número 3043.—Recurso de HOMOLOGACION interpuesto por los sind. de EE. y OO. del Hospital Santa Clara y sind. de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, etc. de Cundinamarca contra el LAUDO ARBITRAL de 22 de febrero de 1966.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de recurso de homologación interpuesto por los sindicatos de Empleados y Obreros del Hospital Santa Clara y de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca, se revisa el laudo proferido el veintidós de febrero del presente año por el Tribunal de Arbitramento reunido para dirimir las diferencias laborales surgidas entre aquella institución y sus empleados.

—I—

ANTECEDENTES

Entre el MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y EL HOSPITAL ANTITUBERCULOSO SANTA CLARA, por una parte, y los mencionados SINDICATOS, por otra, no concluyó una convención colectiva para regular las condiciones de trabajo de los servidores de dicha institución durante el lapso comprendido entre el 1º de julio de 1963 y el 30 de junio de 1964. La cláusula 9ª establece: "La presente convención colectiva de trabajo tendrá como vigencia el período de un año a partir del 1º de julio de 1963, y hasta el 30 de junio de 1964. Para efectos de su terminación y denuncia, se hará de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones sobre la materia".

Con posterioridad (en el expediente no consta la fecha) los sindicatos presentaron al Hospital las peticiones a que adelante se hará referencia, las que fueron sometidas a arreglo directo y a conciliación mediante la tramitación legal, sin que en tales etapas se hubiera llegado a acuerdo alguno, pues los sindicatos condicionaron el estudio *in integrum* del pliego a la aceptación de los aumentos solicitados en el primer punto, los que no fueron totalmente concedidos por razones

de orden económico insuperables, según el Hospital. Ante el fracaso del arreglo directo y de la conciliación, el Ministerio del Trabajo, en Resolución número 01991 de 10 de diciembre de 1965, convocó e integró el Tribunal de Arbitramento que debía dirimir el diferendo, el cual dictó su laudo el 22 de febrero del año en curso.

Contra ese laudo interpusieron los sindicatos el recurso de homologación que se procede a decidir, sin concretarlo a determinadas cuestiones —dicho sea de paso— ni exponer los motivos de su desacuerdo.

—II—

PLIEGO DE PETICIONES

Contiene las siguientes exigencias: 1) Aumento de salarios, así: para los inferiores a $ 500, un 80%; de $ 500 a $ 1.000, un 60%; de $ 1.000 a $ 1.500, un 40%; de $ 1.500 a $ 2.000, un 20%; de $ 2.000 en adelante un 10%, y un 70% para los trabajadores en rayos X. 2). Aumento automático de salarios cada cinco años, de servicios, así: a los 5 años, un 10%; a los 10, un 20%; a los 15, un 25%, y de ahí en adelante un 30% cada cinco años. 3) Reconocimiento de la prima de servicios con base tanto en el salario en dinero como en el salario en especie, y reajuste de las dejadas de pagar en la forma indicada. 4) Pago de los aumentos de sueldos (30%, según la convención de 1963) que no se beneficiaron con él, a partir del 1º de julio de 1963. 5) Pago de una prima de vacaciones equivalente a $ 250, que sería entregada al salir para hacer uso de ellas. 6) Auxilio del 100% del salario, hasta por ciento ochenta días, al trabajador incapacitado. 7) Auxilio de $ 500 por cada hijo que le nazca a un trabajador. 8) Pago de un 25% del salario al trabajador que saliere pensionado, porcentaje que el Hospital pagaría directamente y de manera permanente al pensionado. 9) Suministro de calzado y overoles a los trabajadores con salario no superior a $ 700. Cuando el trabajador tenga hijos o personas a su cuidado, a cuya subsistencia deba atender, la base de la prestación sería el resultado de deducir del salario $ 50 por cada uno de tales hijos o personas. 10) Construcción de baños suficientes para el servicio de los trabajadores en sitios cercanos a los del trabajo. 11) Instalación de los lavaderos que resulten necesarios para los trabajadores. 12) Construcción de un cuarto adecuado para guardar herramientas, dotado de las seguridades necesarias, y de otro para la instalación de *lokers*. 13) Construcción de un cuarto de plancha dotado de todos los elementos indispensables. 14) Fijación de la jornada de trabajo del personal de veladoras en en tres días continuos, de diez horas cada uno, después de los cuales tendrían derecho a un día de descanso. 15) Concesión a todos los trabajadores de quince días de vacaciones remuneradas cada seis meses, como se dan al personal científico. 16) Concesión de permiso para acudir a la Caja de Previsión Social cada vez que fuere necesario, y de permiso remunerado para no concurrir al Hospital en caso de calamidad doméstica debidamente comprobada. 17) Prestación de servicios médico-quirúrgicos y suministro de drogas a los familiares de los trabajadores. 18) En casos de vacantes y de creación de nuevos cargos, ascensos teniendo en cuenta la antigüedad en el servicio y la capacitación para el puesto. 19) Otorgamiento de auxilios a los sindicatos con destino a la celebración de la fiesta del trabajo, al arrendamiento y mantenimiento de oficinas y a viáticos y gastos de transporte de los delegados a congresos y conferencias internacionales. 20) Cumplimiento dentro de un plazo de treinta días de todas las cláusulas de la convención colectiva de 1963. 21) Descuento del valor del aumento de salario correspondiente a la primera quincena a los trabajadores que se beneficien con dicho aumento, para que la Federación de Trabajadores de Cundinamarca lo distribuya conforme a sus estatutos. 22) Prórroga de la convención de 1963 hasta el 30 de junio de 1965, e incorporación en la nueva convención de todas las cláusulas que no fueren modificadas. 23) Aplicación de la nueva convención (la resultante del pliego de peticiones) a los trabajadores sindicalizados únicamente, debiendo los que no lo estuvieren, pero que en alguna forma se beneficiaren de la convención, pagar a los sindicatos el 50% de las cuotas ordinarias a que estén obligados los sindicalizados, el que sería descontado directamente por el Hospital para entregarlos a los sindicatos a prorrata, según el número de socios de cada organización.

—III—

EL LAUDO

En éste el Tribunal negó de manera absoluta las peticiones a que se refieren los ordinales 2, 3, 4, 5, 7, 8, 14, 15, 19, 20 y 21 del pliego, y otorgó, sin restricción alguna, las de los ordinales 6, 10, 11, 12, 13 y 16, y con restricciones o

de manera parcial las de los ordinales 1, 9, 17 y 18.

Respecto de estas cuatro últimas, resolvió:

"Primero.—A partir de la fecha de este laudo arbitral, el Hospital Antituberculoso Santa Clara, con domicilio en esta ciudad de Bogotá. y legalmente representado por su director, doctor Carlos A. Herrera Galindo, aumentará las actuales asignaciones de sus trabajadores, en las proporciones que a continuación se indican, así: a) Para los trabajadores que devengan un salario superior a $ 1.500 mensuales, el aumento será de $ 90.00 mensuales. b) Para los trabajadores que perciben un salario superior a $ 1.000 mensuales sin exceder de $ 1.500, el aumento será de $ 80.00. c) Para los trabajadores que devengan un salario superior a $ 500 mensuales, sin exceder de $ 1.000, el aumento será de $ 60.00; y d) Para los trabajadores que perciben salarios inferiores a $ 500 mensuales, el aumento será de $ 45.00. Parágrafo. Los aumentos mencionados se harán tomando como base las remuneraciones que actualmente se pagan en dinero, es decir, sin tener en cuenta los salarios en especie que perciben algunos trabajadores del Hospital y consistentes en el suministro de alimentación, o cualesquiera otra ventaja económica".

"Tercero. El citado Hospital continuará suministrando calzado y vestido adecuado para la labor desempeñada a los trabajadores que actualmente gozan de ese beneficio, sin tomar en cuenta para ello los aumentos de salarios decretados en el ordenamiento primero de este laudo arbitral".

"Sexto. El Hospital Antituberculoso Santa Clara continuará prestando asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a los familiares de sus trabajadores, en la misma forma que lo venía haciendo voluntariamente. Dichos servicios se les prestarán gratuitamente siempre y cuando que se relacionen con afecciones pulmonares; y comprende solamente a los padres, hijos, esposa o compañera y hermanos del trabajador que dependan económicamente de éste".

"Octavo. El Hospital mencionado procurará llenar las vacantes que se presenten en los empleos con personal que esté a su servicio".

Respecto de la vigencia y aplicación de la nueva convención colectiva, puntos a que se refieren los ordinales 22 y 23 del pliego de peticiones, dispone el laudo que él regirá por el término de dos años a partir de su ejecutoria, y que se aplicará conforme a lo previsto en el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, quedando vigentes las normas de la de 1963 que no le fueren contrarias.

Este laudo fue proferido dentro del término señalado por las partes, por un Tribunal de arbitramento convocado e integrado como lo indica el artículo 453 del C. S. L., previa sumisión del diferendo a arreglo directo y a conciliación, etapas que se cumplieron conforme a los trámites establecidos en los capítulos II y III del título 2º, parte segunda, del Código mencionado, sin que se llegase a acuerdo sobre ninguno de los puntos contenidos en el pliego de peticiones, y habiéndose observado para dictarlo la condición exigida en el artículo 456 de aquella obra.

—IV—

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Nada hay que observar respecto de la regularidad del laudo, que fue pronunciado con sujeción a las normas que disciplinan la materia y observancia de todas las formalidades legales, por lo que es de suponer —ya que en parte alguna lo han dicho— que los recurrentes sólo pretenden la revisión de aquellas decisiones que en todo o en parte les fueron desfavorables.

Negó el Tribunal el aumento automático, por antigüedad, de salarios; la extensión del pactado en 1963 a los que de acuerdo con la respectiva convención no disfrutan de él; el reconocimiento de una prima de servicio con base tanto en el salario en dinero como en el salario en especie y de otra de vacaciones que sería entregada al trabajador en el momento de entrar a disfrutarlas; el auxilio de $ 500 por cada hijo que le nazca al trabajador; el pago, directamente por el patrono, del 25% del salario al trabajador que saliere pensionado; los auxilios para los sindicatos; la reducción de la jornada de trabajo de las veladoras; las vacaciones remuneradas cada seis meses; y el descuento, con destino a la Federación de Trabajadores, del valor del aumento salarial correspondiente a la primera quincena. Y concedió parcialmente, o sea, con restricciones, el aumento de salario por una sola vez, el suministro de calzado y overoles a los hijos o personas a cargo del trabajador, la prestación de servicio médico-quirúrgico y de drogas a los allegados de los trabajadores, y la adopción de un

sistema de ascensos por antigüedad y competencia.

Todas estas prestaciones y condiciones de trabajo corresponden a las que la jurisprudencia ha calificado de tipo económico, que dan lugar más que a una controversia jurídica, a un conflicto de intereses, en cuyo caso, ha dicho la Corte, "el fallo de los árbitros busca hallar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. El fallo es de equidad. No se aplican a la controversia reglas jurídicas preexistentes, pues no se trata de cuestiones específicas con fundamento en el derecho material. Los árbitros formulan, por vía general, nuevas condiciones de trabajo, limitadas a la materia que se ha tratado por las partes, sobre las bases contenidas en el *petitum* respectivo" (G. J. XCIV, 718). Lo cual quiere decir que, como también lo ha expresado la Corte, las funciones del Tribunal en tal evento son las propias de un arbitrador o amigable componedor, por lo que decide con la más amplia discrecionalidad las cuestiones que se le someten.

No es difícil advertir que las peticiones negadas y concedidas sólo en parte, se refieren a remuneraciones, prestaciones y condiciones de trabajo no previstas en ley específica, salvo las concernientes a la prima de servicios y a las vacaciones remuneradas; pero éstas, la primera toca con materia regulada solamente para el sector privado —el Hospital Santa Clara es establecimiento público— y aplicable a las empresas permanentes en sustitución de la participación que en ellas otorgaba al trabajador el Decreto 2474 de 1948 y de la prima de beneficios que establecía el Decreto 3871 de 1949 (C.S.L., art. 306), lo que excluye de la de servicio a los institutos de derecho público, y todavía con mayor razón a aquellos que como los hospitales no funcionan con fines de beneficio económico; y en la segunda, se solicita dos períodos anuales de vacaciones remuneradas no establecidos en los artículos 12 de la Ley 6ª de 1945 ni 5º de la Ley 64 de 1946, que sólo disponen uno anual de quince días.

Obró, pues, el Tribunal conforme a su facultad discrecional decidir con criterio de equidad, y teniendo en cuenta los datos oficiales sobre rentas y gastos del Hospital Santa Clara, así como el carácter de institución benéfica que éste tiene y las necesidades que afronta para poder cumplir la función social que le corresponde, que la situación económica de tal institución no le permite soportar un gravamen mayor del previsto en el laudo. Y respecto de la vigésima primera, nada puede objetarse a la remisión que a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 2351 de 1965 hace la providencia arbitral, pues con ello sólo han resuelto que el punto se rija precisamente por la norma legal que disciplina la materia.

Se abstuvo además el Tribunal de acceder a lo pedido en el ordinal vigésimo del pliego —relativo al cumplimiento de la convención anterior— por cuanto "si la convención colectiva cuestionada se ha incumplido, total o parcialmente, por cualesquiera de las partes, otros son los procedimientos establecidos por la ley para lograr coercitivamente su cumplimiento".

El arbitramento es la culminación de un proceso que al través de medios de presión (como la huelga) o con el auxilio de mediadores y de árbitros procura un equilibrio de fuerzas o situaciones entre grupos económicos desiguales, a fin de llegar a soluciones de equidad en los conflictos de intereses que entre ellos se susciten, evitando que prevalezca el interés del más fuerte con perjuicio del débil; pero esta necesidad de introducir entre fuerzas opuestas y económicamente desiguales factores de equilibrio queda excluída cuando el conflicto se plantea sobre una cuestión de orden estrictamente jurídico, pues que entonces ya no se trata de la sola composición de un conflicto de intereses en pugna sino del reconocimiento o ejecución de un derecho preestablecido, la intervención de la autoridad jurisdiccional es entonces seguro suficiente de alcanzar una solución adecuada no ya solamente en equidad sino en justicia. La regla general en esta materia es por ello que la competencia de los Tribunales arbitrales se limita a la composición de conflictos de intereses, o sea, de los relativos a las condiciones de trabajo, reservándose a los jueces laborales los que envuelven la dilucidación de cuestiones jurídicas. La tarea propia de los arbitradores es aplicar el principio de la equidad a los conflictos de intereses, como la de los jueces es aplicar los principios del derecho a los conflictos jurídicos. Por eso no tratándose en esta oportunidad de un caso de excepción, como sería el de aplicación de la cláusula compromisoria, sino de la de las reglas generales que regulan la competencia de los árbitros, debe concluírse que escapan a su conocimiento las decisiones atinentes a la ejecución de la convención colectiva de 1963, por envolver un problema de naturaleza jurídica, habiendo acerta-

do, consiguientemente, en la solución que dieron a la petición vigésima.

Respecto de la vigencia del laudo, el ordinal 2º del artículo 461 del C. S. T. faculta a los árbitros para señalarle un lapso de duración hasta de dos años, de suerte que al disponerlo así obraron dentro de su órbita legal de atribuciones. Sólo hay que anotar que conforme al ordinal décimo esa vigencia se cuenta "a partir de la fecha en que quede ejecutoriado", siendo así que los laudos arbitrales rigen desde su expedición, pues que se asimilan a convenciones colectivas de trabajo. La interposición del recurso deja en suspenso, mientras se decide, la ejecución del laudo, pero no la difiere para una fecha posterior a su expedición. Si en el presente caso la sentencia arbitral solamente entrara a regir una vez dictada la de la Corte, el plazo se vería prorrogado por el lapso que durara en resolverse el recurso, con lo que se contrariaría la regla del ordinal 2º del artículo 461 citado que sólo permite una vigencia de hasta dos años para esta clase de providencias. El ordinal décimo de la providencia del Tribunal de Arbitramento será anulada, en consecuencia, en el sentido indicado.

Sobre la aplicación de la nueva convención al personal sindicalizado, pero debiendo imponerse al no sindicalizado que se beneficie con sus regulaciones la carga de pagar a los sindicatos el cincuenta por ciento del valor de la cuota ordinaria que corresponde a los socios, el fallo remite a lo prescrito en el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, con lo cual se ciñe a la disposición legal pertinente.

En suma, que el fallo arbitral proferido para dirimir las diferencias sobre condiciones de trabajo en el caso de estos autos, debe ser homologado, salvo en lo relativo a la iniciación de su vigencia, por cuanto resuelve todas las peticiones formuladas en el respectivo pliego, dentro de la órbita de la competencia del Tribunal, sin extralimitación en las decisiones adoptadas y sin quebrantar precepto normativo alguno.

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, HOMOLOGA la sentencia proferida el veintidós de febrero del presente año por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara y los sindicatos de Empleados y Obreros de la nombrada institución y el de Hospitales, Clínicas y similares de Cundinamarca, salvo en cuanto dispone, en el ordinal décimo de la parte resolutiva, que el laudo entrará a regir "a partir de la fecha en que quede ejecutoriado", disposición que se declara inexequible.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE. INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL*, REMITASE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA Y DE LA DEL FALLO ARBITRAL AL MINISTERIO DEL TRABAJO Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

Retroactividad de las decisiones de los tribunales de arbitramento obligatorio.—En las relaciones colectivas de trabajo los tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores". (C.S. del T. Artículo 16).

Tiene recibido la jurisprudencia que en las relaciones colectivas de trabajo los tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores" (C.S. del T. Art. 16); pero entendiéndose por retroactivo solamente lo que invade el tiempo anterior a la presentación del pliego de peticiones que promueva la primera convención colectiva de condiciones de trabajo (o el primer laudo que haya de hacer sus veces), o anterior a la expiración del plazo fijo o presuntivo de la convención o laudo oportunamente denunciados y hasta entonces vigente. Pues tanto la presentación del primer pliego de peticiones como la denuncia de la convención preexistente, constituyen la notificación de una inconformidad colectiva con las condiciones de trabajo imperantes y del propósito de modificarlas por los medios que la ley señala. Y a partir de ese momento, la estabilidad jurídica de aquellas condiciones, inviolable por la sentencia arbitral, se convierte en vigencia apenas provisoria mientras se adelanta y culmina el proceso de las negociaciones colectivas encaminadas a crear las nuevas normas. (Verse doctrina sobre Homologación en fallo de diciembre 16 de 1964. Sindicato contra municipio de Sonsón).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

El ALCALDE Y EL PERSONERO del Municipio de Neiva, en representación de éste, interpusieron el recurso de homologación contra el laudo arbitral proferido el 8 de octubre del presente año por el Tribunal Especial de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo (Resolución número 1280, de 2 de septiembre de 1966) "para que estudie y decida el conflicto laboral existente entre el municipio de Neiva y su SINDICATO DE TRABAJADORES".

Remitidas las piezas complementarias de la respectiva documentación por la Inspección Nacional del Trabajo de Neiva, con oficio número 404 del 30 de noviembre último, procede la Sala a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones que pasa a exponer:

Aparece de autos que el "Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva", en asamblea general, aprobó el 23 de abril de 1966 un pliego de peticiones (fs. 1 y 2), del cual acusó recibo el Alcalde Municipal en oficio fechado el 2 de mayo subsiguiente (f. 139).

De los veintiún pedimentos del pliego, la mayor parte fue objeto de arreglo en la etapa de negociaciones directas (fl. 7 a 9), entre ellos la petición vigésima-primera, que quedó acordada así: "La convención colectiva tendrá vigencia de un año, a partir del día 1º de mayo de mil novecientos sesenta y seis". Y solamente pasaron a conciliación "las diferencias", conforme al artículo 436 del C. S. T., cuyo ordenamiento no fue suspendido sino reiterado así por el artículo 29 del Decreto número 2351 de 1965: "Las peticiones de los trabajadores, o la parte de éstas sobre las cuales no se hubiere logrado un arreglo directo, serán sometidas a la mediación de un conciliador designado de común acuerdo por las dos partes, o de sendos conciliadores designados por ellas".

Tales diferencias se contrajeron por esa causa al parágrafo de la petición 2ª y a las peticiones 4ª, 6ª, 7ª, 9ª, 15ª y 17ª (f. 10), y subsistie-

ron a pesar del intento conciliatorio, salvo la última, que fue conciliada (f. 12).

En consecuencia, el ámbito de la facultad decisoria del Tribunal de Arbitramento quedó delimitado por los puntos del pliego sindical no resueltos ni en arreglo directo ni en conciliación (arts. 452 y 458 del C.S.T. y 34 del D. Nº 2351 de 1965), los cuales fueron resueltos por el laudo de esta manera:

"PRIMERO:—El trabajador, en caso de despido, podrá ejercer ante el Jefe de la Administración Municipal y dentro de los ocho días siguientes a su despido, el derecho de petición a reclamar su reintegro, a efecto de que el Superior resuelva.

"SEGUNDO:—a)—Fíjase un salario básico mínimo de dieciocho pesos ($ 18.00) diarios, el que rige a partir del primero (1º) de mayo del presente año.

"b)—Los salarios que estén por debajo de los dieciocho pesos ($ 18.00) diarios se ajustan a esta suma.

"c)—Desde el primero (1º) de mayo del presente año, elévanse en un veintidós por ciento (22%) todos los salarios de los trabajadores del Municipio.

"TERCERO:—Créase una Comisión de Escalafón, integrada por las partes y reglamentada por éstas, para que realice el estudio y creación del Escalafón para los trabajadores del Municipio, la que cumplirá su función dentro de los treinta (30) días siguientes a partir de la ejecutoria del presente laudo.

"CUARTO:—La Comisión de Escalafón decidirá cuáles trabajadores deberán ser clasificados dentro del sistema de pagos por planilla.

"QUINTO:—Niégase la cláusula novena (9ª) del pliego de peticiones presentado por el Sindicato.

"SEXTO:—El Municipio, por intermedio de la Caja de Previsión Social, procederá a reglamentar y dar cumplimiento a lo preceptuado en el literal J) del Acuerdo del Concejo Municipal número 9 de 1964 en su artículo 24.

"SEPTIMO:—Niégase la cláusula décimaquinta (15ª) del pliego de peticiones presentado por el Sindicato.

"OCTAVO:—El presente fallo tendrá vigencia por el lapso de un (1) año, contado a partir del día primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966)".

Los representantes del Municipio de Neiva, al interponer el recurso de homologación contra la decisión arbitral, dicen muy concretamente:

"Nuestra inconformidad contra el Laudo Arbitral consiste en que debe declararse nula la parte del fallo que ordena el pago del salario básico a partir del 1º de mayo pasado y a la vez el pago del reajuste del 22% de todos los salarios de los trabajadores, a partir de la misma fecha, por considerarlo que afecta disposiciones legales.

"La retroactividad que ordena el fallo es lo que no puede aceptar el Municipio y por consiguiente debe declararse nulo en tal sentido".

Circunscrito así el recurso a los ordinales segundo y octavo del laudo, por voluntad expresa de la única parte recurrente, la Sala observa:

Tiene recibido la jurisprudencia que en las relaciones colectivas de trabajo los Tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores" (C.S.T., art. 16); pero entendiéndose por retroactivo solamente lo que invade el tiempo anterior a la presentación del pliego de peticiones que promueva la primera convención colectiva de condiciones de trabajo (o el primer laudo que haya de hacer sus veces), o anterior a la expiración del plazo fijo o presuntivo de la convención o laudo oportunamente denunciados y hasta entonces vigente. Pues tanto la presentación del primer pliego de peticiones como la denuncia de la convención preexistente, constituyen la notificación de una inconformidad colectiva con las condiciones de trabajo imperantes y del propósito de modificarlas por los medios que la ley señala. Y a partir de ese momento, la estabilidad jurídica de aquellas condiciones, inviolable por la sentencia arbitral, se convierte en vigencia apenas provisoria mientras se adelanta y culmina el proceso de las negociaciones colectivas encaminadas a crear las nuevas normas.

"La fuerza obligatoria del pacto o de la decisión arbitral durante (el plazo fijo o presuntivo) no puede ser desconocida por ninguna de las partes, y su reforma sólo sería viable por la concurrencia de ambas voluntades. La ineptitud de la ley o de la sentencia arbitral para invadir el pretérito contractual y producir efectos sobre situaciones lícitamente definidas en aquel

plazo, sigue siendo incuestionable. La inviolabilidad de los derechos adquiridos con justo título (y es justo título la convención o el laudo, por el término previsto) continúa tutelando el comercio jurídico.

"Pero respecto del interregno, de ese vago período que se extiende entre el vencimiento del plazo de la convención o laudo oportunamente denunciados y la expedición del acto que deba reemplazarlos, sería excesivo hablar de 'derechos adquiridos' o de 'situaciones consolidadas'. En virtud de la denuncia, quien la formula advierte a la contraparte que sólo se conforma con las normas preexistentes hasta el último día del plazo señalado; ni un día más allá; por eso pide un cambio. No puede haber sorpresa vitanda por ninguna modificación que afecte ese lapso. La denuncia no hacía sino anunciarla o exigirla. Y, si, por tratarse de conflictos colectivos de intereses, y no jurídicos, el laudo arbitral llega a invadir, total o parcialmente, el *status* económico provisorio, tampoco resultaría apropiado hablar de que se afecte el "derecho adquirido" a no pagar ni un centavo más de lo que estuvo previsto que se pagara durante el plazo señalado por la convención o el laudo denunciados. El arbitrador, en este evento, no podrá obedecer sino a los dictados de la equidad; apreciar las necesidades de los trabajadores y la capacidad financiera de los empresarios; tomar en cuenta el grado de responsabilidad de cada una de las partes en la prolongación injustificada de la negociación colectiva o de los trámites del arbitramento; estudiar el *petitum* sindical, y decidir razonablemente sobre la fecha inicial de las nuevas condiciones de trabajo, sin afectar, desde luego, el verdadero plazo, fijo o presunto, de la convención o el laudo que fuere objeto de la oportuna denuncia".—Homologación de diciembre 16 de 1964. Sindicato vs. Municipio de Sonsón).

La doctrina transcrita es aplicable exactamente, a fortiori, al período que se extiende entre la presentación del pliego de peticiones, en ausencia de toda convención o laudo anterior, y la expedición del fallo arbitral que haga las veces de primera convención colectiva de trabajo.

Ahora bien: Presentado como fue el pliego de peticiones a la Alcaldía de Neiva con anterioridad al 1º de mayo de 1966, y no hallándose vinculados los trabajadores oficiales de ese Municipio por una convención o laudo cuyo plazo fijo o presuntivo se prolongara después de esa fecha, ningún derecho adquirido podía vulnerar la sentencia arbitral que se examina al fijar aquel primero de mayo como punto de partida de los aumentos salariales previstos en su ordinal segundo, tal como lo había pedido el sindicato, aunque no hubiera habido acuerdo de ambas partes sobre el particular.

Pero es que, además, ya se vio que durante las negociaciones directas de las partes acordaron expresamente que la convención colectiva tendría "vigencia de un año, a partir del día 1º de mayo de 1966", fórmula que el Tribunal se limitó a copiar en el ordinal octavo de su fallo. La mención de esa fecha en el ordinal segundo nada le agrega a lo acordado, salvo el énfasis no censurable. Por lo tanto, no sólo el Tribunal podía reiterar ese punto de partida sino que estaba obligado a respetarlo pues carecía de jurisdicción para conocer de peticiones respecto de las cuales se hubiera "producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación" (art. 458 del C.S.T.).

Revisado por los demás aspectos el laudo objeto del presente recurso, no se observa irregularidad ninguna.

. . . . . .

A mérito de los razonamientos precedentes, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA EXEQUIBLE el fallo arbitral acusado y por tanto lo homologa.

Remítase al Ministerio del Trabajo copia de esta providencia y del fallo arbitral, para su custodia.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VALOR DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS APORTADOS AL PROCESO

Demostración del servicio personal del demandante al demandado pero sin comprobación en el juicio del salario recibido ni del tiempo preciso de su duración.—En estas condiciones, la Corte no puede entrar a rectificar una sentencia que negó la condena al pago del auxilio de cesantía y la prima de servicios pedidos en la demanda de instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior de Bogotá —Sala de Casación Laboral— decidió en segunda instancia el juicio ordinario de ALBERTO OSUNA contra JUAN MANUEL RAMOS y en su fallo absolvió al demandado en juicio de todos los cargos de la demanda, mediante revocatoria de la sentencia de primer grado que había condenado al pago de algunas sumas por concepto de auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, prima de servicios e indemnización moratoria.

Del fallo del *ad-quem* recurrió en casación Alberto Osuna y cumplidos los trámites de rigor formuló, por intermedio de apoderado, la demanda correspondiente, que no tuvo oposición.

LA DEMANDA

El recurrente fija como alcance de la impugnación la casación total de la sentencia del Tribunal y aspira a que la Corte, como Tribunal de instancia, reforme el fallo del *a-quo* en el sentido de condenar al demandado "al pago de las cantidades reclamadas en la demanda inicial, por los conceptos consignados en la misma demanda, o por lo que resultare demostrado en el informativo".

La acusación se fundamenta en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se desenvuelve a través de dos cargos, que se estudian en su orden.

PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia de ser violatoria "por aplicación indebida de los artículos 5, 14, 20, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 37, 38, 47, 49, 55, 57 (1-4), 65, 66, 98, 127, 132, 134, 136, 138, 139, 140, 149 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 interpretación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras".

Dice el acusador que los errores de hecho evidentes en que incurrió el sentenciador son los siguientes:

"1.—Aparece de autos el tiempo de servicio de Osuna a Ramos de manera clara y evidente. 2.—También aparece la remuneración pactada, tanto por ciento, y el dinero recibido. 3.—Aparece la subordinación de Osuna a Ramos, por la facultad que éste tenía de darle órdenes e instrucciones. 4.—Y por tanto, pues, aparece configurada, de manera clara y absoluta, la relación jurídica económica laboral entre Alberto Osuna y Juan Manuel Ramos". Que no obstante lo anterior, da por demostrado: 1.—Que el señor Forero, compañero de Osuna, fue el único que recibió muestrarios y que hizo recorridos o correrías por Boyacá y Santander. 2.—Que los compañeros de trabajo Forero y Osuna usaban siempre un sello al hacer los pedidos, demostrativo de su pretendida sociedad de hecho. 3.—Que los pedidos, cuyas copias aparecen visibles a folios 19 a 216 se hicieron todos dentro de la pretendida sociedad de hecho de Forero y Osuna. 4.—Que no es posible precisar, con exactitud, las fechas de ingreso y egreso del señor Osuna al servicio del señor Ramos. 5.—Que la labor del señor Osuna era la venta de

artículos fabricados por el señor Ramos, "en asocio de Manuel J. Forero...". 6.—Que no se puede precisar lo que recibió directamente el señor Osuna por parte del señor Ramos, como retribución de sus servicios. 7.—Que no existe, de manera clara, la prueba o pruebas de la existencia de un contrato de trabajo entre Osuna y Ramos. 8.—Que la labor era desarrollada unas veces por Osuna y otras por Forero. 9.—Que tampoco aparece la subordinación de Osuna con respecto a Ramos".

Indica el acusador como pruebas erróneamente apreciadas: la confesoria en la absolución de posiciones del demandado (fls. 233 a 240); la confesoria en el reconocimiento de los documentos de (fls. 253 a 256); la confesoria en la absolución de posiciones del demandante (fls. 242 a 250); el certificado de "Manufacturas Aguila" (fl. 325). Y como no apreciadas las siguientes: testimonios de Manuel J. Forero y Enrique Ibarra (fls. 206 y ss. y 300 y ss.); dictamen pericial (fls. 313 y ss.); documentos de (fls. 40 a 216); la contestación de la demanda (fls. 219 y ss.); la certificación del Banco Comercial Antioqueño (fls 291).

La demostración del yerro en la apreciación de las pruebas que singulariza, la efectúa el impugnador así:

a).—En la absolución de posiciones el demandado "confiesa que el señor Osuna estaba trabajando a sus órdenes en Antioquia y la Costa por el mes de mayo de 1955 y que le envió comunicaciones sobre las diferencias con Forero. Y en la contestación a la pregunta quinta dice que las condiciones de remuneración sí fueron pactadas tal como se presentan en la pregunta correspondiente; es decir, el diez por ciento sobre el producido de las ventas brutas para cada cual, Forero y Osuna. Situación o hecho éste que corroboró en la contestación a la pregunta sexta.—A la pregunta novena contesta: que las comisiones se liquidaban según aparece en los libros, y por cheques a Forero.

"Y a la décima-primera dice que en dos oportunidades los señores Forero y Osuna "hicieron giras separadas para la venta principal de los libros y de mis artículos y naturalmente en estos casos tenía que dar separadamente listas de clientes y las instrucciones indispensables para cada recorrido, los cuales eran indicados y pactados entre ellos, jamás por el suscrito".

"Y en la contestación a la décima-tercera confiesa que le debe a Forero el cinco por ciento restante de unas comisiones que se pactó, se entregarían cuando los clientes cancelaran el valor de las facturas".

"Y en la décima-cuarta respuesta "hice cheques a nombre del señor Osuna, tal como en otras lo hice a nombre de la señora esposa del señor Forero...".

"Y en la décima-octava: "No son ciertos y aclaro: lo único es el pacto que se hizo con el señor Forero de reconocerle el diez por ciento sobre las ventas pagaderos en la forma como lo dicen ellos mismos".

En lo relativo al reconocimiento de algunos documentos por el demandado (fls. 253 y ss.), el recurrente expresa que "las explicaciones dadas por el demandado en las diligencias de reconocimiento, fueron mal apreciadas por el juzgador, en contra del trabajador Osuna".

Sobre lo dicho por el demandante en la absolución de posiciones, expresa el mismo recurrente que "el demandante manifiesta que solamente los ligaba la amistad y que no tenía sociedad alguna ni de hecho ni de nada. Que la camioneta era exclusivamente suya..., que usaban el sello "cuando vendíamos libros y cuando nos enviaban a ambos a correrías poníamos en dichos pedidos el sello para que así no hubiera forma de refundir pedidos con otros vendedores...". Y agrega que la transcripción de algunas de las respuestas dadas por Osuna al pliego de posiciones encaminadas a negar la existencia de sociedad de hecho con el señor Forero para la distribución de mercancías del señor Ramos.

En cuanto al "certificado" de "Manufacturas Aguila" (fl. 325), no dice el impugnador en qué consiste el error de apreciación por parte del Tribunal.

Sobre las pruebas dejadas de apreciar, objeta la determinación del *ad-quem* de no estimar los testimonios de los señores Manuel J. Forero y Enrique Ibarra, la del primero por las vinculaciones que dice tener con el demandado y la del segundo por constituír en su mayor parte una declaración de hecho que le consta por haberlos oído de boca del mismo demandante. En relación con este último testimonio, que el impugnador analiza con mayor detenimiento, dice:

"Folio 300: "Me consta que el señor Alberto Osuna trabajó para el señor Juan Manuel Ramos desde mediados de 1954 hasta mediados de

1955 como agente viajero y el sueldo eran comisiones más un porcentaje que le reconocía por desgaste del vehículo del señor Osuna", hasta aquí es preciso solamente hablar de oídas en relación al sueldo cuando dice: "El me decía que le pagaban el diez por ciento de comisiones sobre las ventas y por la camioneta le reconocían unos trescientos pesos mensuales. También le consta de manera directa qué era lo que vendía el señor Osuna".

"Y a otra pregunta dice: "Me consta que cuando Osuna estaba en Bogotá, el señor Ramos lo ocupaba para transportar artículos de allá de la fábrica a varias partes, yo lo acompañé varias veces a hacer repartos y a llevar material para la fábrica". Y a otra pregunta sobre la camioneta: "Los hacía el señor Osuna y los reconocía el señor Ramos, trescientos pesos mensuales, no sé si los gastos fueron mayores o menores". Y a otra: "El señor Osuna, al llegar a Barranquilla, ya encontró la plaza trabajada". Y a otra: "Sé que el señor Osuna sólo trabajaba para el señor Ramos en ese tiempo". Y a la penúltima pregunta: "El señor Osuna vivía en la casa del señor Forero, pero nunca fueron socios, ellos viajaban juntos cuando trabajaron juntos con unas editoriales, pero que fueron socios, no".

La prueba pericial se estudia por el recurrente para rechazar la desestimación que de ella hace el fallador de segunda instancia y expone al respecto: "En dicho petirazgo no objetado consta el tiempo de servicio, primera quincena de junio de 1954, fecha de entrada y segunda quincena de junio de 1955, fecha de salida; la labor desarrollada por el trabajador que concuerda con las otras pruebas; y el total de los dineros recibidos efectivamente por Osuna, de parte de Ramos; y varios promedios sobre dichos dineros; también aparece la subordinación de Osuna por medio de la correspondencia, por la cual se establece que el señor Ramos tenía la facultad jurídica de imponerle órdenes más o menos concretas sobre la actividad de los negocios y su orientación definitiva y por lo alto, aunque el trabajador tuviese cierta autonomía en algunos o muchos detalles, lo que no destruye o desfigura la esencial subordinación, que puede ser efectiva o simplemente potencial".

Se refiere a los documentos de fls. 40 a 78 y 79 a 216, para insistir en que ellos establecen la remuneración devengada por Osuna y el trabajo desempeñado, según los primeros en forma individual, y según los segundos conjuntamente con el señor Forero, y manifiesta, finalmente, que en la respuesta a la demanda y en las certificaciones de los Bancos Bogotá y Comercial Antioqueño existen bases para declarar probada la remuneración de Osuna.

Concluye el acusador con la afirmación de que si no se hubiese incurrido por el fallador de segunda instancia en los errores de hecho anotados, no se habrían quebrantado las disposiciones legales que cita en el cargo y debería haberse hecho la condena al pago de las sumas que señala por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios insolutos, indemnización compensatoria e indemnización moratoria.

Se estudia el cargo:

El Tribunal, en el fallo acusado, llega a la conclusión de que no se encuentran demostrados los elementos tipificantes del contrato de trabajo, y para el efecto realiza un análisis de las pruebas constituídas por la absolución de posiciones del demandado, la absolución de posiciones del demandante, el reconocimiento de los documentos que obran a folios 19 a 216, las declaraciones de Manuel José Forero y Enrique Ibarra, el dictamen pericial y la "certificación". reconocida y ratificada, del gerente de "Manufacturas Aguila" (fl. 325).

Sobre esta consideración, lo primero que debe anotarse es que el Tribunal no dejó de apreciar los elementos probatorios a que se hace referencia en el cargo. Lo que ocurrió fue que el *ad-quem* los analizó y en virtud de ello, les dio un determinado valor probatorio o les negó valor. Para esclarecer lo anterior, así como para determinar si hubo, además, errores en la estimación de las pruebas, conviene entrar en el estudio frente a los elementos probatorios que obran en los autos, del examen de aquellos hechos por el *ad-quem*.

Respecto de las respuestas dadas por el demandado al pliego de posiciones propuestas por el error, dice el Tribunal que aquél confesó "que el señor Manuel José Forero le solicitó un muestrario de los artículos que fabricaba con el fin de hacer algunas correrías por el país. El señor Forero recibió el muestrario e hizo algunas giras por los departamentos de Boyacá y los Santanderes".

En la prueba, que obra a fls. 233 a 240 del C. P., lo único que agrega el demandado a lo expresado por el Tribunal es que el señor Ma-

nuel J. Forero trabajaba —según supo después— en compañía con el señor Osuna (respuesta a la pregunta primera); que en alguna ocasión se dividieron el trabajo para viajar el uno hacia el Valle del Cauca y el otro hacia Antioquia y la Costa, pero que el demandante se siguió entendiendo directamente con el señor Forero (respuesta a las preguntas segunda y undécima); que las condiciones de remuneración —porcentaje sobre ventas— se arregló con Forero y no sabe el absolvente cómo se distribuían él y Osuna los valores respectivos (respuestas a las preguntas sexta y novena); que algunas veces giró cheques a nombre de Osuna, como lo hizo en otras ocasiones a nombre de la señora y de la suegra de Forero, por insinuación de éste (respuesta a la pregunta décima-cuarta), y que la comisión pactada con Forero fue del diez por ciento sobre las ventas, pagadero "en la forma como lo dicen ellos mismos" (es decir, 5% al efectuarse el pedido y el saldo al pago total del valor de la factura por los clientes) (respuesta a la pregunta décima-octava).

En las respuestas restantes, el demandado absolvente niega toda relación laboral con el señor Osuna.

Como se ve, el demandado en juicio confiesa sólo que en algunas oportunidades Osuna trabajó en forma separada de Forero y que giró al primero de manera también separada algunos cheques y que cuando trabajaron individualmente en esas ocasiones les envió listas de clientes a cada uno, y no se sabe por la confesión cuál era la retribución por el trabajo que cumplía Osuna, porque el absolvente dice no conocer cómo se repartían con Forero la comisión del diez por ciento que Ramos le reconocía a aquél.

La diligencia de reconocimiento de los documentos que obran a folios 17 a 216, en la cual realmente sólo podría señalarse como proveniente del presuntamente obligado el telegrama de folio 20, Ramos no hace otra cosa que ratificar lo expresado en la absolución de posiciones. Y en cuanto a dicho telegrama, expresa que la comunicación no implicaba cosa distinta que el recibo de los pedidos en una ocasión en que Osuna y Forero se separaron, pero no establecía con el primero vinculación de ninguna naturaleza. En cuanto a las hojas simples, sin firmas, de pedidos, que figuran en numerosos documentos que se ponen de presente al demandado, dice que la circunstancia de que en algunos de ellos figure Osuna sólo como agente, apenas significa que hizo esos pedidos en las ocasiones en que se separó de Forero, pues los demás están en forma conjunta.

El fallador *ad-quem* no dio valor en favor suyo a lo dicho por el demandante en la absolución de posiciones. El recurrente pretende que se hubiese tomado en tal sentido la parte en que manifiesta que apenas lo ligaba con Forero un vínculo de amistad y que no tenía oficina conjunta como figura en el sello que usaron en ocasiones, sino que el actor vivía en casa de Forero, y la dirección de esa casa era la que aparecía en dicho sello. No se encuentra base para considerar esta apreciación del fallador como un error, pues apenas procedió con aplicación de elementales normas probatorias.

El acusador hacer referencia en la forma ya vista a la desestimación que el *ad-quem* hace de los testimonios de Forero —compañero de Osuna— y de Enrique Ibarra. Al examinar estos testimonios, se ve que el Tribunal tenía razones valederas para no darles valor probatorio. por las circunstancias que él mismo expone al analizarlos. No le merecieron credibilidad los deponentes, por la situación personal de uno de ellos y por la forma como la declaración del otro se expresó en su mayor parte, con exposición de lo que sólo sabía porque lo había oído del demandante. Esta apreciación del Tribunal está dentro de las condiciones que caracterizan la libre formación del convencimiento del juzgador, más notoria en materia de testimonio y peritaje que en las demás pruebas, y mientras no se encuentre un ostensible error de hecho, no puede por la Corte rectificarse el criterio del *ad-quem*. Por lo tanto, debe permanecer en pie la apreciación del Tribunal. Por lo demás, al examinar el texto de las declaraciones, se encuentra que no establecen de manera precisa el tiempo de servicios ni el salario que devengó efectivamente el actor, por lo cual no aportarían un elemento decisivo para la determinación de los derechos pretendidos con la demanda en juicio.

La denominada "certificación" del gerente de "Manufacturas Aguila" (fl. 325), con valor de testimonio en virtud de la ratificación hecha por quien la suscribe, confirma sólo, como lo dice el *ad-quem*, que conjuntamente Osuna y Forero vendieron algunas mercancías a la nombrada firma.

Finalmente, el análisis que del dictamen pericial hace el Tribunal, aunque pudiera llevar a la conclusión de que no es el caso de desechar-

lo totalmente como lo hizo, en cuanto a los elementos fundamentales para la decisión que debía proferir el fallador de segunda instancia es lo cierto que no aportó nada definitivo. En efecto, para establecer las posibles fechas de entrada y de salida de Osuna, parte de las de dos cheques girados a nombre de Manuel J. Forero, lo que es inaceptable. Y no llega a determinar el posible salario de Osuna, pues toma como base para la conclusión a que saca los cheques girados a su nombre sin que establezca que ellos representan valores correspondientes exclusivamente a retribuciones por servicios prestados por Osuna a Ramos.

De todo este conjunto probatorio, podría llegarse a la conclusión de que hubo un servicio personal por algunos períodos de Osuna a Ramos. Pero no podría comprobarse el salario recibido durante los mismos, ni el tiempo preciso de su duración. En tales circunstancias, si bien el Tribunal pudo apreciar equivocadamente algunas circunstancias de hecho como las que aparecen en las respuestas al pliego de posiciones, especialmente para demostrar el servicio personal de Osuna, es lo cierto que no estuvo equivocado en su apreciación sobre la no existencia de prueba alguna sobre el tiempo servido y el salario devengado.

En consecuencia, no se encuentran los errores de hecho con los efectos sobre las disposiciones legales sustantivas que señalan el cargo y éste, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Por medio de este cargo se acusa la sentencia de ser violatoria, "por aplicación indebida, de los artículos 249 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 falta de apreciación de unas pruebas y la apreciación errónea de otras".

En este cargo se indican en general los mismos errores anotados en el anterior y se señalan las mismas pruebas como mal apreciadas o dejadas de apreciar.

Se refiere, como se ve, a quebrantamiento de las disposiciones que consagran el auxilio de cesantía y la prima de servicios, derechos a los cuales, sin citar las normas, había hecho ya alusión el recurrente en el cargo primero.

No es necesario entrar en el examen detallado de los argumentos del acusador, pues no habiéndose demostrado en el juicio el tiempo de servicios preciso y el salario percibido, mal podría entrar la Corte a rectificar una sentencia que, por tales razones, negó la condena al pago del auxilio de cesantía y la prima de servicios pedidos en la demanda de instancia. Y como no existen aspectos nuevos en el campo probatorio que pudieran estudiarse aparte de los vistos en la resolución sobre el cargo primero, debe llegarse a una definición semejante.

En consecuencia, el segundo 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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Despido ilegal.—La Corte declara desierto el recurso de casación por no reunir los requisitos legales de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto Extraordinario 528 de 1964.—No siendo el Recurso de Casación una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnación, sometido a condiciones técnicas ineludibles, la precisión exigida por los preceptos mencionados á de referirse a tales condiciones reiteradamente definidas por la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre dieciséis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Para decidir sobre la conducencia de la demanda de casación formulada por MARCO A. CORTES ORTIZ contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio ordinario laboral que el mismo recurrente instauró contra CLIMACO NARANJO, se considera:

En el mencionado juicio el actor, afirmando haber sido empleado de Naranjo y despedido ilegalmente por éste, reclamó el pago de salarios, primas de servicio, cesantía, indemnización del lucro cesante e indemnización moratoria. El Juez del conocimiento, el civil municipal de Puerto López, desató la litis absolviendo a Naranjo, por estimar que no fue de carácter laboral sino civil el contrato que vinculó a los contendientes.

Apelada esa decisión del *a-quo* fue confirmada por el Tribunal de Villavicencio en la providencia objeto del presente recurso.

Aspira el acusador a que la Corte invalide el fallo del *ad-quem* y, en función de instancia, "pronuncie el que ha de reemplazarlo, a cuyo efecto presenta dos cargos, así:

"*Primer cargo.*—A). Violación directa del artículo 23 del C. S. T., por errónea interpretación no lo aplicó cuando evidentemente ha debido hacerlo.

"En el expediente está demostrado, con la confesión del demandado, la existencia del contrato de trabajo cuando en la contestación de la demanda hace las siguientes afirmaciones: "el 30 de marzo, aproximadamente, de 1964 hicimos un contrato verbal de vigilancia del canal de riego (sic), pero que sin estar sujeto a horario, sólo le proporcionase agua suficiente al contratista de riego señor Enrique Ortiz; por cada mes de vigilancia se le pagaban $ 1.000.00...". "Este ocurrió en los primeros días del mes de julio de 1964 para lo cual cobró lo que se le debía y como se le había pagado adelantado $ 250.00 más convinimos en que esos pesos los recibía por concepto de cesantía, lo correspondiente a la duodécima parte del ejercicio del contrato en tres meses.

"B).—Violación directa del artículo 65 del C. S. T., ocasionada por errónea interpretación, pues no lo aplicó debiendo hacerlo. La sentencia del *ad-quem* fue absolutoria para el demandado cuando aparece acreditado en el proceso que entre el 18 de julio de 1964, fecha en que terminó el contrato de trabajo por voluntad del patrono, y el 30 de abril de 1965, fecha en que consignó el demandado la suma de $ 250.00 para pagar las prestaciones sociales, entre dichas fechas transcurrió un lapso de nueve meses, 12 días, tiempo que debe reconocerse a mi poderdante a título de indemnización moratoria".

"*Segundo cargo.*—Violación indirecta a los artículos 1757 del C. C., 593 del C. J., 21 del Decreto 2158 de 1948 por falta de apreciación de los testimonios de Salomón López y Daniel Saldaña, incurrió en error de hecho.

"Para demostrar su derecho el demandante presentó en oportunidad procesal los testimonios de las personas ya mencionadas. Salomón López

dice en lo pertinente: 'No sé fechas precisas, sólo puedo afirmar que lo vi trabajar en esa finca "La Argentina" por la época en que yo también estaba trabajando con el contratista Enrique Ortiz, cuando Marco A. Cortés era el administrador de la citada finca, es decir de las arroceras de don Clímaco'. Y Daniel Saldaña dice: "Sí, señor juez, me consta por haberlo presenciado que en el año de 1964, no recuerdo exactamente el día o mes, el señor Clímaco Naranjo, dueño de la arrocera en la finca La Argentina, me dijo que el señor Marco A. Cortés era el administrador de las arroceras y que tenía que obedecerle a los trabajos que ordenara y me consta que el señor Cortés fue despedido intempestivamente por el señor Naranjo".

Según el artículo 65 del Decreto Extraordinario número 528 de 1964, "presentada en tiempo la demanda de casación, la Sala resolverá si se ajusta a los requisitos exigidos en el artículo 63. Si así lo hallare, dispondrá que se corra traslado de ella a quienes no sean recurrentes, por quince días a cada uno, para que formulen sus alegatos. Si la demanda no reúne los requisitos legales, o no se presentare en tiempo, se declarará desierto el recurso". Y entre los requisitos legales aludidos está el de "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y *precisa* los fundamentos de ella y citando las normas *sustanciales* que el recurrente estima infringidas" (art. 63 ibidem).

Pero no siendo el recurso de casación una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnación, sometido a condiciones técnicas ineludibles, la precisión exigida por los preceptos mencionados ha de referirse a tales condiciones, reiteradamente definidas por la jurisprudencia.

Resulta notorio que los fundamentos de la acusación transcrita no se acomodan a dichas exigencias.

En efecto, el literal A) del primer cargo involucra dos conceptos diversos de infracción respecto de una misma norma: la interpretación errónea y la falta de aplicación. En su breve sustentación el recurrente se refiere, además, a determinada prueba, aspecto inconciliable con la interpretación errónea de la ley, independiente por su naturaleza de toda discusión sobre los hechos, mezclando así la violación directa con la indirecta. Y finalmente, sólo se cita como violado el artículo 23 del C. S. T., explicativo de los elementos del contrato de trabajo pero que no impone al patrono las obligaciones específicas materia del reclamo.

El literal B) del mismo cargo exhibe idéntica confusión de la interpretación errónea con la falta de aplicación y de la violación directa con la indirecta, todo en relación con un precepto, el artículo 65 del C. S. T., cuya pertinencia está condicionada a la mala fe patronal, a la que ni siquiera alude el impugnante.

Y el segundo cargo invoca aproximadamente las disposiciones del Código Civil, el de procedimiento civil y el procesal laboral, sin conectar su alegada infracción con la de ninguna norma sustancial del trabajo.

Por las razones expuestas, se declara desierto el recurso.

Sin costas en éste, por no aparecer causadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION

Aplicación del artículo 59 del Decreto 528 de 1964 sobre el monto del "interés para recurrir".—Aplicación del procedimiento según el artículo 154 del C. de P. L. que ordena que sus disposiciones se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso.—La Corte declara BIEN DENEGADO el recurso extraordinario de casación interpuesto en el caso que se examina.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre dieciséis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

En el juicio ordinario laboral instaurado contra DIONISIO MOLINA ECHEVERRI por VICTOR JULIO PEREZ, el Procurador judicial de éste interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia de fecha 10 de agosto de 1966, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barrancabermeja, corporación que se negó a concederlo con fundamento en el artículo 59 del Decreto número 528 de 1964, en concatenación con la cuantía fijada en el libelo inicial, y no objetada, de doce mil pesos ($. 12.000.00), cantidad que excede a la suma de los estimativos de las peticiones concretas.

El mismo mandatario judicial ha recurrido de hecho en la forma procedimental prevista por la ley, contra el proveído que así decidió en forma negativa el recurso impetrado, y ante esta Sala ha sido presentado y sustentado en su debida oportunidad. El fallo de primera instancia, de carácter parcialmente condenatorio, acogiendo los reclamos atinentes a vacaciones, primas de servicios, cesantía e indemnizaciones moratorias y por lucro cesante, fue revocado por el mencionado Tribunal que absolvió a la parte demandada en su totalidad.

Para resolver, se considera:

De las copias en examen, se destacan las siguientes circunstancias:

a).—De liquidarse la cuantía de la acción por la suma de las diferentes reclamaciones, se tiene que su cómputo alcanza a:

Salarios insolutos	$	1.200.00
" "	$	265.00
Lucro cesante	$	2.700.00
Salarios de días festivos y domingos	$	1.350.00
Vacaciones	$	300.00
Primas de servicios	$	1.200.00
Cesantía	$	765.00
Recargo nocturno	$	840.00
Indemnización moratoria, de 28 de febrero de 1965 a junio 7 de 1965 (fecha de la presentación de la demanda)	$	2.000.00
	$	10.620.00

b).—Si se toma como cuantía de la acción el valor total en que la estimó el demandante, sin objeción de la contraparte, llega a $ 12.000.00.

c).—Entre la presentación de la demanda y el pronunciamiento del fallo de segunda instancia (10 de agosto de 1966) transcurrieron 429 días, cuya indemnización moratoria equivaldría a $ 8.580.00.

d).—Adicionando esta última cantidad a cualquiera de las dos anteriores, el total resulta evidentemente inferior a los treinta mil pesos a que debe montar el "interés para recurrir", según el artículo 59 del Decreto número 528 de 1964, para la procedencia de la alzada en casación.

e).—No es válida la alegación del recurrente en el sentido de que "la eventualidad de los sa-

larios moratorios constituye un interés económico que le abre anchuroso camino al recurso impetrado", pues debe computársele hasta el "día indeterminado pero cierto" en que este último sea resuelto por la Corte. La jurisprudencia tiene ya definido otro criterio: "Porque el interés para recurrir en casación, si se trata de la parte demandante, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones pertinentes de la demanda que tengan siquiera un discutible respaldo probatorio en el proceso, y las decisiones de la sentencia que se habría de impugnar; mientras que si se trata de la parte demandada, la cuantía de ese interés no puede sobrepasar el monto de las condenas deducidas en la misma sentencia. Siendo, pues, las decisiones de ésta las que permiten fijar en guarismo concreto el interés económico de cada litigante para ir a casación, los cómputos respectivos deberán extenderse hasta la fecha de la providencia recurrida y no, como antes, sólo hasta la presentación del libelo inicial o de su corrección". (Auto de 29 de noviembre de 1965.—Juicio de Alfonso Jurado Zambrano contra Bavaria, S. A.).

f).—Lo relativo a la transición de ley nueva por este aspecto de la cuantía para recurrir en casación, ya fue también examinado por la Corte en auto de agosto 3 de 1966, que reza en lo pertinente:

"Por este aspecto debe observarse que el Decreto 528 de 1964 sobre 'organización judicial y competencia', al regular por su Capítulo Quinto lo atinente a la casación civil, penal y laboral, indica en el artículo 50 las sentencias civiles que pueden ser acusadas en casación, y agrega en su Parágrafo: 'Lo dispuesto en este artículo para recurrir en casación no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia'. Asimismo, por medio del artículo 56 se determinan las causales de casación en materia penal y se agrega un Parágrafo igual al del artículo 50 antes transcrito.

"No ocurrió lo mismo al regular el Decreto lo atinente a la casación en materia laboral, pues el artículo 59 nada previó sobre tránsito de procedimiento de derecho antiguo a derecho nuevo. En tales circunstancias, el vacío debe llenarse dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 153 de 1887 que consagra sabias reglas de hermenéutica jurídica para que el juzgador resuelva las situaciones conflictivas que puedan presentarse en la aplicación de la ley. El artículo 1º de esta ley, dice: 'Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes'.

"Entre esas reglas está la contemplada en el artículo 40, que resuelve los conflictos legales de orden procesal, al disponer lo siguiente: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'.

"De acuerdo con el precepto transcrito, se concluye que lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto-Ley 528 de 1964 prevalece desde el momento en que principió a regir, o sea, desde el 1º de agosto de 1965, sobre las normas anteriores de procedimiento en los juicios del trabajo y concretamente sobre el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956 que regulaban lo atinente al objeto del recurso de casación y a las sentencias susceptibles del mismo recurso.

"Por tanto, si se atiende a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, resulta indiscutible que los recursos que proceden contra una sentencia se rigen por la ley vigente al tiempo de dictarse ese fallo. Concuerdan con ese precepto los Parágrafos de los artículos 50 y 57 del Decreto 528, a que antes se hizo referencia, al disponer que lo establecido en esos artículos no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia. En estos casos de excepción, dictado el fallo, se está en presencia de una actuación cumplida dentro del anterior procedimiento, que se rige entonces para todos sus efectos por ese mismo estatuto, o sea por la ley antigua. La razón es lógica si se considera, en tales eventos, que mal puede aplicársele a una providencia un precepto legal que no existía cuando ella fue proferida.

"En el caso debatido y que se examina la situación contemplada es la de que al tiempo de proferirse el fallo ya estaba en vigencia el Decreto-Ley 528 de 1964 y por lo tanto lo preceptuado en su artículo 59 que aumenta a $ 30.000.00 la cuantía del recurso de casación, por lo que debe concluírse que éste se rige en cuanto a su admisión, sustanciación y ritualidad, por la ley vigente al tiempo de su interposición.

"En parte alguna del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se habla de que los juicios iniciados bajo la vigencia de una ley hayan de seguirse tramitando, en presencia de disposiciones nuevas, de conformidad con la primera. Por el contrario, y como antecedente sobre el particular, en el Código de Procedimiento Laboral, en el artículo 154 se encuentra la demostración de lo que se ha dicho antes, pues en forma expresa se dispone que sus ordenamientos se aplican a los juicios pendientes en el momento que principie a regir; pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso, con lo cual se da observancia a la citada norma de la Ley 153, por ser de efecto inmediato las leyes sobre sustanciación y ritualidad en los juicios". (Juicio ordinario contra José Valenzuela, promovido por Hipólito Bolívar Alvarado y otros).

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, DECLARA BIEN DENEGADO el recurso extraordinario de casación interpuesto en el caso que se examina.

Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Barrancabermeja este proveído para que conste en autos.

Sin costas.

NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDICE

SALA DE CASACION PENAL

Páginas

ASOCIACION PARA DELINQUIR.—COLISION DE COMPETENCIA.—Con fecha 8 de octubre de 1966 la Sala dirime la colisión de competencia surgida entre la jurisdicción penal castrense y la justicia penal ordinaria respecto del proceso seguido a José María Zuleta y otros por los delitos de homicidio, robo y daño en bienes ajenos.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 3

EL JUICIO DEBE RITUARSE CONFORME A SUS NORMAS PROPIAS, NO CONFORME A NORMAS INEXISTENTES.—*Infracción del art. 26 de la Carta Fundamental.—Juicio viciado de nulidad.*—Con fecha 10 de octubre de 1966 la Corte casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a Miguel Alfredo Suárez o Gustavo Camacho Castañeda y otro, por el delito de hurto.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 7

FUERO PENAL CASTRENSE.—DELITO COMETIDO CON OPORTUNIDAD DEL SERVICIO.—ALCANCE DEL DECRETO 1752 DE 1965.—Con fecha 17 de octubre de 1966 la Corte dirime la colisión de competencias surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción penal castrense en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el agente de la Policía Nacional Edgardo Saltarín Torregroza por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 11

MEDIDAS DE SEGURIDAD.—LOS TERMINOS MINIMOS PREVISTOS EN EL ART. 64 DEL CODIGO PENAL SON FIJOS.—EL JUEZ NO TIENE FACULTAD DOSIFICADORA, CUANDO DISPONE LA RECLUSION DE LOS ENFERMOS MENTALES O DE LOS INTOXICADOS EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—SI EL DELINCUENTE COMETIO EL HECHO EN ESTADO DE ANOMALIA SIQUICA GRAVE, DE CARACTER TRANSITORIO, NO PUEDE SER RECLUIDO EN EL MANICOMIO CRIMINAL, SINO EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—EL TERMINO DE LA DETENCION PREVENTIVA SOLO PROCEDE TOMARSE EN CUENTA, SI SE HA CUMPLIDO, EN CADA CASO, EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—LA MISION INDIVIDUALIZADORA DEL JUEZ UNICAMENTE TIENE EFECTO CUANDO DISPONE EL CESE DE LA RECLUSION O PONE TERMINO A LA MISMA, POR HALLARSE QUE LA NORMAL YA NO REPRESENTA PELIGRO DE QUE VUELVA A CAUSAR DAÑO.—LA ENAJENACION MENTAL ES UNA ANOMALIA SIQUICA GRAVE, PERO NO TODA ANOMALIA SIQUICA GRAVE CONSTITUYE ALIENACION MENTAL.—PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.—Con fecha 18 de octubre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Carlos Enrique García Gómez como responsable de delitos de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 15

EL ERROR DE BUENA FE EN LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS PRECEPTOS LEGALES NO CONSTITUYE DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD, PUES SE REQUIERE LA INTENCION DE DAÑAR A UNA PERSONA O A UNA PROPIEDAD.—CON MAYOR RAZON EN EL DELITO DE PREVARICATO, DONDE EL ELEMENTO A SABIENDAS SE PRECISA COMO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCION, DE ACUERDO CON EL ART. 2º DEL DECRETO 2525 DE 1963.—Con fecha 24 de octubre de 1966 la Corte sobresee definitivamente en favor del doctor Rafael Suárez Poveda por presuntos delitos de prevaricato y abuso de autoridad.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 34

DELITO DE ROBO Y LESIONES PERSONALES.—*Violación directa e indirecta de la ley sustancial.—Finalidad de la causal segunda de casación.—Cuándo puede sostenerse que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.*—Con fecha 2 de noviembre de 1966 la Corte no invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Tuluá que condenó a Roberto Cruz Cano por los delitos relacionados.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 40

ABANDONO DEL PUESTO.—*El militar que estando de centinela se retire del puesto no comete la infracción penal denominada "delito del centinela", sino el delito de "abandono del puesto", según el precepto contenido en el art. 153 del Código de Justicia Penal Militar.*—Con fecha 4 de noviembre de 1966 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar, dictada en el proceso adelantado a Rigoberto Yunsunguaira Yáñez por el delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez .. 45

Páginas

CORRUPCION DE MENORES.—PRETENDIDO ERROR ESENCIAL DE HECHO.—MERITO DEL ACERVO PROBATORIO APORTADO AL PROCESO.—Con fecha 4 de noviembre de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por Orlando Guzmán Perdomo contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que lo condenó como responsable del delito antes nombrado.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 56

LA CORTE SE ABSTIENE DE ACLARAR LA SENTENCIA DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 1966.—Con fecha 7 de noviembre de 1966 así lo resuelve la Corte respecto a la sentencia de casación recaída en el proceso de Carlos Enrique García Gómez. — Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 61

LESIONES PERSONALES.—*Situación de aberratio ictus.—La determinación de la responsabilidad penal es cuestión extraña al concepto de cuerpo del delito.—Límite de la facultad de la Corte para estimar las pruebas dentro del recurso de casación.—Causal primera prevista en el art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 7 de noviembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Yolombó, que condenó a Enrique Olano Valencia por el delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 64

DELITO DE RAPTO IMPROPIO.—*Manifiesto yerro del Tribunal ad-quem al condenar al reo por los delitos de rapto y corrupción de menores, siendo así que solo se le llamó a juicio por la infracción penal primeramente citada.—La Corte se pronuncia jurisprudencialmente acerca del error en copia, respecto del delito de rapto impropio.—Aplicación del art. 350 del C.P. al caso de autos.—Invocación de la causal 2ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 7 de noviembre de 1966 la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, por medio del cual condenó a Rafael Terán Valera por el delito antes mencionado.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 72

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA, EN CARGOS POR ABUSO DE AUTORIDAD, CONCUSION Y FALSEDAD.—Con fecha 14 de noviembre de 1966 así lo resuelve la Corte respecto del mérito del sumario adelantado contra el doctor Manuel Gómez Pinzón.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 75

PARTE CIVIL Y RECURSO DE CASACION.—*De toda sentencia absolutoria casable según el art. 57 del Decreto 528 de 1964, puede recurrir la parte civil.—La Corte, con fundamento en normas de la Reforma Judicial, modifica la doctrina imperante respecto de que la parte civil, en tratándose de indemnización de perjuicios, puede recurrir en casación no solo de sentencias condenatorias, sino también de las absolutorias.—Cuantía para recurrir.*—Con fecha 17 de noviembre de 1966 la Corte concede el recurso de casación interpuesto por el representante de la parte civil contra la sentencia de 21 de julio del presente año, del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Juzgado 1º Superior de ese Distrito Judicial, que absolvió a Antonio Cheij de los delitos de abuso de confianza y de hurto.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 80

DELITO DE ROBO.—*Adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones a que se refiere el Decreto Nº 2184 de 1951.—El art. 404 del Código Penal que señala como pena de tres a catorce años de prisión, no está dentro de las disposiciones exceptuadas en el inciso 2º del art. 1º del Decreto antes citado.—Cuándo es casable una sentencia en función de la causal prevista en el inciso 1º del ord. 1º del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.—Función de la Corte en casos de estimación de la prueba.*—Con fecha 17 de noviembre de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Jorge Enrique Murcia López por el delito de robo.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 84

FALSEDAD Y ESTAFA.—*Técnica de casación.—Interpretación del art. 56 del Decreto 528 de 1964.—Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el procesado con el efecto o cuerpo del delito.—La confesión.—Su valor.—Por qué la falsedad en instrumentos negociables no puede considerarse como un solo hecho con el delito de estafa.—Cuándo se configura el delito de abuso de confianza.*—Con fecha 24 de noviembre de 1966 la Corte no infirma la sentencia de fecha 16 de mayo de 1966, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido contra Antonio Estévez Peña por los delitos antes expresados.—Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña 92

DELITO DE ESTAFA.—FINALIDAD DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL.—EL ERROR DE DERECHO Y EL HERROR DE HECHO EN LA APRECIACION PROBATORIA.—Con fecha 24 de noviembre de 1966 no se casa la sentencia acusada del Tribunal Superior de Barranquilla, que condenó a Juan Abuchaibe Abuchaibe como responsable del delito de estafa.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 101

FUERO PENAL MILITAR.—*El art. 1º del Decreto 1752 de 1965 preceptúa que la competencia de la justicia penal militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".*—Con fecha 1º de diciembre de 1966 la Corte dirime la colisión de competencias, surgida entre la Inspección General de las Fuerzas de la Policía Nacional y el Juzgado 5º Superior de Bogotá en relación con el proceso seguido a Luis Alberto Cristancho de José y otros.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 106

APRECIACION DE LA PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACION.—*Mérito del testimonio de la*

Páginas

víctima o de sus inmediatos familiares.—Con fecha 2 de diciembre de 1966 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Sogamoso, dictada en el proceso adelantado a Juan Evangelista Holguín Tejedor como responsable del delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 113

FALSEDAD EN DOCUMENTOS.—*Requisitos para que la acusación del procesado a sus copartícipes pueda tenerse como prueba.—El Tribunal al radicar la situación del incriminado en el inciso 2º del art. 19 del C.P., no cometió error manifiesto en la apreciación de las pruebas.—Cuándo acaece la violación directa de la ley penal.—Técnica del recurso de casación.—Calidad de documentos públicos a certificados de estudios expedidos por colegios nacionalizados.—Presunto error en la denominación genérica del delito.—La Corte no es correctora de demandas ni creadora de motivos de impugnación.—Documentos específicos a que se refiere el art. 244 del C.P.*—Con fecha 3 de diciembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por la defensa de Severo Medina Morales contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable del delito antes relacionado.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 117

PECULADO.—*Deficiencia y oscuridad que caracterizan la prueba de los hechos a que se contrae el proceso.—El cargo formulado de haberse incurrido, dentro de la sentencia acusada, en errónea apreciación de pruebas, se encuentra demostrado.—Prosperidad de la causal prevista en el ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 6 de diciembre de 1966 la Corte invalida la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Girardot en el proceso adelantado a Ricardo Méndez Montenegro por el delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 128

DELITOS DE VIOLENCIA CARNAL.—*Presunta violación de la ley sustantiva por aplicación indebida y por interpretación errónea.—Acertada aplicación de los arts. 33; 36 y 318 del C.P. y de los ords. 1º y 2º del 317 del mismo estatuto represivo.—Delitos cometidos en concurso material.—Peligrosidad y antecedentes de mala conducta en el delincuente.—Ineficacia de la impugnación, en el caso de autos, con base en la causal prevista en el ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 6 de diciembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Daniel Barbosa o Camargo contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable de los delitos expresados.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 134

RECUSACION CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR.—*La recusación dentro del proceso penal debe probarse.—La enemistad grave como causal de recusación.—La opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito.*—Con fecha 12 de diciembre de 1966 la Corte declara infundada la recusación de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Hernando Saavedra Robles y Hernando Vera Vera propuesta por el sindicado doctor Maximiliano Ochoa Giraldo.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 136

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.—*Cuándo se consuma el delito de asociación para delinquir.—Alcance del Decreto 1290 de 1965, respecto de la competencia de la justicia penal militar para conocer de este delito.—Nulidad prevista en el ord. 1º del art. 441 del C. de J. P. M.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Evelio Pastrana Montoya por el delito de asociación para delinquir.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 143

FALSEDAD DE DOCUMENTOS PUBLICOS.—*La confesión del reo carece de eficacia penal, si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Fusagasugá que absolvió a José de Jesús Hernández Reina por el delito imputado.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 145

FALLO DICTADO EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD.—*La sentencia de primera instancia guardó silencio sobre el cargo de robo que le había sido formulado al procesado, en la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.—Esta omisión viola, por no cumplirse una forma de juicio, un derecho individual.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Gonzalo Arango Socotá y otros, procesados por varios delitos.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 150

HOMICIDIO.—VALIDEZ O NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES CUMPLIDOS POR LOS JUECES DE HECHO.—NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA CAUSAL DE NULIDAD LA FALTA DE NOTIFICACION PERSONAL A TODOS LOS JURADOS SORTEADOS.—INFUNDADA IMPUGNACION A LA SENTENCIA CON BASE EN LA CAUSAL CUARTA DE CASACION CONTEMPLADA EN EL NUMERAL 4º DEL ART. 56 DEL DECRETO Nº 0528 DE 1964.—Con fecha 13 de diciembre de 1966 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil proferida en el juicio contra Agustín Arenas Martínez por el delito anteriormente relacionado.—Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña 153

SALA DE CASACION LABORAL

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO.—*Otorgamiento de becas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Modalidad del Contrato que sobre el particular se celebra entre el Instituto y el becario.—Suspensión de los Contratos de trabajo.—Licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador (art. 51*

Páginas

ord. 4º del C.S.T.).—Por sentencia de tres de octubre de 1966 la Corte, no Casa el fallo proferido por el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá, recaída en el juicio adelantado por el Dr. Hernando Afanador Cabrera, contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Magistrado ponente: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral 159

PENSION DE JUBILACION.—*Reiterada jurisprudencia de la Corte sobre la expresión: "por causa o con ocasión del trabajo" empleada por el art. 199 del C.S.L.—Disyuntiva entre las nociones "por causa" y "con ocasión del trabajo".—Jurisprudencia de la Corte sobre el llamado accidente "in itinere".—Relación de Causalidad o de ocasionalidad con el trabajador.—Responsabilidad de la compañía en el riesgo creado, siempre que el riesgo tenga una relación indudable de causalidad o de ocasionalidad con lo que el trabajador deba hacer.—Responsabilidad objetiva del riesgo....*—Con fecha 4 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en el juicio ordinario de Alfonso Ballestas González contra Laboratorios Undra S. A.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 169

INDEMNIZACION POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO.—HONORARIOS PROFESIONALES.—*Interpretación del art. 59 del Decreto 528 de 1964.—Del interés para recurrir.—La condena en costas no puede computarse para completar el interés para recurrir.—Reiterada doctrina de la Corte sobre esta materia.*—Con fecha 6 de octubre de 1966 la Corte no admite el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia en el juicio de la señora Elisa Ochoa de Franco contra la Federación Nacional de Cafeteros en el Tribunal de Medellín.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 175

PENSION DE JUBILACION.—*El derecho a la pensión de jubilación se configura aún en el caso de que el tiempo trabajado, corresponda a diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución.—Alcance del concepto laboral de "empresa" para los efectos de localizar el sujeto de la obligación en la demanda sobre pago de pensión jubilatoria.—Sustitución patronal.*—Con fecha 8 de octubre de 1966 la Corte resuelve condenar a pagar a la Cía. Frutera de Sevilla al Sr. Thomas P. Sánchez una Pensión de Jubilación y no casa lo demás de la sentencia recurrida.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 178

CONDENA POR COSTAS.—*Aplicación del art. 537 ibidem del Código Judicial relativo al pago de costas.*—Con fecha 10 de octubre de 1966 la Corte declara improcedente la aclaración solicitada en el juicio incoado por Luis Alberto Torres contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 186

INDEMNIZACION POR MORA.—*La aplicación del art. 65 del C.S.T. es de carácter indemnizatoria y por lo tanto, si no se reclama en la demanda, resultaría "extra-petita" y de acuerdo con el art. 50 del C.P.L., la facultad de proferir condenaciones de esta naturaleza es privativa del juez de primera instancia, ejercida por el ad-quem resultaría abusiva e ilegal.*—Con fecha 11 de octubre de 1966 la Corte no accede a la reposición solicitada pedida por el Dr. Alejandro Neira Martínez contra Madigan Hyland South American Corporation y lo declara bien-denegado.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo .. 187

TECNICA DE CASACION.—*Contrato de prueba.—Características según el art. 80 del C.S.T.—Incompatibilidad en el planteamiento del cargo principal, por aplicación indebida y subsidiario por infracción directa por el art. 64 del C.S.T.—La ausencia en período de prueba del trabajador, sin justa causa comprobada es causa suficiente, para poner fin al contrato.—El abandono del puesto constituye manifestación unilateral de cancelación del convenio que no requiere ninguna modificación adicional del patrono.*—Con fecha 14 de octubre de 1966 la Corte, no casa la sentencia recurrida en el juicio instaurado por Manuel Vicente Alvarez de Castro contra "Importaciones Veterinarias Limitada".—Magistrado ponente: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral 188

ACCION DE JUBILACION.—*Evidente error en la apreciación de una partida de bautismo en sus efectos probatorios hecha por el ad-quem y errada aplicación del art. 260 del C.S.T. al no quedar demostrado el requisito indispensable de la edad por el demandante.*—Con fecha 18 de octubre de 1966 la Corte casa totalmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio Civil y Laboral de Pedro Rodríguez contra la Cía. Frutera de Sevilla.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 194

PENSION VITALICIA DE CARACTER ESPECIAL.—*Pensión vitalicia por quince años de servicios.—Aplicación del art. 267 del C.S.T.—Violación indirecta por errónea apreciación de pruebas.—Identidad de los establecimientos o entidades.—El derecho del trabajador no se funda legalmente en la sustitución patronal, sino en la identidad de la empresa a la cual se han prestado los servicios.—Error de hecho evidente del Tribunal, al no dar por establecido, estándolo, la identidad de las dos empresas donde prestó servicios el trabajador.—Estudio de la prueba testimonial.*—Con fecha 18 de octubre de 1966, la Corte casa totalmente, la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y como Tribunal de Instancia, confirma el fallo del Juzgado de Pereira.—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 196

DEMANDA DE RECONVENCION.—*Responsabilidad solidaria.—Alcance del Art. 36 del C.S.T.—Indivisibilidad de la Confesión.—Soportes probatorios en que apoya el fallador su decisión.—Violación por falta de aplicación del art. 58 ord. 3º del C.S.T.—La condena a la restitución del importe de un cheque conlleva la de los correspondientes intereses.*—Con fecha 21 de octubre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia

Páginas

recurrida y revoca el literal b) de la sentencia del juzgado condenando a Paul Mourot en el juicio entablado contra la "Compagnie francaise des Matieres Colorantes".—Magistrado ponente: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral 201

TECNICA DE CASACION.—*Equivocada técnica de casación en la impugnación de los cargos.—Errada imputación de violación directa de la ley por supuesto error de hecho en la estimación de las pruebas.—Omisión de normas sustanciales infringidas.—Supuesto error de derecho.—El error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas "ad-sustantiam actus" en los términos del art. 87 del C.P.L.*—Con fecha 21 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral instaurado por José Antonio Guarín contra la Empresa Morrison Knudsen & Cía. de Colombia.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 208

PENSION JUBILATORIA.—*Errores de hecho y de derecho.—No existe violación de la ley sustancial, por vía directa en la interpretación errónea por ser esta una forma de quebrantamiento de la ley ajena a toda cuestión de hecho dentro del juicio.—Establecida la explotación económica, los derechos a la pensión jubilatoria no se pierden porque estos hayan sido interrumpidos o prestados a personas jurídicas distintas.—Lo que se exige para el nacimiento de una pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal a una misma empresa con el capital requerido, no importa que la explotación económica haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos.*—Con fecha 28 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio Ordinario Laboral de Rafael Joaquín Urbina contra "Compañía Frutera de Sevilla".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 212

PENSION VITALICIA DE JUBILACION.—*Deficiencias de orden técnico en la elaboración de la demanda.—Requisitos establecidos por la ley 6ª de 1945.—Explicación del art. 260 del C.S.T.—La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido, cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, debe atenerse al lapso total de servicios sin considerar la continuidad de la relación, ni los períodos de desvinculación de la empresa.—El fenómeno de la retrospectividad es cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.*—Con fecha 31 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio laboral instaurado por Samuel Torres contra "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.".—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 216

INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO.—*Accidente "in itinere" es el accidente sufrido por el trabajador cuando vá en vía de cumplir con su obligación.—Supuesta acusación por violación directa por errónea interpretación e indebida aplicación de normas sustanciales.—El monto de la indemnización por muerte en accidente de trabajo equivale al doble de un año de trabajo de acuerdo con los artículos 214 y 305 del C.S.T.—Error en la apreciación de las pruebas y violación como resultado de ellas por aplicación indebida del art. 65 del C.S.T.—Sanción moratoria.—Pago de deudas laborales a los herederos del trabajador.*—Con fecha 9 de noviembre de 1966 casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario instaurado por Martina Navarro de Güete, y otros contra "Compañía Frutera de Sevilla".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 221

PENSION VITALICIA DE JUBILACION.—*Supuesto error de hecho ostensible en la apreciación de las pruebas.—Despido sin justa causa conforme a la ley por ruptura unilateral del contrato.—La clausura o liquidación definitiva de la empresa o establecimiento es una manera legal de terminar el contrato, pero no es una justa causa.—Falsa imputación por errada interpretación de normas jurídicas.*—Con fecha 9 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral instaurado por José de Jesús Ortiz Muñoz contra la "Sociedad Compañía Ladrillera Guayabal Limitada".—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 230

TECNICA DE CASACION.—*Acusación incompleta que no permite a la Corte confrontar la sentencia con las normas que hubieran podido resultar infringidas por el fallador.—Cargo por violación directa de los artículos 1757 del C.C. y 144 del C.S.T. carente de eficacia para quebrar el fallo recurrido.*—Con fecha 9 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio instaurado por Víctor Manuel Machado contra Empresa "Taxi Selecto Ltda".—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 235

HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES.—*Aplicación del artículo 143 del C.P.L. en el diferendo laboral existente entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas Municipales de esta ciudad.*—Con fecha 10 de noviembre de 1966 la Corte decide devolver el negocio al Tribunal de arbitramento para que dicte el fallo en el diferendo laboral entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de ese Municipio.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 237

DEMANDA DE RECONVENCION.—*La compensación.—Pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre que se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo y tan pronto este haya finalizado.—Si las deudas civiles o mercantiles no tienen relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción laboral no es competente para conocer de la compensación.*—Con fecha 10 de noviembre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal del Trabajo de Ibagué en cuanto su im-

Páginas

procedencia en el juicio instaurado por Oliverio Carvajal Reyes contra la "Sociedad Agrícola de la Insula Ltda.".—Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 240

DETERMINACION DE LA CUANTIA DE LA ACCION.—*Requisitos de procedibilidad.—La cuantía de la acción no determina la procedencia o improcedencia del recurso, sólo fija la competencia del juez de instancia.—La naturaleza de la acción no es el único requisito del procedimiento en el recurso, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.—Supervivencia probable de una persona.*—Con fecha 22 de noviembre de 1966 la Corte admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario laboral interpuesto por Galileo Fiorillo Páez contra Jaar & Cía.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo .. 252

PENSION DE JUBILACION.—*Sustitución patronal.—El derecho del trabajador a la pensión jubilatoria no se altera porque no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que hayan explotado sucesivamente el mismo negocio.—El cambio de la persona natural o jurídica en la explotación de la actividad económica identifica, no cambia por sí sola la empresa.—Deficiencias técnicas en la apreciación de los elementos probatorios.*—Con fecha 23 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario de Ricardo Manjarrés contra la "Compañía Frutera de Sevilla".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 254

PRESCRIPCION.—*Configuración jurídica de la aplicación indebida de una norma.—Sus modalidades.—Aplicar una norma legal es "trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta".—Igualdad de condiciones salariales entre el trabajador colombiano y el extranjero, cuando desempeñan en una misma empresa, funciones o labores equivalentes.—Los artículos 74, inciso 2º y 143 del C.S.T., no tienen en cuenta la importancia relativa de funciones desiguales, sino solamente la igualdad de funciones.*—Con fecha 23 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral instaurado por Eduardo Bonitto de la Maza contra la Sociedad Grace & Co. (Colombia) S.A.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau 259

TECNICA DE CASACION.—*Reiterada doctrina de la Corte sobre técnica de casación.—La demanda de casación tiene que someterse en su forma y contenido a las determinadas reglas y formalidades de ineludible cumplimiento por parte del impugnador para que pueda resultar eficaz la acusación y conduzca al quebrantamiento de la sentencia que se pretenda invalidar.—El planteamiento de una violación por vía directa no puede hacerse a través del análisis de cuestiones probatorias tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de aprobar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad diferente.—Error de hecho y de derecho.—El error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba, que lleva a la infracción de una norma sustantiva en la cual el derecho que se reclama está consagrado.—El error en la apreciación de una misma prueba no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho.*—Con fecha 29 de noviembre de 1966 la Corte no casa el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por Hernando Múnera Angel contra Textiles Modernos S.A.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 270

TECNICA DE CASACION.—*Deficiencias técnicas de casación en la elaboración de la demanda, por no aparecer en el proceso cumplidas las formalidades que el recurrente anota en su escrito de impugnación.—La verificación o el conteo de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda solo puede realizarlas el juez por los medios de prueba establecidos y determinados por la ley, lo mismo que el sistema para valorarlos.—Sólo puede llegar hasta donde la norma procesal lo indica.*—Con fecha 29 de noviembre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral seguido por Guillermo Omar Hurtado Cortés contra Cervecerías Andina S. A.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 277

PAGO SOLIDARIO POR INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, POR RUPTURA ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO.—*La solidaridad legal en beneficio del trabajador.—Personería sustantiva o adjetiva.—Controversia relativa a la prueba de la personería de la parte demandada y sus efectos procesales.—Alcance en casación de la inobservancia de las formalidades previstas para el perfeccionamiento de una sociedad.—Indemnización moratoria.—Alcance del art. 65 del C.S.T. referido a la buena fe del patrono.*—Por sentencia de fecha 30 de noviembre de 1966 la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio seguido por Amilcar Puentes Angarita contra el Dr. Oscar Duque Pérez.—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 282

TECNICA DE CASACION.—*Por falta de los requisitos legales de la demanda se declara desierto el recurso de casación.—Falta de indicación de la sentencia impugnada.—Señalamiento del alcance de la impugnación.—Qué persigue el recurso de casación.—Qué debe contener el petitum de la demanda de casación.*—Con fecha 30 de noviembre de 1966 la Corte declara desierto el recurso de casación por no llenar la demanda presentada por el apoderado del señor Pedro León Herrera Castro los requisitos legales.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 291

CASACION LABORAL.—*Violación indirecta de la ley.—Falsa imputación de error de hecho en la apreciación probatoria.—Compensación.—Requisitos indispensables para que las deudas sean compensables.—Apreciación antitécnica del presunto error de hecho.—Las dos modalidades de*

Páginas

falta de apreciación y de apreciación equivocada de los elementos probatorios son diferentes y no pueden presentarse sin definirlos de manera concreta en relación con cada prueba.—Con fecha 30 de noviembre de 1966 la Corte no casa, la sentencia recurrida en el fallo dictado por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio instaurado por Gabriel Arenas Sánchez contra "Cooperativa de Profesionales Ltda.".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 293

INDEMNIZACION O REINTEGRO.—*La retención del trabajador de orden del Gobierno, con apoyo en el artículo 28 de la Constitución no es un "arresto correccional" para los efectos del ordinal 7º del artículo 62 del C.S.T.—Cómo debe ser impugnada en casación la sentencia que ordena el reintegro de un empleado o el pago de cierta indemnización.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal de Bogotá en el juicio laboral de la Beneficencia de Cundinamarca contra Raimundo Lizarralde R.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 300

CONSIGNACION JUDICIAL.—*Efecto liberatorio de la consignación judicial.—No puede cumplirse según la disposición clara del artículo 65 del C.S.T. sino cuando ella se efectúa ante el juez, es decir desde la fecha en que se entrega debidamente el título bancario de consignación a ese funcionario.—Inadmisibilidad de cargos que involucren conceptos de violación disímiles o que confundan la naturaleza de estos conceptos.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario instaurado por Carlos D. Cruz contra Roberto Valencia Ferro.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 307

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO.—*Demostración de la calidad de sindicalizado.—El plazo de los contratos individuales de trabajo.—Cláusula de estabilidad.—Naturaleza del pago ordenado en el artículo 64 del C.S.T.—Terminación unilateral de los contratos de trabajo.*—Con fecha 15 de diciembre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, confirmando sin modificaciones el ordinal primero y en función de instancia lo adiciona con un nuevo parágrafo, no la casa en lo demás, en la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el juicio entablado por el Sindicato de base contra el Ingenio Central del Tolima.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 311

HOMOLOGACION.—*Características del fallo arbitral.—Vigencia del laudo arbitral.—Los laudos arbitrales rigen desde su expedición, ya que se asimilan a convenciones colectivas de trabajo.—La interpretación deja en suspenso, mientras se decide la ejecución del laudo, pero no la difiere para fecha posterior a su expedición.—La retroactividad de las decisiones en los tribunales de arbitramento obligatorio.*—Con fecha 15 de diciembre de 1966 la Corte Suprema de Justicia homologa la sentencia proferida el 22 de febrero de 1966 por el Tribunal de arbitramento que dirimió el conflicto laboral entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara y los sindicatos de

Páginas

Empleados y Obreros de la nombrada Institución y el de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca, con una salvedad.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 320

HOMOLOGACION.—*Retroactividad de las decisiones de los tribunales de arbitramento obligatorio.—En las relaciones colectivas de trabajo los tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores" (C.S.T. Art. 16).*—Con fecha 15 de diciembre la Corte declara exequible el fallo arbitral y por tanto lo homologa en el juicio instaurado por el Alcalde y el Personero del Municipio de Neiva contra el laudo arbitral proferido el 8 de octubre de 1966 por el Tribunal Especial de Arbitramento.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 325

VALOR DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS APORTADOS AL PROCESO.—*Demostración del servicio personal del demandante al demandado pero sin comprobación en el juicio, del salario recibido ni del tiempo preciso de su duración.—En estas condiciones la Corte no puede entrar a rectificar una sentencia que negó la condena al pago del auxilio de cesantía y la prima de servicios pedidos en la demanda de instancia.*—Por sentencia del 15 de diciembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Alberto Osuna contra Juan Manuel Ramos.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 328

TECNICA DE CASACION. — *Despido ilegal.—La Corte declara desierto el recurso de casación por no reunir los requisitos legales de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto Extraordinario 528 de 1964.—No siendo el recurso de Casación una tercera instancia, sino un medio extraordinario de impugnación, sometido a condiciones técnicas ineludibles, la precisión exigida por los preceptos mencionados ha de referirse a tales condiciones reiteradamente definidas por la jurisprudencia.*—Por sentencia del 16 de diciembre de 1966 la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio instaurado por Marco A. Cortés Ortiz contra Clímaco Naranjo.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 333

CASACION.—*Aplicación del artículo 59 del Decreto 528 de 1964 sobre el monto del "interés para recurrir".—Aplicación del procedimiento según el artículo 154 del C. de P.L. que ordena que sus disposiciones se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso.*—Por sentencia del 16 de diciembre de 1966 la Corte declara bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barrancabermeja en el juicio ordinario laboral instaurado por Víctor Julio Pérez contra Dionisio Molina Echeverri.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 335